

SALA PRIMERA
DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ORGANISMO JUDICIAL
RECIBIDO
17 AGO 2018
HOY A LAS 15 HRS. 13 MTS.
ME [Firma]

Exp. Amparo 01010-2017-00214.

Of. 4

HONORABLES MAGISTRADOS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CONSTITUIDO EN TRIBUNAL DE AMPARO.-----

MARIA DE LOS ANGELES CRUZ ROSEL, de veintiocho años de edad, soltera, abogada, mexicana, con domicilio en los Estados Unidos Mexicanos, ante ustedes respetuosamente comparezco y para el efecto,

EXPONGO

DEL AUXILIO PROFESIONAL: Actúo bajo la dirección y auxilio de la abogada Nydia María Juárez González, colegiada activa diecisiete mil cuatrocientos siete (17,407), correo electrónico nmjuarezg@gmail.com y teléfono número veintidós millones quinientos treinta y seis mil doscientos veinticuatro (22536224).

DEL LUGAR PARA RECIBIR NOTIFICACIONES: Señalo como lugar para recibir notificaciones la primera calle cinco guión cincuenta y uno, de la zona dos de esta ciudad.

DE LA CALIDAD CON QUE ACTÚO: El *Amici Curiae* se presenta por parte del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, conforme al mandato que le fuera conferido en Acuerdo número veintiuno del Rector de la Universidad Autónoma de Yucatán, de fecha seis de febrero del año dos mil catorce, el cual acompaño en copia simple al presente memorial.

RAZÓN DE MI COMPARECENCIA

Con el respeto que ustedes merecen, comparezco a **INSTAR** y **SOLICITAR** al Honorable Tribunal, para que considere mis puntos de vista en referencia al caso que me refiero dentro del expediente respectivo, para que pueda considerar nuestra opinión en calidad de "**AMICI CURIAE**" el cual está contenido en el documento adjunto al presente memorial.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Artículo 5, 12, 28 y 44, 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por lo que respetuosamente,

SOLICITO

1. Se tenga por presentado este escrito y se agregue a sus antecedentes, juntamente con el documento que acompaño.
2. Se reconozca la calidad mediante la cual comparezco a instar al Honorable Tribunal.

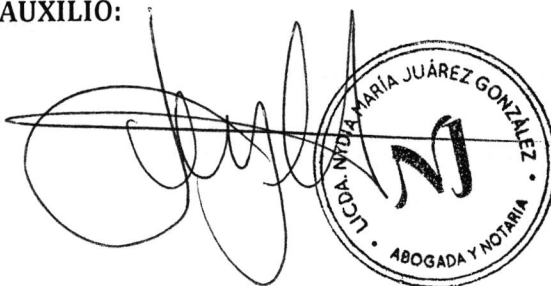


3. Se tome nota del lugar que señalo para recibir notificaciones y del auxilio profesional con que comparezco.
4. Se me otorgue la calidad de AMICUS CURIAE, dentro del presente expediente, para que se pueda considerar mi opinión respecto al tema plateado en el apartado respectivo.
5. Que oportunamente se me notifique en la dirección señalada;

Acompaño doce copias del presente memorial y documentos adjuntos.

Guatemala, 17 de agosto de 2018.

**A RUEGO DE LA PRESENTADA QUIEN SI SABE FIRMAR PERO EN ESTE MOMENTO
NO PUEDE HACERLO Y EN SU AUXILIO:**

A handwritten signature in black ink is written over a circular notary stamp. The stamp contains the text "LICDA. NIVIA MARIA JUÁREZ GONZÁLEZ" around the top and "ABOGADA Y NOTARIA" around the bottom. In the center of the stamp is a stylized logo consisting of the letters "NJ".

**H. SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUIDO EN
TRIBUNAL DE AMPARO**

CASO LAGUNA LARGA
(Memorial 1278 Amparo 01011-2017-00214 Of. 4º Not 2º)

**ESCRITO DE *AMICI CURIAE* PREPARADO POR
EL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN**

MÉRIDA, YUCATÁN, MÉXICO A 15 DE AGOSTO DE 2018

María de los Ángeles Cruz Rosel
Secretaria Ejecutiva
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán
angeles.cruz@correo.uady.mx

Carlos Luis Escoffié Duarte
Abogado Investigador
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán
kescoffie@gmail.com

Enrique Gallegos Madrigal
Voluntario
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán

Sandra Carolina López Pech
Servicio Social
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán

Jerónimo Munguía Zarco
Voluntario
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán



**CENTRO DE ESTUDIOS DE
DERECHOS HUMANOS
UADY**

TEMAS CENTRALES DEL *AMICI CURIAE*

Se expondrán los estándares internacionales para analizar, juzgar y resolver casos que impliquen un aparente conflicto entre la protección al medio ambiente y los derechos a la residencia y a la vivienda.

Se expondrá los estándares internacionales y regionales para analizar, juzgar y resolver casos relacionados al principio de no-regresividad de derechos económicos, sociales y culturales.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL INTERÉS Y TEMAS A ABORDAR	5
I. EL APARENTE CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS A LA RESIDENCIA Y A LA VIVIENDA	6
A. La protección al medio ambiente	6
B. Derecho a elegir el lugar de residencia	11
C. Derecho a la vivienda	13
Conclusiones	16
II. EL PRINCIPIO DE NO-REGRESIVIDAD EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL	18
A. Contexto general del principio de no-regresividad en el derecho internacional	18
B. Prácticas de las altas cortes latinoamericanas para juzgar a la luz del principio de no- regresividad	22
CONCLUSIONES GENERALES	29

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL INTERÉS Y TEMAS A ABORDAR

El Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Yucatán (en adelante CEDHUADY) es una institución académica con sede en la ciudad de Mérida, México. Desde su creación el 6 de febrero de 2014, tiene como uno de sus objetivos la investigación y difusión de temas en derechos humanos a nivel estatal, nacional e internacional¹.

El interés del CEDHUADY por dirigirse a este H. Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala radica en dos motivaciones. Por un lado, porque la Península de Yucatán, al igual que Guatemala, forma parte del interior del territorio maya. Con sus diversas manifestaciones lingüísticas, artísticas y políticas, el Pueblo Maya ha sobrevivido más de 500 años de exclusión en los territorios de México, Guatemala, Belice, Honduras y El Salvador.

En el CEDHUADY estamos convencidos que la protección, el respeto y la garantía de los derechos de las personas mayas, así como su reparación histórica, no pueden verse mermadas o limitadas por la lógica de las fronteras estatales. La resistencia y supervivencia de las comunidades mayas en toda Centroamérica deben verse como un todo para ser tomadas en serio.

Por otro lado, debido a que este H. Tribunal se encuentra en la oportunidad de establecer importantes precedentes para esclarecer cuál es el papel de los operadores de justicia al momento de resolver casos relacionados a aparentes conflictos con el medio ambiente y el derecho a la residencia y vivienda de pueblos indígenas. El CEDHUADY considera de especial interés esta oportunidad. Yucatán, como parte de Centroamérica, es susceptible a todos los procesos de reivindicación de derechos en la región. Consideramos que el desarrollo, la paz, la estabilidad y la igualdad en la región solo será posible si se aborda desde una perspectiva centroamericana.

Con base en lo anterior, presentamos el presente documento *Amici Curiae*, el cual dividiremos en tres capítulos. El primero abordará los estándares para resolver casos en los que se presente un aparente conflicto entre la protección al medio ambiente y los derechos a la residencia y a la vivienda. El segundo capítulo abordará algunos de los estándares más relevantes para analizar si en un caso se violó o no el principio de no-regresividad. Finalmente, se cerrará con conclusiones generales.

¹ Universidad Autónoma de Yucatán, Acuerdo Número 21 de Rectoría, 6 de febrero de 2014, Fracción I del Punto Cuarto.

I. EL APARENTE CONFLICTO ENTRE LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS A LA RESIDENCIA Y A LA VIVIENDA

El Caso de Laguna Larga plantea un aparente conflicto entre el deber de protección del medio ambiente sano y los derechos a la vivienda y a decidir el lugar de residencia. Situaciones similares se ven hoy día, por ejemplo, en los asentamientos informales en las zonas naturales protegidas en la Delegación Tlalpan en la Ciudad de México². Como todo conflicto de principios, no existe una regla o solución única, sino que debe ejercerse un trabajo de ponderación que ayude a resolver caso por caso.

No obstante, prima facie, no es incompatible la existencia de núcleos de población dentro de áreas naturales protegidas. Por el contrario, corresponde al Estado la carga de demostrar que existen razones de riesgo inminente para desalojar a una comunidad de su sitio de origen con la finalidad de proteger el medio ambiente. En los casos en los que estas razones sean acreditadas, existen obligaciones que deben ser cumplidas en el proceso.

En el presente apartado, expondremos los criterios para analizar y resolver casos de conflictos entre la protección del medio ambiente y los derechos a la vivienda y a decidir el lugar de residencia. Para ello, desarrollaremos brevemente algunas ideas generales de los principios en cuestión, para poder aterrizar en algunas valoraciones específicas.

A. La protección al medio ambiente

Resulta indudable que la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos ha adquirido mayor relevancia en la última década. Países latinoamericanos como Colombia³, Costa Rica⁴, Guatemala⁵, Honduras⁶, México⁷, Nicaragua⁸, Panamá⁹, República Dominicana¹⁰, Venezuela¹¹, Argentina¹², Bolivia¹³, Brasil¹⁴, Chile¹⁵, Ecuador¹⁶, Haití¹⁷,

² Al respecto, véase: Mollá Ruiz-Gómez, Manuel; "El crecimiento de los asentamientos irregulares en áreas protegidas. La delegación Tlalpan", Investigaciones Geográficas (Mx), núm. 60, agosto, 2006, pp. 83-109. Disponible en formato digital a través del enlace: <http://www.redalyc.org/pdf/569/56906009.pdf>.

³ Constitución de la República de Colombia, artículos 58, 79, 95, 267, 268 y 313

⁴ Constitución Política de Costa Rica, artículo 50

⁵ Constitución Política de Guatemala, artículo 64

⁶ Constitución Política de Honduras, artículo 145

⁷ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4

⁸ Constitución de la República de Nicaragua, artículo 60

⁹ Constitución de la República de Panamá, artículos 118 a 121

¹⁰ Constitución de República Dominicana, artículos 14, 63 y 67

¹¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 127

¹² Constitución Política de la Nación Argentina, artículo 41.

¹³ Constitución Política de Bolivia, artículo 33

Paraguay¹⁸, Perú¹⁹ y Uruguay²⁰ han adoptado derechos y obligaciones relativas al medio ambiente en sus textos constitucionales.

Asimismo, existen diversos instrumentos internacionales en el seno de las Naciones Unidas que han reconocido la interdependencia entre el derecho a un medio ambiente sano, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.²¹

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha analizado los alcances de este derecho en casos como el amparo en revisión 641/2017 relativo a los Canales del Barrio de San Miguel. Los hechos del caso se refieren a la contaminación de los citados canales a consecuencia del vertimiento de aguas residuales provenientes del Río Ameca.²²

La Suprema Corte concluyó que los Estados "tienen la obligación de proteger [a las personas] contra los daños ambientales que interfieran en el disfrute de los derechos humanos"²³ y sus obligaciones incluyen el adoptar y aplicar marcos jurídicos para proteger contra daños ambientales que puedan vulnerar los derechos humanos, y regular a los agentes privados para proteger contra esos daños²⁴.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH") ha señalado que el medio ambiente también debe considerarse entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.²⁵ Asimismo, resaltó que el medio ambiente es un derecho autónomo que protege los componentes del medio ambiente como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia o evidencia sobre el riesgo de las personas

¹⁴ Constitución de la República Federal de Brasil, artículo 225

¹⁵ Constitución de la República de Chile, artículo 19.8

¹⁶ Constitución de la República de Ecuador, artículo 14

¹⁷ Constitución de Haití, artículos 253 y 254

¹⁸ Constitución de la República del Paraguay, artículo 7

¹⁹ Constitución de la República de Perú, artículo 2.22

²⁰ Constitución Nacional de Uruguay, artículo 47

²¹ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1, Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, adoptada en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, adoptado durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20

²² SCJN. Segunda Sala, Canales del Barrio de San Miguel, Amparo en revisión 641/2017, sentencia del 18 de octubre de 2017, Ponente: Alberto Pérez Dayán, pág. 2

²³ SCJN. Segunda Sala, Canales del Barrio de San Miguel, Amparo en revisión 641/2017, sentencia del 18 de octubre de 2017, Ponente: Alberto Pérez Dayán, págs. 51 y 52.

²⁴ Idem

²⁵ 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). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 57

individuales. Añadió que se trata de proteger la naturaleza no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano, sino por la importancia para los demás organismos vivos con quienes comparte el planeta, también merecedores de protección.²⁶

La protección al medio ambiente ha sido asumida como una obligación internacional, principalmente a través del concepto de “desarrollo sostenible”. Éste tiene su origen en el Informe presentado a las Naciones Unidas en 1987 por parte de un grupo de países, conocido como el Informe Brundtland o “Nuestro futuro”. En él se define como “*el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*”.²⁷ El mismo documento identifica dos conceptos claves al interior de la idea de un “desarrollo sostenible”: por un lado, el concepto de “necesidades”, haciendo énfasis en las de “*los pobres del mundo, a las que se debe dar prioridad absoluta*”; y por otro lado, la idea de limitaciones a la actividad humana para satisfacer las necesidades presentes y futuras.²⁸

Posteriormente, el concepto de “desarrollo sostenible”²⁹ fue retomado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante “Declaración de Río”), señalando que 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*”, por lo que a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, “*la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada*”.³⁰

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano establece, a lo largo de su cuerpo, el reconocimiento de que la actividad humana para el desarrollo se encuentra limitada con la protección al medio ambiente y los recursos naturales, así como la prohibición de los proyectos que no representen el mayor beneficio para todos.³¹

Al respecto, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, ha señalado que el desarrollo sostenible es esencial para la supervivencia y el futuro de los pueblos indígenas, cuyo derecho al desarrollo conlleva el derecho a determinar su propio ritmo de cambio, de

²⁶Corte 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). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr.62

²⁷ *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas como un anexo en el documento A/42/427 - *Development and International Co-operation: Environment* el 4 de agosto 1987, Part I. Common concerns, 2. Towards Sustainable Development, The Concept of Sustainable Development. Traducción propia.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del 3 a 14 de junio de 1992, principio 1.

³⁰ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del 3 a 14 de junio de 1992, principios 3 y 3.

³¹ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano el 16 de junio de 1972, véase de forma particular principios 1, 2, 3, 8, 11, 12, 15 y 23.

acuerdo con su propia visión del desarrollo, y que ese derecho debe respetarse, especialmente su derecho a decir que no³².

De manera particular, la Declaración de Río señala que las poblaciones indígenas y sus comunidades "desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales" por lo que los Estados "deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible".³³ Por su parte, en la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible se reafirmó el "papel vital de las poblaciones indígenas en el desarrollo".³⁴

Asimismo, el Plan 21 de la Organización de las Naciones Unidas señala la necesidad de

crear o fortalecer los mecanismos nacionales para celebrar consultas con las poblaciones indígenas y sus comunidades con miras a tener en cuenta sus necesidades e incorporar sus valores y sus conocimientos y prácticas tradicionales o de otra índole en las políticas y programas nacionales en materia de ordenación y conservación de los recursos naturales y en otros programas de desarrollo que puedan afectar a esas poblaciones.³⁵

Por su parte, la Declaración de Santa Cruz de la Sierra manifiesta que al definir las políticas y los programas de desarrollo sostenible se debe prestar especial atención a las necesidades de las poblaciones indígenas y a facilitar su plena participación en el proceso de desarrollo, por lo que los Estados firmantes se comprometieron a promover

mayores espacios para la expresión de las ideas y el intercambio de información y de conocimientos tradicionales sobre el desarrollo sostenible entre grupos, organizaciones, empresas e individuos, incluidas las poblaciones indígenas, así como para su efectiva participación en la formulación, adopción y ejecución de las decisiones que afectan sus condiciones de vida³⁶.

Resulta de especial relevancia que el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas ha recomendado a los Estados Miembros reconocer

el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, la autonomía y el autogobierno, junto con su derecho a determinar sus propias prioridades para su

³² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, presentado ante la Organización de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

³³ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del 3 a 14 de junio de 1992, principio 22.

³⁴ Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002, A/CONF.199/20, Anexo I, párr. 25.

³⁵ Agenda 21, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del 3 a 14 de junio de 1992, párr. 26.6.

³⁶ Declaración de Santa Cruz de la Sierra, Cumbres de las Américas Sobre Desarrollo Sostenible celebrada del 7 al 8 de diciembre de 1996, párrs. 6 y 10.d.

desarrollo, a participar en los procesos de toma de decisiones normativas y de gobernanza en los niveles local, nacional, regional e internacional y a establecer mecanismos para la consulta y la participación de los pueblos indígenas, basándose en el derecho fundamental al consentimiento libre, previo e informado y la plena participación en el proceso de desarrollo.³⁷

En el marco de la Comunidad Andina, el desarrollo sostenible y el respeto al medio ambiente ha sido uno de los objetivos desde su creación como sistema de integración subregional.³⁸ La relación entre el desarrollo sostenible y los derechos de los pueblos indígenas también han sido señalados en documentos del organismo como el Programa Andino de Seguridad Alimentaria y Nutricional para Nacionalidades y Pueblos Indígenas³⁹ y la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza,⁴⁰ reconociéndose en esta última el derecho a la participación de los pueblos indígenas y la relación de la lucha contra la pobreza con su inclusión en los asuntos públicos.

Cabe destacar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha desarrollado jurisprudencia relativa a los límites de la actividad humana frente a la salud y desarrollo sostenible.⁴¹ Asimismo, ha reconocido que los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas están relacionados con el manejo de la biodiversidad, desarrollo sostenible, cultivos asociados, manejo de ecosistemas, manejo forestal y manejo de cuencas hidrográficas.⁴²

La Corte IDH ha reconocido el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas a partir del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconociendo el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, por lo que debe garantizarse su derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.⁴³ Los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.⁴⁴

³⁷ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, Informe sobre el 12º período de sesiones del 20 a 31 de mayo de 2013, E/2013/43, párr. 97.

³⁸ Acuerdo de Integración Subregional Andino, adoptado por los países miembros de la Comunidad Andina en 1969, artículos 3, 60.c, 88.h y 128.

³⁹ Programa Andino de Seguridad Alimentaria y Nutricional para Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Aprobado por las autoridades del Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social y del Consejo Andino de Ministros de Agricultura de la Comunidad Andina el 1 de febrero de 2008, SG/di 874.

⁴⁰ Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza, presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina el 28 y 29 de julio de 2001, párrs. 7-11.

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 114-IP-2009, sentencia del 29 de abril de 2010.

⁴² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 60-IP-2012, sentencia del 24 de octubre de 2012.

⁴³ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 95.

⁴⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena

El tribunal interamericano también ha enfatizado la relevancia para el derecho internacional la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales,⁴⁵ por lo que es debe efectuarse un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala.⁴⁶

De lo anterior se desprende que el desarrollo sostenible contempla que la protección del medio ambiente tiene como objetivo garantizar la supervivencia de las generaciones futuras, no así el dismantelar o desplazar núcleos de población ya existentes. Por el contrario, el desarrollo sostenible debe ser implementado armónicamente con los objetivos democráticos.

Por otro lado, el desarrollo sostenible incluye a las personas y comunidades indígenas, así como su relación con el medio ambiente. Es decir, se reconoce que existen núcleos de población que, conforme a sus características históricas, culturales y productivas, no solo no obstaculizan el desarrollo sostenible, sino que pueden ser grandes actores para lograr sus objetivos.

B. Derecho a elegir el lugar de residencia

El artículo 22.1 de la Convención reconoce el derecho de circulación y de residencia. En esta línea, la Corte IDH ha considerado que esta norma protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte⁴⁷ o a no tener que salir forzosamente fuera del territorio del Estado en el cual se halle legalmente⁴⁸. Asimismo, ese Tribunal ha señalado en forma reiterada que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona⁴⁹.

Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 146.

⁴⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 130.

⁴⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 157.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 186. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 188, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 172.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 186.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 186. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 110, y Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 220.

La Corte IDH ha establecido que el derecho de circulación y de residencia, reconocido en el artículo 22.1 de la Convención, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona⁵⁰, que incluye: a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en él y escoger su lugar de residencia, y b) el derecho de éstos de ingresar, permanecer y salir del territorio del Estado sin interferencia ilegal. Así, el disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar⁵¹.

Asimismo, la Corte IDH ha considerado que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones *de facto* si el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios adecuados para ejercerlo⁵². Por otro lado, ha establecido que es un derecho también objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención⁵³. No obstante, dichas restricción deben observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad⁵⁴. Lo anterior implica que, debido al principio de no retroactividad, las restricciones al derecho de residencia no pueden ser retroactivas.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 93. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 197. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 162.

⁵¹ Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 93. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115 y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 197. Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 162.

⁵² Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 93. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 110. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 197. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 162. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 142. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 170, y Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2000 Serie C No. 192, párr. 139.

⁵³ Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 141. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 117. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 132.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 132. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 123.

El principio de no retroactividad de la ley se encuentra previsto en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁵. La Corte IDH ha declarado que los principios de legalidad y de irretroactividad de la norma desfavorable son aplicables no sólo al ámbito penal, sino que, además, su alcance se extiende a la materia sancionatoria administrativa⁵⁶. Asimismo, ha sostenido que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor⁵⁷. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este⁵⁸.

Bajo esta lógica, la prohibición de residir en determinados espacios –como, por ejemplo, áreas naturales protegidas– debe sujetarse al principio de no retroactividad, ya sea que el incumplimiento de esa prohibición esté sujeta a sanciones penales o administrativas o de cualquier otro carácter. No puede prohibirse la residencia a comunidades que ya se encuentran establecidas en un determinado sitio. Esta regla se acentúa aún más cuando la comunidad está compuesta por personas indígenas, quienes, dada su relación con el medio ambiente en el que habitan, son factores indispensables para garantizar el desarrollo sostenible.

C. Derecho a la vivienda

El derecho a una vivienda digna y adecuada figura en numerosos tratados internacionales y su protección en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es muy amplia⁵⁹. El alcance de este derecho así como su contenido han ido en constante aumento,

⁵⁵ “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 176. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 106.

⁵⁷ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 279. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 104, y Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 131.

⁵⁸ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 279. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 104, y Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 131.

⁵⁹ La protección directa de este derecho se encuentra en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el artículo 26 de la Convención América sobre Derechos Humanos como parte de los derechos económicos, sociales y culturales; artículo 14.2 de la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 5.e.iii. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ente otros instrumentos.

por lo que actualmente conlleva a los Estados a tener nuevas obligaciones que surgen de la dinámica social.

Una de las formas de violación al derecho a la vivienda de una comunidad son los desalojos forzosos. En su Observación general N° 4, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante "Comité DESC") señaló que todas las personas deberían de gozar de cierto grado de seguridad de la tenencia que les garantiza una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas⁶⁰. El mismo Comité señala que dada la interrelación entre los derechos humanos, los desalojos forzosos violan con frecuencia otros derechos humanos, como el derecho a la vida, a la seguridad persona, a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar.⁶¹

Más tarde, en su Observación general N° 7, se estableció de manera explícita que los Estados deben abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos.⁶² La comunidad internacional ha declarado en repetidas ocasiones que los desalojos forzosos constituyen una violación grave de los derechos humanos, en particular el derecho a una vivienda adecuada.⁶³

Es en esa misma Observación general, se expuso que el término de desalojo forzoso no solo se refiere a los desalojos ilegales o arbitrarios, sino que se define como "el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos."⁶⁴ Por lo que el término es más amplio, no restrictivo.

Cabe mencionar, que de acuerdo a la Observación general N°7 del Comité DESC, los desalojos forzosos se pueden dar en nombre del desarrollo, en relación con conflictos sobre tierras, proyectos de desarrollo e infraestructura, adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas, desbroce de tierras para fines agrícolas, para fines aparentemente ambientales,⁶⁵ entre otros,⁶⁶ lo cual se da con más frecuencia en

⁶⁰ ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°4 El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11 párrafo 1). Párr. 8.a.

⁶¹ ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): desalojos forzosos. Párr. 5.

⁶² ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): desalojos forzosos. Párr. 9.

⁶³ ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resoluciones 1993/77 y 2004/28. Prohibición de los desalojos forzosos. // ONUHABITAT. Desalojos Forzosos. Folleto informativo N°25/Rev.1. Pág. 1.

⁶⁴ ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): desalojos forzosos. Párr. 3.

⁶⁵ ONU. PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. A/HRC/4/18. Párr. 8.

la práctica al no contar las comunidades con medios para demostrar la tenencia jurídica segura sobre las tierras que habitan.⁶⁷

Bajo esta lógica, el desplazamiento forzado interno constituye la forma más grave de desalojo forzoso, puesto que trasciende el propio derecho a la vivienda e implica una violación múltiple a los derechos humanos.

Los Principios Rectores de los desplazamientos internos⁶⁸ (en adelante “principios”) presentan una serie de criterios orientadores para la protección, atención y apoyo para personas desplazadas. Estos principios más allá de buscar suplir las obligaciones internacionales sobre desplazamiento contenidas en otros instrumentos buscan reafirmar su contenido y esclarecer las ambigüedades que pudieran existir⁶⁹ mediante la compilación y análisis de estas obligaciones.

En ese sentido, la base de su aplicación no radica en la acreditación de un estatus por parte de las personas desplazadas sino la observancia de una condición que las haya obligado a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, ya sea para evitar o prevenir los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano⁷⁰.

Partiendo de la obligación y la responsabilidad de las autoridades nacionales de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción⁷¹ existe una serie de servicios que deben ser brindados de forma oportuna apenas se informa de una condición de desplazamiento, sin la necesidad de que estas deban ser solicitadas.

Esta atención debe ser garantizada de manera particular a niñas y niños, mujeres, personas adultas mayores y personas con discapacidad, con especial énfasis a las necesidades

⁶⁶ ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): desalojos forzosos. Párr. 8.

⁶⁷ ONU. PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. A/HRC/4/18. Párr. 5.

⁶⁸ Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. *Adición al informe del Representante del Secretario General Sr. Francis Deng presentado ante la Comisión de Derechos Humanos: principios rectores de los desplazamientos internos*. Resolución E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998.

⁶⁹ Por ejemplo, el artículo 17(1) del segundo protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 parece prohibir únicamente el hecho de ordenar desplazamientos de la población civil en los conflictos armados no internacionales, creando un vacío en la protección de personas desplazadas por actos que no fueron ordenados en el marco de las hostilidades.

⁷⁰ Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. *Adición al informe del Representante del Secretario General Sr. Francis Deng presentado ante la Comisión de Derechos Humanos: principios rectores de los desplazamientos internos*. Resolución E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998, página 5.

⁷¹ *Principios rectores de los desplazamientos internos*. Resolución E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998, principio 3.

particulares que pudieran tener⁷². Asimismo, esta protección se hace extensiva a pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella⁷³.

Bajo esta lógica, el desplazamiento forzado interno es una violación grave, entre otros, al derecho a la vivienda, el cual es necesario para poder disfrutar de otros derechos económicos, sociales y culturales. Así, existe el deber de garantizar, tanto como sea fácticamente posible, el retorno de los desplazados para poder ejercer su derecho a la vivienda en el lugar que consideren más apropiado conforme a su cultura y su proyecto de vida.

En el caso concreto, no puede limitarse el Estado a decir que no es posible el retorno debido a que se encontraban originalmente en un área natural protegida. Debe dar argumentos concretos acerca de cómo la presencia de la comunidad afecta de manera irreparable el medio ambiente en el cual habitaban. Si bien el principio precautorio es un elemento a tener en cuenta, el derecho a la vivienda no es una actividad humana que por sí misma genere una afectación al medio ambiente. Por el contrario, constituye una necesidad básica ineludible de la existencia de seres humanos. En este sentido, no podría ser aplicado el principio precautorio que sí es aplicable en casos de proyectos económicos, productivos y de desarrollo.

Conclusiones

De conformidad con todo lo anterior, podemos concluir los siguientes lineamientos para analizar, juzgar y resolver casos que impliquen conflictos aparentes entre la protección al medio ambiente y los derechos a la residencia y a la vivienda.

- La participación de las comunidades indígenas está contemplada en el concepto de desarrollo sostenible como un elemento indispensable.
- La protección al medio ambiente es per se compatible con el respeto, protección, garantía y cumplimiento de los otros derechos humanos.
- La prohibición de residir en un lugar como medida para proteger el medio ambiente está sujeta al principio de legalidad, proporcionalidad y no-retroactividad.
- El derecho a la vivienda es indispensable para el ejercicio de otros derechos económicos, sociales y culturales. El ejercicio del derecho a la vivienda incluye,

⁷² Principios rectores de los desplazamientos interno. Resolución E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998, principio 4; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*. Resolución E/C.12/GC/24, párrafo 8.

⁷³ Principios rectores de los desplazamientos interno. Resolución E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998, principio 9.

implícitamente, el derecho a seleccionar un lugar culturalmente adecuado para vivir y conforme al proyecto personal de vida.

- El principio precautorio no puede ser aplicado per se para analizar la existencia de asentamientos humanos en áreas naturales protegidas tal y como se aplica para otro tipo de proyectos o intervenciones que no constituyen un derecho de primera necesidad humana.
- En todo caso, resolver conflictos aparentes entre la protección al medio ambiente sano y los derechos al lugar de residencia y a la vivienda exige un ejercicio de ponderación que atienda a las circunstancias del caso concreto.

II. EL PRINCIPIO DE NO-REGRESIVIDAD EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Se advierte que el Caso Laguna Larga tiene claras implicaciones en los derechos económicos, sociales y culturales. En virtud de ello, el presente apartado se encargará de exponer, por un lado, el contexto general del principio de no-regresividad en el derecho internacional, y por otro lado, la práctica de las Altas Cortes latinoamericanas al momento de resolver casos relacionados al principio de no-regresividad.

A. Contexto general del principio de no-regresividad en el derecho internacional

El principio de progresividad en el derecho internacional tiene su origen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC"), adoptado en diciembre de 1966. En él, se consagró como un principio fundamental la naturaleza progresiva de los derechos sociales, en el sentido de que

cada uno de los Estados Partes [se comprometía] a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnica, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los [DESC]⁷⁴.

(Énfasis añadidos)

Posteriormente, esta obligación fue recogida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no únicamente a través del artículo 26 de la Convención Americana, sino también a través del artículo 1⁷⁵ del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo De San Salvador"), así como en el artículo 4(d) de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores⁷⁶.

⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1.

⁷⁵ "Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo." Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Véase también las referencias al alcance progresivo de determinadas obligaciones establecidas en los artículos 6.b, 6.c, 6.e, 17 y 19 del mismo Protocolo.

⁷⁶ "Artículo 4. Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin: [...] d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos

En el mismo sentido, el principio de progresividad fue retomado con especial atención tanto en los Principios de Limburgo⁷⁷ como en las Directrices de Maastricht de 1997⁷⁸, ambos instrumentos relevantes para la implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC.

Sin embargo, tal y como lo ha señalado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante "Comité DESC") el principio de progresividad también encierra la prohibición de medidas regresivas que reduzcan la protección alcanzada sobre un derecho⁷⁹. En este sentido, el principio de *no-regresividad*, a diferencia del de *progresividad*, obliga a los Estados en sentido negativo para que no adopten medidas contrarias al avance de un derecho alcanzado⁸⁰.

En el marco del Sistema Interamericano, la CorteIDH ha señalado que como correlato al principio de progresividad se desprende un deber de no-regresividad, el cual es justiciable en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁸¹. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso"⁸².

¿Cómo puede un operador de justicia determinar si se ha incurrido en una medida de carácter regresiva? Si bien actualmente no existe un criterio estricto, sí se cuenta con algunos referentes que podrían orientar la decisión.

Por ejemplo, de la lectura del Protocolo Facultativo del Pacto Económico de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo Facultativo DESC"), adoptado en 2007, se advierte que los Estados tienen la obligación de agotar todos los medios para satisfacer las necesidades en torno a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, existe la obligación de tomar medidas de cualquier tipo (entiéndase administrativas, financieras, educacionales, sociales, legislativas, judiciales o cualquier otra) con la finalidad de agotar al menos un "primer nivel de acción"⁸³.

económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional. [...]". Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores.

⁷⁷ Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1987, Principios 8, 14, 21 y 23.

⁷⁸ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997, Directriz 8.

⁷⁹ Véase: Observación General del Comité DESC N° 3, párrafo 9 y Observación General del Comité DESC N° 14, párr. 32.

⁸⁰ Vázquez, Daniel; "Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar", Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (2016), pág. 165.

⁸¹ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103.

⁸² CIDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 - 147.

⁸³ Sobre esta expresión es necesario aclarar que se hace referencia a "niveles de acción" al hablar de los criterios establecidos por el Comité DESC en la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el

Es necesario señalar que las limitaciones en los recursos no pueden ser una excusa para no adoptar medidas⁸⁴. Por el contrario, ante la insuficiencia de recursos deben prestarse atención especial a los grupos en situación de vulnerabilidad dentro de la población⁸⁵. Aunque no se cuente con recursos suficientes dentro del Estado, deberá buscarse la cooperación y asistencia internacional⁸⁶.

Por último, el Protocolo Facultativo DESC establece que si no se cuenta con medios suficientes y tampoco se cuenta con la asistencia o cooperación internacional, deberán destinarse los recursos existentes para dar cumplimiento a las obligaciones de carácter prioritario⁸⁷. No obstante, esta medida debe analizarse a la luz de las limitaciones que podrían tener los Estados: **i)** nivel de desarrollo, **ii)** situación económica del país y **iii)** otras necesidades importantes⁸⁸.

Otros elementos para el análisis se desprenden de los Principios de Limburgo, en los cuales se sostiene que existen actos por parte de las autoridades estatales que constituyen violaciones directas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁹. A saber: **i)** no adoptar las medidas requeridas en el Pacto (existiendo la posibilidad de ampliar esta responsabilidad a las medidas derivadas de la interpretación que hace el Comité DESC en sus observaciones generales); **ii)** no eliminar los obstáculos para permitir la efectividad de un derecho reconocido en el Pacto; **iii)** no aplicar sin demora un derecho garantizando en el Pacto; **iv)** imponer una limitación a un derecho reconocido en el Pacto; y **v)** retrasar o interrumpir la realización progresiva de un derecho reconocido en el Pacto⁹⁰.

“máximo uso de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto Económico de Derechos Económicos Sociales y Culturales, para ilustrar cómo los Estados deberían ir demostrando que han realizado su máximo esfuerzo para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del PIDESC.

⁸⁴ Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo uso de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto Económico de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrs. 4, 5 y 11.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 4, 8 (f) y 14 (b).

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 5. Véase también: Fondo Monetario Internacional, informe anual 2016, pág. 16, 53 y 60; Pigru, Antoni; “Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los derechos de los pueblos”, *Afers internacionals*, número 29-30, págs. 139 - 175.

⁸⁷ *Ibidem*, párrs. 6, 7 y 12.

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 10. Véase también: Vázquez, Daniel; “Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas: México (2016), págs. 176 y 177.

⁸⁹ Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, principios 70-73.

⁹⁰ *Idem*.

En un sentido más amplio que los principios de Limburgo, las directrices de Maastricht reconocen que la regresividad puede producirse por acciones u omisiones de las autoridades estatales⁹¹.

Entre las acciones que constituyen una conducta regresiva las Directrices señalan las siguientes⁹²: i) la anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente; ii) la denegación de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta; iii) apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales; iv) la aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos; v) la adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos; vi) la obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto; o vii) la reducción o desviación de un gasto público específico destinado a lograr el goce de un derecho.

Entre las omisiones que constituyen dan lugar a la regresividad de un derecho se encuentran⁹³: i) la no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto, existiendo nuevamente la posibilidad de ampliar esta responsabilidad a las medidas derivadas de la interpretación que hace el Comité DESC en sus observaciones generales; ii) La no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto; iii) la no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto; iv) la no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales; v) la no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización del Pacto; vi) *la falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento*; vii) la no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto; viii) la no aplicación inmediata de un derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al Pacto o la no satisfacción de sus niveles mínimos; y ix) cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales.

No obstante, debe destacarse que las Directrices distinguen sobre “el incumplimiento”⁹⁴ y la “incapacidad de cumplir”⁹⁵, siendo sólo el primer caso objeto de responsabilidad

⁹¹ Véase: Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997, párr. 3 y Observación General 14 del Comité DESC sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 9.

⁹² Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997, párr. 4.

⁹³ *Ibidem*, párr. 15.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 6.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 13.

internacional. Para poder distinguir entre el *incumplimiento* y la *incapacidad de cumplir* en el presente caso, se debe atender a las acciones del Estado de Guatemala en contraste con los criterios aportados.

En suma, si bien constituye un tema aún en desarrollo, existen ya bases importantes en el derecho internacional para analizar los casos que se refieran a alegadas medidas regresivas. Como parte de los elementos constitutivos del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no-regresividad es justiciable. La supervisión de su cumplimiento no constituye una violación al principio de subsidiariedad de las instancias internacionales en materia de derechos humanos, sino un requisito *sine qua non* para garantizar el estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

B. Prácticas de las altas cortes latinoamericanas para juzgar a la luz del principio de no-regresividad

Si bien el principio de no-regresividad se encuentra implícitamente reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, no es la única fuente de su reconocimiento a nivel regional. Constituciones como las de Ecuador⁹⁶, República Dominicana⁹⁷, Bolivia⁹⁸, Venezuela⁹⁹ y México¹⁰⁰, declaran el principio de progresividad con un alcance general a todos los derechos reconocidos en sus textos. Otras, como las de Colombia¹⁰¹, Honduras¹⁰²,

⁹⁶ Véase: "Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. [...]". Constitución de la República del Ecuador.

⁹⁷ "Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas." Constitución de la República Dominicana.

⁹⁸ "Artículo 13. 1. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. [...]" Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

⁹⁹ "Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen." Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁰⁰ "Artículo 1o. [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...]". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰¹ El principio de progresividad se encuentra establecido en los artículos 48, 64, 262, 334 y 363 de la Constitución Política de Colombia, destacando en el derecho a la seguridad social (artículo 48) y a la tenencia de la tierra (artículo 64).

¹⁰² El artículo 143 de la Constitución Política de la República de Honduras reconoce la implementación progresiva del régimen de seguridad social. De manera indirecta, el artículo 179 prevé que el Estado promoverá, apoyará y regulará la creación de sistemas y mecanismos "para la utilización de los recursos

Guatemala¹⁰³ y Perú¹⁰⁴ han reconocido el carácter progresivo de ciertos derechos contempladas en ellas. Por su parte, constituciones como las de Nicaragua¹⁰⁵, Chile¹⁰⁶, Paraguay¹⁰⁷, Cuba¹⁰⁸, Argentina¹⁰⁹, Brasil¹¹⁰ y Costa Rica¹¹¹, si bien no se refieren de

internos y externos a ser canalizados hacia la solución del problema habitacional". Por su parte, el artículo 260 establece como uno de sus fines de las instituciones descentralizadas el "progreso social y bienestar general".

¹⁰³ La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el artículo 100 el principio de progresividad refiriéndose al derecho a la seguridad social.

¹⁰⁴ Véase: "Artículo 10°.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida." "Artículo 23°.- [...] El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo." Constitución Política del Perú.

¹⁰⁵ Véase: "Artículo 59.- Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma. Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen." "Artículo 63.- Es derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos." Artículo 64.- Los nicaragüenses tienen derecho a una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la privacidad familiar. El Estado promoverá la realización de este derecho." Constitución de Nicaragua.

¹⁰⁶ Véase: "10° El derecho a la educación. [...] La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; [...]" Constitución Política de la República de Chile.

¹⁰⁷ Véase: "Artículo 176 - DE LA POLÍTICA ECONOMICA Y DE LA PROMOCION DEL DESARROLLO. La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional." Constitución Nacional de la República de Paraguay.

¹⁰⁸ Véase: "Artículo 90.- El Estado: 1. realiza la voluntad del pueblo trabajador y encauza los esfuerzos de la nación en la construcción del socialismo; mantiene y defiende la integridad y la soberanía de la patria; garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad; afianza la ideología y las normas de convivencia y de conducta propias de la sociedad libre de la explotación del hombre por el hombre; protege el trabajo creador del pueblo y la propiedad y la riqueza de la nación socialista; dirige planificadamente la economía nacional; asegura el avance educacional, científico, técnico y cultural del país; 1. como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades; que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia; que no haya enfermo que no tenga atención médica; que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido; que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar; que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte; 1. trabaja por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable." Constitución de la República de Cuba.

¹⁰⁹ Véase: "Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la

manera expresa a ese principio, sí establecen obligaciones activas del Estado para procurar la garantía de derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad para toda la población.

Más allá de esas distintas modalidades, podemos afirmar que en el constitucionalismo latinoamericano se ha afianzado la idea de que el Estado tiene la obligación de emprender esfuerzos para que los derechos económicos, sociales y culturales sean disfrutados y ejercidos en condiciones de igualdad por toda la población.

El principio de no-regresividad ha sido abordado por algunas de las Altas Cortes de distintos países de la región. Si bien parten del supuesto de que este principio no posee un carácter absoluto, pareciera existir dos modelos que distinguen las formas en las que los Altos Tribunales analizan la constitucionalidad de una medida regresiva: por un lado, a través de un examen de apreciación; y por otro lado, a través de un examen o *test* estandarizado o semi-estandarizado.

En el primer modelo, el análisis se caracteriza por un amplio margen de apreciación caso por caso, con análisis casi siempre opacos que no permiten sistematizar un test para ser retomado en casos futuros. Este es el caso de países como Ecuador y Argentina.

Si bien la Corte Constitucional de Ecuador ha desarrollado criterios sobre la naturaleza jurídica del principio de no-regresividad¹¹², ha analizado la constitucionalidad de medidas regresivas bajo una apreciación genérica sin establecer un test estandarizado¹¹³. No obstante, ha retomado de su homóloga colombiana y hecho suyo el criterio de análisis de identidad de normas para evaluar la regresividad producida por reformas legislativas¹¹⁴. Tampoco la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina propone una serie de pasos para determinar si se da una medida regresiva, sino un análisis en abstracto¹¹⁵.

Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones". Constitución de la Nación Argentina.

¹¹⁰ Véase: "Art. 3. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: 1. construir una sociedad libre, justa y solidaria; 2. garantizar el desarrollo nacional; 3. erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; 4. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación." Constitución de la República Federativa de Brasil.

¹¹¹ Véase: "Artículo 65.- El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador." "Artículo 83.- El Estado patrocinará y organizará la educación de adultos, destinada a combatir el analfabetismo y a proporcionar oportunidad cultural a aquellos que deseen mejorar su condición intelectual, social y económica". Constitución Política de Costa Rica.

¹¹² Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia N. 025-12-SIN-CC, Caso N. 0003-11-IN*, 21 de junio de 2012. *Sentencia N. 0006-15-SCN-CC, Caso N. 0005-13-CN*, 27 de mayo de 2015, página 15 y 16.

¹¹³ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia N. 017-17-SIN-CC, Caso N. 0071-15-IN*, 7 de junio de 2017, págs. 14 y 15. *Sentencia N. 025-12-SIN-CC, Caso N. 0003-11-IN, Sentencia N. 0006-15-SCN-CC, Caso N. 0005-13-CN*, 27 de mayo de 2015, págs. 15 y 16.

¹¹⁴ Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia N. 017-17-SIN-CC, Caso N. 0071-15-IN*, 7 de junio de 2017, págs. 15 y 16.

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *García Cancino C/Máxima A.F.J.P. S/ORDINARIO S.C. G. 2.033; L. XXXIX; A. 59B, XLIII. Recurso de Hecho. Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad; CSJ 906/2012 (48-R)/CS1. Recurso de Hecho. Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores e/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción de amparo.*

aunque sí ha valorado que la medida acusada de regresividad debe estar justificada plenamente¹¹⁶.

El segundo modelo, el estandarizado o semi-estandarizado, se caracteriza por la necesidad de establecer pautas específicas que guíen la actividad del juzgador al analizar casos sobre medidas acusadas de ser regresivas. Esto no quiere decir que se haya alcanzado, en efecto, un test único e inmutable, sino que la actividad de las Altas Cortes se ha caracterizado por apostar a alcanzarlo. Este es el caso de países como Colombia, Perú, Guatemala y México.

Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que se entiende que una medida es regresiva cuando se dan los siguientes supuestos: i) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; y iii) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción de un derecho¹¹⁷.

Además, retomando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante "Comité DESC"), ha señalado que una disminución en la inversión de recursos públicos destinados a satisfacer un derecho será considerada una medida regresiva cuando se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad)¹¹⁸.

En todo caso, la Corte Colombiana ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad¹¹⁹.

A su criterio, cuando una medida regresiva es sujeta a control constitucional, corresponde al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes¹²⁰: i) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; ii) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; iii) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; iv) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; y v) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Recurso de Hecho, *Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*, A. 598. XLIII, 18 de junio de 2013, pág. 14.

¹¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 313/14. Véase además: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 556/09.

¹¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C 507/08 y C 556/09.

¹¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-991 de 2004. Véase también: Sentencias T-025/04 y 313/14.

¹²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 313/14. Véase también: Sentencias C-1064/01, C-671/02, 931/04 y C 428/09.

En el caso de regresiones en virtud de reformas legales, la corporación colombiana ha determinado que su constitucionalidad dependerá no solo de su justificación y que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino de confirmar que la medida no desconozca situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, mostrándose respetuosa de los derechos adquiridos; o que si bien afecte a situaciones ya consolidadas, contemple otros mecanismos —como los regímenes de transición— dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas¹²¹.

Asimismo, en cuanto a la regresividad por reformas legales también ha señalado que, para precisar si la disposición demandada constituye una medida regresiva, es indispensable adelantar un cotejo entre la norma de la disposición demandada y la norma que se afectaría con dicho cambio normativo¹²².

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú, si bien en un principio se limitó a un examen laxo sobre el principio de regresividad¹²³, en los últimos años ha optado algunos criterios que podrían ser el inicio de un test más claro para el análisis de medidas regresivas. Por ejemplo, para analizar la constitucionalidad de la reducción de una remuneración ha constatado si ésta: i) se encuentra justificada por razones de interés social o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique; ii) se trata de una medida extraordinaria; iii) se trata de una medida coyuntural; y iv) posee eficacia limitada en el tiempo¹²⁴.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha establecido que una medida resulta o no regresiva: i) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho prestacional; ii) cuando aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho de que se trata; y iii) cuando disminuye o desvía de manera efectiva e importante los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho, antes de que se haya verificado el cumplimiento de la respectiva prestación¹²⁵.

No obstante ha considerado que, “en determinado momento histórico”, las dificultades financieras que el Estado enfrente pueden dar lugar a establecer medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social, por lo que el análisis de constitucionalidad de toda medida regresiva debe atender a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad¹²⁶. Así, el examen de regresividad de la Corte de Constitucionalidad de

¹²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T 43/07, C-529/94, C-126/95, C-168/95, C-147/97, C-350/97, C-478/98, C-789/02 y C-781/03.

¹²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-536/12.

¹²³ En un primer momento, para el Tribunal Constitucional de Perú el criterio clave para determinar la constitucionalidad de una regresión era identificar si ésta se daba sobre elementos del contenido esencial de ese derecho o no. Véase: Tribunal Constitucional de Perú, *Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República*. Proceso de Inconstitucionalidad. Expediente N. 00050-2004-AI/TC, 3 de junio de 2005, pág. 60.

¹²⁴ Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Ley de Reforma Magisterial 2*, SCT – 01.014 – PI, Expediente 0020 – 2012 – PI/TC, 16 de abril de 2014, página 20.

¹²⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala Inconstitucionalidad general y parcial, Expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011, pág. 13.

¹²⁶ *Idem*.

Guatemala consiste en determinar si: i) la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucional; ii) resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida; iii) fueron evaluadas las distintas alternativas y esa medida es necesaria para alcanzar el fin propuesto; iv) no afecta el contenido esencial del derecho fundamental comprometido; y v) el beneficio que alcanza es proporcional al costo que previene¹²⁷.

El caso de México es particular, al contar con dos test vigentes al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si bien ese Tribunal ha variado en cuanto a los elementos para el análisis de constitucionalidad de una medida regresiva¹²⁸, sus dos salas han generado jurisprudencia reiterada y obligatoria¹²⁹ estableciendo dos test distintos para analizar la constitucionalidad de medidas regresivas.

Para la Primera Sala, el test de constitucionalidad es el tendiente a analizar si la medida regresiva: i) se acredita la falta de recursos; ii) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; y, iii) se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente era mayor¹³⁰.

Por su parte, la Segunda Sala ha señalado que para interpretar si una medida regresiva es violatoria de derechos humanos debe analizarse si: i) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y ii) genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos¹³¹.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho uso de un análisis genérico (véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Primera Sala, Amparo en revisión 1334/2015, Sentencia del 10 de mayo de 2017. Primera Sala, Amparo en revisión 304/2015, Sentencia del 31 de mayo de 2017), así como de un test consistente en acreditar la existencia de una restricción generalizada y una relación de causalidad entre la medida y afectaciones a las personas demandantes en amparo (véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 566/2015. Miguel Ángel Arce Montiel y otros. 15 de febrero de 2017) y un test relacionado la legitimidad de la medida regresiva para potencializar el disfrute de otro derecho humano, en una lógica de proporcionalidad simple (véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Segunda Sala, Amparo directo en revisión 2425/2015, 12 de agosto de 2015).

¹²⁹ Conforme a la Ley de Amparo de México, los criterios de interpretación son vinculantes para todos los jueces del país cuando son reiterados por alguna de las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cinco fallos seguidos, sin que medie ningún fallo en sentido contrario.

¹³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Primera Sala, Amparo en revisión 750/2015, Sentencia del 20 de abril de 2016. Primera Sala, Amparo en revisión 1374/2015, Sentencia del 18 de mayo de 2016. Primera Sala, Amparo en revisión 1356/2015, Sentencia del 6 de julio de 2016. Primera Sala, Amparo en revisión 100/2016, Sentencia del 10 de agosto de 2016. Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, Sentencia del 8 de marzo de 2017.

¹³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Segunda Sala, Amparo directo en revisión 2425/2015, 12 de agosto de 2015. Segunda Sala, Contradicción de tesis 291/2015, 20 de enero de 2016. Amparo directo en revisión 559/2015, 17 de febrero de 2016. Segunda Sala, Amparo en revisión 11/2016, 18 de mayo de 2016. Segunda Sala, Amparo directo en revisión 7153/2016, 5 de abril de 2017.

Si bien no es un Alto Tribunal, consideramos prudente destacar la sentencia del caso Viceconte¹³² de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo Federal de Argentina. En ella, se ejemplifica el rol positivo que se puede desempeñar en el control de políticas públicas, así como en la asignación y ejecución de partidas presupuestarias. Además, en ella se señala el papel de garante del Estado cuando determinadas prestaciones de salud no estén cubiertas por la actividad privada al no resultarles rentables¹³³.

En suma, el desarrollo de criterios para analizar si una medida es o no regresiva, no es exclusiva del derecho internacional de los derechos humanos. Las Altas Cortes de varios estados de la región se han esforzado para delimitar pautas generales que ayuden a juzgar casos en sede interna relativos a alegadas violaciones al principio de no-regresividad.

¹³² Viceconte Mariela contra Ministerio de Salud y Acción Social, sentencia de 2 de Junio de 1998, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-nac-apelac-contencioso-administrativo-federal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-viceconte-mariela-en-m-salud-accion-social-amparo-ley-16986-fa98100361-1998-06-02/123456789-163-0018-9ots-eupmocsollaf>.

¹³³ *Ídem*.


CONCLUSIONES GENERALES

El CEDHUADY considera que el Caso Laguna Larga es de gran relevancia, no solo para las víctimas del caso concreto y para la sociedad guatemalteca, sino para avanzar en la construcción de un Estado de Derecho en la región mesoamericana. Asimismo, consideramos que puede generar importante precedentes para generar una nueva relación entre nuestros estados y la sociedad no-indígena frente a las personas, pueblos y comunidades originarias.


La Corte de Constitucionalidad de Guatemala podría, además, generar importantes precedentes para resolver casos relacionados a aparentes conflictos entre la protección al medio ambiente sano y los derechos a la residencia y a la vivienda. Desde el CEDHUADY confiamos que un caso de esta naturaleza será analizado bajo los más altos estándares en materia de derechos humanos, así como con la voluntad judicial dirigida a atender las circunstancias del caso concreto, buscando que la resolución se convierta en una herramienta de construcción para una sociedad más justa.

Sin más por el momento, concluimos manifestando nuestro más alto respeto por esta Honorable Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala.


Mérida de Yucatán, Estados Unidos Mexicanos a 15 de agosto de 2018.




María de los Angeles Cruz Rosel
Secretaria Ejecutiva
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán
angeles.cruz@correo.uady.mx



Enrique Gallegos Madrigal
Voluntario
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán



Carlos Luis Escoffié Duarte
Abogado Investigador
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán



Sandra Carolina López Pech
Servicio Social
Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán



Jerónimo Munguía Zarco

Voluntario

Centro de Estudios de Derechos Humanos
Universidad Autónoma De Yucatán