

PRESENTACIÓN
José Thompson J

O COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS,
SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS
E O ENFRENTAMENTO À COVID-19
RENATO ZERBINI RIBEIRO LEÃO

A CRISE DO SARS-COV-2 E O (FIM DO) INDIVIDUALISMO NACIONALISTA:
A PROMOÇÃO DAS DIRETRIZES DO SIDH NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL
MURILO BORGES
VINICIUS VILLANI ABRANTES

EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO
DE LA PANDEMIA MUNDIAL
ALEJANDRO DÍAZ PÉREZ

LA CORRUPCIÓN EN LA EMERGENCIA: REPERCUSIONES SOBRE
LOS DERECHOS HUMANOS
FRANCO GATTI

“MENOS PEDRAS, MAIS FLORES”:
PELO DIREITO À UMA CIDADE MAIS HUMANA EM TEMPOS DE PANDEMIA
ANA CÉLIA PASSOS PEREIRA CAMPOS
IGOR DE SOUZA RODRIGUES

LÍMITES CONVENCIONALES A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y RESPUESTAS A LA PANDEMIA
MARCOS ANTONIO VELA ÁVALOS

VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19:
¿DERECHO O PRIVILEGIO? EL CASO DEL ECUADOR
CAMILA YÁNEZ COELLO

Julio - Diciembre 2020

72

Julio - Diciembre 2020



Embajada de Noruega
Ciudad de México



REVISTA
IIDH

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

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

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

*Corrección de estilo: Español: José Benjamín Cuéllar M.
Portugués: Maria Gabriela Sancho Guevara*

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Imprenta Aguilar

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

O comitê de direitos econômicos, sociais e culturais das nações unidas e o enfrentamento à COVID-19 13

Renato Zerbini Ribeiro Leão

A crise do SARS-COV-2 E o (fim do) individualismo nacionalista: a promoção das diretrizes do SIDH na proteção dos refugiados no Brasil..... 49

Murilo Borges

Vinicius Villani Abrantes

El derecho a la vivienda en el contexto de la pandemia mundial..... 71

Alejandro Díaz Pérez

La corrupción en la emergencia: repercusiones sobre los derechos humanos..... 89

Franco Gatti

“Menos Pedras, Mais Flores”: Pelo direito à uma cidade mais humana em tempos de pandemia..... 113

Ana Célia Passos Pereira Campos

Igor de Souza Rodrigues

Límites convencionales a los estados de excepción y respuestas a la pandemia 141

Marcos Antonio Vela Ávalos

Vacunación contra la COVID-19:**¿Derecho o privilegio? El caso del Ecuador.....167***Camila Yáñez Coello***Presentación**

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 72, la más reciente de una iniciativa pionera iniciada en 1985 que se ha prolongado durante 36 años. Esta edición contiene siete artículos que abordan asuntos relativos a los derechos humanos en el contexto de la pandemia mundial ocasionada por la COVID19.

Sin duda, la situación que esta ha generado sacudió a la comunidad internacional. Atender la emergencia sanitaria y pilotear las consecuentes estrategias en lo relativo a la salubridad y la economía no ha sido un desafío menor; para todos los países del orbe ha significado una amplia curva de aprendizaje. Este contexto generó nuevos obstáculos a la garantía de los derechos humanos y profundizó las brechas de desigualdad entre los grupos sociales que –de por sí– ya se encontraban marginados como las mujeres, los pueblos indígenas, las comunidades rurales y las personas migrantes, por mencionar algunos. Adicionalmente, los recursos públicos e incluso privados se han volcado a la atención de la pandemia, colocando en muchos casos las prioridades de derechos humanos en un segundo plano o, al menos, disminuyendo la preocupación por las mismas.

Esto ha dejado para todos los actores de la comunidad internacional una serie de lecciones aprendidas; pero también de buenas prácticas que bien vale la pena identificar, difundir, monitorear, replicar y hasta cuestionar para transformarlas hacia mejores soluciones no solo para la situación sanitaria, sino para la

dignidad y los derechos de las personas en situaciones de mayor vulnerabilidad.

En atención a ello, se aporta la presente edición de la Revista IIDH que incluye el análisis de diversas experiencias puntuales que se han suscitado en el marco de la COVID-19 y que pueden ser de utilidad para afrontar este escenario que aún persiste, cuyos efectos inmediatos y a mediano plazo también requerirán una atención con enfoque de derechos humanos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición comenzando con la contribución titulada *O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e o enfrentamento à COVID-19*, de Renato Zerbini Ribeiro Leão quien forma parte del Consejo Editorial de esta Revista. La importancia de su artículo reside en dar a conocer las preocupaciones y recomendaciones del órgano de interpretación, supervisión y seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de la Organización de las Naciones Unidas, para el desarrollo de políticas públicas sobre la materia en un marco de afirmación del derecho a la salud respecto de la responsabilidad de los Estados desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos humanos. Además de describir las características centrales del PIDESC y el Comité de Derechos Económicos y Sociales (CDESC) así como los pilares del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos, aborda las principales líneas argumentativas y las conclusiones de tres importantes documentos aprobados recientemente por el Comité: la *Observación general núm. 25, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del 30 de abril de 2020; la *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)* y

los derechos económicos, sociales y culturales, del 17 de abril de 2020; y la *Declaración sobre el acceso universal y equitativo a las vacunas contra la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, del 15 de diciembre de 2020.

La crisis del SARS-COV-2 y el (fin del) individualismo nacionalista: la promoción de las directrices del SIDH en la protección de los refugiados en Brasil, de Murilo Borges y Vinicius Villani Abrantes, se enfoca en analizar críticamente si tanto las políticas y los lineamientos del Estado brasileño como los de las organizaciones sociales involucradas en la atención a los refugiados apuntan a su inserción, con la necesaria asistencia médica y las ayudas pertinentes en el contexto de la crisis sanitaria. Su trabajo, considerado de carácter exploratorio y realizado con un enfoque cualitativo, además del análisis de textos especializados así como la legislación y las resoluciones nacionales e internacionales, parte de la hipótesis de que —debido a esta nueva realidad— los Estados deben abandonar la soberanía nacional individualista y, en un marco de cooperación global efectiva, responder a sus obligaciones internacionales ajustando sus acciones a los lineamientos internacionales e interamericanos para la protección de los derechos humanos en un entorno de solidaridad, fraternidad y cientificidad.

En su artículo *El derecho a la vivienda en el contexto de la pandemia mundial*, Alejandro Díaz Pérez se refiere a la mercantilización y la financiarización como unos de los obstáculos para la realización del derecho a la vivienda, lo que profundiza la desigualdad y da lugar a procesos discriminadores en el acceso a la vivienda —como la gentrificación— contra las poblaciones en situación de vulnerabilidad. En el texto hace énfasis en las consecuencias de la crisis sanitaria sobre el disfrute de este derecho —del que revisa los estándares internacionales para su debida protección en general y, particularmente, los

emitidos en el contexto de la pandemia— y cómo la falta de acceso a una vivienda adecuada también trae consigo una problemática que limita las posibilidades de resguardo y afrontamiento de la COVID-19; al respecto, revisa las medidas tomadas en algunos países y, finalmente, presenta posibles soluciones de protección a este derecho social.

El artículo titulado *La corrupción en la emergencia: repercusiones sobre los derechos humanos*, del abogado argentino Franco Gatti, contiene argumentaciones relativas a la relación entre ambos fenómenos en términos de que las prácticas corruptas pueden traer consigo afectaciones directas a determinados derechos humanos y podrían constituirse en presupuestos o antecedentes de otros incumplimientos a obligaciones nacionales e internacionales en la materia. Todo ello, señala, en un contexto de emergencia sanitaria en el que los Gobiernos incrementaron sus poderes discrecionales a la par de la reducción de las posibilidades de fiscalización. Esto ha llevado a que las decisiones públicas fueran atravesadas por la opacidad y, en algunos casos, se verificaran manifiestos casos de corrupción.

En “*Menos pedras, mais flores*”: *pelo direito à uma cidade mais humana em tempos de pandemia*”, Ana Célia Passos Pereira Campos e Igor de Souza Rodrigues se refieren al caso del padre Júlio Lancellotti y las piedras del viaducto Dom Luciano Mendes de Almeida, en la ciudad de São Paulo, como un ejemplo del proceso de exclusión y de la lógica higienista impuesta en las ciudades especialmente respecto de la pandemia de COVID-19. Campos y Rodrigues basan su análisis en la teoría del cifrado de poder del jurista Ricardo Sanín-Restrepo y las restricciones urbanísticas. Desde una perspectiva genealógica invita a pensar cómo los aspectos materiales arquitectónicos hostiles se apoyan en

una conformación histórica, simbólica y representativa de los sectores pobres urbanos. Finalmente, se discute la disociación entre las formas técnicas y las relaciones sociales.

Límites convencionales a los estados de excepción y respuestas a la pandemia, de Marcos Antonio Vela Ávalos, es un artículo en el que se estudian las medidas adoptadas durante esos escenarios decretados como respuesta a la pandemia por la COVID-19 en muchos países latinoamericanos, desde la perspectiva de la incompatibilidad de algunas de aquellas con los límites previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El autor se detiene en las que incidieron en las posibilidades reales de acceder a las garantías judiciales indispensables para proteger a los derechos humanos, así como en las disposiciones desproporcionadas o discriminatorias.

En *Vacunación contra el COVID-19: ¿derecho o privilegio?* *El caso del Ecuador*, Camila Yáñez Coello se propone cuestionar el actual proceso de vacunación masiva mundial; además, se pregunta acerca de las desigualdades globales y lo que se está haciendo en su país. Para el análisis se sirve de dos enfoques: las relaciones internacionales y el derecho internacional de los derechos humanos. Con base en estos, describe un escenario en el que muchos países están en desventaja frente a otros en el combate de la pandemia y cómo tal problemática constituye una grave vulneración del derecho a la salud y al disfrute de los beneficios de los avances científicos así como de sus aplicaciones, lo cual también representa un grave peligro para la salud pública en el ámbito mundial.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la producción y difusión de nuestra Revista 72; al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes; y a

las autoras y autores por sus relevantes contribuciones sobre la relación entre la pandemia y los derechos humanos desde diferentes perspectivas. Sin duda, la pluralidad de las miradas y la interdisciplinariedad de los análisis serán de utilidad para las personas interesadas en ahondar en las consecuencias de esta situación inédita para quienes habitamos el planeta.

José Thompson J.

Director Ejecutivo, IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

O COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS E O ENFRENTAMENTO À COVID-19

Renato Zerbini Ribeiro Leão^{1}*

INTRODUÇÃO

Em 2020 a humanidade conheceu uma pandemia atroz que continua ameaçando e ceifando vidas incessantemente. A atual geração jamais enfrentou uma situação sanitária dessa magnitude. Um ano transcorrido, em 2021, o cenário ainda é muito preocupante. Apesar das vacinas apresentadas, o ano iniciou-se com uma segunda onda de contaminação por um Coronavírus ainda mais impiedoso, eis que encontrado em inovadoras variantes mutantes de seu original em distintos rincões do planeta. Nos dois primeiros dias de 2021, sexta-feira, 01/01, e sábado, 02/01, contabilizaram-se mais de 1.100.000 casos da Covid-19 e ao menos 17.600 mortes por todo o mundo¹. Nesse mesmo sábado, a Comissária Europeia da Saúde, Stella Kyriakides, admitiu uma insuficiência global na capacidade de produção das vacinas, razão pela qual o arranque planetário das campanhas de imunização estaria ofuscado. Quinze dias depois o

* Ph.D. em Direito Internacional e Relações Internacionais. Membro desde 2011 e Presidente (2019-2020) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Professor Titular do UniCEUB e do Mestrado em Ciência Política do UniEURO. Orcid: 0000-0002-0896-3624.

1 Para dados atualizados da Covid-19 patrocinados pela universidade Johns Hopkins acesse <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> .

mundo já alcançava o fúnebre marco de mais de dois milhões de vidas perdidas para a pandemia da Covid-19: em 17/01/2021, um domingo, a Universidade Johns Hopkins já registrava 94.826.490 casos e 2.027.419 mortes em sua decorrência. Esses números provocaram o Secretário Geral das Nações Unidas, António Guterres, a conclamar que “em memória desses dois milhões de almas, o mundo deve agir com uma solidariedade muito maior”.

A pandemia da Covid-19, ao desbordar os sistemas públicos de saúde e devastar diferentes setores da vida – como a economia, a educação, a produção de alimentos e a segurança social, dentre outros – é uma clara ameaça aos direitos humanos. Estes, para um enfrentamento exitoso do vírus, devem ser observados desde suas perspectivas indivisível e interdependente. Se os países não atuarem em consonância com os direitos humanos, o risco de que os direitos econômicos, sociais e culturais sejam menoscabados, com isso aumentando o sofrimento dos grupos mais marginalizados e vulneráveis, encrudesce-se significativamente.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC ou Pacto) proporciona um regime consolidado de afirmação e proteção desses direitos, notadamente quanto ao direito à saúde. Este consta de instituições como o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), de normas (PIDESC e seu Protocolo), princípios (boa-fé; igualdade e não discriminação; *pro homine*; complementaridade, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos), de documentos (Declaração do CDESC para não deixar ninguém para trás à luz da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável; Observações Gerais nº 14 e nº 25; a Declaração da pandemia da Covid-19; e, a Declaração sobre o acesso universal e equitativo às vacinas da Covid-19) e de regras (*Pacta Sunt Servanda*; regra da norma mais favorável e regra do esgotamento dos recursos

internos) que consagram a existência de um verdadeiro regime de proteção à saúde oriundo do PIDESC.

Sendo um regime um conjunto de instituições, de normas, de princípios e de regras capazes de influenciar, gerando-lhes um padrão de conduta, os países, as organizações internacionais e os indivíduos em uma determinada agenda ou tema², o CDESC é o órgão central do robusto regime de proteção ao direito à saúde, edificado a partir do PIDESC e amalgamado pelos princípios da complementaridade, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos. Eis que estes são um todo harmônico, possuem uma dependência recíproca de maneira que se complementam em si mesmos³. Para contribuir a esse esforço conjunto de combate à Covid-19, o CDESC ilumina os pilares desse regime capazes de somarem à mobilização global contra o impiedoso Coronavírus, indicando, ademais, que as respostas à pandemia devem estar embasadas nos melhores conhecimentos científicos disponíveis em aras de proteção da saúde pública, conforme o direito de toda pessoa a gozar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações explícito no artigo 15, parágrafo 1, alínea b do Pacto.

O PIDESC é juridicamente vinculante. Seus Estados partes têm a obrigação de adotar medidas para senão evitar, mitigar os efeitos derivados dos impactos da pandemia. Estas devem ser edificadas a partir dos melhores conhecimentos científicos

2 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O regime de proteção aos migrantes, refugiados e solicitantes de refúgio do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas* em **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana (REMHU)**. Brasília: CSEM, vol. 27, nº 57, dezembro de 2019, p. 175. Disponível em <http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/1236>.

3 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os 50 anos dos dois pactos internacionais da ONU: um olhar especial sobre o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Barros e LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). **O cinquentenário dos dois pactos de direitos humanos da ONU**. Fortaleza: IBDH, p. 259-278, 2016, p. 261.

em prol da proteção eficaz da saúde a que todo ser humano tem o direito de desfrutar. O Brasil é Estado parte do Pacto desde 1992⁴ e, portanto, em consonância com o princípio da boa-fé que rege o direito internacional, está obrigado a seguir as diretrizes indicadas pelo CDESC na matéria.

A importância desse artigo é identificar e reconhecer este regime, pouco conhecido pelo público em geral, mas que em matéria de preocupações e de recomendações para o desenvolvimento de políticas públicas no assunto, a afirmação do direito à saúde e a responsabilidade dos países para com o enfrentamento da Covid-19 é muito robusto desde a perspectiva da proteção internacional dos direitos humanos. Para o CDESC, órgão de interpretação, supervisão e monitoramento do PIDESC, todas as pessoas na jurisdição de um Estado parte do Pacto podem desfrutar dos direitos nele reconhecidos.

Em prol da identificação e do reconhecimento desse regime, o artigo estrutura-se sobre as características centrais do PIDESC e do CDESC, ademais dos pilares jurídicos do direito à saúde desde a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos. Em seguida, mergulha na apresentação das principais linhas argumentativas e conclusivas de três importantes documentos recentemente aprovados pelo Comitê no assunto: a Observação Geral número 25 de 2020, relativa à ciência e os DESC; bem como a Declaração da pandemia por Coronavírus (Covid-19) e os DESC de 17 de abril de 2020; a Declaração sobre o acesso universal e equitativo às vacinas da Covid-19 de 27 de novembro de 2020; e a Declaração sobre vacinação universal acessível para Covid-19, cooperação internacional e propriedade intelectual de 12 de março de 2021.

4 Vigência no Brasil dada pelo Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992.

1. O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (PIDESC)

O PIDESC é um tratado internacional multilateral do sistema de direitos humanos da ONU⁵. Trata-se de um dos pilares essenciais da Carta Internacional dos Direitos Humanos: um conjunto de convenções internacionais que ademais do PIDESC alberga o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 10 de dezembro de 1948. O PIDESC e o PIDCP foram adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 (Resolução 2200 A XXI), entrando em vigência em 1976⁶.

O PIDESC identifica três responsabilidades que recaem sobre os Estados para a proteção dos direitos neles contidos: a de respeitar, isto é, os Estados devem abster-se de interferir direta ou indiretamente nesses direitos; a de proteger, isto é, os Estados devem tomar medidas para assegurar que outros atores, como os empresários, políticos, religiosos ou qualquer pessoa possa interferir nesses direitos; e, a de desfrutar, ou seja, os Estados devem tomar medidas para a realização desses direitos. Ao respeitar, proteger e tornar efetivos os direitos enunciados no Pacto, os Estados partes poderão cumprir suas promessas de cuidar para que ninguém fique para trás no empenho coletivo

5 Em 31 de dezembro de 2020 são 171 os Estados partes do PIDESC.

6 O PIDESC e o PIDCP entraram em vigência em 3 de janeiro e 23 de março, respectivamente.

em prol de um mundo transformado conforme a Agenda 2030⁷ das Nações Unidas⁸.

As normas do PIDESC dispõem sobre igualdade de direitos entre homens e mulheres, direito ao trabalho, direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, direito a fundar e se afiliar a sindicatos, direito da segurança social, direito à proteção e a assistência à família, direito a um nível de vida adequado, direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, direito à educação, e, direito à cultura e ao gozo dos benefícios do progresso científico. Estes, à luz dos princípios da livre determinação, da igualdade e da não discriminação.

O primeiro parágrafo do artigo segundo do PIDESC exige que os Estados partes adotem medidas imediatas para garantir a todas as pessoas em suas jurisdições o pleno exercício dos direitos nele garantidos. Tais medidas deverão ser próprias ou alcançadas mediante a assistência e a cooperação internacionais. A Carta de São Francisco ou Carta da ONU (a partir da literalidade de seus artigos 1.3 e 55, incisos “a” e “c”, lidos conjuntamente com o artigo 56) consagra a interpretação extensiva de que a proteção internacional aos direitos humanos deve ser considerada como uma questão vinculada aos interesses da comunidade internacional. Portanto, em prol da afirmação da dignidade humana, a cooperação internacional constituirá uma fonte de restrições à discricionariedade estatal. A restrição a qualquer um dos atuais patamares da proteção internacional dos

7 A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável constitui o compromisso mundial comum renovado dos Estados de erradicar a pobreza em todas suas formas e dimensões, incluída a extrema pobreza, mediante a promoção de sociedades justas, inclusivas e sustentáveis.

8 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2019/1. La promesa de no dejar a nadie atrás: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible - Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 05/04/2019, § 20, p.7.

direitos humanos, inclusive os emanados pelo CDESC, poderia ser interpretada como uma violação a princípios basilares da proteção internacional da pessoa humana, como o princípio da não redução de parâmetros da proteção dos direitos humanos, o princípio da norma mais favorável e o princípio *pro homine*⁹. Esse entendimento guia os membros do CDESC na aplicação e interpretação do PIDESC nos assuntos relacionados aos direitos à saúde e ao progresso científico.

Não à toa, no parágrafo 15 de sua Declaração da pandemia por Coronavírus (Covid-19) e os direitos econômicos, sociais e culturais, o Comitê indica que os Estados partes do PIDESC devem adotar medidas urgentes, especiais e específicas, inclusive mediante cooperação internacional, para proteger e mitigar os efeitos da pandemia em grupos vulneráveis. Nestes destacam-se as pessoas mais velhas, as pessoas com deficiência, os refugiados, assim como comunidades e grupos submetidos à discriminação e desvantagens estruturais. Dentre tais medidas, o CDESC assinala, por exemplo, a adoção daquelas especialmente adaptadas para proteger a saúde e os meios de vida dos grupos minoritários vulneráveis, como os povos indígenas¹⁰.

A título de ilustração dos dois parágrafos anteriores, destaca-se que em 21/07/2020 os 27 países membros da União Europeia firmaram o Plano de Recuperação Europeia (ERP), um acordo de recuperação econômica histórico, mediante o qual esses Estados alocaram 750 bilhões de euros para a reconstrução da economia

9 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI* em BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR, CONARE & MJ, p. 70-96, 2010, p. 73-74.

10 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §15, p.4.

do bloco, afetada pela pandemia da Covid-19. Dentre outros, destacam-se como seus principais alicerces a destinação de 312,5 bilhões de euros para o financiamento de programas de reformas e de investimentos que cada país beneficiário deverá definir em um plano nacional de recuperação e o estabelecimento de uma meta de que 30% dos seus gastos devem ser dedicados à luta contra a mudança climática¹¹.

Nesse contexto, a cooperação internacional implica compartilhar pesquisas, profissionais, medicamentos e equipamentos médicos, assim como as boas práticas para frear o Coronavírus. Ademais, coordenar as medidas que se adotem para reduzir os efeitos econômicos e sociais da crise gerada em consequência da pandemia, assumindo esforços conjuntos por todos os países em prol de uma recuperação econômica efetiva e equitativa. Senão ainda, no centro dessas iniciativas internacionais devem estar as necessidades dos grupos vulneráveis, desfavorecidos, bem como dos países fragilizados¹².

O artigo 2.1 do PIDESC versa sobre a realização progressiva dos direitos. A própria expressão “se compromete a adotar medidas, por todos os meios apropriados, incluindo a adoção de medidas legislativas” exige que todos os Estados partes comecem a adotar medidas imediatas a fim de conseguir o pleno desfrute dos direitos contidos no Pacto¹³. Estas incluem, não esgotando outras possibilidades, as de caráter administrativo, financeiro,

11 EU. *Sítio Web oficial da União Europeia*: https://europa.eu/european-union/index_pt, acesso em 22/07/2020, às 10:45 horas.

12 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §19, p.5.

13 CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)*, de 27 de maio de 2008, §7, p.18.

educacional e social. Nessa esteira, os Estados partes obrigam-se juridicamente a adotar medidas legislativas, sobretudo quando as leis existentes sejam claramente incompatíveis com as obrigações contraídas em virtude do PIDESC.

Já a expressão “assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos” obriga aos Estados partes, independentemente de seu grau de desenvolvimento ou riqueza nacional, a avançarem imediatamente e à brevidade possível para a efetividade dos DESC¹⁴. Particularmente, no que toca as disposições não discriminatórias e a obrigação dos Estados partes em se absterem de violar, por ação ou omissão, as medidas protetoras legais ou de outros tipos que exigem cumprimento imediato. Inclusive, o CDESC afirmou que essa obrigação existe independentemente de um incremento dos recursos disponíveis. Isso porque todos os recursos existentes devem estar dedicados à efetividade dos direitos proclamados pelo PIDESC¹⁵. Em época da pandemia, capaz de afetar o âmago do direito humano à saúde, esse entendimento deve prevalecer sem restrições de nenhuma ordem jurídica, normativa ou política.

O CDESC identificou como obrigações de efeito imediato a adoção de medidas para a plena efetivação dos direitos reconhecidos no PIDESC e a proibição da discriminação. Suas existências ou não oferecem pilares para avaliar supostas violações do Estado, seja por ação ou omissão. Os DESC não são puramente programáticos. Pelo contrário impõe obrigações operativas diretas. O não cumprimento destas pode ser justificável.

14 ONU. *Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo nº 16 (Rev. I). Campaña Mundial pro Derechos Humanos*. OACNUDH: Ginebra, 1996, p.10.

15 CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)*, de 27 de maio de 2008, §7-10, p.11.

Por exemplo, a existência de leis ou de práticas estatais que discriminem por razões de gênero, raça, deficiência, orientação sexual ou nacionalidade, dentre outras, impondo barreiras ao gozo dos DESC, constituem violações às obrigações de efeito imediato. Também, a falta de políticas públicas para a realização dos direitos ou a demora em derrogar legislação ou práticas discriminatórias constituem violações desse tipo¹⁶.

De fato, o CDESC, em sua Observação Geral nº 1, assinalou que o PIDESC atribui especial importância ao conceito de realização progressiva dos DESC. Com efeito, os Estados partes foram instados a incluírem em seus relatórios dados capazes de avaliar o progresso alcançado quanto à aplicação efetiva desses direitos dentro de prazos razoáveis¹⁷. Essa efetividade progressiva demanda uma reflexão acerca das dificuldades no mundo real quanto à efetividade dos DESC à luz das obrigações estatais de alcançarem esses objetivos o mais eficazmente possível. Todas as medidas deliberadamente retroativas deverão ser consideradas cautelosamente, sendo justificadas apenas quando se referirem ao máximo dos recursos disponíveis¹⁸. Isto não significa, porém, que os Estados partes possam prolongar indefinidamente a adoção

16 ONU. ECOSOC. Documento E/C.12/GC/20. *Observación general num. 20 (2009). La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 23/11/2009, §30, p.10.

17 Sobre a exigência jurídica pelos órgãos de supervisão judicial dos tratados internacionais de direitos humanos em aplicar nas suas decisões um prazo razoável, sobretudo, nos casos que implicam violações de direitos econômicos, sociais e culturais, consultar LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro, *La construcción jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Núria Fabris Editora: Porto Alegre, 2009, p. 119-120.

18 CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)*, de 27 de maio de 2008, §7-10, p.11.

de medidas capazes de garantir os direitos das pessoas sujeitas a sua jurisdição.

O artigo 2.2 do PIDESC obriga aos Estados partes a se absterem de comportamentos discriminatórios, modificando leis e práticas que permitam a discriminação. Proíbe os particulares e os organismos públicos a realizarem práticas discriminatórias. Em casos de discriminação, procedimentos judiciais e outros métodos de recursos devem ser garantidos¹⁹.

Inclusive, os Estados partes têm obrigações extraterritoriais relacionadas com os esforços mundiais para enfrentar a covid-19. Particularmente, os países desenvolvidos devem evitar adotar decisões – como a imposição de limites às exportações de equipamentos médicos – que obstaculizam o acesso a equipamentos vitais para as vítimas mais pobres da pandemia. Assim mesmo, os Estados partes devem assegurar que as medidas fronteiriças unilaterais não dificultem a circulação de bens necessários e essenciais, especialmente alimentos básicos e equipamentos sanitários. Por fim, toda restrição baseada no objetivo de garantir o abastecimento nacional tem de ser proporcional e atender as necessidades urgentes de outros países²⁰.

Em sede de suas observações conclusivas, o CDESC teve a oportunidade de destacar a indissociabilidade entre o meio ambiente, povos indígenas, nível de vida adequado e o direito à saúde, pois estes conformam um anel interativo em prol

19 ONU. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional nº 12 – Derechos Humanos*. ACNUDH: Ginebra, 2004, p. 15.

20 ONU. ECOSOC. Documento E/C.12/2020/1. *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §20, p.5.

da afirmação da dignidade humana. Assim, após o diálogo construtivo em decorrência do sexto relatório periódico do Canadá, o Comitê inquietou-se com o fato de que os povos indígenas desse Estado parte vivessem confinados em condições precárias, gerando-lhes severos problemas de saúde. Ademais, o fato de que estes tivessem acesso limitado à água potável e a serviços de saneamento também foram fatores motivadores de grande preocupação. Em consequência, o Comitê instou ao Estado parte a intensificar seus esforços para enfrentar a crise de moradia adequada dos povos indígenas, em consulta com seus respectivos governos e organizações. Atualmente, o consentimento livre, prévio e informado é pedra angular do direito internacional dos povos indígenas. Assim mesmo, o CDESC insistiu com o cumprimento do compromisso do país em garantir o acesso à água potável e a serviços de saneamento, concomitantemente velando para a participação ativa na planificação e gestão dos recursos hídricos dos povos indígenas. Nesse sentido, o Estado parte deveria levar em consideração não somente o direito econômico dos povos indígenas, mas também o valor cultural que a água tem para eles²¹. Para o CDESC, o artigo 11 do Pacto, direito à um nível de vida adequado, não denota uma situação estacionária e sim uma melhora contínua das condições de existência de todo ser humano, estando inexoravelmente interligado, por isso, ao direito à saúde²². Tais preocupações do Comitê para com os povos indígenas devem ser tomadas seriamente em conta por todos os Estados partes do PIDESC, sobretudo em tempos do Coronavírus que têm nos povos indígenas um de seus alvos mais vulneráveis.

21 ONU. ECOSOC. Documento E/C.12/CAN/CO/6. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá*. 23/03/2016.

22 ONU. *Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo nº 16 (Rev.1). Campaña Mundial pro Derechos Humanos*. OACNUDH: Ginebra, 1996, p.20.

2. O COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (CDESC)

O CDESC é um órgão internacional do sistema ONU que está conformado por 18 especialistas independentes. Ele aplica, interpreta e monitora o PIDESC. Foi estabelecido pela resolução 1985/17 do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) em 28 de maio de 1985.

Todos os Estados partes no PIDESC estão obrigados a submeter relatórios ao CDESC sobre a implementação e aplicação dos direitos dispostos no Pacto. O primeiro relatório deve ser enviado ao cabo dos dois anos iniciais da vigência do PIDESC. Depois, a cada cinco anos deverão ser encaminhados seus relatórios de seguimento àquele relatório pioneiro. O CDESC examinará cada relatório, celebrará um diálogo construtivo com os Estados partes e a eles endereçará suas preocupações e recomendações na forma de observações conclusivas.

O CDESC reúne-se em Genebra, em períodos de sessões anuais, adotando sua interpretação das disposições do PIDESC em forma de observações gerais. Também emite cartas e declarações sobre os mais variados assuntos de necessidade para a afirmação dos DESC na seara internacional.

Desde 2013, com a entrada em vigência do Protocolo Facultativo ao Pacto, o Comitê está facultado para apreciar comunicações individuais envolvendo pretensas violações aos direitos contidos no PIDESC²³. O quarto artigo do regulamento do Protocolo diz que as comunicações poderão ser apresentadas

23 O Protocolo Facultativo ao PIDESC é um tratado internacional unanimemente adotado pela Assembleia Geral da ONU em 10/12/2008 (Resolução A/RES/63/117). Foi aberto para a assinatura em 2009 e vige desde 05 de maio de 2013, três meses depois que o Uruguai, décimo Estado parte a ratificá-lo procedesse com o seu depósito, conforme reza o texto do Protocolo.

por pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem sob a jurisdição de um Estado parte, alegando serem vítimas de uma violação a qualquer dos direitos enunciados no Pacto. Esse fato confere um posicionamento especial ao CDESC com relação aos demais órgãos internacionais não judiciais e, também, judiciais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. A possibilidade da cidadania dos Estados partes no Protocolo Facultativo ao PIDESC denunciarem individualmente seus países alça o CDESC como o único órgão internacional, na atualidade, capacitado para receber denúncias individuais referentes à violação dos direitos econômicos, sociais e culturais contidos no Pacto.

O Brasil, por exemplo, é Estado parte do PIDESC, mas ainda não celebrou o seu Protocolo Facultativo, razão pela qual a sua cidadania não pode encaminhar denúncias individuais ao CDESC. Por isso, o Estado brasileiro, no presente momento, está obrigado a cumprir o disposto no artigo 16 do Pacto, isto é, apresentar os relatórios sobre as medidas que tem adotado, bem como os progressos realizados, de cara a assegurar o respeito aos direitos contidos no PIDESC. Assim sendo, após o diálogo construtivo com o Comitê, este publicará suas observações conclusivas, com preocupações e recomendações, as quais deverão ser acatadas pelo Brasil. Nesse sentido, importante destacar que em 04/06/2020 o Estado brasileiro encaminhou o seu Terceiro Relatório de Seguimento para o CDESC²⁴. Será este documento que o Comitê tomará como base para o diálogo construtivo que deverá ser celebrado em 2021 ou 2022, a depender do calendário interno que emergirá dos efeitos da

24 CESCR. *Document E/C.12/BRA/3, 08/06/2020. Third periodic report submitted by Brazil under articles 16 and 17 of the Covenant, due in 2014*. 08/06/2020. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fBRA%2f3&Lang=en.

pandemia sobre os trabalhos dos órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos do sistema das Nações Unidas.

O anterior não significa que a cidadania em geral e a sociedade civil organizada do Brasil estejam marginalizadas de todo o processo oficial de apresentação de relatórios ante o CDESC. Os chamados relatórios sombras, aqueles produzidos pela sociedade civil em oposição aos relatórios oficiais dos Estados partes, ou preenchendo lacunas destes, são sempre muito bem-vindos pelo Comitê, pois são excelentes fontes de informações e contrapontos essenciais às informações oficiais capazes de qualificar positivamente o diálogo construtivo com os Estados partes²⁵. Por isso, o CDESC estimula a participação da sociedade civil em todas as etapas de preparação e apresentação dos relatórios oficiais pelos Estados partes. E quando for a hora da análise do Terceiro Relatório de Seguimento do Estado brasileiro, bem como das medidas tomadas pelo Brasil no enfrentamento ao Coronavírus, os relatórios sombras produzidos pela sociedade civil brasileira serão muito importantes para que o Comitê formule conclusões e recomendações certas nos assuntos pertinentes²⁶.

Como consequência direta dos efeitos da pandemia da Covid-19, as sessões presenciais do Comitê que se realizariam durante o mês de outubro de 2020 e fevereiro/março de 2021, na sede suíça da ONU em Genebra, foram canceladas e o

25 Os relatórios sombras preparados pela sociedade civil poderão ser enviados ao CDESC, em qualquer momento, através do e-mail da secretaria do Comitê: cescr@ohchr.org.

26 Acerca da importância da sociedade civil para a afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais, ver LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC* em **Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos**. San José: IIDH, nº 51, p. 249-271, 2010.

CDESC trabalhará à distância, em modo on-line, estando seus membros em seus países de origem. Por essa razão, os diálogos construtivos com os Estados partes do PIDESC previstos para essas sessões foram excepcionalmente postergados, salvo em dois casos cujos Estados partes tivessem condições de dialogar à distância por meio virtual conforme decisão da Mesa Diretiva do CDESC de novembro de 2020²⁷. O Comitê, portanto, enquanto perdurar a impossibilidade de reunião presencial em Genebra em decorrência da pandemia, decidiu se debruçar primordialmente sobre as observações gerais em desenvolvimento, as denúncias individuais apresentadas em virtude do Protocolo Facultativo, as formulações da lista de questões prévias aos países que ainda virão apresentar seus relatórios em um futuro próximo e distintas declarações como as virtualmente aprovadas durante o ano de 2020, a maioria das quais apresentadas ao longo deste artigo. Assim sendo, o Coronavírus também impactou na essência do trabalho do CDESC.

27 Do sistema de órgãos de tratados de direitos humanos da ONU, apenas o Comitê de Direitos Humanos e o CDESC decidiram dialogar virtualmente com Estados partes em suas sessões inaugurais de 2021. No caso do CDESC, aprovou-se o diálogo construtivo virtual com apenas 2 Estados partes do PIDESC para a sessão de fevereiro/março de 2021, a primeira do ano. Países foram contatados, mas apenas poucos manifestaram interesses ou condições técnicas de seguir adiante com o diálogo construtivo virtual com o Comitê. Este, não obstante, aguarda a confirmação desses países. Destaca-se, assim mesmo, a incidência de muitos problemas técnicos durante as reuniões virtuais internas celebradas pelo Comitê durante o ano de 2020. A continuar, estes se consubstanciarão em sérios empecilhos para a qualidade de um diálogo construtivo com os Estados partes. Tais problemas, também observados pelos demais Comitês, foram e são objetos de preocupações recorrentes pelos presidentes dos diferentes órgãos de tratados de direitos humanos do sistema ONU. Preocupações estas plasmadas em vários de seus documentos oficiais.

3. O DIREITO HUMANO À SAÚDE NO PIDESC

Para o CDESC a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício pleno dos demais direitos humanos. Todo ser humano tem direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde capaz de lhe permitir viver dignamente segundo o artigo 12 do PIDESC. A interpretação deste artigo pelo CDESC reconhece a obrigação dos Estados partes em assegurar a seus cidadãos o gozo do mais alto nível possível de saúde, conceito este que abraça desde o acesso equitativo até umas garantias mínimas de assistência sanitária no caso de doenças²⁸. Ademais, o direito à saúde está estritamente vinculado com o exercício de outros direitos humanos, destes dependendo, tais como, por exemplo, nível de vida adequado, alimentação, moradia, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não discriminação, igualdade, não ser submetido a torturas, vida privada, acesso à informação e a liberdade de associação, reunião e circulação. Estes, bem como outros direitos e liberdades constantes da Carta Internacional dos Direitos Humanos compõem a integralidade do direito à saúde²⁹.

Em sua Observação Geral nº 14, que trata do direito ao desfrute do nível mais alto possível de saúde, o Comitê alertou que os Estados têm a obrigação de respeitar esse direito, particularmente abstendo-se de denegar ou limitar o igual acesso de todas as pessoas aos serviços de saúde preventivos, curativos e paliativos; não impondo práticas discriminatórias como

28 ONU. *Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo nº 16 (Rev. I). Campaña Mundial pro Derechos Humanos*. OACNUDH: Genebra, 1996, p.21.

29 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §3, p.1.

políticas de Estado; senão ainda recusando-se a impor práticas discriminatórias quanto à saúde e as necessidades da mulher e outros grupos de especial atenção³⁰.

Ao se debruçar sobre o conteúdo normativo do artigo 12 do Pacto, o CDESC indica que o direito à saúde não deve ser entendido simplesmente como um direito a estar saudável, pois esta entranha liberdades e direitos. Entre as liberdades estão o direito de toda pessoa a controlar sua saúde e seu corpo, incluindo as liberdades sexual e genésica, ademais do direito de não padecer ingerências, como o direito a não ser submetido a torturas nem a tratamentos e experimentos médicos não consentidos. Por outro lado, entre os direitos contempla-se o relativo a um sistema de proteção da saúde capaz de oferecer às pessoas oportunidades iguais para gozar do mais alto nível possível de saúde, conceito este que abarca tanto as condições biológicas, como as socioeconômicas essenciais das pessoas, aí incluídos os recursos disponíveis pelo Estado. Por conseguinte, o Comitê alertou aos Estados partes quanto às suas obrigações de respeitar o direito à saúde, particularmente abstendo-se de denegar ou limitar o igual acesso de todas as pessoas aos serviços de saúde preventivos, curativos e paliativos; não impondo práticas discriminatórias como políticas de Estado; senão ainda recusando-se a impô-las no âmbito da saúde e das necessidades da mulher e outros grupos de especial atenção. Eis que o direito à saúde deve ser entendido como um direito ao gozo de toda uma gama de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para alcançar o mais alto nível possível de saúde³¹.

30 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 11/05/2000, §34, p.13.

31 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo

Não só isso, o CDESC interpreta o direito à saúde como um direito inclusivo que compreende não apenas a atenção de saúde oportuna e apropriada, senão ainda os principais fatores determinantes da saúde, como o acesso a água limpa potável e a condições sanitárias adequadas, o fornecimento adequado de ambientes saudáveis, uma nutrição apropriada, uma moradia adequada, condições sadias no trabalho e no meio ambiente, acesso à educação e informação sobre questões relacionadas com a saúde, nestas incluída a saúde sexual e reprodutiva. Assim mesmo, o processo de adoção de decisões sobre as questões relacionadas com a saúde nos planos comunitário, nacional e internacional deve contar com a participação da população em todas suas etapas de consubstanciação³².

O direito à saúde contém quatro elementos essenciais e interrelacionados cujas aplicações estão sujeitas às condições prevalentes em cada Estado parte. A disponibilidade significa que cada Estado parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens, programas, serviços públicos, leitos e centros de atenção à saúde. A acessibilidade impõe aos Estados partes que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde sejam acessíveis para todos, sem nenhum tipo de discriminação. A aceitabilidade significa que todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde respeitem a ética médica e as culturas de maneira apropriadas, ou seja, observando a cultura das pessoas, das minorias, dos povos e das comunidades, iluminados pelos requisitos de gênero e pelo ciclo da vida, devendo estar concebidos para respeitar a confidencialidade e melhorar o

12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 11/05/2000, §8-9, p.3.

32 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 11/05/2000, §11, p.4.

estado de saúde das pessoas. Finalmente, a qualidade, vale dizer, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão ser apropriados desde o ponto de vista científico e médico. Senão ainda, contar com uma boa qualidade, como por exemplo, pessoal sanitário capacitado, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias dignas³³.

O CDESC recomenda aos Estados partes incorporar a perspectiva de gênero nas suas políticas, programas e pesquisas em matéria de saúde para uma melhor promoção da saúde do homem e da mulher. Um enfoque na perspectiva de gênero reconhece a importância dos fatores biológicos e socioculturais em suas saúdes. Especialmente, para eliminar a discriminação contra a mulher é preciso elaborar e aplicar uma ampla estratégia nacional objetivando a promoção do direito à saúde da mulher ao longo de toda a sua vida. Esta deve focar a prevenção e o tratamento das doenças que afetam as mulheres, assim como políticas encaminhadas a proporcioná-las acesso a cuidados de saúde de alta qualidade e que estejam aos seus alcances, incluídos os serviços em matéria sexual e reprodutiva³⁴.

O CDESC identificou, ademais, um direito à saúde próprio dos povos indígenas. Estes têm direitos a medidas específicas capazes de melhorar seus acessos aos serviços e atenções de saúde, que devem ser apropriados desde o ponto de vista cultural, levando em consideração os cuidados preventivos, as práticas

33 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §12, p.4-6.

34 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §20-21, p.9.

curativas e as medicinas tradicionais. É dever dos Estados partes do PIDESC proporcionar recursos para que os povos indígenas estabeleçam, organizem e controlem esses serviços de modo que possam desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental. Igualmente se deverão proteger às plantas medicinais, os animais e os minerais necessários para o pleno gozo da saúde dos povos indígenas. Por isso, a ligação umbilical entre estes e o meio ambiente é inegociável. No exercício de suas funções o Comitê observa que nas comunidades indígenas, a saúde do indivíduo conecta-se com a saúde da sociedade em seu conjunto, apresentando assim uma dimensão coletiva. Em consequência, as atividades relacionadas com o desenvolvimento que induzem o deslocamento de populações indígenas, contra suas vontades, de seus territórios e entornos tradicionais, ocasionando perdas de seus recursos alimentícios e a ruptura de suas relações simbióticas com a terra, exercem um efeito daninho sobre a saúde dessas populações indígenas³⁵.

O CDESC concluiu de maneira reiterada e a ciência já demonstrou que o elo entre o meio ambiente e o ser humano é inquebrantável, sendo seus futuros inexoravelmente conectados e interdependentes. Essa conexão é ainda mais profunda na relação entre os povos indígenas e o meio ambiente, pois àqueles têm neste o ente que os acolhe, que os abriga, fornecendo todo o necessário para as suas existências com dignidade. O respeito à natureza, à fauna e à flora, é essencial para que o ser humano viva em equilíbrio e harmonia consigo mesmo e com os entes conviventes, desfrutando de saúde espiritual, física e mental³⁶.

35 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2000/4. Observación general num. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 11/05/2000, §27, p.11.

36 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *A prevenção pandêmica e um legado geracional em Correio Braziliense*, Brasília, p. 9, 13/07/2020, Opinião.

4. A OBSERVAÇÃO GERAL NÚMERO 25 (2020), RELATIVA À CIÊNCIA E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (ARTIGO 15, §§ 1.b, 2, 3 e 4, DO PIDESC)³⁷

Até julho de 2020, o CDESC adotou 25 observações gerais. Estas auxiliam os Estados partes e a comunidade em geral a entenderem o alcance e o significado de cada um dos artigos do PIDESC. Orientam os países, os tribunais judiciais, as distintas instâncias administrativas e o público em geral acerca dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e das liberdades que todo ser humano pode desfrutar em virtude do Pacto. Em seu processo de consubstanciação, as observações gerais contam com um relator ou correlatores, apoio da secretaria técnica do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), diálogos com outras agências do sistema ONU, audiências públicas com parceiros da sociedade civil e entidades interessadas, debates com universidades e fundações afins à temática específica. Sua última versão rascunhada fica à disposição do público geral na página eletrônica do CDESC por um prazo razoável a fim de receber comentários e sugestões pertinentes antes da aprovação, pelo Comitê, de sua versão final.

A observação geral nº 25 (OG25) é uma contribuição fundamental do CDESC para com o esforço mundial de enfrentamento à Covid-19. Por seu intermédio, o Comitê deixa claro que o direito a gozar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações, artigo 15, §1, alínea b do PIDESC, está em profunda conexão com o direito à saúde, artigo 12 do Pacto. E essa relação inexorável edifica-se a partir de quatro pilares. Um primeiro afirmando que o progresso científico gera

³⁷ Aprovada pelo CDESC em seu 67º período de sessões, realizado em Genebra durante os dias 17 de fevereiro a 6 de março de 2020. Publicada em 30 de abril de 2020.

avanços e aplicações médicas, como as vacinas, que previnem e tratam doenças. No entendimento do Comitê, os Estados partes do PIDESC deveriam promover a investigação científica, mediante apoio financeiro ou outros incentivos, criando novas aplicações médicas, sobretudo para os mais vulneráveis (ex.: crianças, migrantes, mulheres, povos indígenas, refugiados, etc.). Especialmente, conforme reza o artigo 12, §2, alínea c do Pacto, os Estados partes deveriam dar prioridade para a promoção do progresso científico objetivando facilitar meios melhores e mais eficazes, ademais de mais acessíveis à prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas e de outras índoles³⁸. Esse entendimento é fruto de reiterados diálogos construtivos do CDESC com os Estados partes no tocante ao direito à saúde, emergindo atualmente como uma das principais lições aprendidas no combate a pandemias, devendo, portanto, à luz de uma fina interconexão entre a saúde, a ciência e os direitos humanos ser aplicado no enfrentamento à Covid-19.

Uma segunda base de entendimento constrói-se a partir do fato de que algumas aplicações do progresso científico estão protegidas por regimes de propriedade intelectual. O CDESC considera que estes não devem ser realizados em detrimento do direito à saúde. Pelo contrário, tais regimes deveriam ser interpretados e aplicados de modo a apoiar o dever dos países em proteger a saúde pública, particularmente, promovendo o acesso universal a medicamentos. Nesse sentido, os Estados partes no PIDESC deveriam abster-se de conceder prazos desproporcionalmente longos de proteção às patentes para os novos medicamentos, a fim de permitir, num prazo razoável, a

³⁸ ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 30/04/2020, §67, p.16.

produção de medicamentos genéricos seguros e eficazes para as mesmas doenças³⁹.

Como terceiro pilar está o dever de colocar ao alcance de todas as pessoas, sem nenhum tipo de discriminação e com especial atenção aos mais vulneráveis, as melhores aplicações disponíveis do progresso científico necessárias para o gozo do nível mais alto possível de saúde. Tal ação valendo-se inclusive da assistência e cooperação internacionais. Finalmente, como quarto pilar, entende-se que os Estados partes do Pacto deveriam esforçar-se ao máximo para que os medicamentos e os tratamentos médicos estejam fundamentados em experimentos e provas científicas, de modo que os riscos deles derivados estejam adequadamente avaliados e os pacientes possam dar seus consentimentos com fulcro em informações claras e transparentes⁴⁰.

O CDESC entende que os princípios de transparência e participação são essenciais para que a ciência seja objetiva e fiável, não estando esta sujeita a interesses que não sejam científicos ou incompatíveis com os princípios fundamentais dos direitos humanos e o bem-estar da sociedade. Os países deveriam harmonizar suas políticas com os melhores conhecimentos científicos disponíveis, fomentando a confiança e o apoio de toda a sociedade aos conhecimentos científicos disponíveis⁴¹.

39 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 30/04/2020, §69, p.17.

40 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 30/04/2020, §70-71, p.17.

41 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/GC/25. Observación general num. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1b), 2, 3 y 4 del Pacto Internacional de Derechos*

Conforme anteriormente já alertado, são em momentos como este, de intensa e preocupante vulnerabilidade da saúde pública por consequência pandêmica, que as ações das instituições e dos agentes políticos são escolhidas entre dois caminhos bastante nítidos e distintos com relação à transparência de informações⁴²:

...um centrado na produção de dados confiáveis colhidos cientificamente, usados pelos tomadores de decisão e disponibilizados ao público, reconhecido como transparência ativa. E outro suprimindo ou restringindo a produção, o uso decisório ou o acesso público às informações, batizado de transparência refutada. Assumir uma atitude de transparência ativa exigirá a produção e a busca sincera por dados verossímeis, a sua utilização na tomada de decisões e uma divulgação honesta à população, sujeitando as autoridades públicas aos apoios, rejeições e críticas inerentes ao processo democrático. O outro caminho perpassará pela adoção de decisões políticas e institucionais embasadas no ignorantismo e permeadas por mecanismos de baixo crivo democrático. A escolha é simples e implicará vidas e mortes; a diferença estará apenas nos números futuros de uma realidade implacável em maior ou menor medida...

Claro está que a transparência ativa é a prescrita pelo direito internacional dos direitos humanos para o enfrentamento às pandemias em geral, incluindo a da Covid-19.

Económicos, Sociales y Culturales). 30/04/2020, §53-54, p.13.

42 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro e RESENDE, Ranieri Lima. *Pandemia de coronavírus: um teste para a transparência de instituições e agentes políticos em O Estado de São Paulo*, São Paulo, 30/3/2020, política, blogs Fausto Macedo. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pandemia-de-coronavirus-um-teste-para-a-transparencia-de-instituicoes-e-agentes-politicos/>

5. A DECLARAÇÃO DA PANDEMIA POR CORONAVÍRUS (COVID-19) E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS⁴³

O CDESC clama aos Estados partes do PIDESC para que estes, com base em informação oportuna e transparente, aprimorem e melhorem os mecanismos de alertas antecipados sobre epidemias emergentes capazes de se converterem em pandemias. Tal reclamo foi feito no âmbito da Declaração do Comitê sobre a pandemia de Coronavírus publicada em 17 de abril de 2020, através da qual se destaca que as pandemias são um claro exemplo da necessidade de cooperação científica internacional de cara ao enfrentamento de ameaças transnacionais, já que uma epidemia local pode se converter rapidamente em uma pandemia de consequências devastadoras se as medidas adequadas não forem adotadas⁴⁴.

Essas medidas adequadas deverão ser tomadas de modo urgente e fundamentadas nos melhores conhecimentos científicos para proteger a saúde pública. Se for necessário limitar algum dos direitos contidos no PIDESC, as medidas deverão ser razoáveis, proporcionadas e exclusivamente tomadas para combater a crise de saúde pública derivada da Covid-19. Assim mesmo, deverão ser retiradas tão logo deixem de ser necessárias para esse fim. Senão ainda, o acesso à justiça e a remédios jurídicos eficazes devem estar plenamente garantidos, especialmente para os grupos mais vulneráveis e marginalizados⁴⁵.

43 Aprovada pelo CDESC em 6 de abril de 2020.

44 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §23, p.5.

45 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales*

O Comitê chama a atenção dos Estados partes com relação aos povos indígenas, aos refugiados e as pessoas que vivem em rincões afetados por conflitos, pois estes são especialmente vulneráveis durante a pandemia da Covid-19. Trata-se de grupos que em muitos casos carecem de acesso adequado à água, sabão ou desinfetante. Ademais, não podem acessar as infraestruturas para a realização dos exames detectadores do vírus. Para estes, o acesso a serviços sanitários e informações é nulo ou diminuto, fazendo com que em suas populações encontrem-se porcentagens muito elevadas de doenças crônicas e transtornos variados de saúde, configurando-lhes como um grupo de risco elevado para o contágio da Covid-19⁴⁶.

Com se não bastasse, essa pandemia agudiza as desigualdades de gênero uma vez que as responsabilidades para com os cuidados das crianças, da família, dos idosos e dos lares recaem de maneira desproporcional sobre as mulheres. Estas, em circunstâncias de confinamento ou isolamento social, são mais suscetíveis a sofrerem violência doméstica. Os Estados partes deverão tomar as medidas necessárias para combaterem todos os tipos de violências baseadas no gênero⁴⁷.

Entre as recomendações do CDESC para o combate a pandemia da Covid-19 também está a necessidade da adoção de medidas regulamentares apropriadas para que os recursos

y culturales. *Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §10-11, p.3.

46 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §9, p.3.

47 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §8, p.3.

de atenção sanitária, tanto no setor público como no privado, sejam mobilizados e compartilhados entre toda a população a fim de garantir uma resposta ampla e coordenada à crise. Todos os profissionais sanitários devem ter facilidade de acesso à indumentária e aos materiais de proteção adequados para evitar o contágio. É essencial que os responsáveis pelas tomadas de decisão nos Estados partes consultem e prestem a devida atenção às recomendações desses profissionais no desenvolvimento de suas ações⁴⁸.

Medidas especiais e específicas de caráter urgentes devem ser tomadas para proteger e mitigar os efeitos da pandemia em grupos vulneráveis como os idosos, as pessoas com deficiência, os refugiados, as populações afetadas por conflitos, as mulheres, os povos indígenas, assim como comunidades e grupos submetidos à discriminação e desvantagens estruturais. Tais medidas podem ser, dentre outras, o fornecimento de água e sabão às comunidades que deles carecem; a posta em marcha de programas específicos para proteger os empregos, os salários e as aposentadorias de todos os trabalhadores, incluídos os trabalhadores migrantes não documentados; a imposição de uma moratória para o despejo forçado ou execuções hipotecárias de moradias durante a pandemia; a adoção de medidas especialmente adaptadas para a proteção da saúde e dos meios de vida dos grupos minoritários vulneráveis, como os povos indígenas; e a garantia de um acesso exequível e equitativo para todos aos serviços de internet com fins educativos⁴⁹.

48 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §13, p.3.

49 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Os Estados partes também devem se esforçar para que todos os trabalhadores estejam protegidos dos riscos de contágio no ambiente de trabalho. Para tanto devem adotar medidas apropriadas a fim de garantir que os empregados reduzam ao mínimo os riscos de contágio conforme as melhores práticas em matéria de normas de saúde pública. Assim mesmo, para a proteção dos empregos, as aposentadorias e outras prestações sociais dos trabalhadores durante a pandemia, e até mesmo para mitigar os efeitos econômicos desta, os Estados partes devem adotar medidas imediatas como, por exemplo, subvenções salariais, abatimentos fiscais e o estabelecimento de programas complementares de segurança social e proteção dos salários⁵⁰.

Num cenário pandêmico, deve-se evitar a especulação com alimentos, produtos de higiene, medicamentos, bem como com todo e qualquer produto essencial. Assim mesmo, seja tanto para reduzir o risco de transmissão do Coronavírus, como para proteger à população do perigo que supõe a desinformação, é indispensável dispor de informação precisa e acessível sobre a pandemia da Covid-19⁵¹.

Para o CDESC, a Covid-19 destacou a importância de se investir adequadamente em sistemas de saúde pública, programas integrais de proteção social, trabalho decente, moradia, alimentação, sistemas de água e de saneamento, assim como em instituições de promoção da igualdade de gênero. Finalmente,

Culturales de 17/04/2020, §15, p.4.

50 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §16, p.4.

51 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17/04/2020, §17-18, p.4.

o Comitê exorta aos Estados partes do PIDESC a cuidarem para que a extraordinária mobilização de recursos para o enfrentamento da pandemia da Covid-19 dê o impulso necessário para mobilizar recursos de longo prazo objetivando o desfrute pleno e em condições de igualdade dos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados no Pacto⁵².

6. DECLARAÇÃO SOBRE O ACESSO UNIVERSAL E EQUITATIVO ÀS VACINAS DA COVID-19

O CDESC aprovou em 27/11/2020 a Declaração sobre o acesso universal e equitativo às vacinas da Covid-19. Esta ilumina, desde uma óptica dos direitos humanos, as principais obrigações dos Estados partes do PIDESC para com o enfrentamento da atual pandemia à luz das vacinas cientificamente desenvolvidas para tanto. Todo ser humano tem o direito ao padrão mais alto de saúde física e mental. Neste incluído o acesso a programas de imunização contra doenças infecciosas. De igual maneira, as pessoas têm o direito de desfrutar dos benefícios do progresso científico, o qual abrange o acesso a uma vacina eficaz e segura, desenvolvida a partir dos melhores conhecimentos científicos. Nas pandemias, como a causada pelo Coronavírus, é a ciência quem deve guiar todo o conhecimento capaz de combatê-las.

Há uma série de razões científicas (de ordem exata, humana, médica e social) para que todo ser humano se vacine. Dentre estas, não esgotando todos os benefícios e as vantagens da vacinação, sublinha-se que estatisticamente as vacinas salvam vidas e protegem a saúde; protegem os vulneráveis e as gerações

52 ONU. ECOSOC. *Documento E/C.12/2020/1. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 17/04/2020, §24-25, p.6.

futuras; protegem e apoiam os serviços de saúde; economizam tempo, dinheiro e recursos variados; e, na era das *fake news*, evitam a propagação de notícias falsas.

De acordo ao CDESC, o acesso às vacinas para todas as pessoas deve ser garantido pelos países à luz do máximo de seus recursos disponíveis e conforme as medidas necessárias para uma vacinação universal e sem discriminação alguma. O dever de imunizar contra as principais doenças infecciosas, prevenindo e controlando epidemias é uma obrigação prioritária em consequência do direito à saúde. Assim sendo, no atual cenário pandêmico, os países têm de dar máxima prioridade à disponibilização das vacinas capazes de contribuir ao enfrentamento da Covid-19. Esse acesso é um direito do ser humano e deve ser facilitado pelos países, sobretudo quando estes são partes do PIDESC. Estes têm a obrigação de facilitar informações fidedignas, transparentes e fincadas nos melhores conhecimentos científicos para que a cidadania decida vacinar-se ou não. Nessa esteira, toda trava administrativa e burocrática deve ser superada em prol de políticas públicas céleres e eficazes para o acesso universal e equitativo às vacinas⁵³.

O direito à saúde exige que os países tornem acessíveis, aceitáveis e de boa qualidade, as unidades de saúde, serviços e bens, incluindo as vacinas. Estas não devem ser apenas produzidas e disponibilizadas, também devem, conforme reza o princípio da igualdade e não discriminação, ser acessíveis para todos: motivos como religião, nacionalidade, orientação sexual, gênero, raça, identidade étnica, idade, deficiência, condição migratória, origem social, pobreza ou qualquer outro não podem ser impeditivos. Pelo contrário, a acessibilidade física às vacinas,

53 ONU. ECOSOC. *Document E/C.12/2020/2. Statement on universal and equitable access to vaccines for COVID-19 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* de 27/11/2020, §1-3, p.1-2.

especialmente para grupos marginalizados e desfavorecidos, valendo-se de canais estatais ou privados, notadamente por meio do fortalecimento da capacidade de suas entregas e distribuições, deve ser garantida. Senão ainda, o fornecimento gratuito das vacinas, especialmente para pessoas de baixa renda e em situação de pobreza, deve ser assegurado. Ademais, sobretudo nessa era digital e das *fake news*, o acesso a informações relevantes, através de informações científicas verossímeis sobre segurança e eficácia das diferentes vacinas, potencializadas por campanhas públicas capazes de protegerem as pessoas contra informações falsas, enganosas ou pseudociências, deve ser robustamente garantido. Finalmente, ninguém deve ficar para trás se decidir tomar uma vacina⁵⁴.

O CDESC recorda ademais que muitas vacinas, na iminência de suas aprovações, foram desenvolvidas por empresas privadas e podem estar sujeitas ao regime de propriedade intelectual. Essas empresas esperam obter lucro e é justo que recebam uma compensação razoável por seus investimentos. No entanto, a propriedade intelectual não é um direito humano, mas um produto social, com uma função social. Consequentemente, os países têm o dever de impedir que a propriedade intelectual e os regimes legais de patentes prejudiquem o gozo dos direitos humanos. Assim, também cabe às entidades empresariais absterem-se de invocar direitos de propriedade intelectual incompatíveis com o direito humano de acesso a uma vacina segura e eficaz contra a Covid-19. É uma obrigação dos países garantir, à brevidade possível e por todos os meios necessários, inclusive mediante assistência e cooperação internacional, o acesso universal e equitativo às vacinas⁵⁵.

54 ONU. ECOSOC. *Document E/C.12/2020/2. Statement on universal and equitable access to vaccines for COVID-19 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* de 27/11/2020, §4, p.2.

55 ONU. ECOSOC. *Document E/C.12/2020/2. Statement on universal and*

A priorização do acesso às vacinas deve ser apoiada por todos, devendo este ser organizado mediante mecanismos transparentes e participativos garantidores de uma distribuição global baseada em necessidades médicas reais e considerações científicas da saúde pública. Todo o ser humano que assim desejar, poderá e deverá vacinar-se. Isto é crucial para o controle da pandemia da Covid-19. E os Chefes de Estados e de Governos, sobretudo daqueles países que são signatários do PIDESC, devem garantir que assim seja.

Na esteira das premissas anteriores, o CDESC aprovou em 12 de março de 2021 a Declaração sobre vacinação universal acessível para Covid-19, cooperação internacional e propriedade intelectual. Para o Comitê, o regime de propriedade intelectual deve ser interpretado e implementado de forma a apoiar o dever dos países em proteger a saúde pública. O direito à saúde exige que os países tornem acessíveis, aceitáveis e de boa qualidade as unidades, serviços e bens da saúde, incluindo as vacinas. Estas devem ser produzidas e disponibilizadas à luz do princípio da igualdade e não discriminação, isto é, serem acessíveis para todos sem nenhum impedimento. Ademais, a acessibilidade física às vacinas, especialmente para grupos marginalizados e desfavorecidos, valendo-se de canais estatais ou privados, notadamente por meio do fortalecimento da capacidade de suas entregas e distribuições, deve ser garantida. Senão ainda, o fornecimento gratuito das vacinas, especialmente para pessoas de baixa renda e em situação de pobreza, deve ser assegurado. E sobretudo nessa era digital e das fake News, reitera a necessidade do acesso a informações relevantes e cientificamente comprovadas acerca da importância das vacinas. Sublinha-se a

equitable access to vaccines for COVID-19 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights de 27/11/2020, §6-11, p.2-3.

essencialidade da cooperação internacional para o sucesso de todas essas ações⁵⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um verdadeiro regime de proteção ao direito humano à saúde derivado do PIDESC é uma realidade. Nota-se um conjunto de normas sólidas (o PIDESC e seu Protocolo), instituições (ONU, CDESC e Estados partes), princípios reconhecidos (boa-fé, igualdade e não discriminação, *pro homine*, complementaridade, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos), documentos oficialmente reconhecidos pelos Estados partes (observações conclusivas, observações gerais, cartas e declarações), capazes de gerar um padrão de conduta nos Estados partes do PIDESC e contribuir à afirmação da dignidade humana das pessoas sob suas jurisdições. O CDESC direcionou esse regime para contribuir ao enfrentamento da pandemia por Coronavírus. Tal contribuição deve estar acompanhada por uma ação conjunta entre países, organizações internacionais e indivíduos para cessar ou mitigar os efeitos da Covid-19. O regime emergido do PIDESC é capaz de iluminar o caminho a seguir por esses atores centrais das relações internacionais e sujeitos contemporâneos do direito internacional público. Finalmente, quando da afirmação da dignidade humana no direito internacional se trata, a sorte de cada um está inexoravelmente conectada à dos demais, bem como à do planeta. Sobretudo, quando a ameaça é universal em consequência de uma pandemia causada por um vírus.

56 ONU. ECOSOC. *Document E/C.12/2021/1. Statement on universal affordable vaccination for COVID-19, international cooperation and intellectual property by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* de 12/03/2021.

Assim mesmo, cabe primordialmente aos Estados partes do PIDESC a responsabilidade em adotar políticas públicas, medidas administrativas e legislações orientadas para o gozo efetivo dos direitos e deveres contidos no PIDESC. Foram eles quem, de boa-fé, assumiram esse compromisso internacional.

O CDESC é o intérprete principal e final do PIDESC. É ele quem está facultado pelo Pacto para explicar e declarar o alcance do conteúdo de seus artigos. Por isso, é ele quem se preocupa com o cumprimento dos artigos pelos Estados partes, recomendando ações administrativas, executivas, judiciais, legislativas e de todo tipo, sem discriminação alguma, a fim de que estas estejam em consonância com os padrões mais atualizados do direito internacional dos direitos humanos em quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais. Especificamente quanto à pandemia da Covid-19, o Comitê declarou que os Estados partes no PIDESC têm a obrigação de adotar medidas para evitar, ou ao menos mitigar, os efeitos do Coronavírus no desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente no direito à saúde dos grupos mais vulneráveis da sociedade. Finalmente, ninguém pode ficar para trás.

Para que as obrigações e os direitos contidos no PIDESC sejam cumpridos, os Estados partes devem adotar uma série de medidas, inclusive de caráter urgentes, assentadas nos melhores conhecimentos científicos disponíveis para a proteção da saúde pública, com isso fomentando a confiança e o apoio de toda a sociedade aos conhecimentos científicos disponíveis. Ademais, a transparência ativa deve reger as informações compartilhadas pelos Estados partes à sociedade em geral.

A cooperação internacional também deve se consagrar como um importante pilar no enfrentamento à Covid-19. Esta implica em compartilhar pesquisas, profissionais, medicamentos e

equipamentos médicos, assim como as boas práticas para frear o Coronavírus. Ademais, ela coordena as medidas a serem adotadas para reduzir os efeitos econômicos e sociais da crise gerada pela pandemia, assumindo esforços conjuntos por todos os países em prol de uma recuperação econômica efetiva e equitativa.

O acesso universal e gratuito às vacinas para todos os seres humanos que assim desejarem enfrenta desafios de toda ordem, seja nos países com mais recursos ou naqueles que experimentam escassez destes. Assim sendo, os agentes públicos deverão esforçar-se ao máximo para que os Estados, sobretudo os que são partes do PIDESC, possam cumprir com suas obrigações de facilitar esse acesso. Senão ainda, o dever civilizatório e geracional impõe a todo o ser humano contribuir a esse esforço de saúde coletivo também individualmente. Desse modo, enquanto a imunização pelas vacinas não alcança ao conjunto da população mundial, cada pessoa deverá estar atenta, difundindo e cooperando com os menos favorecidos, quanto às práticas das medidas prescritas pela ciência para o enfrentamento à Covid-19, como podem ser o distanciamento social, a vigilância epidemiológica, o uso de máscaras, a higiene corporal e a não proliferação de informações falsas ou de *fake news*. Finalmente, o presente e o futuro de cada um de nós estão inexoravelmente conectados.

Por isso, os agentes públicos, sejam eles de qualquer um dos três poderes da República e independente das esferas administrativas de seus mandatos, devem pautar-se em suas ações, decisões e manifestações para o combate à pandemia em consonância com os melhores conhecimentos científicos disponíveis (nessa seara a vacinação imediata é o principal desafio) e à luz dos compromissos de Estado em matéria de direitos humanos, especialmente, observando cabalmente o regime de proteção ao direito à saúde emanado do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A CRISE DO SARS-COV-2 E O (FIM DO) INDIVIDUALISMO NACIONALISTA: A PROMOÇÃO DAS DIRETRIZES DO SIDH NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL

*Murilo Borges**

*Vinicius Villani Abrantes***

1. INTRODUÇÃO

O ano é 2020 e o globo é oficialmente notificado de uma nova doença que, inicialmente, foi identificada na província de Wuhan, na República Popular da China. O que mais era temido mundialmente, em pouco tempo, aconteceu – a epidemia chinesa

* Graduando em Direito, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e em Relações Internacionais, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, na Linha de Pesquisa “Direito Internacional Crítico” (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU). Colaborador do Projeto “Migração, Identidade e Cidadania” na FMP. Voluntário no Programa de Estágios do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR/Brazilian Institute of Law of the Sea - BILOS).

** Graduando em Letras, pela Faculdade de Letras, da Universidade Federal de Juiz de Fora (FALE/UFJF) e em Direito, pela Faculdade de Direito, do Instituto Metodista Granbery (FMG). Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, na Linha de Pesquisa “Direito Internacional Crítico” (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU). Colaborador Externo do Projeto de Extensão: “Pandemia e mundo: política em um mundo em transformação?”, realizado pela Faculdade de Ciências Sociais e pelo Núcleo de Estudos Globais, da Universidade Federal de Goiás (FCS/UFG). Pesquisador no Portal Direito Internacional sem Fronteiras, no projeto de pesquisa: “Os Direitos da Criança no Sistema Internacional”.

se transformou em uma pandemia de dimensões multilaterais¹, gerando reações, consequências e efeitos em diversos setores sociais².

Cada um dos países reagiu de uma maneira frente ao rápido avanço do *SARS-CoV-2* (causador da “Covid-19”); por diversas vezes, ficou evidente que no Brasil perpetuavam-se ações e diretrizes aquéns de uma efetiva responsabilidade social³⁻⁴. Dentro deste cenário, sabe-se que o Brasil é um dos receptores de refugiados, isto é, é um dos Estados de destino daqueles que decidem migrar por grave e generalizada violação de direitos

1 Senhoras, E. M. (2020). Coronavírus e Educação: análise dos impactos assimétricos. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, 2(5), p. 128-136.

2 De acordo com Souza & Lima (2021, p. 415), “a origem, mutação, forma de contaminação, assim como os efeitos no organismo humano, ainda geram questões sem respostas precisas pela ciência”. Entretanto, sabe-se que o coronavírus, causador da Covid-19, consegue se propagar em uma rápida velocidade, nunca antes observada na história – chegando no Brasil, objeto da arte desta pesquisa, oficialmente, no dia 26 de fevereiro de 2020 (Brasil, 2020 *apud* Souza, M., & Lima, A. (2021). Direitos Humanos e Pandemia de Covid-19: análise a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, 5(62), 412 - 442).

3 Abrantes, V. V. (2020). Brasil e a “Diplomacia da Saúde”: um recorte temporal da atuação do estado na pandemia de COVID-19. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, 4(10), p. 11-27.

4 Em consonância com Abrantes (2020, p. 22), “[...] o Brasil está atuando de maneira oposta a muitos países considerados como referência no contexto da pandemia, para além disso, atua, em muitos casos, em contraposição com o que a Organização Mundial da Saúde está publicando com protocolo. [...] o país rompe com a linearidade diplomática e acaba se transformando no polo negativo de contraposição de teorias e práticas. O país perde o posicionamento consistente e estratégico no que se refere ao desenvolvimento de uma política “unida” de enfrentamento com os demais países da América do Sul – no que tange a esta política, a cooperação científica internacional poderia ser uma das iniciativas”. Abrantes, V. V. (2020). Brasil e a “Diplomacia da Saúde”: um recorte temporal da atuação do estado na pandemia de COVID-19. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, 4(10), 11-27.

humanos, bem como por fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; – aqueles que estão em condição de refúgio sofrem com maior intensidade os efeitos perversos da pandemia da Covid-19⁵.

Nesta seara de incertezas, há, pois, que indagar: levando em consideração todos os esforços do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“SIDH” ou “Sistema Interamericano”) durante o cenário pandêmico, as políticas diretrizes do Estado brasileiro, bem como das entidades não-governamentais realizaram a efetiva e humana inserção dos refugiados, como um grupo que também carece de medidas de auxílio para a contenção e recuperação dos efeitos e consequências – muitos, ainda não determinados – da pandemia da Covid-19? Esta indagação surge a partir da análise dos dados publicados pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)⁶, no qual esclareceu que até 31 de maio de 2020, havia 193.737 solicitações de refúgio à espera de julgamento no território nacional brasileiro, bem como das legislações publicizadas pelo Estado brasileiro que mostram graves e contrárias às diretrizes do SIDH na prevenção do vírus e proteção dos direitos humanos.

O objetivo geral da presente investigação, assim, é compreender os efeitos da pandemia da Covid-19 no cenário brasileiro, através de uma análise crítica do desenvolvimento

5 Siqueira, E. C. V. de., Silva, M. P. E., Costa, R. M. C. B., Abrantes, V. V., & Muniz-Falcão, W. H. M. (2020). A Pandemia de Covid-19, Direitos Humanos e Refúgio no Brasil. *Cadernos de Pesquisa Direito Internacional sem Fronteiras*, 2(1), p. 1-34.

6 Essas informações estão disponíveis no Portal do CONARE: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

de diretrizes e políticas voltadas aos refugiados em território nacional, a fim de demonstrar a necessidade do rompimento de tomada de decisões isoladas pelos Estados frente às crises mundiais. Para cumprir com o problema de pesquisa e os objetivos dispostos, esta pesquisa, de caráter exploratório, utiliza a metodologia qualitativa, e se constrói o percurso de análise comparativa das diretrizes publicadas pelo SIDH no combate à crise sanitária e o (des)cumprimento das medidas tomadas pelo Estado brasileiro.

Este trabalho justifica-se pelo respectivo potencial – e também grande anseio – em auxiliar pesquisadores e profissionais no desenvolvimento crítico de futuras políticas e diretrizes sobre a problemática. Além disso, espera-se que este material possa se tornar um embasamento crítico e seguro para que a sociedade civil enxergue a problemática com novos olhares. Para uma melhor sistematização da temática, este manuscrito é dividido em três sessões de debate, com a finalidade de abordar, em ordem, sobre mecanismos de proteção aos refugiados a nível internacional e nacional; para que, assim, seja possível abarcar sobre a necessidade de inserção de diretrizes e protocolos advindos do Sistema Interamericano no combate de crises sanitárias e, por fim, o rompimento do individualismo nacionalista.

Dito isso, é possível extrair do cenário epidêmico que assola o globo mundial a carência do exercício de uma governança local isolada para o combate do vírus respiratório. Respeita-se, no entanto, o direito à liberdade dos Estados nas suas tomadas de decisões, mas enfatiza-se a sua soberania, posto que deixou de ser um direito absoluto⁷, tornando-se uma soberania relativa e que não deve ser invocada para a tomada de decisões desassociadas

7 Accioly, H.; Casella, P. B.; Silva, G. E. de N. (2009). *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 17, p. 280.

das diretrizes postas pelos Organismos Internacionais, tais como o Sistema Interamericano. Nessa toada, deve-se romper com a concepção clássica de Westfália sobre a implementação do Direito Internacional no Direito Interno, para que seja incorporado no âmbito interno dos Estados as recomendações internacionais, ainda que não possuam a vinculatividade obrigatória na sua jurisdição.

Outrossim, busca-se demonstrar a necessidade de um desenvolvimento sistemático das relações internacionais e de sua agenda a ser implementada pelos Estados de boa-fé, em um nível que atinja a maior e possível governança regional e global⁸, visando a promoção dos direitos humanos, sob os princípios da universalidade e efetividade do desenvolvimento humano⁹, através de uma movimentação jurídica que transpasse as próprias fronteiras estatais, sobretudo, no que tange a proteção dos refugiados nas crises globais.

2. ANÁLISE DO REFÚGIO E DA COVID-19 NO BRASIL: UMA DUPLA VULNERAÇÃO DE DIREITOS?

Para além das legislações internacionais que o Brasil internalizou, o país também conta com instrumentos internos que perpassam sobre as migrações – incluindo neste grupo, os refugiados. A contextualização jurídica do refúgio, nesta seção, portanto, realiza-se pelas políticas brasileiras e internacionais que perpassam sobre o objeto da arte desta pesquisa – é importante mencionar que, muito embora o país tenha construído uma

8 Menezes, W. (2005). *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, p. 202.

9 Díaz, N. R. (2019). *Derecho a la seguridad social de los migrantes irregulares*. México: Revista IIDH, nº 70, p. 223

estrutura de direitos para os refugiados, o Brasil ainda está aquém de consolidar um posicionamento de proteção por parte da esfera federal; isto, por exemplo, pode ser visto pelas medidas restritivas (e por conseguinte, não inclusivas) tomadas frente à pandemia da Covid-19, no que tange aos refugiados.

2.1 A PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NA ESFERA NACIONAL E INTERNACIONAL

Ao evocar a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), há que se evidenciar diversos direitos fundamentais e garantias que lá são expressos – isto como forma de firmar e positivar os direitos humanos advindos da proteção, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹⁰. Caberia aqui mencionar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 fez com que o ordenamento jurídico brasileiro pudesse ser aberto para uma nova ordem internacional de proteção aos direitos da pessoa humana – isto porque norteia como as ações tomadas e realizadas, em âmbito nacional, devem ser embasadas, considerando preceitos de direitos humanos¹¹.

10 De acordo com Cançado Trindade, a Declaração Universal de 1948, incorporada que foi em resolução do tipo declaratório da Assembleia Geral da ONU, sem pretender ter a força jurídica obrigatória de um tratado, com o tempo passou a ter um inegável impacto nas constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados internacionais e demais resoluções da ONU. Tal impacto se tornou ainda mais considerável pelo lapso de tempo prolongado (18 anos) entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966²⁵, que levou alguns intérpretes a sugerir que possivelmente alguns dos princípios da Declaração tenham hoje se tornado “obrigatórios” como parte do direito internacional consuetudinário (Cançado Trindade, A. A. (2017). *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: FUNAG, p. 391-392).

11 Mazzouli, V. de O. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Nessa perspectiva, é evidente que a proteção do migrante perpassa por princípios constitucionais, dessa maneira, a realização de quaisquer políticas destinadas aos refugiados deve estar em consonância com os princípios e parâmetros da legalidade e da constitucionalidade – isto é, implica no reconhecimento de direitos e consequentemente os respectivos efeitos jurídicos por atos ou omissões¹². Após a promulgação da Constituição da República (1988), é criada a Portaria Ministerial 394 que facilita os procedimentos de solicitação de refúgio no Brasil – dessa maneira, o Brasil retira as reservas realizadas aos dispositivos 15 e 17 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada internamente em 1961¹³.

Conforme aponta Abrantes e Romero (2020)¹⁴, o Estatuto dos Refugiados (Lei n.º 9.474, de 1997) é um grande produtor do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996, sendo o projeto de lei analisado, de acordo com Jubilit (2007), por diversas Comissões nacionais – Comissão de Direitos Humanos, Constituição e Justiça, e de Relações Exteriores. O Estatuto supracitado apresenta:

[...] a ampliação da definição de refugiado, incluindo as pessoas que fogem de graves e generalizadas violações de direitos humanos. O Estatuto dos Refugiados é considerado, portanto, um dos grandes passos, na época, para a efetivação dos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe salientar que ele aponta diretrizes importantes para o procedimento e reconhecimento de refúgio, bem como o estabelecimento do

12 Bucci, M. P. D. (2006). “O Conceito de Política Pública em Direito”. In: *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva.

13 Abrantes, V. V.; Romero, T. G. (2020). Vozes silenciadas das migrações de crise no Brasil: “Para que Língua de Acolhimento?”. *Revista E-civitas*, 13(2), p. 263-286.

14 *Ibidem*.

Comitê Nacional para os Refugiados, doravante, CONARE (Abrantes & Romero, 2020, p. 270).

Em raciocínio vizinho, a Declaração de Cartagena (de 1984) estipula importantes parâmetros para criar uma harmonização do sistema internacional às realidades regionais e esforços nacionais das Américas. Percebe-se, então, que o Estatuto dos Refugiados fica em consonância com a ampliação do conceito de refúgio determinado pela Declaração de Cartagena – “*o sistema de proteção apresentou evoluções importantes, no decorrer dos anos, mas é possível perceber que [...] ainda não atend[e] às necessidades das migrações transnacionais, da qual o Brasil é um dos países de destino*”¹⁵.

Nesta perspectiva, é válido mencionar que, em 2017, com a aprovação da Lei n.º 13.445, o Brasil se coloca em outro patamar no que se refere a proteção dos direitos dos migrantes¹⁶. Diversos autores, como Moura & Paluma (2020)¹⁷, apontam que a desburocratização do processo de regularização migratória, bem como o estabelecimento de vistos humanitários foram as grandes mudanças. Fica nítido que “[...] *o novo dispositivo se preocupa em tratar a figura do não nacional como migrante pleno de direitos garantidos por todo território nacional, em condição de igualdade com os nacionais*”¹⁸. Isto é, o novo dispositivo concretiza o disposto no artigo 5º da Constituição da República (1988) – estabelecendo a igualdade entre nacionais e não nacionais combatendo a xenofobia, a discriminação e as práticas que ofendem os direitos humanos.

15 *Op. Cit.*, p. 271.

16 Moura, T. P.; Paluma, T. (2020). A lei de Migração 13.445/2017 e seus precedentes históricos: a evolução do conceito de não nacional no ordenamento jurídico brasileiro. In: Silva, R. C. da S.; Abrantes, V. V. *Reflexões iniciais sobre direito internacional*. Curitiba: Brazil Publishing.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*, p. 48.

Na ambiência internacional, em 2018, é firmado o “Pacto Global para a Migração”¹⁹ – uma grande oportunidade para aprimorar a cooperação internacional entre os Estados, no que tange ao fortalecimento da proteção aos migrantes²⁰. O referido

19 United Nations. (2018, julho). *Global compact for safe, orderly and regular migration*. Final draft. 11 jul. 2018. Disponível em: https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf. Acesso em 14 fev. 2021.

20 O Pacto estabelece 23 objetivos para a cooperação internacional em relação à imigração. Dentre eles: (I) Coletar e utilizar dados precisos e desagregados como base para políticas; (II) Minimizar os fatores adversos e os fatores estruturais que obrigam as pessoas a deixarem seus países de origem (III) Fornecer informações precisas e oportunas em todos os estágios da migração; (IV) Assegurar que todos os migrantes tenham prova de identidade legal e documentação adequada; (V) Aumentar a disponibilidade e a flexibilidade dos caminhos para a migração regular; (VI) Facilitar o recrutamento justo e ético e salvaguardar condições que garantam um trabalho decente; (VII) Abordar e reduzir vulnerabilidades na migração; (VIII) Salvar vidas e estabelecer esforços internacionais coordenados em migrantes desaparecidos; (IX) Reforçar a resposta transnacional ao contrabando de migrantes (X) Prevenir, combater e erradicar o tráfico de pessoas no contexto internacional migração; (XI) Gerenciar as fronteiras de forma integrada, segura e coordenada; (XII) Reforçar a certeza e previsibilidade nos procedimentos de migração para triagem, avaliação e encaminhamento; (XIII) Usar a detenção de migração apenas como uma medida de último recurso e trabalhar para alternativas; (XIV) Reforçar a proteção, assistência e cooperação consulares em toda o ciclo de migração; (XV) Fornecer acesso à serviços básicos para migrantes; (XVI) Capacitar os migrantes e as sociedades para a plena inclusão e coesão social; (XVII) Eliminar todas as formas de discriminação e promover o discurso público baseado em evidências para moldar percepções de migração; (XVIII) Investir no desenvolvimento de competências e facilitar o reconhecimento mútuo de competências, qualificações e competências; (XIX) Criar condições para os migrantes e as diásporas contribuírem plenamente para o desenvolvimento sustentável em todos os países; (XX) Promover uma transferência de remessas mais rápida, segura e mais barata e promover a inclusão financeira dos migrantes; (XXI) Cooperar para facilitar o regresso e a readmissão seguros e dignos, bem como reintegração sustentável; (XXII) Estabelecer mecanismos para a portabilidade dos direitos de segurança social e benefícios, e (XXIII) Fortalecer a cooperação internacional e as parcerias globais para garantir a segurança, ordenação e migração regular.

Pacto não é um instrumento vinculante – isto é, é um mecanismo de *soft law*, baseado em valores como responsabilidade internacional, direitos humanos e cooperação em prol de migrações justas e igualitárias. Contudo, o Brasil, por meio do Ministério das Relações Exteriores, em 2019, deixou o Pacto²¹.

2.2 A (DES)PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NAS MEDIDAS ADOTADAS PELO ESTADO BRASILEIRO NA CONTENÇÃO DA COVID-19

O funcionamento de todas as Instituições durante um Estado de Exceção²² – como advindo da crise sanitária global – é imprescindível para a manutenção e proteção dos direitos humanos frente às crises globais²³. Isso porque, a vida humana torna-se ainda mais vulnerável e dependente do controle das

21 Conectas. (2019, janeiro). Governo Bolsonaro Deixa Pacto Global Para Migração: Decisão pode ter impacto nos cerca de 3 milhões de brasileiros que vivem no exterior. Conectas: Direitos Humanos. Disponível: https://www.conectas.org/noticias/governo-bolsonaro-deixa-pacto-global-para-migracao?clid=CjwKCAiAsaOBBhA4EiwAo0_AnGFhUcTMEEGITu7-5tdLb10BzOEktWHsaw0xv67zWunDsp3wE4UWhoCrhAQAvD_BwE. Acesso em: 21 de fev. 2021.

22 O Estado de Exceção (ou emergência) é caracterizado pela suspensão temporária de direitos e garantias constitucionais, que proporcionam a necessária eficiência na tomada de decisões para casos de proteção do Estado, já que a rapidez no processo de decidir as medidas a serem tomadas é essencial em situações emergenciais e, nesse sentido, nos regimes de governo democráticos — nos quais o poder é dividido e as decisões dependem da aprovação de uma pluralidade de agentes — a agilidade decisória fica comprometida (CORTE IDH. *Caso Durand e Ugarte Vs. Peru*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021, p. 97).

23 Corte IDH. Parecer Consultivo nº 09. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*. 06 de outubro de 1987. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>. Acesso em: 21 de fev. 2021, p. 40.

políticas estatais ou da falta delas na tutela das emergências²⁴. No Brasil, dado o sistema tripartite de poderes, o funcionamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser interrompidos.

A partir disso, denota-se uma preocupação em relação às ações e estratégias brasileiras de contenção do vírus respiratório da Covid-19, nas quais excluem os migrantes ou solicitantes de refúgio. Percebe-se que além das medidas de prevenção, como a determinação de *lockdown* e distanciamento social, o Estado brasileiro iniciou um processo legislativo de Decretos e Portarias relacionadas à proibição de entrada e saída do país²⁵.

24 Agamben, G. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2010, p. 166-167.

25 De acordo com Abrantes (2020, p. 22), “(...) [é] nitido que o Brasil está atuando de maneira oposta a muitos países considerados como referência no contexto da pandemia, para além disso, atua, em muitos casos, em contraposição com o que a Organização Mundial da Saúde está publicando com protocolo. Nesse contexto, então, o país rompe com a linearidade diplomática e acaba se transformando no polo negativo de contraposição de teorias e práticas. O país perde o posicionamento consistente e estratégico no que se refere ao desenvolvimento de uma política “unida” de enfrentamento com os demais países da América do Sul – no que tange a esta política, a cooperação científica internacional poderia ser uma das iniciativas”. Vide: Abrantes, V. V. (2020). Brasil e a “Diplomacia da Saúde”: um recorte temporal da atuação do estado na pandemia de COVID-19. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, 4(10), 11-27. O referido autor (Abrantes, 2020), ao mencionar a atuação contrária aos preceitos diplomáticos e também de direitos humanos, faz menção, dentre tantas questões, a políticas que envolvam grupos vulneráveis. Além disso, a falta de diretrizes que sejam inclusivas reforça a ideia de micropolíticas – “a expressão máxima da soberania relacionada com o poder de ditar quem pode viver e quem deve morrer - e quem morre sempre? A resposta pode ser: os grupos vulneráveis”. (Abrantes, V. V. (2021). O Morto que Tebas Renegou? Direitos Humanos, Pandemia de COVID-19 e o Retorno de Antígona. *Boletim De Conjuntura (BOCA)*, 5(13), p. 153).

Em um primeiro momento, o Estado brasileiro editou a Lei nº 13.979²⁶, de 06 de fevereiro de 2020, regulamentada e operacionalizada pela Portaria nº 356²⁷, de 11 de março de 2020, ambas para estabelecer as medidas para o enfrentamento da emergência da saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19. Já em 20 de junho de 2020, o Governo Federal brasileiro emitiu a Portaria nº 319²⁸, na qual determinou como medida excepcional, o fechamento das fronteiras, proibindo a entrada de estrangeiros de qualquer nacionalidade no país, sob o argumento de que seria a única forma de contenção da propagação do vírus. Ocorre que tal decisão é incompatível com todos os parâmetros internacionais e interamericanos (*vide* seção 3), posto que o fechamento total de uma fronteira reforça o problema sanitário, uma vez que as pessoas em situação de migração passam a ter de correr novos riscos para escapar de seus países, visto que terão mais obstáculos, tornando-as cada vez mais visíveis, bem como reforçam o preconceito e a xenofobia ao barrarem as pessoas estrangeiras no país.

No ponto, destaca-se que a Organização Mundial da Saúde (OMS) se posicionou de forma contrária a estas restrições generalizadas de viagens e de comércio durante maior do que alguns dias, apontando a ineficácia dessas medidas na prevenção da propagação do vírus, uma vez que seu impacto econômico

26 Brasil. (2020, fevereiro). Lei nº 13.979. Disponível: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13-979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

27 Brasil. (2020, março). Portaria nº 356. Disponível: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

28 Brasil. (2020, junho). Portaria nº 319. Disponível: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-319-de-20-de-junho-de-2020-262502191>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

e social se torna negativo, além do seu potencial de distrair a atenção das medidas que podem impedir a disseminação do vírus²⁹.

Não obstante, em 29 de julho de 2020, o Governo brasileiro³⁰ prorrogou o disposto na Portaria nº 319, com a flexibilização do funcionamento e acesso dos aeroportos. Evidenciando, novamente, a discriminação contra as pessoas em situação de refúgio e migrantes. Ponto muito importante é o disposto no artigo 4º, inciso III e parágrafo único, da referida prorrogação, na qual determinou “[...] *as restrições de que trata esta Portaria não impedem [...] o livre tráfego do transporte rodoviário de cargas, ainda que o motorista não se enquadre no rol de que trata o art. 3º, na forma prevista na legislação. Parágrafo único. O disposto no inciso II do caput não se aplica à fronteira com a República Bolivariana da Venezuela*”. Demonstrando, assim, uma discriminação direta com os refugiados e migrantes advindos da Venezuela. O que enseja uma contrariedade a uma das ações humanitárias promovidas pelo Brasil em 2018, denominada “Operação Acolhida”, que criou diversas ações de recepção na fronteira para os venezuelanos, como serviços de identificação, orientação sobre regularização migratória e atenção inicial de saúde, dentre outras ações³¹.

29 Leão, A. V. & Fernandes, D. Aspectos de Imigração no Contexto da Pandemia da Covid-19. In: Impactos da Pandemia de Covid-19 nas Migrações Internacionais no Brasil - Resultados de Pesquisa. São Paulo: *Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó”*. NEPO/UNICAMP, 2020, p. 20.

30 BRASIL. (2020, julho). Portaria CC-PR/MJSP/MINFRA/MS nº 01. Disponível: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-cc-pr/mjsp/minfra/ms-n-1-de-29-de-julho-de-2020-269235614>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

31 OPERAÇÃO ACOLHIDA. Ordenamento da fronteira em números. Disponível em: <<https://www.gov.br/acolhida/historico/>>. Acesso em: 21 fev. 2021; LEÃO, Augusto Veloso; FERNANDES, Duval. Aspectos de Imigração no Contexto da Pandemia da Covid-19. In: Impactos da Pandemia da Covid-19 nas Migrações Internacionais no Brasil - Resultados de Pesquisa. São Paulo: *Núcleo de Estudos*

De forma agravante, a Portaria nº 419³², reitera as restrições terrestres e aéreas, estabelecendo que o descumprimento do seu texto pode ensejar uma responsabilização na esfera civil, administrativa e penal, conseqüentemente, poderá ensejar a repatriação ou deportação³³ imediata e inabilitação do pedido de refúgio. Além do mais, em 12 de fevereiro de 2021, foi emitida uma nova diretriz, através da Portaria nº 62³⁴, na qual autoriza o emprego da Força Nacional de Segurança Pública, para o auxílio das agências de segurança pública estaduais nas atividades de bloqueio excepcional e temporário de entrada no país de estrangeiros, em caráter episódico e planejado, por 60 dias, a contar de 18 de fevereiro de 2021 até 18 de abril de 2021.

Todas as referidas proibições e punições, ainda que sob o argumento da contenção do vírus, mostram-se contrárias com a própria Lei de Migrações (nº 13.445)³⁵, instituída pelo Brasil, em 2017, na qual proíbe a deportação sem o devido processo legal, bem como que impede a devolução de pessoas ou negativa de pedido de refúgio sem análise do mérito da causa em questão.

de População “Elza Berquó”. NEPO/UNICAMP, 2020, p. 25.

32 BRASIL. (2020, junho). Portaria nº 419. Disponível: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-419-de-22-de-junho-de-2020-262970317>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

33 No ponto, destaca-se que o Brasil deportou 2.901 pessoas em 2020, o que evidencia um aumento de 5.708% na comparação com o ano de 2019, quando 36 estrangeiros foram deportados do país. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/02/21/deportacoes-de-estrangeiros-crescem-5708percent-no-brasil-em-2020.ghtml>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

34 BRASIL. (2021, janeiro). Portaria GM/MS nº 62. Disponível: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-62-de-14-de-janeiro-de-2021-299113784>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

35 BRASIL. (2017, maio). Lei nº 13.445. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 21. fev. 2021.

Nesse norte, há uma dupla vulneração de direitos no que tange aos refugiados e migrantes. As medidas do Estado brasileiro mostraram-se precárias, ao passo que permitem a entrada de turistas, mas não de solicitantes de refúgio que chegam nas fronteiras do Estado. Ademais, percebe-se que nos casos em que as medidas tomadas contra os movimentos migratórios são mais duras e têm maiores duração do que aquelas tomadas com relação à circulação de pessoas dentro dos países, nos centros urbanos afetados pela Covid-19 e aquelas relacionadas à movimentação de turistas, sendo perceptível que a associação entre o estrangeiro e a doença acompanha a história das epidemias e mantém, até hoje, o seu potencial de induzir ou justificar violações de direitos humanos³⁶.

Por essas razões, deve-se promover o alinhamento das ações do Estado brasileiro com as diretrizes internacionais e interamericanas, a serem demonstradas na próxima seção, posto que isso influencia diretamente na cooperação que os Governos devem iniciar, a fim de garantir apoio direcionado às pessoas e grupos mais afetados pela doença ou mais vulneráveis aos impactos negativos do vírus.

3. O ROMPIMENTO DA SOBERANIA NACIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DAS DIRETRIZES DO SIDH NO COMBATE À CRISE SANITÁRIA E NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Como já demonstrado ao longo da investigação, a crise sanitária advinda da Covid-19 evidenciou a necessidade do

36 LEÃO, Augusto Veloso; FERNANDES, Duval. Aspectos de Imigração no Contexto da Pandemia da Covid-19. In: Impactos da Pandemia da Covid-19 nas Migrações Internacionais no Brasil - Resultados de Pesquisa. São Paulo: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó”. NEPO/UNICAMP, 2020, p. 20.

rompimento de uma visão individualista nacionalista dos Estados³⁷, dada a extrema urgência de promover uma governança global³⁸ no combate do vírus respiratório e na proteção dos direitos humanos no plano interno dos Estados.

Nesse sentido, reconhecendo o papel fundamental da Organização Mundial da Saúde (OMS), sobretudo, do seu Regulamento Sanitário Internacional (IHR), vinculante aos cento noventa e seis Estados membros da Constituição da OMS³⁹, também devemos promover o reconhecimento do papel do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) no combate à crise. Isso porque, assim como a OMS, circunstanciada no regime da Organização das Nações Unidas (ONU), o SIDH, com base no regime dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, regido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), vêm promovendo inúmeras diretrizes e recomendações através da Comissão Interamericana (CIDH) e da Corte Interamericana (“Corte IDH”) a serem seguidas pelos Estados que ratificaram tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), quanto a competência contenciosa da Corte IDH.

37 MENEZES, W.; MARCOS, H. (2020). O Direito Internacional e a Pandemia: Reflexões Sistêmico-Deontológicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia: Uberlândia*, 48(2), p. 44.

38 A governança global se caracteriza pela busca de aumentar a cooperação entre diversos atores econômicos, políticos e sociais; tornando as tomadas de decisões mais previsíveis dentro de áreas específicas, nas quais abrangem mais do que apenas um governo, incluindo todas as instituições, mas também implicando em mecanismos informais e formais, de caráter não governamental (Borges, M. (outubro, 2020a). A atuação das Organizações Internacionais na Proteção dos Direitos Humanos. *Revista Relações Exteriores*. Disponível em: <<https://relacoesexteriores.com.br/a-atuacao-das-organizacoes-internacionais-na-protecao-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 10 de fev. 2021).

39 *Op. Cit.*, p. 49.

Em primeiro lugar, relembra-se o Parecer Consultivo nº 18, de 2003, em que a Corte IDH foi categórica ao determinar a natureza vinculante dos princípios de igualdade e de não-discriminação aos migrantes documentados e indocumentados. Reconheceu, assim, a impossibilidade dos Estados discriminarem migrantes, ainda que não estejam com a documentação legal no Estado locado. Sobretudo, no que tange a inserção dos migrantes no gozo de políticas públicas⁴⁰.

Seguindo nessa linha, em 10 de abril de 2020, coadunando-se com a declaração da OMS, em 11 de março de 2020, estabelecendo o Estado de Pandemia, considerando as mais de 118 mil infecções em 114 nações àquela época⁴¹, a CIDH emitiu a Resolução nº 01/2020⁴², intitulada como “*Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*”, buscando servir como parâmetro para as medidas adotadas pelos Estados no combate e erradicação do vírus.

Extraí-se da resolução que os Estados-membros devem evitar a implementação de estratégias de detenção migratórias e outras medidas que aumentem os riscos de contaminação e propagação do vírus; abster-se de medidas que possam obstaculizar, intimidar e desestimular o acesso das pessoas em situação de mobilidade

40 CORTE IDH. Parecer Consultivo nº 18. *A Condicao Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. 17 de setembro de 2003, párr. 172. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

41 No dia 15 de janeiro de 2021, estimou-se o número de mortes globais por Covid-19 em 2 milhões. De acordo com o Secretário-Geral da ONU, António Guterres, o impacto mortal da pandemia foi agravado pela ausência de um esforço global coordenado”. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/01/1738882>>.

42 “[...] a CIDH aprova a presente resolução que estabelece padrões e recomendações, com a convicção de que as medidas adotadas pelos Estados na atenção e contenção da pandemia devem ter como centro o pleno respeito aos direitos humanos”. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>.

humana; garantir o direito de regresso e a migração de retorno aos Estados e territórios de origem; implementar medidas para prevenir e combater a discriminação contra migrantes; e, também incluir expressamente as populações em situações de mobilidade humana nas políticas e ações de recuperação econômica necessárias em todos os momentos da crise⁴³.

Posteriormente, a CIDH enfatizou os grandes desafios à proteção integral dos direitos dos refugiados e salientou que os Estados devem adotar medidas eficazes e urgentes no contexto da pandemia. Para tanto, considera-se que a mobilidade humana advém de um conjunto complexo de elementos que se dão por inúmeros fatores, podendo ser na busca de condições melhores de vida, ou, também pela expulsão⁴⁴. Destacando que não devem os Estados implementarem bloqueios de acesso, posto que isso resulta em um aumento no uso de rotas informais e passagens de fronteira inseguras e mais violentas, colocando as pessoas em uma vulnerabilidade ainda maior.

Fato importante é que de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados⁴⁵, o ano de 2020 vivenciou cerca de 18,7 milhões de pessoas que se encontram deslocadas no globo, com especial destaque aos venezuelanos que buscam proteção devido à crise humanitária na Venezuela. Percebeu-

43 CIDH. (2020, abril). *Revoluciono nº 1/20. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*. pâr. 58. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

44 CIDH. (2020, junho). Comunicado 140/20: *Por ocasião do Dia Mundial dos Refugiados, a CIDH observa os grandes desafios para a proteção integral dos direitos dos refugiados e insta os Estados a adotarem medidas eficazes e urgentes no contexto da pandemia da COVID-19*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/142.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

45 UNHCR. (2020, junho). *How many refugees are there around the world?* Disponível em: <<https://www.unhcr.org/en-us/figures-at-a-glance.html>>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

se no Triângulo Norte da América Central, estimadas 800 mil pessoas deslocadas, devido a pobreza, ação de quadrilhas criminosas e dentre outros.

Não obstante, em relação à recuperação da presente crise sanitária que acarretou a uma crise humanitária e econômica, a CIDH⁴⁶ reitera que os migrantes e os refugiados devem ser incluídos nos planos diretórios de recuperação, de maneira inclusiva. Proporcionando, assim, o acesso a serviços básicos de saúde, bem como enfatiza que a vacinação para a prevenção do vírus independe do status migratório e documentado das pessoas em situação de mobilidade humana.

Diante disso, reconhecendo que o voluntarismo estatal é indispensável para a existência de algumas áreas do Direito Internacional, sobretudo, no que tange a proteção dos Direitos Humanos no plano interno dos Estados⁴⁷ e que os entes não podem ser responsabilizados internacionalmente por obrigações que não foram assumidas no plano internacional na ótica do voluntarismo estatal, a atual crise evidencia a imprescindível necessidade dos Estados agirem de acordo com os parâmetros internacionais aos quais fazem parte, como é o caso do Estado brasileiro, que reconheceu a CADH em 1969, bem como a competência contenciosa obrigatória da Corte IDH em 2002, através do Decreto nº 4.463. Isso porque, o vírus denota

46 CIDH. (2020, dezembro). Comunicado 303/20: *As pessoas migrantes devem estar incluídas em todos os planos de recuperação relacionados à COVID-19 – afirmam especialistas regionais e da ONU*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/303.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

47 BORGES, M. (2020b). Direito constitucional brasileiro e o fortalecimento das Cortes Internacionais: A importância de utilizar os Precedentes Internacionais na Proteção dos Direitos Humanos. *Polifonia: Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, 5 (2), p. 353.

problemas globais, com complexos desafios que obriga a utilização dos instrumentos internacionais na adoção de medidas na proteção da humanidade⁴⁸.

Por essas razões, os Estados devem assegurar que a grave situação sanitária não se torne uma segunda crise de direitos humanos. Devem adotar medidas que se coadunem com as diretrizes do SIDH, na erradicação de obstáculos e impedimentos de acesso aos migrantes e refugiados no território estatal. Especialmente, aos Estados-membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), não devem eximir de cumprir as suas disposições ou de outros tratados internacionais, ainda que em um Estado de Emergência, consoante artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar que a pandemia da Covid-19 explicitou a carência das tomadas de decisões de Governos que optaram por uma governança local isolada, sob o argumento de um nacionalismo, no combate da crise sanitária e na ineficácia de promoção dos direitos humanos dos refugiados. Para isso, foi analisado que o Brasil se deparou com um grande crescimento do fluxo migratório – que tem o país como Estado de destino –, no qual obrigou diversas instituições a se adaptarem para atender e auxiliar no processo de acolhimento e integração dos refugiados – isto é, nas lacunas estatais, o terceiro setor vem atuando veemente para preencher tais faltas.

48 MENEZES, W.; MARCOS, H. (2020). O Direito Internacional e a Pandemia: Reflexões Sistêmico-Deontológicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia: Uberlândia*, 48(2), p. 73.

Para tanto, o direito possuiu um papel muito importante na conformação das instituições que arquitetam e realizam as políticas públicas – no ponto, a atuação das esferas governamentais corresponde, portanto, à forma definida pelo direito. Cumpre mencionar aqui também que o direito tem como base analítica a ideia de justiça, sendo sua grande essência pautada na compreensão de que tal virtude não está apenas embasada na aplicação sistemática e formal das leis, mas na técnica de igualdade e de ordem social para com todos. Ocorre que pôde-se observar durante a pandemia que a atuação governamental não refletiu as perspectivas asseguradas pela legislação e pelos organismos internacionais na proteção dos direitos humanos (legislações que são importantes no desfrute, fruição e respeito à dignidade da pessoa humana). Isto é, fica evidente que, se por um lado, a proteção aos refugiados sofreu modificações no sistema brasileiro, por outro, também trouxe diversos artifícios de protecionismo nacionalista.

Viu-se que o Estado brasileiro optou por elaborar legislações, como a Lei nº 13.979, e Portarias nº 356, 319 e 419, dentre outras que inseriram medidas como o fechamento total das fronteiras, bem como penalidades - administrativas, civis e penais - às pessoas que descumprirem as determinações, sob o argumento de que seria a única forma de contenção da propagação do vírus, mesmo que tal decisão seja contrária às diretrizes publicadas tanto pela Organização Mundial da Saúde, quanto pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Nessa esfera, sob o protagonismo de uma soberania nacionalista, percebe-se uma dupla crise no que tange os refugiados: sanitária e humanitária. Ora, as medidas tomadas pelo Brasil mostram-se contrárias aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e, sobretudo, (des)protetivas aos refugiados e migrantes que necessitam migrar durante este

momento epidêmico, especialmente os Venezuelanos. O que se propõe, assim, é que o Brasil, enquanto Estado-membro do SIDH, (re)análise as medidas adotadas durante a crise sanitária, para que inclua as pessoas em situação de refúgio e migração nos planos e políticas públicas tanto em matéria de saúde, quanto em matéria econômica, como disposto pela Resolução nº 01 de 2020, publicada pela Comissão Interamericana.

Por fim, cabe salientar que toda a humanidade requer ideias e ações solidárias e que sempre os Estados adotem posturas que se voltem a preceitos como o da solidariedade, fraternidade e da cientificidade perante a todos. Demonstrar que as ações estatais devem estar em consonância com os parâmetros do SIDH e que não é possível sustentar uma soberania nacional frente a crises globais.

El derecho a la vivienda en el contexto de la pandemia mundial

*Alejandro Díaz Pérez**

Introducción

El presente artículo analiza la situación contextual prevaleciente sobre el derecho a la vivienda, haciendo énfasis en las consecuencias que la crisis sanitaria ha provocado en este, para después presentar posibles soluciones de protección a dicho derecho social.

El punto de partida para una mejor comprensión de las problemáticas de carácter estructural que han debilitado paulatinamente el derecho a una vivienda adecuada, guarda relación con el desarrollo y la agudización del libre mercado y la globalización. Estos procesos interconectados han producido graves afectaciones en la protección del mismo.

Uno de esos efectos es el de la transformación que ha sufrido la concepción de la vivienda y cómo esta ha desembocado en una idea puramente comercial; eso significa que la vivienda paulatinamente ha dejado de ser estimada como un derecho

* Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid, España; máster en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España; doctorando en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y especialista en derechos humanos.

fundamental, para ser reducida a una forma de transacción económica.

Esta manera de entenderla ha reforzado el acceso a la propiedad de la vivienda como un procedimiento fundamental de inversión, potenciando el mercado de las casas individuales a través de una concepción de “la producción de las disposiciones individuales y, más precisamente, de los sistemas de preferencias individuales –en materia de propiedad o de locación especialmente–”¹.

El cúmulo de estos efectos es producido por un fenómeno que ha sido llamado financiarización². Este fenómeno complejo se refiere a “los cambios estructurales en los mercados de la vivienda y financieros y en la inversión mundial que han dado lugar a que la vivienda se considere una mercancía, una forma de acumulación de riqueza y a menudo una garantía de los instrumentos financieros que se comercializan y venden en los mercados mundiales”³.

Aunado a lo anterior, las profundas desigualdades prevalecientes en las sociedades contemporáneas, en conexión con la falta de protección efectiva por parte de diversos actores estatales e inclusive de órganos de derechos humanos sobre el derecho a una vivienda adecuada, han sumado para erosionar este derecho social.

1 Bourdieu, Pierre, *Las estructuras sociales de la Economía*, traducción Pons, Horacio, primera edición, Buenos Aires, Editorial Manantial, p. 32

2 Aalbers, Manuel, *The financialization of housing: a political economy approach*, primera edición, Londres, Editorial Routledge.

3 Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Leilani Farha, *sobre la financiarización de la vivienda y el derecho a una vivienda adecuada*, A/HRC/34/51, 18 de enero de 2017, párr. 1.

Considerando estos elementos, la emergencia mundial generada por la COVID-19 ha evidenciado la especial importancia y dificultad para la garantía y protección de los derechos sociales.

Debido a la naturaleza de esta crisis y las medidas de emergencia promovidas para frenar el contagio, el derecho a la vivienda –entre otros– ha sido uno de los más impactados.

Esto coloca a los Estados en una situación de prueba respecto de las medidas de prevención y protección que deben adoptar para garantizar los derechos humanos; en particular, al de una vivienda adecuada para todas las personas sin discriminación alguna.

I. Situación contextual del derecho a la vivienda

La desigualdad estructural prevaleciente en la gran mayoría de las sociedades contemporáneas ha sido profundizada, en parte, por los elementos opresivos contenidos en algunas políticas de vivienda bajo las categorías de poder económico, origen étnico y género.

Al respecto, la vivienda es un espacio más donde la exclusión y la desigualdad se manifiestan de diversas maneras. Como consecuencia de la especulación inmobiliaria, las grandes inversiones en bienes inmuebles han generado el aumento de los precios de la vivienda; eso ha producido mayores niveles de desigualdad.

Con mayor frecuencia, las ciudades se adentran en procesos de gentrificación; estos constituyen una elitización mediante

la cual la población de una colonia o de un barrio popular, es progresivamente desplazada por otra de mayor poder adquisitivo⁴.

En algunos países, la inversión privada inmobiliaria inclusive ha tenido como efecto el mantenimiento de la exclusión racial en el acceso a la vivienda, de manera que las familias con mayor poder adquisitivo –predominantemente blancas– ocupan las zonas centrales de las ciudades, orillando a las personas más pobres a vivir en la periferia⁵.

De la misma forma, existen afectaciones específicas a personas que se pueden encontrar en situación de desventaja. Al respecto, dentro de las principales dificultades que las mujeres y las niñas se enfrentan en el goce de una vivienda adecuada, se encuentran la discriminación de género junto a aquellas temáticas relacionadas con el acceso a la propiedad, los desalojos forzados y la violencia de género⁶.

En otro sentido, las personas con discapacidad deben afrontar diversos factores tales como la inaccesibilidad, la falta de seguridad en la tenencia y la estigmatización⁷. Así, frecuentemente estas solo encuentran viviendas que carecen de la accesibilidad idónea para sus necesidades, que pocas veces son tomadas en cuenta al momento de construir viviendas⁸.

4 Díaz Pérez, Alejandro y Orizaga Inzunza, Anayanssi. “los mecanismos de exclusión al derecho a una vivienda adecuada en México”, *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, Año 3. Número 4, enero-junio 2019, p. 189.

5 Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada...*, párr. 35.

6 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El derecho a una vivienda adecuada*, Organización de las Naciones Unidas, Folleto informativo N° 21, Rev. 1, p. 17 y ss.

7 *Ibid.*, p. 24

8 *Ibid.*, p. 25 y ss.

Una situación similar acontece con las personas y los grupos LGBTIQ que, a menudo, sufren discriminación en lo relativo al acceso a la vivienda; especialmente, en formas de tenencia como el alquiler y la propiedad a través de créditos hipotecarios.

También las familias y las comunidades indígenas de varias regiones del mundo carecen de seguridad de dicha tenencia por diversas razones, tales como la expropiación de tierras por parte del Estado para la explotación insostenible de recursos; el desplazamiento forzado por parte del Estado y de terceros como instituciones financieras regionales e internacionales, para dar paso a grandes proyectos de infraestructura; la implementación por particulares de costumbres y tradiciones que despojan a mujeres viudas o divorciadas de sus hogares y tierras; y la respuesta inadecuada a las prácticas racistas de los propietarios y otros proveedores de vivienda⁹.

Este cúmulo de factores debe considerarse ampliamente, para dimensionar las condiciones adversas que afectan al derecho a una vivienda adecuada en varias regiones del mundo.

II. Debilitamiento del derecho a la vivienda en el contexto de la pandemia mundial

De acuerdo con cifras de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”), aproximadamente 1800 000 000 de personas en todo el mundo viven en la indigencia y en viviendas extremadamente inadecuadas; a menudo en condiciones de hacinamiento, sin acceso al agua y al saneamiento¹⁰.

9 UN HABITAT, *Policy Guide to Housing for Indigenous peoples in cities*, 2009, pp. 19 y 20.

10 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Vivienda, la defensa de primera línea contra el brote de COVID-19*

Considerando la existencia de desigualdades estructurales preexistentes a la pandemia, la crisis mundial de salud ha exacerbado los efectos adversos en la protección del derecho a la vivienda.

La deficiente calidad y la falta de elementos necesarios tanto de habitabilidad como de materiales óptimos en las viviendas, aunadas a la ausencia de garantías en la seguridad de tenencia de las mismas, han aumentado el riesgo de contagio y propagación del virus; en consecuencia, se han producido múltiples violaciones de derechos humanos.

Diversas investigaciones realizadas han demostrado que, en términos generales, “puede afirmarse que la experiencia de confinamiento adquiere características más críticas en las viviendas con peores condiciones de habitabilidad y es relativamente mejor en aquellas que tienen características materiales y espacios apropiados al tipo de familia que las habita”¹¹.

Asimismo, las afectaciones económicas que ha traído consigo la pandemia han provocado que muchas personas hayan dejado de percibir ingresos, lo que ha generado la dificultad y hasta la imposibilidad de seguir pagando el costo de su alquiler o de su hipoteca, lo que las coloca en grave situación de desalojo o las obliga a desplazarse¹².

dice experta de la ONU, ONU, Ginebra, marzo de 2020, disponible en <http://www.oacnudh.org/vivienda-la-defensa-de-primera-linea-contr-el-brote-de-covid-19-dice-experta-de-la-onu/#:~:text=%E2%80%9CLa%20vivienda%20se%20ha%20convertido,derecho%20a%20una%20vivienda%20adecuada>.

11 Universidad Nacional Autónoma de México. *Estudio sobre las condiciones de habitabilidad de las viviendas y del entorno urbano ante el aislamiento social impuesto por el Covid 19*, 11 de mayo 2020, p. 2

12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *La cuestión de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en todos los países:*

Resulta de especial preocupación el estado de las personas que viven en refugios de emergencia, las personas sin hogar y aquellas que habitan en asentamientos informales. Estas condiciones hacen especialmente complejo afrontar la pandemia para dichas personas.

Es en la región de las Américas en la que, al tiempo de ser la más urbanizada y desigual del mundo, se estima existen 104 000 000 de personas viviendo en asentamientos informales¹³. Estos datos dan cuenta de la enorme dificultad que representa tal problemática en sí misma, pero que extiende su gravedad con las medidas de confinamiento emitidas por la crisis sanitaria derivada de la COVID-19.

III. Estándares de protección sobre el derecho a una vivienda adecuada y medidas especiales en el contexto de pandemia mundial por la COVID-19

Contar con una vivienda adecuada es un derecho social que se encuentra reconocido en numerosas constituciones del mundo y en tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El primer párrafo del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante “el PIDESC”) reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

efectos de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, ONU, 25 de enero de 2021.

13 Instituto de Recursos Materiales. *Asentamientos humanos invisibles*, 30 de septiembre de 2019. <https://wrimexico.org/bloga/asentamientos-humanos-invisibles>

Asimismo, desde el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado las obligaciones específicas y particulares aplicables al derecho a una vivienda adecuada.

En 1990, 1998 y 2017 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Comité DESC”) emitió –respectivamente– las Observaciones Generales No. 3 sobre “la índole de las Obligaciones de los Estados Partes”, No. 9 sobre “la aplicación interna del Pacto” y No. 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”.

En la misma línea, de manera específica dicho Comité emitió la Observación General No. 4 sobre “el derecho a una vivienda adecuada” –párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC– y la Observación General No. 7, relacionada con los “desalojos forzosos”.

El Comité DESC también ha precisado que una vivienda adecuada debe cumplir al menos con los siguientes elementos de conformidad con el PIDESC: a) seguridad de la tenencia, b) disponibilidad de servicios materiales, instalaciones e infraestructura, c) gastos soportables, d) habitabilidad, e) asequibilidad, f) lugar (ubicación) y g) adecuación cultural¹⁴.

Considerando estos elementos centrales del derecho a la vivienda, el PIDESC establece que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas por todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos que disponga para lograr la efectividad de los derechos¹⁵.

14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada*, ONU, párr. 8

15 Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el contexto de la pandemia mundial, es importante precisar que el propio Comité DESC ha sostenido de forma reiterada que aun en emergencias públicas como conflictos armados y desastres naturales, dichas obligaciones subsisten y deben ser atendidas en virtud de la protección del contenido mínimo y no derogable de los derechos contemplados en el PIDESC¹⁶.

En el ámbito regional de las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”) ha enfatizado que los Estados deben garantizar el acceso efectivo a los derechos económicos, sociales y culturales atendiendo a los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad¹⁷.

Ahora bien, tomando en cuenta ese marco de obligaciones generales que perviven para los Estados en cualquier tipo de contexto, existe una serie de medidas extraordinarias que deben considerarse adoptar para garantizar los derechos humanos en el contexto de la pandemia mundial, especialmente respecto al derecho a una vivienda adecuada habida cuenta de las particulares afectaciones de este.

En tal sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha instado a los Estados a articular algunas buenas prácticas de protección a este respecto.

16 UN High Commissioner for Human Rights, *The Right to Adequate Food, Fact Sheet No. 34*, 2010, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>

17 CIDH. *La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19*, Comunicado de prensa, 20 de marzo de 2020.

Estas medidas pueden incluir el establecimiento de moratorias de desalojos debido a atrasos en alquileres e hipotecas, aplazamientos de pagos de hipotecas para los afectados por el virus, extensión de las moratorias sobre los desalojos forzosos de asentamientos informales, y mayor acceso a saneamiento y refugios de emergencia para personas sin hogar¹⁸.

Por otra parte, en cuanto a la protección de las personas que viven en situación de calle, aquellas que no cuentan con hogar o que habitan viviendas extremadamente inadecuadas, los Estados deben

cesar todos los desalojos; proporcionar viviendas de emergencia con servicios para aquellos afectados por el virus y que deben guardar cuarentena; asegurar que la aplicación de medidas de contención (por ejemplo: toques de queda) no conduzca al castigo de nadie en función de su estado de vivienda; proporcionar igualdad de acceso a pruebas y atención médica; y proporcionar viviendas adecuadas que puedan requerir la implementación de medidas extraordinarias según corresponda en un estado de emergencia, incluido el uso de unidades vacantes y abandonadas y alquileres disponibles a corto plazo¹⁹.

Aunado a lo anterior, los Estados deben proporcionar asistencia financiera directa o diferir los pagos de alquiler e hipoteca, introducir medidas de estabilización o reducción de alquileres, y –al menos durante la pandemia– suspender los costos y recargos de los servicios públicos.

18 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de derechos humanos en la atención a la pandemia por covid-19*, ONU, p. 5.

19 *Ibid.*

Ante este panorama, como consecuencia de las medidas de aislamiento social que exigen permanecer en el hogar, diversos países en el mundo han examinado algunas formas de cómo debería garantizarse la seguridad de la tenencia de una vivienda adecuada.

Al respecto, en España se adoptaron medidas para la regularización de impagos de alquiler e hipoteca²⁰. El Gobierno emitió el Decreto-ley 11/2020 centrado en la suspensión temporal de los desahucios, la prórroga de los contratos de alquiler y la apertura de vías de negociación para la moratoria o la condonación total o parcial del pago del alquiler y el otorgamiento de créditos sin intereses²¹.

En Estados Unidos se ha propuesto “congelar” el pago de alquileres²² y existe un sitio oficial de información dirigido para el uso de refugios y proveedores de vivienda, como parte de la estrategia para proteger este derecho²³.

En Argentina, el presidente de la república emitió un importante decreto ordenando la suspensión de desalojos por impago, la prórroga de contratos de alquiler, el congelamiento

20 Gutiérrez, Hugo. *El Ejecutivo amplía la moratoria de las hipotecas a las oficinas y locales comerciales*, El País, Sección Economía, España, 31 de marzo de 2020, disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-03-31/el-ejecutivo-ultima-una-moratoria-para-las-hipotecas-sobre-oficinas-y-locales-comerciales.html>

21 Ferluga, Gabriele. *¿Qué pasa con los alquileres en el estado de alarma?*, El País, Sección IAhorro, España, 28 de marzo de 2020, disponible en: https://elpais.com/economia/2020/03/27/mis_finanzas/1585327161_981030.html

22 Telemundo 47. *De Blasio analiza “congelar” pago de alquiler a inquilinos afectados por COVID-19*, 25 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.telemundo47.com/historias-destacadas/de-blasio-analiza-congelar-pago-de-alquiler-a-inquilinos-afectados-por-covid-19/2036392/>

23 US Department of Housing. *Coronavirus, covid 19*, disponible en inglés en <https://www.hud.gov/coronavirus>

de los precios de alquiler, la subsistencia de fianza y la mediación obligatoria para resolver conflictos entre arrendador y arrendatario²⁴.

El Estado venezolano emitió el Decreto No 4.169, por medio del cual se suspende el pago de los cánones de arrendamiento de vivienda y de inmuebles de uso comercial, el cual se extendió a través del Decreto No. 4.279 por seis meses más, además de la ratificación de la prohibición de desalojos en todo el país²⁵.

En Panamá, el Gobierno promulgó el Decreto Ejecutivo No. 314 para suspender desalojos y lanzamientos, aclarando ciertos aspectos legales a llevar a cabo por parte de los arrendatarios que sean afectados por la COVID-19.²⁶

En Alemania, se optó por implementar soluciones “intermedias” al prohibir rescindir el contrato –y, por tanto, el desahucio– de cualquier inquilino que no pudiera hacer frente al pago de la renta debido al impacto de la crisis del coronavirus. Un periodo que, además, puede llegar a prorrogarse por otros seis meses con la posibilidad de poder permanecer en la vivienda sin pagar la renta; pero se reconoce a los propietarios la posibilidad de reclamar judicialmente la deuda²⁷.

24 Presidencia de la República Argentina, *Decreto 766/2020*, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/235338/20200925>

25 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. *Decreto N° 4.169, dictado en el marco del Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (Covid-19), por medio del cual se suspende el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal*, Venezuela, 23 de marzo de 2020.

26 Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial. *Modificaciones al Decreto que suspende desalojos*, Gobierno Nacional, República de Panamá, disponible en <https://www.miviot.gob.pa/transparencia1/DECRETO%20EJECUTIVON314.pdf>

27 Ugalde, Ruth. *Ni moratorias ni desahucios: la solución alemana al impago*

No obstante, varios países han implementado medidas de emergencia para proteger el derecho a la vivienda; estos esfuerzos parecen solo estar centrados en el establecimiento de moratorias de pago de hipoteca o alquiler. Lo anterior distaría de constituir la clave de bóveda que aumente los niveles de protección del derecho a la vivienda en contextos de pandemia.

Por ello, es necesario enfatizar la necesidad de un aumento del número de medidas encaminadas a este objetivo. Por ejemplo, en el sector de alquiler público, los Estados deberían articular nuevas fórmulas de subsidio de alquiler y además adoptar medidas de subsidio de la venta de vivienda pública a inquilinos permanentes, como una posible forma que fortalezca la seguridad de la tenencia.

Inclusive, estas deben acompañarse de estrategias para regular de manera profunda los mercados de alquiler y vivienda, para limitar el papel de las empresas de capital privado como propietarios y la generación de especulación inmobiliaria.

Asimismo, a fin de generar condiciones de protección efectiva del derecho a la vivienda en este contexto, resulta indispensable la actuación de los poderes judiciales para asegurar controles efectivos en la tutela de este derecho.

En numerosos países, con frecuencia los jueces pasan por alto o no utilizan en sus decisiones los estándares en materia del derecho a una vivienda adecuada, a pesar de que se encuentran obligados –entre otras cuestiones– a ejercer control de convencionalidad *ex officio*²⁸, por ejemplo para revisar si las

del alquiler por el Covid, El Confidencial, Nicaragua, 26 de marzo de 2020, disponible en https://www.elconfidencial.com/empresas/2020-03-26/ni-moratorias-ni-desahucios-la-solucion-alemana-al-impago-del-alquiler-por-el-covid19_2518492/

28 Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que

legislaciones civiles en materia hipotecaria son compatibles o se ajustan a las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

Lo mismo acontece con la ausencia de controles judiciales en el caso de las cláusulas abusivas en contratos de crédito, ya sea en otorgamientos realizados por las propias instituciones de vivienda del Estado o por la banca privada.

Por ello, es de especial centralidad la actuación de la judicatura para proteger el derecho a la vivienda cuando esté siendo erosionado por entidades privadas o actores no estatales.

Tal cuestión, considerando que en los diversos países una vez que se extingan los efectos de los diversos decretos por su evidente carácter temporal, que ordenan medidas de emergencia por impago, muchos juicios de desahucio y lanzamientos que pueden dar lugar a un desalojo forzado podrán reactivarse, por lo que la protección judicial será indispensable para garantizar que personas o familias enteras se vean en situación de calle.

De la misma forma, por las dificultades que la propia crisis sanitaria entraña respecto de las posibles respuestas estatales, es fundamental aumentar la calidad de los remedios no judiciales o administrativos.

En tal sentido, el propio Comité DESC ha precisado como un deber de los Estados tomar medidas que permitan ofrecer recursos legales, los cuales no necesariamente deben ser

“todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad [...] incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.
Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de enero de 2014, párr. 124.

exclusivamente judiciales ya que los de carácter administrativo también pueden ser adecuados, en tanto sean “accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces”²⁹.

Sobre este aspecto las instituciones nacionales de derechos humanos, las oficinas de *ombudsman*, las defensorías del pueblo y las demás instituciones análogas de derechos humanos deben tomar –en el ámbito de sus competencias– un papel mucho más activo en la protección del derecho a una vivienda adecuada en el contexto de la pandemia.

Dichas instituciones no solo deberían dotar de mayores niveles de celeridad administrativa en la tramitación de quejas, denuncias y peticiones individuales sobre violaciones al derecho a la vivienda, sino también de la generación de informes temáticos o de situación sobre las afectaciones particulares que la crisis sanitaria está generando en el derecho a la vivienda.

De la misma forma, de la generación de estadísticas o indicadores censales que revelen el número de asentamientos informales existentes por zona, región, etc., y la identificación del número de personas que viven en situación de calle o que habitan en viviendas inadecuadas. Lo anterior permitiría generar mecanismos de protección presumiblemente más efectivos.

Finalmente, considerando que en diversos países existen regulaciones complejas y entramados jurídicos en el ámbito interno que pueden dificultar la adopción de medidas de emergencia, los poderes legislativos o parlamentos deben remover todas aquellas barreras financieras, legales o de cualquier otra índole que impidan –especialmente en países en donde los poderes ejecutivos no cuentan con las suficientes atribuciones

29 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 9 sobre la aplicación interna del Pacto*, párr. 9.

legales para emitir decretos-ley– proteger de forma efectiva el derecho a la vivienda en el contexto de la crisis sanitaria.

Reflexiones finales

La vivienda tiene un papel preponderante en esta crisis sanitaria en tanto el contar con una que sea debidamente adecuada, proporciona una protección para las personas ante el virus habida cuenta de las diversas medidas de confinamiento dictadas por los Estados.

El combate a los fenómenos de especulación inmobiliaria, la financiarización de la vivienda, los desalojos forzados, las personas en situación de calle, los asentamientos informales, la vivienda inadecuada, la falta de mecanismos de protección judicial efectiva y –en general– la ausencia de salvaguardias para proteger el derecho a la vivienda, son problemáticas pendientes de resolver en gran parte del mundo; de manera particular, en nuestra región de las Américas.

Estas consecuencias adversas están minando profundamente el derecho a una vivienda adecuada, especialmente por la pandemia mundial de la COVID-19, que está haciendo más visible aún la desigualdad estructural prevaleciente en las sociedades contemporáneas.

En tal sentido, diversos órganos de derechos humanos han instado a los Estados a instaurar medidas de emergencia y de especial protección que permitan combatir los efectos de la crisis sanitaria en los derechos humanos de las personas.

Si bien algunas de estas medidas que han sido adoptadas de forma inmediata por los Estados pueden contribuir para

disminuir los efectos adversos en contra de la vivienda en contexto de la COVID-19, hay que subrayar que las problemáticas ya preexistentes son sumamente complejas e implican el diseño y la adopción de múltiples medidas de protección y garantía del derecho a una vivienda adecuada.

En tal sentido, muchas de las soluciones planteadas podrían ser insuficientes para proteger de manera efectiva el derecho a la vivienda. Resulta indispensable que dichos remedios no se centren únicamente en moratorias por impago de hipoteca o alquiler, sino que estas se acompañen de medidas de mayor profundidad como las descritas en el presente artículo.

Asimismo, la actuación central de los diversos poderes judiciales y legislativo junto a las instituciones nacionales de derechos humanos, son de suma importancia en la generación de medidas y políticas públicas con perspectiva de género y pertinencia cultural para potenciar la protección efectiva a aquellas personas que –por su situación de especial vulnerabilidad– podrían verse desproporcionadamente afectadas.

Cabe también mencionar la posible actuación que, en un futuro, diversos órganos de derechos humanos puedan tener sobre las consecuencias que previsiblemente generarán esta crisis y la actuación de los Estados al respecto.

En el sistema interamericano de derechos humanos sería altamente deseable que tomando en cuenta la creciente jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) ha emitido sobre los derechos económicos, sociales y culturales, vía interpretación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos esta pueda pronunciarse sobre el derecho a una vivienda adecuada; derecho sobre el cual, sin duda, existe una deuda pendiente.

Misma situación sobre el trámite que el Comité DESC, podría realizar derivada de procedimientos de peticiones individuales que se lleven a cabo para determinar posibles violaciones a los derechos contenidos en el DESC, cuya responsabilidad recaiga en algún Estados parte.

Como corolario vale enfatizar que, si bien la pandemia mundial ha exacerbado la situación ya precaria de la vivienda, cuando sea posible restaurar cierta normalidad de la situación de salud los grandes problemas que aquejan al derecho a la vivienda seguirán ahí.

Por ello, los Estados aún tienen una gran deuda pendiente con la protección de este derecho social que, a pesar de su importancia, paradójicamente es uno de los derechos con menores niveles de protección.

La corrupción en la emergencia: repercusiones sobre los derechos humanos

*Franco Gatti**

Introducción

La emergencia sanitaria motivada por el virus COVID-19 ha implicado, además, una crisis de corrupción. Los Estados, en general, recurrieron a un uso discrecional del poder no solo para restringir derechos y libertades fundamentales sino también para la administración de los fondos públicos. Los recientes procesos de negociación y adquisición de las vacunas –producidas por laboratorios de diversas latitudes– y el diseño de estrategias para su distribución y aplicación en el territorio, evidencian la existencia de prácticas absolutamente opacas. Este tipo de comportamientos, que se suman a otros casos de corrupción, significan –de conformidad con la tesis que sostendremos– un grave perjuicio para los derechos humanos y una lesión a los elementos fundamentales del sistema democrático.

El presente trabajo reconoce como objetivo estudiar los modos en que se vincula el fenómeno de la corrupción con la satisfacción de los derechos humanos, haciendo especial énfasis en el contexto de excepcionalidad que vive el mundo. Con el

* Abogado; diploma de honor por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina; master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy por la Universidad de Génova, Italia (con máxima calificación extraordinaria); especialista en Derecho Público Global por la Universidad de Castilla- La Mancha, España; profesor adjunto, por concurso, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

propósito de dar cuenta de esta problemática se abordará en primer lugar el concepto de corrupción, intentando delimitar de la manera más precisa posible sus alcances e implicancias. A continuación, la investigación se detendrá en las distintas oportunidades que el derecho internacional de los derechos humanos ha colocado en su agenda a la corrupción, recogiendo los principales avances en la materia. Finalmente, el ensayo determinará las formas en que las prácticas corruptas pueden configurar violaciones de derechos humanos, sobre todo en el marco de la pandemia de la COVID-19.

I. El significado de la corrupción

La corrupción es un fenómeno que de un modo u otro ha recorrido todas las épocas, los sistemas políticos y las geografías. Atraviesa al financiamiento de los partidos políticos, la obra pública, la administración de justicia, el deporte, la actividad empresarial y otros tantos ámbitos. Existen, a su vez, condiciones que favorecen el desarrollo de prácticas corruptas y otras que las desalientan; además, es posible identificar supuestos de corrupción sistémica, casos de “gran corrupción”, así como también episodios de “pequeña corrupción”. Sin embargo, a pesar de lo difundido que se encuentra este problema, resulta complejo alcanzar un consenso en torno a su conceptualización; es decir, delimitar con la mayor precisión posible los alcances del vocablo.

Propondremos, inicialmente, el concepto ofrecido por Ernesto Garzón Valdés; este sostiene que la corrupción “consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el

sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado”¹.

De tal modo, a partir de este “puntapié”, el primer aspecto a destacar se vincula con la relación lógica que posee el concepto de corrupción con el de sistema normativo. No es posible hablar de corrupción sin hacer referencia simultánea al marco normativo dentro del cual se produce el acto o la actividad calificada de corrupta. En este sentido, Garzón Valdés llama al sistema normativo con respecto al cual un acto es calificado de corrupto o una actividad es calificada de corrupta, como un “sistema normativo relevante”. Este comprende todo conjunto de reglas que –en cada caso concreto– regulan una práctica social. Puede hablarse, por ejemplo, de sistemas normativos religiosos, jurídicos, políticos, económicos, deportivos, etc. Por eso, no hay inconveniente semántico alguno en hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes corruptos en el mismo sentido en que puede hablarse de gobernantes o diputados corruptos².

Por otra parte, el autor subraya que la violación de la obligación contenida en el sistema normativo relevante se ejecuta con el propósito de obtener un provecho extraposicional. El análisis de este aspecto habilita un enlace con la diferenciación, desarrollada por MacIntyre³, entre los bienes internos y externos involucrados en las prácticas humanas. Según su posición, toda actividad social cobra su sentido al tender a un fin que le es propio; ese fin es lo que llama “el bien interno a esa actividad” y permite distinguirla de las demás. Por ejemplo, el bien interno

1 Garzón Valdés, Ernesto. “Acerca del concepto de corrupción”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, Derecho y corrupción*, IFE-ITAM-Siglo XXI, México, 2003, p. 30.

2 *Ibid.*, p. 22.

3 MacIntyre, Alasdair. *Tras la Virtud*, Crítica, Barcelona, 1987, pp. 247 y 248.

de la educación es transmitir determinadas enseñanzas a las generaciones futuras y el de la política administrar los recursos públicos para mejorar la calidad de vida de las personas.

Pero, conjuntamente, cuando realizamos cualquier actividad –aunque no lo persigamos directamente– conseguimos unos bienes externos a esta que son comunes a todas las actividades sociales: el dinero, el prestigio y el poder. Es decir, se trata de aquellos bienes que no dan sentido a la realización de dichas actividades; los que lo hacen y las legitiman son los bienes internos. Sobre este aporte, Adela Cortina ha concluido que “el fenómeno de la corrupción de las actividades sociales consiste en cambiar los bienes internos por los externos. Consecuentemente, una actividad social se corrompe cuando las personas que se ocupan en ella la realizan por el dinero, el prestigio y el poder exclusivamente, y no ya por el bien interno que se sigue de ella”⁴.

Es factible, en efecto, hablar de la violación de deberes institucionales o posicionales con la finalidad de obtener un beneficio extraposicional en los distintos “ámbitos de la vida social: en las relaciones familiares y amistosas, en los negocios, en los campeonatos de fútbol y combates de boxeo, dentro de las empresas y organizaciones no gubernamentales, en la adjudicación de premios literarios, en obispos, parroquias, a lo largo de los procesos electorales y –sobre todo– en el funcionamiento de las administraciones públicas”⁵.

Esto motiva una tradicional distinción entre corrupción política y corrupción no política. La primera constituye el

4 Cortina, Adela. *La regeneración moral de la sociedad y de la vida política*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 29.

5 González Amuchastegui, Jesús. “Corrupción, democracia y responsabilidad política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, Derecho y corrupción*, IFE-ITAM-Siglo XXI, México, 2003, p. 68.

abuso de la autoridad y del poder común con el propósito de obtener beneficios privados en perjuicio de la colectividad; en consecuencia, lo importante es que la función que se ejerce y el deber que impone la regla tienen como fin el logro de un objetivo colectivo, el cual se ve perjudicado por el acto corrupto⁶. En cambio, en la corrupción no política – generalmente económica– el fin que persigue el sistema normativo violado o es el logro de un objetivo de la colectividad política en su conjunto, sino el objetivo de una colectividad particular.

Sin embargo, añade Rodolfo Vázquez, la consideración anterior “no debe servir para negar que la especie más interesante y más preocupante sea la corrupción política, precisamente por su dimensión pública y en tanto acciones realizadas por autoridades oficiales”⁷. Ahí, el deber asumido tiene una connotación especial. John Rawls ha destacado que quien asume un cargo público está obligado con respecto a sus conciudadanos, cuya confianza ha buscado y con quienes coopera en la gestión de una sociedad democrática⁸.

Una buena manera de sintetizar las discusiones que hemos presentado se encuentra en la caracterización de la corrupción que sugiere Malem Seña, enunciando los siguientes elementos distintivos:

1. La “intención de los corruptos es obtener un beneficio irregular, no permitido por las instituciones en las cuales se participa o se presta servicio. No importa que ese beneficio

6 Cfr. Warren, Mark E. “What Does Corruption Mean in a Democracy?”, *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 2, 2004, pp. 328 a 343

7 Vázquez, Rodolfo. “Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos”, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, Universidad de Alicante, España, 2007, p. 208.

8 Cfr. Rawls, John. *A Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1972, p. 113.

sea económico, puede ser político, social, sexual. Y tampoco es necesario que ese beneficio se obtenga de modo inmediato, un corruptor inteligente puede dejar su goce para el futuro y así prolongar en el tiempo la dependencia del corrompido”.

2. La “pretensión de conseguir alguna ventaja en la corrupción se manifiesta a través de la violación de un deber institucional”.
3. La existencia de una “relación causal entre la violación del deber que se imputa y la expectativa de obtener un beneficio irregular”.
4. La verificación de “una deslealtad hacia la regla violada, la institución a la cual se pertenece o en la que se presta servicio”⁹.

Por nuestra parte, luego de evaluar las significativas contribuciones recorridas, asumimos que las prácticas corruptas efectivamente suponen la violación de un deber institucional y se distinguen por la persecución de un objetivo extraposicional; pero, además, conllevan siempre la presencia de un abuso de poder. Este poder puede ser público, el poder del Estado, o puede ser de naturaleza privada en la medida en que sea capaz de afectar intereses protegidos por los derechos humanos. Por lo tanto, quedan incluidos actores no gubernamentales –por ejemplo, las empresas– con enorme capacidad de influencia en nuestros tiempos, cuyas acciones inciden directamente en los derechos de las personas como los derechos laborales, ambientales, a la salud, etc.

⁹ Malem Seña, Jorge. “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales”, en *Illes i imperis. Estudios de historia de las sociedades en el mundo colonial y post-colonial*, Universidad Pompeu Fabra, Núm. 16, 2014, pp. 171 y 172.

En estos primeros lineamientos conceptuales, comienza a advertirse la íntima relación entre corrupción y derechos humanos.

II. Las consecuencias de la corrupción en los derechos humanos

El surgimiento y la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos durante la segunda mitad del siglo XX, implicó la ubicación de los derechos humanos como el único sistema de valores universalmente reconocido. Esta narrativa condensó “no solo elementos del liberalismo sino también de la democracia y de la justicia social, a partir de los cuales se han expandido los derechos políticos y se han desarrollado los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”¹⁰. Estos derechos se caracterizan por su universalidad, inalienabilidad, interdependencia e indivisibilidad¹¹ y los Estados, a través de los diversos instrumentos internacionales que se han celebrado, asumen mediante su suscripción las obligaciones de respeto y garantía.

En ese contexto, a comienzos del siglo XXI la comunidad internacional empezó a tomar nota de las repercusiones de la corrupción en la satisfacción de los derechos humanos. En 2003, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas publicó el primer documento que vinculó la corrupción con los derechos humanos. Ahí se planteó como objetivo, avanzar en la comprensión de las prácticas de buen gobierno que contribuyen

¹⁰ Nash Rojas, Claudio (dir.). *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2014, p. 22

¹¹ Cfr. Pinto, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 10.

a combatir la corrupción centrándose en los derechos humanos para así “(a) incrementar en los participantes los conocimientos sobre la relación conceptual y funcional entre la corrupción y los derechos humanos; (b) mejorar la integración de los principios de derechos humanos y los principios de buen gobierno en las estrategias y políticas anticorrupción”¹².

Asimismo, en 2015, Naciones Unidas insistió en que reforzar el goce de los derechos humanos en general, y de derechos civiles o políticos específicos y del principio de no discriminación en particular, es un valioso instrumento de lucha contra la corrupción. Supone crear una sociedad civil bien informada y capaz de rechazar la corrupción en todas sus formas y en cualquier circunstancia. Es decir, una ciudadanía que de verdad goza de sus derechos civiles y políticos, sin problemas de discriminación y con posibilidades de una participación real, que tiene garantizados sus derechos económicos, sociales y culturales, está en una posición ventajosa para demandar al poder político la transparencia necesaria para llevar a cabo una correcta exigencia de rendición de cuentas y, en su caso, perseguir y hacer responder ante la justicia a los posibles corruptos. Por tanto, la lucha contra la corrupción es, en sí misma, una forma de prevenir las violaciones de los derechos humanos. Al fomentar los componentes necesarios de la buena gobernanza como los derechos civiles y políticos, la transparencia y la rendición de cuentas, los derechos humanos y la labor para combatir la corrupción pueden reforzarse mutuamente. La transparencia y la información permiten adoptar decisiones informadas, y limita

12 Comisión de Derechos Humanos. *La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales*, Organización de las Naciones Unidas, Documento de trabajo presentado por la Sra. Christy Mbonu de conformidad con la decisión 2002/106 de la Subcomisión. 14 de mayo de 2003.

las oportunidades de abuso de las que disponen los políticos, policías y jueces¹³.

Respecto de la relación entre corrupción y derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”) ha concluido sobre la temática que la “lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos”¹⁴. Asimismo, la Carta Democrática Interamericana reafirma que son elementos esenciales de la democracia representativa –entre otros– el respeto a los derechos humanos y el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho; además, establece como “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”¹⁵.

En 2018, la CIDH sintetizó buena parte de los desarrollos precedentes; entonces indicó que “la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados,

13 Cfr. Consejo de Derechos Humanos. *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, Asamblea General, Naciones Unidas, 5 de enero de 2015, p. 11.

14 CIDH. *Derechos humanos, lucha contra la impunidad y la corrupción*, Resolución 1/2017, 12 de septiembre de 2017.

15 Cfr. Asamblea General. *Carta Democrática Interamericana*, artículos 3 y 4, Organización de los Estados Americanos, Vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, 11 de septiembre de 2001.

tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres”¹⁶. Por ello, ha sostenido que toda política pública para combatir la corrupción debe estar enfocada y ser implementada “a la luz de los siguientes principios: el papel central de la víctima, la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia y la interrelación entre los derechos humanos; la no discriminación y la igualdad; la perspectiva de género e interseccionalidad; la participación e inclusión; la rendición de cuentas; el respeto al estado de derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados”¹⁷.

Conjuntamente con estos avances en el terreno específico del derecho internacional de los derechos humanos se forjaron, en Latinoamérica y luego en el plano universal, instrumentos normativos que incluyen la asunción de compromisos concretos por parte de los Estados para prevenir y combatir la corrupción. En 1996 se aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada por 23 miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), aunque abierta a otros países ajenos a dicha entidad. Este tratado, precursor en la escena internacional, define los elementos de la corrupción activa y pasiva; en su virtud, los signatarios se comprometieron a incriminar una y otra, así como a prestarse asistencia mutua en la investigación y la persecución de los comportamientos corruptos. Además, en 2003 fue abierta a la firma de los Estados la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que

16 CIDH. *Corrupción y derechos humanos*, Resolución 1/18, 167 período de sesiones, Bogotá, 2 de marzo de 2018, p. 1.

17 *Ibid.*, p. 2.

entró en vigor en diciembre de 2005, luego de obtener el número de ratificaciones requeridas.

A través de este instrumento, los suscriptores se obligan a dictar políticas anticorrupción y se eleva la exigibilidad de medidas preventivas tales como los sistemas de mérito en el empleo público, los códigos de conducta, los presupuestos y las contrataciones transparentes, entre otras. Asimismo, propicia regulaciones más estrictas para el sector privado en lo referente a procedimientos de contratación y auditoría, reglas de conducta y transacciones con instituciones gubernamentales.

En consecuencia, si bien los avances en la escena internacional son manifiestos, resulta complejo identificar con claridad cuál es el vínculo que une a la corrupción con los derechos humanos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) destacó “las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables”¹⁸. Además, insistió el tribunal, “la corrupción no solo perjudica los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que ‘se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho’”¹⁹.

Desde nuestra óptica sostenemos que, por un lado, existen prácticas corruptas que suponen una violación de derechos humanos en sí mismas –el soborno o el cohecho que lesiona la

18 Corte IDH. *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 9 de marzo de 2018, párr. 241.

19 *Ibid.*

independencia de un magistrado o de un funcionario público, la falta de acceso a la información pública, etc.— y, por otra parte, que cualquier inobservancia de un deber institucional cuyo resultado sea la obtención de un provecho extraposicional puede constituir una violación indirecta de derechos humanos, en la medida en que priva a los recursos públicos del destino que hubiese correspondido asignarles, o que se erige como el antecedente o el presupuesto del incumplimiento de obligaciones internacionales en la materia. Este último aspecto ha sido el más explorado por la literatura y los documentos de organismos internacionales, destacando la especialísima afectación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en razón del desvío de fondos públicos.

III. La corrupción en el escenario de la emergencia sanitaria

1. Emergencia y discrecionalidad

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus —la COVID-19— como una pandemia y los Estados promovieron el dictado de normativas de emergencia mediante las cuales limitaron el ejercicio de determinados derechos humanos, con distintos alcances. En algunos casos, acudieron a figuras jurídicas excepcionales como decretos de necesidad y urgencia u otro tipo de normas de emergencia; asimismo, se suspendió la actividad legislativa durante extensos períodos de tiempo y algo similar ocurrió con el servicio de justicia.

Frente a esta circunstancia, los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos se definieron y expidieron —con cierta celeridad— estándares orientados a

preservar la garantía de los derechos humanos, a pesar de la excepcionalidad vigente. La Corte IDH determinó que todas las “medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos, deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”²⁰. Además, insistió en que los Estados no descuiden las obligaciones internacionales asumidas, resguardando —entre otros derechos— el acceso a la información veraz y fiable, el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como la protección de la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten²¹.

La CIDH, en sintonía con la posición de la Corte IDH, sostuvo que resulta clave asegurar la transparencia y el acceso a la información pública respecto de la pandemia y las medidas que se adoptan para contenerla y enfrentar las necesidades básicas de la población, así como la preservación de la privacidad y la protección de datos personales de las personas involucradas. Agregó que “constituye un deber que las autoridades estatales informen a la población, y al pronunciarse al respecto, deben actuar con diligencia y contar en forma razonable con base científica”²².

20 Corte IDH. *Covid-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, 9 de abril de 2020, p. 1.

21 *Ibid.*, p. 3.

22 CIDH. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, Resolución 01/2020, 10 de abril del 2020, párr. 34.

Considerando este especial ambiente de corrupción enraizada y los escasos niveles de institucionalidad registrados, Transparencia Internacional le requirió a la OEA las siguientes medidas:

- a. Procurar que el estado de excepción y los poderes de emergencia se ejerzan de manera razonable y de conformidad con el derecho internacional. Los estados de excepción y los poderes de emergencia deben tener una duración y un alcance limitados, ejercerse únicamente para los fines para los que fueron concedidos y ser respetuosos del Estado de derecho, proporcionados, transparentes y sujetos a control.
- b. Promover la transparencia y la rendición de cuentas en las compras y contrataciones pública. Reducir las posibilidades de competencia desigual, colusión, así como adjudicaciones precipitadas que dan lugar a bienes de baja calidad o defectuosos, a la especulación con los precios, a la influencia indebida y al acceso limitado a la información.
- c. Garantizar auditorías por parte de los órganos de auditoría interna y de terceros. La información sobre la forma en que se están desembolsando los fondos públicos debe estar rápida y plenamente disponible para los órganos de auditoría interna de los ministerios u organismos gubernamentales encargados de responder a la crisis, así como para la ciudadanía.
- d. Acelerar la aplicación de los marcos existentes de lucha contra la corrupción y lavado de dinero. Las personas corruptas seguirán dependiendo de los mecanismos y redes existentes para realizar pagos de sobornos, así como para ocultar y blanquear el producto de la corrupción. Estos riesgos aumentan cuando los recursos y la atención se centran en otra parte.

En efecto, resulta preciso tener presente que el cúmulo de medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria se tradujeron en restricciones a derechos humanos internacionalmente reconocidos. Fundamentalmente, los límites a la libertad ambulatoria, al ejercicio del comercio y la industria, a ingresar y salir de los territorios de los Estados, constituyeron el objeto de las normas emitidas en los inicios de la pandemia.

Sin embargo, no menos importante son las consecuencias que emergen de otros obstáculos entre los cuales se encuentra, en primer término, el acceso a la justicia en razón de que los poderes judiciales de numerosos Estados suspendieron su actividad e, incluso, aún no la han recuperado plenamente; además, se agrega el acceso a la información pública debido a que los actos de gobierno, con la excusa de la necesidad y urgencia, se han articulado con escasa publicidad; finalmente está la integridad en la contratación pública, perjudicada por la celebración de contrataciones directas o modalidades que escapan a los procedimientos vigentes como la compulsa o los llamados a licitaciones. En estos últimos aspectos se evidencia, de manera contundente, la posibilidad de que la excepcionalidad sanitaria se traduzca en potenciales acciones corruptas.

2. La opacidad en los procesos de adquisición y aplicación de vacunas

a. Cláusulas de confidencialidad y criterios de priorización

Sobre el final de enero de 2021, la Comisión Europea publicó el contrato suscrito con la farmacéutica AstraZeneca fechado el 27 de agosto del año anterior. A pesar de que la decisión fue anunciada como parte de un compromiso con la transparencia y la

rendición de cuentas, el instrumento se difundió con importantes fragmentos ocultos. La información negada, paradójicamente, se refería a aspectos centrales del vínculo contractual: el precio pagado y los plazos o calendario de entregas. Sobre estos puntos han circulado datos, en razón de que el archivo disponible en la página web no contaba con la protección suficiente y resultaba posible ver más allá de los tachones.

La Comisión Europea se encargó de subrayar que la confidencialidad de cierta información estaba motivada en requerimientos expresos de la empresa que, a su vez, configuraban condiciones indispensables para que las negociaciones prosperaran. Concretamente, se ha argumentado que “el principal objetivo de la Comisión es proteger la salud pública y garantizar que se llegue a los mejores acuerdos posibles con las empresas para que las vacunas sean asequibles, seguras y eficaces. Los contratos están protegidos por razones de confidencialidad, lo cual está justificado por el carácter altamente competitivo de este mercado mundial. Con ello se pretende proteger las negociaciones sensibles y la información comercial, como la información financiera y los planes de desarrollo y producción”²³.

En Latinoamérica se han oído fundamentos similares para mantener los contratos ocultos. El Gobierno de Colombia, por ejemplo, expresó con claridad que la confidencialidad de los acuerdos para adquirir vacunas resultaba indispensable para participar de un mercado altamente competitivo y obtener las dosis necesarias. El Estado argentino, por su parte, cristalizó esta intención en la Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad

23 Comisión Europea. *Preguntas y respuestas: El coronavirus y la estrategia de la UE en materia de vacunas*, Bruselas, 24 de septiembre del 2020, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_20_1662

adquirida contra el COVID-19 –Ley N°. 27.573²⁴– cuyo artículo cuarto faculta al Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Salud, a incluir cláusulas o acuerdos de confidencialidad acordes al mercado internacional.

En Perú, bajo una lógica similar, el Decreto de Urgencia N°. 003-2021²⁵ dispone en su artículo cuarto que el Ministerio de Salud publique en su portal electrónico institucional información de alcance general, en el marco de su labor de prevención de la pandemia y la aplicación del programa de vacunación o similares; pero esto no podrá afectar los acuerdos o las cláusulas de confidencialidad que haya suscrito el Estado para la compra de vacunas contra la COVID-19. El Comité de Transparencia de la Secretaría de Relaciones Exteriores

24 Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el covid-19. Artículo 4: “Facúltase al Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Salud, a incluir en los contratos que celebre y en la documentación complementaria para la adquisición de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19, conforme el procedimiento especial regulado por el decreto 260/20, su modificatorio y la decisión administrativa 1.721/20, cláusulas que establezcan condiciones de indemnidad patrimonial respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias relacionadas con y en favor de quienes participen de la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas, con excepción de aquellas originadas en maniobras fraudulentas, conductas maliciosas o negligencia por parte de los sujetos aludidos”.

25 Decreto de Urgencia N°. 003-2021. Decreto de Urgencia que modifica el numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto de Urgencia N°. 110-2020, Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para facilitar y garantizar la adquisición, conservación y distribución de vacunas contra la covid-19, 15 de enero de 2021. Artículo 4º: El MINSA publica en su portal electrónico institucional información de alcance general, en el marco de su labor de prevención de la pandemia y la aplicación del programa de vacunación o similares, respecto a las vacunas contra la COVID-19. La publicación de esta información no podrá afectar los acuerdos y/o cláusulas de confidencialidad de la información, por tiempo determinado, que haya suscrito el Estado para la compra de vacunas contra la COVID-19.

de México se pronunció a favor de la confidencialidad²⁶ con motivo de la solicitud de información con número de folio 0000500189420. Asimismo, el Ministerio de Salud de Ecuador –a través de un comunicado disponible en su sitio web del 31 de diciembre del 2020– anunció el acuerdo con Pfizer Cía. Ltda.; si bien en este se brinda cierta información general, aclara que las negociaciones técnicas y jurídicas iniciaron en septiembre de 2020 **con la suscripción de un Acuerdo de Confidencialidad**²⁷. El Congreso de Paraguay, por su lado, aprobó la Ley 6707²⁸ cuyo artículo cuarto –en sintonía con la legislación ya referida– faculta al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, a incluir cláusulas o acuerdos de confidencialidad en los contratos de adquisición de vacunas destinadas contra la COVID-19. De tal modo, se advierte un clima dominante de opacidad en torno a las negociaciones y los contratos que tienen por objeto la compra de vacunas para afrontar la crisis.

26 CTA- 266/2020. Resolución del Comité de Transparencia de la Secretaría de Relaciones Exteriores con motivo de la declaración de clasificación de información como reservada realizada por las unidades administrativas relativa a la solicitud de acceso a la información (folio 0000500189420), 3 de noviembre de 2020.

27 Ministerio de Salud Pública. *MSP y Pfizer firmaron acuerdo definitivo para obtener dos millones de dosis contra la COVID-19*, Quito, 31 de diciembre del 2020, disponible en <https://www.salud.gob.ec/msp-y-pfizer-firmaron-acuerdo-definitivo-para-obtener-dos-millones-de-dosis-contra-la-covid-19/>

28 Ley 6707. Declara bien público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición para la distribución gratuita a la población de las vacunas contra el covid-19, 11 de enero 2021. Artículo 4º: “Facúltase al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPYBS), a incluir cláusulas o acuerdos de confidencialidad en los contratos de adquisición de las vacunas destinadas contra el COVID-19, toda vez que no implique violación a la Ley N° 5.282/2014 ‘DE LIBRE ACCESO CIUDADANO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA GUBERNAMENTAL’”.

En este análisis no es razonable desatender las singulares condiciones en las que se llevan adelante las interacciones. Por un lado, la extrema urgencia de los Gobiernos por detener las consecuencias de la pandemia, traducida en la necesidad de proteger la salud de la población y en alcanzar un mínimo respiro económico. Por otra parte, los oferentes de las vacunas son escasos y la demanda inconmensurable. El ambiente, en efecto, es apremiante y los vínculos contractuales se desarrollan tensionados por el poder de actores privados y la emergencia en la que viven los Estados.

Sin embargo, la oscuridad no se detiene ahí. **Una vez concertados los acuerdos comerciales**, los Gobiernos han emprendido las estrategias de vacunación bajo una lógica similar a la que signó el proceso de contratación: ausencia de transparencia y, en algunos casos, manifiestos episodios de corrupción. Recientemente, invadieron la escena pública informaciones que daban cuenta de irregularidades en la distribución de dosis y en la aplicación correcta de la priorización. Para escapar de los cuestionamientos, los funcionarios han alegado nuevamente las limitaciones que impone la emergencia para articular políticas suficientemente fiscalizadas e, incluso, han recurrido a “falacias de falso consuelo” como las que sostienen que peor hubiese sido no contar con la vacunas, demorar su aplicación o que colapsara el sistema sanitario.

Ahora bien, el interrogante que irrumpe y cuya respuesta se exhibe obvia consiste en determinar si el escenario de excepcionalidad y de urgencia constituye una razón suficiente para huir de las exigencias elementales en materia de acceso a la información pública, así como de los estándares sobre transparencia y lucha contra la corrupción.

b. Transparencia y acceso a la información en el sistema interamericano

En relación con el derecho de acceso a la información pública, la Corte IDH colocó el énfasis –a través de distintas decisiones– en la importancia del control democrático por parte de la población para promover la transparencia de las actividades estatales y la responsabilidad de los funcionarios. Particularmente, en el Caso Claude Reyes Vs. Chile²⁹ insistió en la existencia de un consenso regional de los Estados que integran la OEA sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección sintetizadas, por ejemplo, en resoluciones de su Asamblea General³⁰ y en la Carta Democrática Interamericana. Este instrumento destaca en su artículo 4 –como ya se apuntó– la importancia de “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”, al constituir componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.

La Corte IDH destacó que, en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el acceso a la información pública es un derecho humano –integrante del derecho a la libertad de pensamiento y expresión³¹– del que emergen obligaciones positivas para los Estados. Esto supone el deber de respeto y garantía así como la obligación de adecuar el derecho

29 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de septiembre de 2006.

30 Asamblea General, OEA. Resoluciones AG/RES XXXIII-O/03 del 10 de junio de 2003, AG/RES XXXIV-O/04 del 8 de junio de 2004, AG/RES XXXV-O/05 del 7 de junio de 2005 y AG/RES XXXVI-O/06 del 6 de junio de 2006, entre otras.

31 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas) sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 77.

interno, suprimiendo aquellas normas y prácticas que puedan afectar la satisfacción del derecho y rigiéndose por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública.

El sistema universal protege también ese derecho. Desde 1998, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión ha declarado que el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades del Estado, está protegido por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³². Luego, en su informe anual de 1999, el referido Relator enfatizó el derecho de acceso como derecho en sí mismo y destacó ciertos principios que lo rigen³³.

En cuanto a las posibilidades de restricción de este derecho, la Corte IDH remarcó que la regla debe ser la publicidad y el secreto la excepción. La actuación discrecional y arbitraria de funcionarios públicos en la clasificación de la información como “secreta”, “reservada” o “confidencial” genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo. Por eso, ha establecido tres requisitos que deben observarse para que una restricción sea legítima: que se encuentre previamente fijada por ley, como medio para asegurar que no quede al arbitrio del poder público; que la restricción responda a un objetivo permitido por la Convención como asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; y que las restricciones que se impongan resulten necesarias en una sociedad democrática,

32 Consejo Económico y Social, Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión*, UN doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998, párr. 12..

33 Consejo Económico y Social, Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión*, UN doc. E/CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999, párr. 12-17.

para procurar la satisfacción de un interés público imperativo interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho³⁴.

No puede soslayarse, a esta altura del desarrollo, que la lucha contra la corrupción es uno de los objetivos primordiales de un sistema de acceso a la información³⁵ y, por lo tanto, rige el principio de máxima divulgación³⁶. Este establece la presunción de que toda información es accesible y se encuentra sujeta a un sistema restringido de excepciones.

De conformidad con estos estándares, podría decirse que aquellos Estados que sancionaron leyes –en el sentido de la Opinión Consultiva 6/86³⁷– y justificaron la confidencialidad de los contratos en la necesidad de proteger la salud de la población, han intentado adecuarse a los parámetros convencionales. No obstante, el punto crítico radica en la proporcionalidad de la medida; es decir, en el análisis de la interferencia que se ha operado en el derecho de acceso a la información y su relación con la salvaguarda de un interés público. Quizás, algunos de los datos contenidos en los instrumentos deban resguardarse, indefectiblemente, por motivos relacionados a la especificidad del bien adquirido, pero estas razones no se aplican del mismo modo para otro tipo de informaciones; por ejemplo, los precios, la cantidad de dosis y los plazos de entregas.

34 Cfr. Corte IDH. *Caso Claude Reyes Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrs. 88 a 90.

35 Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión y otros. *Declaración conjunta*, Preámbulo, 6 de diciembre del 2004.

36 Article XIX *Principles on Freedom of Information Legislation*, Principio 1 “Máxima divulgación”, A/68/362, 4 de septiembre del 2013.

37 Corte IDH. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-06/86, 9 de mayo de 1986.

Por su parte, los criterios que orientan la priorización, la identificación de las partidas de vacunas recibidas y el modo en que se distribuirán en las jurisdicciones, el número de personas vacunadas por distrito y por dosis, así como los funcionarios que quedaron alcanzados, no están capturados por ninguna de las excepciones y, por lo tanto, deben poseer absoluta publicidad.

Conclusiones

La pandemia de la COVID-19, por su carácter inédito e inesperado, ha movilizó al mundo entero y –en función de lograr una administración lo más efectiva posible– ha permitido la ampliación de los poderes discrecionales de los Gobiernos. Esta situación, quizás necesaria en los momentos iniciales del fenómeno, se transformó de excepción en regla en diversos Estados. De ese modo, las restricciones de los derechos humanos no solo han dejado de someterse a la deliberación de los parlamentos sino que se han impuesto –en algunos casos– desprovistas de todo criterio razonable. Estrictamente en materia de corrupción, se han naturalizado las adjudicaciones directas en la contratación pública y la omisión de los procesos de compulsas de precios y licitaciones, evitándose de esa manera cualquier posibilidad de control real sobre el manejo de los fondos públicos. Esta última circunstancia se tornó aún más patente en el marco de las negociaciones y adquisiciones de vacunas, signadas por la total opacidad.

Robert Klitgaard ha construido la denominada “ecuación básica de la corrupción”, cuyo contenido es el siguiente: “Corrupción es igual a monopolio de la decisión pública más discrecionalidad de la decisión pública menos responsabilidad (en

el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública”³⁸. La gestión de la emergencia sanitaria que han propuesto muchos Estados parece estar comprendida en los elementos que componen esta ecuación, fundamentalmente por los altos niveles de discrecionalidad y las dificultades de fiscalización, además –por supuesto– de los casos de explícita corrupción. En la combinación de estos factores, los derechos humanos han quedado atrapados y forman parte del resultado más negativo.

38 Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Sudamericana, Buenos Aires, 1988, pp. 74 y 75.

“MENOS PEDRAS, MAIS FLORES”: PELO DIREITO À UMA CIDADE MAIS HUMANA EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Ana Célia Passos Pereira Campos**

*Igor de Souza Rodrigues***

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir o direito humano à uma cidade mais acolhedora e menos hostil. Os processos históricos de marginalização dos indivíduos no Brasil engendraram e contribuíram para naturalizar a formação urbana e a construção de uma arquitetura com pressupostos excludentes: a inviabilização do mais pobre passa pela noção da poluição, como “sujeira”, “imundice” – de acordo com a lógica higienista.

Nesse contexto, não apenas o sistema capitalista, a formação das cidades e a arquitetura contribuem para essa exclusão, mas também a própria conformação de direitos. A teoria da *encriptação do poder* (SANÍN-RESTREPO, 2014, 2016, 2018; SANÍN-RESTREPO; ARAÚJO, 2020) vem a embasar uma

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da PUC-Minas na linha de pesquisa de Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional. Graduada em Direito pela UFMG (2009). Membro das Comissões da OAB-MG de Apoio aos Movimentos Populares e Direito Urbanístico. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

** Doutor em ciências sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pesquisador Sênior do Ministério da Justiça do Brasil. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas Sobre Situação de Rua (NESPSR).

inversão do olhar sobre o Direito, que, em tese, deveria ter um potencial emancipador; sob a lupa da teoria acaba se revelando como o pano de fundo para construção dessa opressão e exclusão que se materializa desse espaço urbano.

1. “Tinha uma pedra no meio do caminho”: a pedra que virou flor

A maior cidade do Brasil em termos populacionais¹ foi palco de uma grande polêmica no início do mês de fevereiro de 2021. Em plena crise social, econômica, humanitária, de desemprego e fome, instalada e maximizada pelo contexto da pandemia global da Covid-19, a Prefeitura da cidade de São Paulo colocou pedras em formato de paralelepípedos embaixo de um viaduto no bairro do Tatuapé, chamado viaduto Dom Luciano Mendes de Almeida. O objetivo foi afastar as pessoas em situação de rua que se abrigavam no local, principalmente no período da noite para repousar.

Ressalta-se que não há como caminhar pelas cidades sem intuir o aumento expressivo do número de pessoas em situação de rua. O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – divulgou recentemente estimativa de que, em março de 2020, o Brasil contava com quase 222 mil pessoas em situação de rua. Um aumento de quase 100% nos dados de 2016. Os dados foram estimados através da conjugação de indicadores, sobretudo do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Cadastro Único), isso porque o país não conta com dados oficiais sobre essa população (IPEA, Nota Técnica n. 73, 2012-2020).

1 Os dados são do censo do IBGE 2010 disponíveis em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/panorama>. Acesso em: 20 fev. 2021. O Censo Brasileiro oficial ocorre de dez em dez anos. No entanto, o novo censo foi adiado devido à pandemia da Covid-19.

A ação da Prefeitura de São Paulo que desconsiderou a extrema vulnerabilidade desse agrupamento social durante a pandemia da Covid-19 provocou a mobilização de pessoas engajadas na luta pelos direitos das pessoas em situação de rua, em especial, do padre Júlio Renato Lancellotti. Padre Júlio Lancellotti e Dom Luciano Mendes de Almeida foram responsáveis pela fundação da Pastoral do Menor da Arquidiocese de São Paulo, nos idos de 1980. Em verdade, antes disso, foi Dom Luciano quem ordenou padre Júlio presbítero, profetizando na ocasião que “sua vida é e será marcada por conflitos, dificuldades e desafios, fique, pois, firme.”.

Diariamente, padre Júlio está no - nos chamados “serviços da ponta”, no atendimento aos mais necessitados nas ruas da cidade de São Paulo. Ele é o atual coordenador da Pastoral do Povo da Rua da Arquidiocese de São Paulo. (ESCOBAR, 2021).

Padre Júlio Lancellotti, aos 72 anos, dirigiu-se ao viaduto que homenageia seu companheiro de caminhada e, munido com uma marreta, pôs-se a arrancar as pedras colocadas pela Prefeitura. De certo modo, era uma contradição urbana que o viaduto dedicado a memória de Dom Luciano, reconhecido pelas lutas contra a desigualdade, se transformasse em uma representação de arquitetura hostil. A imagem de padre Júlio com sua marreta viralizou nas redes sociais de tal modo que a própria Prefeitura anunciou rapidamente a decisão pela remoção das pedras do local. Posteriormente, padre Júlio Lancellotti, mobilizou diversas pessoas para que levassem flores aos viadutos da cidade, valendo-se do mote que dá nome ao presente artigo: “menos pedras, mais flores”.

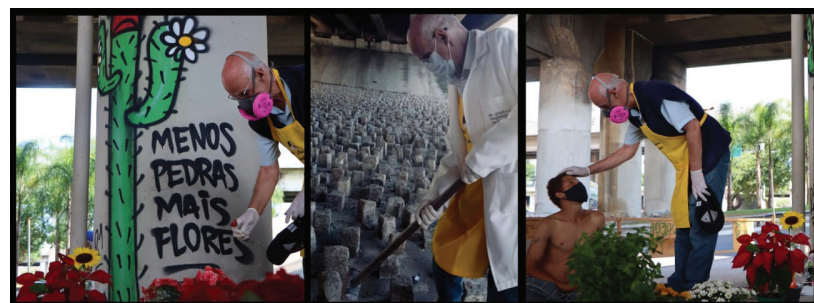


Figura 1 – “Menos pedras, mais flores”

Fonte: Passos (2021)²

2. Direito à cidade e os processos de urbanização

O caso do Padre Júlio Lancellotti encaminha para uma discussão sobre o direito à cidade. Existem importantes contribuições como a do geógrafo britânico David Harvey. No prefácio de sua obra, *Cidades Rebeldes*, ele traz como pressuposto de seus escritos o ensaio do filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre de 1967, *Le droit à la ville* [O direito à cidade]. O marco de Lefebvre neste ensaio aponta as duas faces do direito à cidade: como exigência e como queixa. Queixa à crise devastadora da vida cotidiana nas cidades; exigência de uma vida urbana alternativa menos alienada, mais significativa e divertida.

Harvey ainda referencia a obra de Lefebvre *A Revolução Urbana* em que teoriza um movimento revolucionário na confluên-

2 Montagem feita pela fotógrafa Marina Passos Pereira Campos (Nina Passos) a partir de três fotografias, sendo: fotografias 01 e 03 (das flores) de autoria do fotógrafo independente Victor Angelo Caldini. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CK91AgPnqwd/?igshid=1hs7kn3jl4902>. Acesso em 22 fev.2021; e <https://www.instagram.com/p/CK91pfenXg/?igshid=1qshf51kvi1w0>. E fotografia 02 (das pedras) do fotógrafo independente Henrique de Campos. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CKyyGLUnEPa/?igshid=1quy5908mgj38>. Acesso em 22 fev.2021.

cia espontânea de um momento de “irrupção”, quando grupos heterotópicos distintos de repente se dão conta, ainda que por um breve momento, das possibilidades da ação coletiva para criar algo radialmente novo.

Para o autor, Lefebvre *apegou-se à ideia de heterotopia (práticas urbanas) em estado de tensão (e não como alternativa) com a isotopia (a ordem espacial consumada e racionalizada do capitalismo e do Estado), bem como a utopia como desejo expressivo*. (HARVEY, 2014, p. 23). Nesse ponto está o exercício do direito à cidade: reivindicá-lo é *reivindicar algum tipo de poder configurador sobre os processos de urbanização*. (HARVEY, 2014, p. 30).

E sobre os processos de urbanização, Harvey os descreve como um mecanismo do sistema capitalista, fundamental para reabsorver os excedentes de produção. Essa relação está sobremaneira evidenciada nos momentos de crise do capitalismo, tendo como destaque principal, a crise ocorrida em 1848 na França, em que Napoleão nomeia Haussmann para reconfigurar a infraestrutura parisiense.

A reconfiguração foi tão estrutural que permitiu a criação de um estilo de vida urbano, em que a própria qualidade de vida foi transformada em mercadoria. Paris foi então concebida como a “cidade das luzes”. Essa reconfiguração ajudou a resolver a questão da disponibilidade do excedente de capital e do desemprego, mediante consumo desmedido. Contudo, logo em 1868 nova crise se instala, emergindo a Comuna de Paris, um contra movimento dos desalojados pelas obras de Haussmann com desejo de recuperar sua cidade.

No decorrer da existência do capitalismo, o modelo de crises e reconstruções urbanas é reproduzido continuamente, seja na Alemanha, Estados Unidos, Índia ou Brasil, entre outros locais, com vistas à reabsorver os excedentes de produção que o sistema

capitalista nunca deixa de produzir. Além da repetição sistemática desse modelo, tem-se também, em forte medida, a inspiração do modelo urbanístico brasileiro foi pensado a partir da realidade francesa, embora antes seja necessário frisar as particularidades do processo de urbanização nacional.

A arquiteta e urbanista Ermínia Maricato afirma em obra de sua coautoria que *a terra é um nó na sociedade brasileira*. Ela relembra que inicialmente, no Brasil, a aquisição de propriedade se dava pela ocupação e registro ou expropriação. Apenas em 1850, tem-se a entrada em vigor da Lei de Terras, fazendo com que toda terra devoluta passasse a ser propriedade do Estado.

A Lei estabelece critérios para aquisição de propriedade no Brasil e a terra passa a ser tida como mercadoria adquirida pela compra e venda, de modo a dificultar o acesso à terra de imigrantes e de ex-cativos, com início do processo de abolição. Perpetua-se, assim, o sistema do grande latifúndio agrícola e sua base, aumentando a desigualdade e início do processo de grilagem e os conflitos fundiários:

O processo de urbanização será marcado fortemente por essa herança. Embora a urbanização da sociedade brasileira se dê praticamente no século XX, sob o regime republicano, as raízes coloniais calcadas no patrimonialismo e nas relações de favor (mando coronelista) estão presentes nesse processo. A terra é um nó na sociedade brasileira...também nas cidades. A legislação é ineficaz quando contraria interesses de proprietários imobiliários ou quando o assunto são os direitos sociais. (ARANTES; VAINER; MARICATO, 2013, p. 150).

O fim da escravidão, as migrações e as imigrações sob o ideal de branqueamento, são fatores que ajudaram a compor esse cenário. Foram introduzidas as noções de espaço público e

espaço privado, entre as ruas e as casas, em que pese a grande segregação social que estruturava essa realidade.

O quadro difuso e instável das cidades brasileiras, já naturalmente hipertensionado pela escravidão e seus processos de exclusão social, tendeu a se agravar com a abolição e com a instauração de princípios democráticos. Surgia então a figura aterradora da massa de “cidadãos” pobre e perigosa, viciosa, a qual emergia da multidão de casas térreas, de estalagens e cortiços, de casas de cômodos, de palafitas e mocambos que eram a vastidão da paisagem das cidades herdadas do Império.’ Acusadas de atrasadas, inferiores e pestilentas, essas populações seriam perseguidas na ocupação que faziam das ruas, mas sobretudo seriam fustigadas em suas habitações (NOVAIS; SEVCENKO, 1998, p. 133).

Pensando um pouco mais a fundo a urbanização da cidade de São Paulo, Maricato revela uma relação dicotômica sobre a periferização que dá título ao capítulo de seu livro. É que existe um lugar fora das ideias (uma cidade ilegal em que não há planos, nem regras, não sendo sequer conhecida) e ideias fora do lugar (uma realidade concreta das ocupações ilegais e favelas que deveria obedecer às regras que pretensamente se referem a todos. Em suas palavras, e explicando o trocadilho:

A partir desse período [1955], ganha escala de massa a periferização da cidade de São Paulo; combinação do lote precário e irregular na periferia urbana com a autoconstrução da moradia. Uma nova alternativa de moradia popular é implementada pela dinâmica própria de produção da cidade e não pelas propostas de regulação urbanística ou de política habitacional, mostrando que, enquanto os projetos de leis constituíam ideias fora do lugar, um lugar estava sendo produzido sem que dele se ocupassem as ideias. (ARANTES; VAINER; MARICATO, 2013, p. 151).

A segregação expressa na periferização narrada irá determinar a construção de uma cidade irregular ao lado de uma cidade que pretensamente cumpre as normas legais. E a dinâmica como essas duas cidades dialogam serão determinadas por ideologias e processos que serão debatidos ao longo desse artigo. Cabe demonstrar, contudo, as formas de perpetuação de diversas características engendradas neste contexto de formação das cidades – inclusive nas relações simbólicas do distanciamento/segregação.

3. O higienismo: uma ideologia importada

Nesse ponto serão demonstradas evidências da ideia que a urbanização parisiense inspirou o processo urbanístico brasileiro. O modelo francês foi intensamente pensado na ideia de civilidade e etiqueta de corte, nas distinções fundamentalmente classistas. Além da grande estratégia implantada por Haussmann para superação da crise econômica, a reconstrução de Paris representou uma desarticulação do espaço público para manifestação dos pobres, mantendo a pobreza escondida em atualizações estruturalmente decorrentes dos calabouços, masmorras e porões.

Arantes *et al.* (2013), referenciando os estudos de Villaça (1999) e Rezende (1999), destaca que os planos de obras urbanos se atentavam principalmente ao melhoramento e embelezamento das cidades, infraestrutura, circulação e saneamento. Como lembra Villaça, “foi sob a égide do embelezamento que nasceu o planejamento urbano brasileiro” (p. 193). A inspiração era fundamentalmente europeia e mais marcadamente francesa (REZENDE, 1999). (ARANTES; VAINER; MARICATO, 2013, p. 137).

Criou-se um estilo de vida burguês, ainda que alcançado apenas pelo desejo de sê-lo. De acordo com o professor e jurista Afonso Soares de Oliveira Sobrinho, esse projeto urbanístico possui um caráter revolucionário, porque incute uma violência urbana psicológica: o temor burguês de perder o que conquistou à duras penas, mesmo à custa da exploração do outro:

[...] A chave para o sucesso do projeto urbanístico, donde insurge seu caráter revolucionário, é convencer que o miserável fique longe dos problemas, e também distante de sua moradia do centro, do centro de decisões burguesas, mas que alimente o desejo de possuir o modo de ser e de viver. Essa foi a grande lição da revolução urbanística: explorar os espaços por meio das pessoas, do sentimento e do desejo individual de ser burguês. Inaugurou uma nova maneira de vida em sociedade. (SOBRINHO, 2013, p. 221).

O higienismo como ideologia médico-sanitária surge no contexto do século XIX, de urbanização das cidades, migração para os grandes centros urbanos, mudanças de estilo de vida, que facilitaram a propagação de doenças e epidemias. Desenvolveram-se estudos sobre a necessidade de higienização dos espaços e das pessoas, com vistas à manutenção das condições de saúde.

As primeiras discussões sobre saneamento básico foram traçadas ainda na República Velha (1889-1930), com a entrada em vigor do Código Sanitário de 1894, que trouxe a proibição de novos cortiços e regulamentações voltadas à saúde pública. Entretanto, Sobrinho (2013) denuncia que essa preocupação com a higiene passará da saúde para o trato com a pobreza, negando seu espaço pela importação de hábitos e costumes estrangeiros. Gravando no imaginário social um conceito externo e inalcançável de civilidade. Segundo o autor:

[...] A higiene terá o sentido de limpar a cidade da pobreza e também de cuidar de doenças como um mal que ameaça vidas e, nesse aspecto, será explorado o discurso de que a ciência resolveria os problemas da humanidade. A crença no progresso e no ideal positivista de melhora na condição humana (como ideologias) permite as condições para as transformações econômicas, políticas e sociais do mundo urbano de São Paulo. A modernidade vai se constituir numa crença do novo homem, ordeiro, letrado, como garantia de manutenção de desigualdades e exaltação de uma elite decadente e de negação da cidadania para os pobres: negros, nacionais e imigrantes. (SOBRINHO, 2013, p. 232).

Em 1902, quando assumiu a prefeitura do Distrito Federal, situado na cidade do Rio de Janeiro, Francisco Pereira Passos adotou políticas de transformação da cidade em várias instâncias. Inicialmente, através de diversos decretos, tentou impor um estilo de vida e uma disciplina parisiense aos moradores da cidade, comportamentos que se estendiam desde à produção fabril, ao comércio e ao lazer – imposições interessadas nos ideais republicanos positivistas e, ao mesmo tempo, imperialistas.

Dentre esses instrumentos legais, destaca-se o Decreto-Lei de 09 de janeiro de 1903, que proibiu o comércio ambulante de leite no centro da cidade, bem como o Decreto-Lei de 11 de abril de 1903, que regulou a eliminação de “cães vadios”. Pinheiro, vinculado ao Instituto Pereira Passos, concluiu que “[...] como resultado, foram capturados 2.212 cães só entre abril e maio daquele ano, chegando a mais de vinte mil cães, dois anos depois”³. Houve também a proibição da prática da esmola, cuspidura no assoalho do bonde e criação de pocilgas na

3 PINHEIRO, Manoel Carlos. Pereira Passos: vida e obra. Instituto Pereira Passos - Coleção Estudos Cariocas, nº 6, Rio de Janeiro, ago. 2006. Disponível em: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br/estudoscariocas/>. Acesso em 22 abr. 2021.

cidade. Tais instrumentos intencionavam legitimar uma forma de controle do espaço urbano, reformulando as relações entre indivíduos e entre indivíduos e as instituições.

As ações de transformações no período conhecido como *Belle Époque* no Rio de Janeiro, por exemplo, adotavam o discurso do saneamento e higienização da cidade, cuja finalidade era limpá-la dos sujos, esfarrapados, maltrapilhos e da baixa freguesia especialmente no centro da cidade. A noção de saúde foi, se não subordinada, circunscrita na noção de higiene: “*O discurso higienista sobre os moradores de rua aparece de várias e veladas formas; uma delas é a de enxergar e reduzir a condição precária desses indivíduos à sujidade, imundice, podridão, bem como as concepções e justificativas causais exclusivamente médicas, patológicas e epidemiológicas: o sanitarismo se enquadra no higienismo.*” (RODRIGUES, 2015, p. 95).

Um dos objetivos das políticas sanitaristas era o controle da população e dos espaços públicos, a docilização dos corpos e das doenças como agulhão da *governamentalidade* – a construção da etiqueta urbana e da civilidade. Também havia a intenção de impor à população novos hábitos e atitudes, condizentes com as descobertas recentes da biologia e da medicina, que não deixam de ser instrumentos de controle social⁴. Durante a gripe espanhola, o espaço médico passou a coincidir com o espaço social urbano, atravessá-lo inteiramente.

Sobre a fase etnográfica, Rodrigues menciona as dificuldades que a perspectiva higienista causou sobre sua própria postura como pesquisador no contato com as pessoas em situação de rua, morando como o caráter simbólico e psicológico dessa perspectiva prejudica essas pessoas, animalizando-as:

4 FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

Quando iniciei as pesquisas de campo, estava associando, e não só isso, reduzindo os moradores de rua não só à sujeira, farandolagem ou destrambelho, mas ao significado e à dimensão simbólica que isso adquire socialmente. O morador de rua, constantemente, é rotulado como “zumbi”, “carniça ambulante”, “molambo”, “maltrapilho”, “moribundo”, formas que tendem a animalizar esses indivíduos, e a não perceber essa condição como uma das precariedades impostas pela exclusão – inclusive a higiene corporal é vista como uma questão de escolha. Para Escorel (1999), a exclusão social é um processo no qual – no limite – os indivíduos são reduzidos à condição de animal laborans, cuja única atividade é a preservação biológica, e na qual estão impossibilitados de exercício pleno das potencialidades da condição humana. (RODRIGUES, 2015, p. 95).

A influência francesa marcou o período, tanto na arquitetura quanto nas formas de organização da cidade. Uma grande quantidade de objetos e aparatos franceses chegaram no Rio de Janeiro entre o final do século XIX e o começo do século XX: o champanhe, o sutiã, os lingeries e os bordéis, por exemplo⁵. Dentro da transformação estética promovida após o chamada “bota abaixo” – a destruição dos cortiços e casebres do centro da cidade – o Rio de Janeiro sofreu grande intervenção urbanística como a demolição do morro do Castelo, o aterramento das praias do Flamengo e Botafogo, o Jardim do Alto da Boa Vista, a construção do Aquário do Passeio Público no bairro da Lapa, as obras do Theatro Municipal arquitetadas em *art nouveau*, a construção da Avenida Atlântica em Copacabana, da Avenida Central e da Avenida Beira-Mar, a construção do edifício da Escola Nacional de Belas Artes e o início das obras do edifício

5 DEL PRIORE, Mary. **Histórias Íntimas**: sexualidade e erotismo na história do Brasil. 2. ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2014.

do Congresso Nacional. Muitas construções no setor privado também seguiram essa proposta, como o jornal Correio da Manhã⁶, a loja Torre Eiffel na rua do Ouvidor, o prédio *art nouveau* da fábrica do Elixir Nogueira ganharam espaço na cena urbana.

A transformação urbana não foi, contudo, somente de ordem estética ou arquitetural. Este discurso, por vezes vendido como ciência crítica, tem origem em um reducionismo que consiste na combinação entre o puro descriçionismo – como se a descrição bastasse ao fazer científico – associado à tomada do aspecto *espaço* físico como causa e não efeito das relações simbólico-estruturais, o que a categoria *campo* de Bourdieu (1989) ajuda a desconstruir.

A arquitetura refletia dispositivos e um processo ideológico encaminhado após a abolição da escravidão e a proclamação da República. O trabalho de Goulart demonstra como historicamente as epidemias e ideologias se difundem de modo relacional, proporcionando o aparecimento de novos conflitos sociais e de resistência ao intervencionismo e às tentativas de ordenação da sociedade a partir da disciplina médica⁷.

Historicamente, o primeiro agrupamento marginal no contexto urbano são os vadios e os mendigos, os que não eram proprietários de terra, nem trabalhadores, não se localizavam na estrutura escravocrata, mas jurídica-criminal (RODRIGUES;

6 PINHEIRO, Manoel Carlos. Pereira Passos: vida e obra. Instituto Pereira Passos - Coleção Estudos Cariocas, nº 6, Rio de Janeiro, ago. 2006. Disponível em: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br/estudoscariocas/>. Acesso em 22 abr. 2020.

7 GOULART, Adriana da Costa. Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, vol.12, nº 1, Rio de Janeiro, jan./abr. 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702005000100006. Acesso em: 10 jun. 2020.

FERNANDES, 2020). A criminalização aparece no Código Criminal do Império de 1830, com a criação dos tipos penais de mendicância e vadiagem. No entanto, que tais tipos penais tem como sujeito passivo homens livres, visto que o castigo dos escravos era a chibata. E, mais, o tipo penal da mendicância contava com um salvo conduto, se a pessoa fosse incapaz para o trabalho. Ressalta-se, ademais, que em sendo o Brasil, naquele momento Estado confessional, o crime de mendicância sempre foi mais tolerado, tendo em vista a lógica da compaixão estabelecida pela Igreja Católica. A mendicância era vista como uma prova de fé (RODRIGUES; FERNANDES, 2020, p. 25).

Nesse ponto das análises de Rodrigues e Fernandes (2020), importante colocar as contribuições da teoria da encriptação do poder do jurista Ricardo Sanín-Restrepo

(SANÍN-RESTREPO, 2014, 2016, 2018; SANÍN-RESTREPO; ARAÚJO, 2020). Essa teoria irá apresentar nova interpretação das relações entre política, democracia e poder. Ela revela a existência de um simulacro de democracia, que em nome de abraçar a diferença e o pertencimento de todos, acaba por excluí-la:

Há uma transformação definitiva no conceito moderno de soberania que une a teoria da encriptação e o povo oculto. Essa alteração constitutiva exige que criemos um novo conceito para explicar e delimitar as realidades portentosas e elusivas que ela gera. Esse conceito é o “simulacro” (Sanín-Restrepo 2016, 200). A galvanização entre colonialidade e liberalismo cria a máquina mais sofisticada e impermeável de poder da história. Podemos formulá-la em termos simples: “o povo deve ser tanto a exceção quanto o soberano (simulado)”. A colonialidade alcança a façanha mais extraordinária: organiza o povo como soberano para imediatamente abduzir sua soberania como

poder absoluto (poder constituinte). Tudo isso é feito enquanto se mantém o simulacro da soberania popular como axioma político e jurídico do povo. Assim, paradoxalmente funde o povo oculto como soberano e como exceção (Sanín-Restrepo 2016, 202). O que é alcançado com essa fusão é uma máquina de dominação perfeita e abominável que repousa sobre o firme apoio do reconhecimento universal do povo oculto e que, por sua vez, garante que estes possam ser destruídos a qualquer momento, evocando seu nome como justificativa moral e ética de sua própria destruição. Esta máquina perfeita é programada para que, toda vez que a atacemos, a tornemos mais poderosa e imune (SANÍN-RESTREPO; ARAÚJO, 2020, p. 8-9).

Concluindo, chama a atenção: “*e se o direito for uma parte funcional de um sistema extrator e opressivo. A resposta, a partir de meus livros, é que o direito que não for descriptado sempre será uma arma letal nas mãos de qualquer sistema opressor*” (SANÍN-RESTREPO, 2018, p. 152 – tradução livre).

Voltando à análise de Rodrigues e Fernandes (2020), pode-se perceber quanto a teoria da encriptação está presente, sobretudo nos processos jurídicos de contenção da pobreza – ou, no mínimo, da tentativa. Eles explicam que, já na República, o Código Penal de 1890 ampliou o tipo penal e a pena do crime de vadiagem. Estabeleceu o chamado tipo penal aberto, prevendo como crime condutas abstratas como a ofensa à moral e aos bons costumes. Destaca-se que o objetivo disso era facilitar a punição das pessoas que se negavam ao trabalho, no contexto de primeira industrialização, em que se fazia necessário selecionar mão de obra.

Com o fim da escravidão, tem-se o movimento de rebaixamento dos nacionais livres para justificar a imigração. Tratou-se da política de branqueamento da população. Ao mesmo

tempo em que práticas da cultura africana eram criminalizadas, tidas como ameaças ou malandragem, à exemplo da capoeira (RODRIGUES; FERNANDES, 2020, p. 29).

O avanço do saber médico-sanitário e a laicização do Estado a partir de 1890, determinaram um processo em que os mendigos passaram de objeto de indulgência para anomalias, monstruosidades, inconfiáveis, sujeira, que determinam a imposição de afastamento físico dessas pessoas. Rodrigues e Fernandes (2020) demonstram como isso determinou a formação de uma estrutura urbana excludente:

Formam-se, então, um aparato institucional: depósitos, locais de custódia, hospitais, manicômios e prisões. Os hospícios surgem principalmente nesta época. As reformas realizadas no governo Pereira Passos na cidade do Rio de Janeiro, a exemplo disso, revelam uma nova forma de resposta ao aumento da marginalidade e da miséria urbana. Essas figuras eram vistas a partir da sujeira e da imundice que ocasionavam na cidade. A demolição dos cortiços, obras de saneamento e estética baseadas na arquitetura europeia, especialmente parisiense, são medidas cujo foco era a salubridade pública, a profilaxia social e o sanitarismo, eixos da Revolta da Vacina de 1904 (RODRIGUES; FERNANDES, 2020, p. 33).

Com a promulgação da Constituição de 1934, legitimou-se a ideologia de um Estado Provedor. A industrialização intensificada na Era Vargas (1930-1945) fomentou o êxodo rural e o estilo de vida urbano. Consequentemente, houve a mitigação dos crimes de vadiagem e mendicância, já que havia uma mão de obra excessiva no mercado. Por isso, a matéria passará a ser disciplinada não pelo Código Penal de 1940, mas sim pela

Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688 de 1941), estabelecendo, assim, tipos incriminadores mais brandos⁸.

A criminalização do pobre e da pobreza não deixam de ser decorrências do modelo higienista. E isso ocorre sobretudo quando a lei, as políticas públicas, as ações governamentais são colocadas para afastar os pobres dos espaços públicos e de convivência. Todavia, existem movimentos antagonistas: é o que se verificou no caso do Padre Júlio Lancellotti; verificou-se também na Espanha, onde é discutida a inclusão da discriminação aos pobres como agravante no Código Penal espanhol⁹.

A aversão aos pobres tem sido discutida a partir do conceito de *aporofobia*, construído pela filósofa espanhola Adela Cortina. Para desenvolver sua teoria a autora parte da análise da diferença de sentimentos gerada aos nacionais pelos estrangeiros que chegam à Espanha. Por um lado, aqueles que chegam como turistas, trazendo dinheiro e movimentando a economia do país, são bem recebidos, num sentimento que ela denomina de *xenofilia*. Por outro lado, os refugiados, miseráveis, famintos, que migram dos seus países e chegam muitas vezes apenas com a roupa do corpo são rejeitados e tratados com medo e aversão, a chamada *xenofobia*. Isso demonstra que o fato de ser estrangeiro não é o determinante para a discriminação, mas sim as condições financeiras das pessoas (CORTINA, 2020).

8 Destaca-se, atualmente, que a Lei n. 11.983 de 2009 revogou explicitamente o artigo 60 do Decreto-Lei n. 3.688 de 1941, extinguindo a figura jurídica da mendicância. Por outro lado, permaneceu a previsão da contravenção penal da vadiagem.

9 Notícia sobre a votação do tema no Senado espanhol. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/04/internacional/1533407246_853089.html. Acesso em: 21 fev. 2021.

4. Arquitetura urbana hostil e excludente e seus processos segregatórios

Prosseguindo a discussão sobre de aversão e hostilidade aos pobres no contexto urbano, decorrente da visão higienista implantada na sociedade brasileira, o artista e diretor Daniel Lima produziu um documentário no ano de 2010 chamado *Arquitetura da Exclusão*¹⁰. Trata-se de uma denúncia em forma de relato em que é contada a história do muro construído ao entorno da favela Santa Marta. A primeira favela do Rio de Janeiro a ser cercada por muros e câmeras de monitoramento voltadas à implantação das UPP's (Unidades de Polícia Pacificadoras). A mensagem transmitida é a de que a arquitetura urbana e as forças policiais são usadas como ferramentas para conter, comprimir, oprimir, esconder, vigiar os pobres, a pobreza e a miséria social.

Dias e Jesus (2019), dois pesquisadores da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, divulgaram resultado de recentes estudos em artigo intitulado *Cidade hostil*. Nele discorrem sobre o papel da arquitetura urbana como *elemento ativo na retroalimentação da sensação da insegurança urbana, na medida em que limita e condiciona a experiência do espaço urbano entre iguais e produz “extramuros”, espaços áridos, impermeáveis, desproporcionais à escala humana* (DIAS; JESUS, 2019, p. 26).

Se por um lado, a arquitetura instaurada foi utilizada como instrumento de proteção contra a iminente violência urbana e o medo imposto sobretudo pós década de 1990, com o acirramento das desigualdades sociais e as reformas neoliberais; por outro, é ela própria reflexo e causadora dessa sensação de insegurança, limitando relações, convívio e rompendo laços:

10 Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=nUZBkMDm8zU&feature=emb_title. Acesso em: 21 fev. 2021.

A experiência do espaço urbano é única para cada indivíduo e é também parte constituinte do ser humano e, assim, do ser urbano. Uma arquitetura disforme para experiência do corpo, ilegível para indivíduo, que não edifica a cidade como abrigo para o homem, é capaz de se tornar hostil, mesmo que, à primeira vista, essa ação arquitetônica não seja percebida. [...] A cidade é a expressão material máxima do fenômeno urbano, mas a arquitetura se torna responsável para além da materialidade do abrigo humano. Pois, ela media, acolhe e organiza determinadas ações e relações sociais. No espaço da cidade são escritas suas histórias e relações de dominação, formação e conquista. A maneira como são edificadas são fontes históricas que nos permitem entender essas relações existentes. O processo de urbanização, sob a égide da propriedade privada, apresenta transformações nas relações sociais, econômicas e locais (DIAS; JESUS, 2019, p. 30).

Dias e Jesus (2019) reforçam assim a importância da dimensão urbana do ser humano, ressaltando a dinâmica do espaço da cidade para além de sua função e materialidade como abrigo humano. No entanto, a arquitetura hostil tem contribuído para justamente, ao contrário, alimentar um espaço de luta do indivíduo contra a sociedade que lhe pretende extirpar, promovendo um distanciamento, a busca pela privacidade ou pelo “direito de ser deixado em paz”.

Essa ação defensiva gera sentimento de ansiedade, impotência, redução da qualidade de vida e um processo de segregação espacial e social, com enfraquecimento dos laços sociais. Os autores ainda discutem um movimento ambivalente que acontece nas grandes metrópoles no confronto da ‘mixofobia’ com a ‘mixofilia’. Mixofobia sendo o medo de conviver com o diferente, em que se criam núcleos ou ilhas de sociedades homogêneas (clubes, condomínios, academias e ambientes

fechados/privativos), que trazem uma suposta segurança na autoss segregação. E, por outro lado, a mixofilia sendo o prazer de estar com o diferente, partilhar o espaço, cada vez mais escasso, o espaço público vai perdendo sua função de lugar da sociabilidade, vai se desertificando. Essa dinâmica entre segurança e sociabilidade é desenvolvida nos seguintes termos:

Quando sob justificativa de buscar proteção, evita-se sair de casa, andar nas ruas, sair sozinho, tomar um ônibus ou andar a pé, se desenvolve com a cidade uma relação avessa ao processo de apropriação do espaço urbano. E como se não bastasse, é necessário buscar espaços e relações de sociabilidade desenvolvidas em locais “seguros”. É necessário “estar protegido”. Cada decisão individual e coletiva influencia na estruturação do espaço e essas escolhas redesenham a cidade. Quando a decisão é pautada na individualidade fomenta estratégias de evitar “o outro” e de se separar do “perigo potencial”, dando amplitude ao processo de segregação espacial e social (DIAS; JESUS, 2019, p. 36).

O perigo é virtualmente criado pelo uso indiscriminado de estratégias de defesa. À exemplo da redundância de mecanismos de proteção, enclaves fortificados, câmeras de segurança, cercas elétricas, concertinas, reproduzem fisicamente as distâncias simbólicas, potencializando o pânico e demonstrando que a presença do outro não é bem-vinda. A banalização da violência retroalimentada pela arquitetura hostil transforma as cidades em cidades hostis e carregam mensagens e significados, detectáveis principalmente por aqueles que estão à margem do pertencimento, dos espaços de convívio homogêneo. Conforme os autores, *quem está dentro e quem está fora, e quem pode e quem não pode entrar, o que é público e o espaço que é privado, o que é dentro e o que é “da rua”* (DIAS; JESUS, 2019, p. 41).

5. Outros caminhos possíveis

O Papa Francisco, ao discorrer sobre a dimensão do trabalho no tempo pós-pandemia, em seu novo livro, lançado neste ano de 2020, intitulado *Vamos Sonhar Juntos*, propõe que:

Reconhecer o valor do trabalho não remunerado para a sociedade é vital para repensarmos o mundo pós-pandemia. Por isso, acredito que seja hora de explorar conceitos como o de renda básica universal, também conhecido como imposto de renda negativo: um pagamento fixo incondicional a todos os cidadãos que poderia ser distribuído através do sistema tributário. A renda básica universal poderia redefinir as relações no mercado laboral, garantindo às pessoas a dignidade de rejeitar condições de trabalho que as aprisionam na pobreza. Daria aos indivíduos a segurança básica de que precisam, eliminando o estigma do seguro-desemprego, e facilitaria a mudança de um trabalho para o outro, como cada vez mais os imperativos tecnológicos no mundo trabalhista exigem. Políticas como essa também podem ajudar as pessoas a combinar tempo dedicado a trabalho remunerado com tempo para a comunidade (PAPA, 2020, p. 143).

Ao recomendar a adoção de uma renda básica universal, ou o que ele chamou de um imposto de renda negativo, o Papa abraça uma ideia encampada também por algumas autoridades políticas. Elas defendem que isso poderia trazer grandes benefícios no sentido de estabelecer o mínimo de dignidade às pessoas a fim de buscarem condições de vida razoáveis.

O também chamado rendimento de cidadania não é novidade. Há registros que sua origem esteja no pensamento do filósofo inglês Thomas Morus (1478-1535) em sua obra *Utopia* em 1516. Com significativas variações, a proposta tem sido estudada e desenvolvida em várias partes do mundo. No Brasil, inclusive,

já existe lei em vigor instituindo a renda básica de cidadania. Trata-se da Lei n. 10.835 de 2004¹¹, que confere o direito de todos os brasileiros residentes no país e estrangeiros residentes aqui há pelo menos 5 anos, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário em parcelas iguais e mensais. O benefício deve ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do país e as possibilidades orçamentárias, cabendo ao Poder Executivo definir o seu valor.

Em que pese sua instituição legal, a renda básica para cidadania nunca foi implementada no Brasil. O então governo deu preferência aos programas sociais de distribuição de renda condicionada, como o Programa Bolsa Família, em que famílias de baixa renda recebem valores em troca de manterem os filhos nas escolas. O que também não deixa de ser uma importante ação pública no combate à fome e à desigualdade.

Na linha da prática e atuação no meio dos pobres é importante destacar a própria atuação do padre Júlio Lancellotti já descrita no presente texto. No recém lançado livro de Paulo Escobar – *O Jesus das ruas na trajetória do pe. Júlio Lancellotti: conversas com Paulo Escobar* – escrito a partir da transcrição de diálogo e reflexões com o padre Júlio Lancellotti há uma passagem em que o próprio descreve sua ‘pedagogia do olhar’. Trata-se de uma estratégia de convivência e proximidade com a população em situação de rua em meio à emergência sanitária instalada devido à pandemia e relata a luta travada para que essas pessoas tenham direito a um mínimo de atendimento necessário:

11 A Lei é foi sancionada durante o Governo Lula, para ser instituída a partir de 2005, mas é produto de um Projeto de Lei apresentado pelo ex-Senador, atual Vereador da cidade de São Paulo, Eduardo Suplicy, projeto este que tramitava no Congresso Nacional desde os anos de 1990.

Pe. J. L. — O que nós queremos refletir, com base nessas imagens, é o que temos chamado de “pedagogia do olhar”: a convivência e o encontro com o outro e a outra, durante um dos momentos mais dramáticos que nós vivemos na nossa história, que é essa emergência sanitária. Eu não gosto muito desses nomes, “pandemia”; não gosto de ficar repetindo o nome desse vírus, mas é uma emergência sanitária, um risco. A população de rua teve as mais diferentes reações frente a isso. Um dia ouvi uma mulher, Tainara, uma pessoa que conheço bastante – você deve conhecer também –, dizendo: “Não, eu estou bem porque ninguém me quer, nem esse vírus.” Eles [os moradores de rua] também falaram muito “Corote Vírus”. No começo, quando estava tudo vazio, solto, só eles na rua, estava uma situação dramática, falavam: “Em maloqueiro isso não pega. Quem usa o Corote não pega o Corona.” Era uma maneira de se defenderem. Durante a convivência com eles, nós fomos trabalhando a questão da proteção: uso de álcool em gel, máscaras e fundamentalidade de higiene; lutamos muito para ter alojamento. Todos esses cuidados somados aos consultórios de rua, medindo a temperatura dos vulneráveis, atentando àqueles que precisam. Hoje, um estava sendo encaminhado para o “Pelezão”, que é onde estão os que apresentam sinais, que a tomografia apresentou sinal. Teve uma pessoa que faleceu. Então, nosso principal objetivo em tudo isso era quebrar a incomunicabilidade, não distribuir lanche; o lanche é apenas um meio. Você vai ao encontro de uma necessidade concreta, que é ter alguma coisa para comer e, principalmente, uma coisa diferente, como: um bolinho deste [chocolate recheado], que não é uma coisa que eles comem normalmente e que dá gosto num momento tão difícil. É quebrar a incomunicabilidade a fim de saber onde dormiram, o que passaram [durante esse período]; com base nisso, nós temos um conjunto imenso de informações a respeito de

que maneira o povo de rua viveu neste tempo de pandemia (ESCOBAR, 2021, p. 13-14).

Pensando juridicamente, também é possível contribuir com outras estratégias e caminhos para construção de uma cidade mais humana. Vale lembrar que o ano de 2021 é o ano de revisão do Plano Diretor Estratégico da cidade de São Paulo. O Plano Diretor é uma ferramenta da política urbana obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. É o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, nos termos do artigo 182 e parágrafos, da Constituição Federal. As cidades não podem ser pensadas como pedras, concretos, desprovidas de dinâmicas simbólicas, há um valor inerentemente humano, que costura a formulação material às relações sociais-afetivas – percebidas inclusive nas lógicas repulsivas do higienismo.

É evidente que o planejamento urbano foi tomado por muito tempo como panaceia para todos os males. Muito embora esse mesmo planejamento continue a fechar os olhos para os conflitos e a cidade que vinha se construindo. O resultado, em boa medida, é a ineficácia dessa legislação, o exercício arbitrário do poder, e o favorecimento de interesses corporativos. *A ocupação ilegal da terra urbana é não só permitida como parte do modelo de desenvolvimento urbano no Brasil* (ARANTES; VAINER; MARICATO, 2013, p. 147).

Portanto, em 2021, novamente a cidade de São Paulo será palco de um embate entre o capital especulativo imobiliário e as forças políticas dos movimentos sociais na definição das normas e regramentos urbanísticos para os próximos anos. O Plano Diretor não é apenas um conjunto de regras técnicas, é um campo de disputa, um instrumento daquilo que as classes dominantes pretendem sobre a cidade. As discussões desta dimensão, que embora pareçam dissociadas, tem ampla correlação entre

interesses materiais e formas de expulsão dos miseráveis. E o mais importante, essa definição será feita com base num ideal participativo, nos termos do artigo 40, §4º do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257 de 2001), que prevê, no processo de sua elaboração e fiscalização, a promoção de audiências públicas e debates com a população; a publicidade de informações e documentos e o acesso de qualquer interessado. Para agregar à discussão, importante destacar a reflexão colocada por Maricato em Arantes *et al.* (2013):

O espaço urbano não é apenas um mero cenário para as relações sociais, mas uma instância ativa para a dominação econômica ou ideológica. As políticas urbanas, ignoradas por praticamente todas as instituições brasileiras, cobram um papel importante na ampliação da democracia e da cidadania. Para começar, quando se pretende desmontar o simulacro para colocar em seu lugar o real, os urbanistas deveriam reivindicar a adoção de indicadores sociais e urbanísticos que pudessem constituir parâmetros/antídotos contra a mentira que perpetua a desigualdade. A disseminação da informação e do conhecimento sobre a cidade real ou sobre a realidade urbana tem a importante função de afastar a bruma que encobre a realidade e desvendar a dimensão da exclusão. Para reverter a tendência que empenha mais visibilidade às obras construídas na cidade do capital imobiliário é preciso, antes de mais nada, destruir essa representação ideológica hegemônica sobre a cidade. É preciso construir a consciência da cidade real com as demandas populares (ARANTES; VAINER; MARICATO, 2013, p. 168).

A análise posta vai ao cerne das contribuições da teoria da encriptação do poder. A democracia visibiliza o pertencimento de todos no mundo em que essa é a única condição de possibilidade para que se efetivamente exista numa lógica coletiva que seja

verdadeiramente igual e que todos tenham o mesmo valor nessas estruturas. Contudo, para que isso realmente se instale é necessário antes, “desmontar o simulacro” e “desvendar a dimensão da exclusão”.

Considerações Finais

Para concluir, é preciso retomar a imagem inicial do texto – o gesto profético de padre Júlio Lancellotti com sua marreta embaixo do viaduto – desafiando os sistemas de segregação social da cidade, combater o higienismo, desconstruir as lógicas autoritárias que se reproduzem nas estruturas físicas, arquitetônicas, removendo as pedras, símbolo do desamor. Ao mesmo tempo, esse gesto chama atenção para a necessidade de espaços mais acolhedores, de uma cidade mais humana, que abrace a todos que nela habitam. E, posteriormente, ao espalhar flores sob os viadutos, padre Júlio Lancellotti talvez tenha se inspirado em Tistu, a personagem principal do clássico livro *O menino do dedo verde*, quando o menino faz uma revelação de algo extraordinário que houvera descoberto: *as flores não deixam o mal ir adiante* (DRUON, 1989, p. 32).

Faz-se necessário repensar os pressupostos dos agulhões urbanos, ou seja, que tipo de lógica estrutural sustenta uma arquitetura voltada contra o compartilhamento das próprias cidades – lógica que orientou a gênese de sua (con)formação ou o sentido da reunião de pessoas sob o eixo “cidade”. Torna-se assim, relevante discutir pautas e inquirir a construção de uma cidade mais humana, sobretudo durante e no pós-pandemia, em que as carências ficaram mais evidentes. É importante manter ações destinadas ao verbo esperar, como ensina o educador

Paulo Freire¹². A esperança da ação. Aquela que não é passiva, mas que quebra as pedras da indiferença e espalha flores.

12 A discussão da esperança como verbo está traçada na obra de Paulo Freire, *Pedagogia da Esperança – um reencontro com a Pedagogia do Oprimido*.

LÍMITES CONVENCIONALES A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y RESPUESTAS A LA PANDEMIA

*Marcos Antonio Vela Ávalos**

Introducción

El 11 de marzo del 2020, la COVID-19 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (en adelante “la OMS”) como una pandemia¹. Las reacciones estatales frente a la amenaza que representaba la enfermedad no se hicieron esperar y fueron de lo más variadas como restricciones migratorias, toques de queda, resguardo domiciliario, uso de tecnologías de geolocalización, etc. En América Latina fue común que los Estados recurrieran a decretar emergencias nacionales, emergencias sanitarias o estados de catástrofe. Pero, sin duda, hubo una especial inclinación por la adopción de decretos ejecutivos o presidenciales también “de

* Colaborador jurídico del área de inconstitucionalidades de la Sala de lo Constitucional, El Salvador; doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca, España; máster en Derecho Constitucional por la Universitat de València, España, y premio extraordinario del máster; graduado del XXXVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; capacitador del Consejo Nacional de la Judicatura y de la Procuraduría General de la República, El Salvador; docente de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, y argumentación jurídica y probatoria a niveles de pregrado y postgrado en universidades de El Salvador.

1 OMS.COVID-19: *cronología de la actuación de la OMS*, 27 de abril del 2020, disponible en <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

emergencia”, que constituían estados de excepción *de facto*², o por la adopción de estados de excepción *de iure*³.

Aunque el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la CADH”) y muchas constituciones de la región permiten que los Estados suspendan el ejercicio de ciertos derechos cuando se enfrenten a situaciones excepcionales, no se trata de una competencia irrestricta. Por el contrario, debido a su vocación para difuminar los confines entre la democracia y el absolutismo⁴, y a sus determinantes efectos perniciosos sobre el ejercicio de esos derechos, la adopción de estados de excepción y de la subsecuente suspensión debería estar –y lo está– sujeta a condiciones más estrictas que las de las limitaciones no excepcionales u ordinarias de dichos derechos. Por ello, la evaluación crítica del respeto a los estándares convencionales sobre la materia en las respuestas estatales a la pandemia se

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pandemia y derechos humanos en las Américas*, Resolución 1/2020, 10 de abril del 2020, p. 4; Gargarella, Roberto y Roa Roa, Jorge Ernesto. *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Research Paper Series N° 2020-21, Alemania, 2020, p. 7; y Mendieta, David y Tobón-Tobón, Mary Luz. “La pequeña dictadura de la COVID-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la pandemia”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 19, N° 40, 2020, pp. 249 a 255.

3 Según la Organización de los Estados Americanos, este numeroso grupo está integrado por Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Venezuela. Organización de los Estados Americanos. *Suspensión de garantías recientes en materia de tratados multilaterales*, Departamento de Derecho Internacional (DDI), disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_suspension_garantias.asp.

4 Cossio Sepúlveda, Diego León y Giraldo Urrego, Laura María. “El estado de excepción como norma. Una mirada crítica a propósito de la emergencia generada por la COVID-19”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 19, N° 40, 2020, p. 284.

muestra como una necesidad, pues permite detectar los errores recurrentes en su manejo y evitar la reincidencia.

Debido a la situación problemática antedicha, esta investigación tiene por objeto determinar cuáles son los límites que la Convención Americana impone para la adopción de los estados de excepción y suspensión del ejercicio de ciertos derechos humanos, y cuáles de ellos –y en qué manera– han sido inobservados por los Estados de América Latina al responder a la pandemia por la COVID-19. Así, es un artículo encaminado a contrastar el “deber ser” impuesto por la CADH y el “ser” constituido por los cursos de acción de dichos Estados. Esto no solo desde una perspectiva descriptiva, sino también crítica.

I. Estados de excepción, constitucionalismo latinoamericano y CADH

Desde sus orígenes, el constitucionalismo latinoamericano hizo suyas las ideas sobre las situaciones de emergencia y los medios para superarlas: la declaratoria de regímenes de excepción, la “suspensión de garantías” o, en casos extremos, los estados de sitio⁵. A la primera se le califica más sencillamente como régimen o estado de excepción; y los últimos, no contenidos en todas las constituciones regionales (por ejemplo, la de El Salvador no los prevé⁶), se circunscriben a hechos que pongan en peligro la soberanía estatal o que supongan fuerza o violencia, y habilitan para responder a ellos también por la

5 Fix-Zamudio, Héctor. “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXVII, N° 111, 2004, p. 806; y Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho Constitucional Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pp. 244 a 261.

6 La Constitución de la República de El Salvador solo contiene la regulación del régimen de excepción (artículos 29 a 31).

fuerza⁷. Al igual que dichas constituciones, la Convención Americana prevé en su artículo 27.1 que:

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Cuando en los textos constitucionales y la CADH se habla de “suspensión de garantías” en los regímenes de excepción, se alude –con más precisión técnica– a la suspensión del ejercicio de ciertos derechos humanos o fundamentales⁸. Las razones son elementales: por un lado, es común que se distingan los derechos de sus garantías entendiéndose que los primeros son las facultades, los poderes de actuación o las expectativas positivas o negativas de una persona; las segundas son aquello

7 Cruz Villalón, Pedro. “El nuevo Derecho de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 2, 1981, pp. 100 a 103.

8 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva 8/87, 30 de enero de 1987, párr. 18. Véase: a) Corte de Constitucionalidad de Guatemala: Expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011, sentencia del 12 de noviembre del 2013; b) Sala de lo Constitucional de El Salvador: Inconstitucionalidad 15-96 AC, sentencia del 14 de febrero de 1997, e Inconstitucionalidad 21-2020 AC, sentencia del 8 de junio del 2020; c) Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-466 de 2017, del 19 de julio del 2017 (aquí no es dicho de forma expresa, pero es dado a entender); d) Corte Constitucional del Ecuador: Dictamen N° 7-20-EE del 27 de diciembre del 2020; y e) Tribunal Constitucional de Perú: EXP. N° 00002-2008-PI/TC, sentencia del 9 de septiembre del 2009, párr. 23, y EXP. N° 00964-2018-PHC/TC, sentencia del 24 de noviembre del 2020, párr. 7.

que los asegura y afianza (obligaciones correlativas y garantías judiciales)⁹. Por tanto, sería impropio decir que esas garantías son suspendidas pues no se exceptúan; por otro lado, no puede hablarse de suspensión de derechos humanos sino de suspensión en su ejercicio, pues ellos son ínsitos a la persona y no pueden serle sustraídos de su esfera por ningún acto de autoridad estatal¹⁰.

Ahora bien, ni esas constituciones ni la Convención Americana definen qué debe entenderse por “suspensión”. De hecho, en la CADH se usan términos distintos para referirse a diferentes modos de intervención en los derechos humanos: restricción (artículos 12.2, 13.3, 15, 16.2, 16.3, 22.3, 22.4 y 30), limitación (artículos 12.3, 29 y 32.2) y suspensión (artículo 27). En los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) se advierte una especie de aparejamiento entre las restricciones y limitaciones de derechos¹¹, mientras que hay una tendencia por diferenciar esos dos conceptos del de su suspensión¹². Pero su distinción

9 Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, España, 2009, pp. 45 a 52; y Ferrajoli, Luigi. *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, traducción de José Manuel Revuelta, Trotta, España, 2016, pp. 55 a 60.

10 Véase Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 18.

11 Corte IDH. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva 6/86, 9 de mayo de 1986, párr. 18; Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de febrero del 2003, párr. 116; Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva 5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 65; y Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2017, párr. 103, entre otras.

12 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 18; y Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 4 de julio del 2007, párr. 47.

conceptual es vaga. No obstante, en el contexto de la pandemia la Sala de lo Constitucional salvadoreña emitió una sentencia interesante en lo que respecta a este punto. Se trata de la Inconstitucionalidad 21-2020 AC¹³, en la que expuso que

[l]a diferencia entre ambas figuras descansa en que la consecuencia de la limitación de un derecho fundamental es la supresión de una de sus posiciones jurídicas, pero sin incidir en el resto; en cambio, la suspensión de un derecho fundamental, en un régimen de excepción, suprime sustancialmente determinadas posiciones jurídicas de ese derecho, pero excepcionalmente quedan permitidas ciertas modalidades de ejercicio. Es decir que, en síntesis, en la primera la regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho y la excepción es su no ejercicio (o su restricción o limitación), mientras que en la segunda la regla general es el no ejercicio y la excepción es la posibilidad de ejercer algunas de sus manifestaciones.

Esta conceptualización explicaría por qué todos los estados de excepción decretados durante la pandemia, ya fueran *de iure* o *de facto*, supusieron el establecimiento de reglas generales de no ejercicio de determinados derechos humanos y reglas excepcionales que sí permitían ejercerlos. Para el caso, muchos países optaron por cuarentenas o resguardos domiciliarios obligatorios (regla general de no ejercicio de la libertad de circulación), pero habilitaron que las personas pudieran salir de sus residencias en ciertas situaciones expresamente previstas tales como compra de víveres, trabajadores de servicios públicos esenciales, etc.

Dada esa especial manera de afectar a los derechos humanos (suspensión de ejercicio), la adopción de estados de excepción

13 Sala de lo Constitucional. *Inconstitucionalidad 21-2020 AC*, sentencia del 8 de junio del 2020, El Salvador, pp. 12 a 19.

está sujeta a límites. Esos límites pueden ser constitucionales o convencionales, según la norma que los prevé: Constitución o Convención Americana. Los primeros obedecen a la intención constituyente de restringir la acción del Órgano Ejecutivo frente a las crisis pues, aunque requieren de alguna respuesta, no habilitan para adoptar cualesquiera cursos de acción; en especial, aquellos que supongan abusos de poder en perjuicio del Estado de derecho, la democracia o los derechos fundamentales o humanos¹⁴. Del lado de los segundos, se ha dicho que del artículo 27 de la CADH “podemos apreciar los estrictos requisitos que rodean a estas situaciones de excepción y la imposición de deberes internacionales que influyen sobre la prudencia de los Estados parte antes de adoptar estas medidas de extrema gravedad”¹⁵.

La lógica detrás de esos límites es muy simple. En una región como Latinoamérica, históricamente caracterizada por sistemas presidencialistas o hiperpresidencialistas cuya nota principal es el predominio —a veces desmedido— del Órgano Ejecutivo (presidente) sobre el Legislativo¹⁶, los estados de excepción

14 Véase Garrido López, Carlos. “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 110, 2017, p. 48; Cruz Villalón, Pedro. “Estado de excepción”, en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas, España, 2001, pp. 234 a 236; y Rebato Peño, María Elena. “El derecho a la libertad y seguridad personal”, en García Guerrero, José Luis (director), *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant lo Blanch, España, 2013, p. 118.

15 Onaíndia, José Miguel. “La suspensión de garantías judiciales según la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, N° 33, 1991, p. 432.

16 Bernal Pulido, Carlos. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2018, pp. 46 y 47; Bernal Pulido, Carlos. “Democracia y globalización en América Latina”, en Ramírez Cleves, Gonzalo A. (editor), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007, pp. 222 y 223; y Loewenstein, Karl.

pueden constituir una severa tentación para mandatarios ansiosos de acrecentar su poder o de concentrarlo. De hecho, estudios realizados durante la pandemia por la COVID-19 afirman que no debemos olvidar que los países de América Latina tienen una historia de “poderes de emergencia que fueron adoptados rápidamente en tiempos de crisis y luego retenidos por las autoridades ejecutivas, incluso muchos años después de que la crisis se hubiera desvanecido por completo”¹⁷.

En efecto, en la región muchos estados de excepción se han tergiversado por Gobiernos de corte autoritario, los cuales han (ab)usado de estos para lograr fines que les son ajenos. En lugar de defender al Estado democrático, los derechos y el orden constitucional, han servido para socavarlos¹⁸. Así, no ha sido infrecuente que se recurra a diversas argucias para convertir a los estados de excepción en el paradigma de gobierno¹⁹. Y pareciera que la pandemia “revivió” a esos fantasmas del autoritarismo e hiperpresidencialismo, pues algunos Gobiernos encontraron en esta la excusa perfecta y el argumento ideal: debía cederse más poder a los presidentes para que pudieran tutelar eficazmente los derechos a la vida y la salud, incluso si eso significaba la violación de otros. Una auténtica paradoja, pues los derechos sirven como argumento para limitar al poder, no para permitir

Teoría de la Constitución, 2ª ed., traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, España, 1979, pp. 130 y 131.

17 Gargarella, Roberto y Roa Roa. Jorge Ernesto, *Diálogo democrático...*, p. 5.

18 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Marcial Pons, España, 2013, p. 998.

19 Véase Agamben, Giorgio. *State of exception*, traducción al inglés de Kevin Attell, The University of Chicago Press, Estados Unidos, 2005, pp. 1 a 31; y Silva Echeto, Víctor. “Deconstrucción de la libertad de expresión: archivos y estados de excepción”, en Suárez Villegas, Juan Carlos (editor), *La libertad de expresión en España y Latinoamérica*, Dykinson, España, 2011, pp. 26 a 36.

abusos o acrecentarlo²⁰. Tales Gobiernos emplearon un efectivo discurso de apelación al miedo para conducir la opinión pública²¹ y obtener la siempre ansiada “licencia” o “permiso” proveniente de sus ciudadanos, ya que su ausencia es apreciada como un veto público *de facto*²².

Pues bien, aquí son de interés los límites convencionales a la adopción de estados de excepción y suspensión del ejercicio de ciertos derechos. Estos son numerosos, pero con ánimo sintético puede decirse que se resumen en:

- a) Solo tienen cabida en las situaciones excepcionales previstas en el artículo 27.1 de la Convención Americana; es decir, guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado parte²³.
- b) En ningún caso pueden suspenderse las categorías referidas en el artículo 27.2 de la CADH; esto es, los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida y a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la

20 Véase Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*, 4ª impresión, Astrea, Argentina, 2013, pp. 481 y 482. Nino afirma que “[e]l desconocimiento de los derechos y garantías [...] casi nunca se presenta como una negativa lisa y llana a su validez, sino a través de planteos sobre su carácter ‘relativo’; el hecho de que deben ceder ante consideraciones de ‘bien común’; la necesidad de ‘reglamentar su ejercicio’; la de dar lugar al ‘poder de policía’ que tiene el gobierno; la de impedir los ‘abusos’ de tales derechos, o la de atender a situaciones de ‘emergencia’ en que el ‘ser nacional’ está en peligro”.

21 Véase Sunstein, Cass R. *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2005, p. 89; y Elster, Jon. *Explaining social behavior. More nuts and bolts for the social sciences*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2007, pp. 380 a 385.

22 Sunstein, Cass R. *The ethics of influence. Government in the age of behavioral science*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2016, p. 117.

23 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 19.

protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad; y los derechos políticos o las garantías judiciales indispensables para su protección. Dichas garantías no han sido enumeradas taxativamente por la Corte IDH, pero se ha entendido que se trata de cualquier recurso efectivo ante jueces o tribunales destinado a asegurar el respeto de los derechos y las libertades cuya suspensión no es permitida por la Convención Americana (ejemplos: amparo y *habeas corpus*), así como los procedimientos judiciales previstos en el derecho interno de los Estados parte que sean inherentes a la forma democrática y representativa de Gobierno, idóneos para asegurar el pleno ejercicio de los derechos referidos en el artículo 27.2 de la CADH, y cuya supresión o limitación suponga la indefensión de tales derechos²⁴.

- c) Su adopción y duración deben ser proporcionales²⁵. Por ello, se dice expresamente que están condicionados “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, según el artículo 27.1 de la Convención Americana, lo que para la Corte IDH significa que dependen “del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella”²⁶.
- d) Las disposiciones adoptadas no deben ser incompatibles con las obligaciones internacionales que les son impuestas a los Estados ni deben conducir a alguna forma de discriminación, como lo señala el artículo 27.1 de la CADH²⁷. Aquí cabe

24 Corte IDH. Opinión Consultiva 9/87, 6 de octubre de 1987, párrs. 20 a 40.

25 López Olvera, Miguel Alejandro. “Garantías en los estados de emergencia”, en *Foro. Revista de Derecho*, N° 13, 2010, p. 92.

26 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, párr. 22.

27 López Olvera, Miguel Alejandro. “Garantías en los estados de emergencia”..., p. 92.

apuntar que las categorías enunciadas en este son –al igual que las del artículo 1.1– solamente ilustrativas, no taxativas, pues lo relevante no es la causa motivacional sino la discriminación resultante²⁸.

Tomando como base estos límites, en el apartado que sigue se describirán y criticarán –conforme con los estándares de la Convención Americana– las respuestas a la pandemia por parte de los Estados latinoamericanos que adoptaron regímenes de excepción.

II. Estados de excepción como respuesta a la pandemia: decisiones inconvencionales

Como se anticipó en la introducción, muchas de las respuestas estatales frente a la pandemia en la región consistieron en estados de excepción y suspensión del ejercicio de ciertos derechos. Según la información que recoge la Organización de los Estados Americanos en aplicación del artículo 27.3 de la CADH²⁹, la lista de Estados que suspendieron el ejercicio de derechos humanos en el contexto referido en al menos una ocasión está conformada por Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Venezuela³⁰. En lo que sigue se explicarán y analizarán críticamente dichas medidas a la luz de la Convención Americana.

28 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de octubre del 2012, párr. 47; y Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de febrero del 2012, párr. 78.

29 Esto puede encajarse en lo que Beitz llama un (objetable) rol de los Estados como garantes del desempeño de los otros Estados respecto de los derechos humanos. Véase Beitz, Charles R. *La idea de los derechos humanos*, traducción de Hugo Omar Seleme y Cristián A. Fatauros, Marcial Pons, España, 2012, p. 154.

30 Organización de los Estados Americanos. *Suspensión de garantías recientes en materia de tratados multilaterales...*

1. Primera inconventionalidad: exceso en los derechos humanos cuyo ejercicio fue suspendido

El catálogo de derechos humanos cuyo ejercicio no puede ser suspendido está expresamente previsto en el artículo 27.2 de la CADH, tal como se mencionó en el apartado I. Tampoco pueden suspenderse “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Muchos de los Estados latinoamericanos –en el contexto de sus respectivos regímenes de excepción– decretaron cuarentenas domiciliarias, resguardos domiciliarios o toques de queda obligatorios, exceptuando algunos supuestos donde sí era posible circular como en el caso de las personas que ejercen periodismo, la compra de víveres, el acceso a la salud, los servicios públicos esenciales y su personal, etc. O bien, bajo criterios tales como el número de terminación de sus documentos de identificación. Tómense como ejemplo a El Salvador³¹, Bolivia³², Argentina³³, Perú³⁴ o Colombia³⁵.

31 Misión Permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos. *MPOEA-OEA-024/2020*, Washington, D. C., 31 de marzo del 2020, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_El_Salvador_MPOEA-OEA-024-2020.pdf

32 Misión Permanente del Estado Plurinacional de Bolivia ante la Organización de los Estados Americanos. *MPB-OEA-NV089-20*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Washington, D. C., 30 de marzo del 2020, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Bolivia_nota_No_NV089-20.pdf

33 Misión Permanente de la República Argentina ante la Organización de los Estados Americanos. *OEA 042*, Washington, D. C., 1 de abril del 2020, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Argentina_nota_No_42-2020.pdf

34 Representación permanente del Perú ante la Organización de los Estados Americanos. *Nota N° 7-5-M/ 047*, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Peru_nota_No_7-5-M-047-2020.pdf

35 Misión Permanente de Colombia ante la Organización de los Estados Americanos. *MPC/OEA N° 591/2020*, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Colombia_nota_MPC-OEA_No_591_1-2020.pdf

La restricción a la libre circulación no puede reputarse automáticamente como inconventional, pues al menos *prima facie* encaja dentro de los derechos humanos cuyo ejercicio puede suspenderse durante un régimen de excepción. El problema es que los Estados que adoptaron las medidas referidas en el párrafo anterior, no repararon en la interdependencia que hay entre la libertad de tránsito y las posibilidades reales de hacer uso de las garantías judiciales indispensables³⁶, ya que las normas procesales usualmente exigen la presentación por escrito y en la secretaría de algún tribunal las demandas de –por ejemplo– *habeas corpus* y amparo. En tal sentido, el problema de esta clase de suspensiones consistiría en una desproporción por deficiencia³⁷ debido a que las cuarentenas, los aislamientos o los resguardos domiciliarios no fueron aparejados con prestaciones que satisficieran las expectativas positivas que derivan de tales garantías y de la protección judicial –artículos 8 y 25 de la Convención Americana–, como una excepción expresa para salir a presentarlas o para hacerlo a través de vías alternativas de presentación.

Puede tomarse el caso de El Salvador como ejemplo. En dicho país se adoptó una cuarentena domiciliar obligatoria³⁸. La consecuencia de infringirla era perniciosa para las personas,

[ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Colombia_nota_MPC-OEA_No_591_1-2020.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Colombia_nota_MPC-OEA_No_591_1-2020.pdf)

36 Véase Cruz Parceró, Juan Antonio. *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, pp. 93 a 95.

37 Véase Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Argentina, 2009, pp. 319 a 368.

38 Bolaños, Margarita. *La cuarentena obligatoria termina en El Salvador. Esto es lo que debes saber para evitar el contagio de covid-19*, La Prensa Gráfica, El Salvador, 14 de junio del 2020, disponible en <https://www.laprensagrafica.com/covid-19/La-cuarentena-obligatoria-se-termina-en-El-Salvador.-Esto-es-lo-que-debes-saber-para-evitar-el-contagio-de-covid-19-20200614-0023.html>

pues consistía en ser enviadas a un centro de contención para que estuvieran confinadas. De manera que ni las personas en cuarentena domiciliar ni las que fueron conducidas a dichos centros podían cumplir con la exigencia de la Ley de Procedimientos Constitucionales, de presentar en escrito físico las demandas de amparo y *habeas corpus*. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional exceptuó la regla procesal mencionada y permitió que tales demandas fueran enviadas a su correo electrónico institucional, bajo el argumento de que durante un régimen de excepción “el rechazo liminar de solicitudes presentadas por correo electrónico en lugar de las formas originalmente aceptadas, crearía desaliento para que las personas ejercieran su derecho a la protección jurisdiccional”, dando primacía a tal derecho sobre las formas procesales³⁹.

En el examen crítico de situaciones como la descrita hay que recordar que no basta con que existan formalmente los “recursos judiciales” a los que se refiere el artículo 25.1 de la CADH, sino que también es imprescindible que sean efectivos⁴⁰. En palabras de la Corte IDH,

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y

39 Véase Sala de lo Constitucional. *Habeas corpus 148-2020*, resolución de admisión de 26 de marzo del 2020, El Salvador, pp. 1 a 4.

40 Véase Robledo, Federico Justiniano. “Las garantías judiciales como vías de tutela de los derechos fundamentales en estados de emergencia (in)constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 8, N° 2, 2010, pp. 274 y 275.

proveer lo necesario para remediarla. *No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios*. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial⁴¹.

2. Segunda inconventionalidad: medidas desproporcionadas

El segundo error común por parte de los Estados de la región fue la desproporción de muchas de las suspensiones de derechos humanos. A pesar de que la Corte IDH misma ha reconocido que “[l]a suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática”⁴², el uso de ese poder debe ser siempre proporcional⁴³. En el caso específico de los estados de excepción, el principio de proporcionalidad invita a adoptar acciones “en la medida y por el

41 Corte IDH, *Opinión Consultiva 9/87*..., párr. 24 (Nota: Las itálicas son del autor); Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 235.

42 Corte IDH. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*..., párr. 20.

43 Tobón-Tobón, Mary Luz y Mendieta-González, David. “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 16, N° 31, 2017, p. 79.

tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, según el artículo 27.1 de la Convención Americana⁴⁴.

Dicho principio se concreta en un examen de cualesquiera medidas que intervengan en un derecho. Tal examen, en su vertiente de prohibición de exceso, se compone de tres escaños: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁴⁵. Básicamente, esto significa que dichas medidas “deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”⁴⁶.

Partiendo de ese esquema conceptual puede advertirse que, ciertamente, hubo muchas medidas desproporcionadas durante los estados de excepción. La primera fue la de las suspensiones al ejercicio de la libre circulación por períodos desmesurados. Si según los datos médicos la COVID-19 tiene un período máximo de incubación de catorce días⁴⁷, resulta difícil justificar que fueran idóneas las cuarentenas, resguardos o aislamientos domiciliarios que superaron la barrera temporal de los 120 días, como en Argentina⁴⁸, toda vez que la idoneidad exige que las

44 Véase CIDH. *Pandemia y derechos humanos...*, p. 9.

45 Véase Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 20 de noviembre del 2009, párr. 49; y Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de mayo del 2008, párr. 58.

46 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2004, párr. 132.

47 OMS. *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, disponible en <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses#:~:text=%C2%BFCu%C3%AInto%20tiempo%20transcurre%20entre%20la,entre%201%20y%2014%20d%C3%ADas>

48 Smink, Verónica. *Coronavirus en Argentina: los efectos que está teniendo la*

intervenciones en los derechos tengan una base objetiva⁴⁹. En un contexto pandémico, esa base debería provenir de la ciencia y de la medicina, no de un discurso de terror pues si el estado de excepción es usado como único o principal recurso, entonces no tiene nada de excepcional. Por ello, se ha insistido en que los “estados excepcionales deben ser el último recurso en el sistema constitucional en situaciones previas a una ruptura institucional. La excepcionalidad debe ser triple: de decreto, contenido y tiempo. Se decreta cuando no hay otra forma de resolver la crisis: las medidas deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas para resolverla, y deben ser absolutamente limitadas a esa resolución”⁵⁰.

La segunda desproporción provino de los excesos y abusos en el empleo de la fuerza y el poder punitivo por el incumplimiento del aislamiento domiciliario. El ejemplo más palpable de este manejo inconvencional de la emergencia es el caso de Chile, donde se llegó a aprobar hasta cinco años de prisión por infringir dicho aislamiento⁵¹. Del escaño de necesidad del principio de proporcionalidad deriva la exigencia de que se utilice, de entre todos los medios de igual o mayor idoneidad que el adoptado, aquel que sea menos lesivo para los derechos

cuarentena más larga del mundo sobre los argentinos, BBC News Mundo, Argentina, 21 de agosto del 2020, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53857858>

49 Véase Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*, 5ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008, p. 71.

50 Leite Sampaio, José Adércio y Costa Assis, Christiane. “Emergencia y restricciones de derechos constitucionales en Brasil y en el mundo”, en *Opinión Jurídica*, Volumen 19, N° 40, 2020, p. 190.

51 Montes, Rocío. *El Congreso de Chile endurece las penas por violar la cuarentena hasta con cinco años de prisión*, El País, Santiago de Chile, 17 de junio del 2020, disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-06-18/el-congreso-de-chile-aprueba-penas-de-hasta-cinco-anos-de-prision-a-quien-viole-la-cuarentena.html>

humanos⁵². En el ámbito punitivo, tal exigencia toma la forma del principio de mínima intervención, según el cual solo debe recurrirse en *ultima ratio* al derecho penal. Así, no parece ser necesario el uso de la prisión por desobedecer a las normas de confinamiento pues otras medidas –como las multas– tienen un efecto disuasorio también idóneo, pero menos pernicioso. Esta pena también podría ser desproporcionada en sentido estricto, al ser considerablemente alta en comparación con la de otros delitos que violan bienes jurídicos de similar importancia⁵³.

Lo antedicho sin perjuicio de lo criticable de las medidas sancionatorias dictadas por vía de decreto ejecutivo sin respaldo legal alguno. En ello, además de una desproporción también existía una violación a la reserva de ley prevista en el artículo 22.3 de la CADH⁵⁴.

3. Tercera inconvencionalidad: medidas discriminatorias

El artículo 27.1 de la CADH, parte final, impone la obligación de no adoptar medidas que “entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Como se dijo en el apartado II.2,

52 Véase Clérico, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 39 a 43.

53 Véase Vidal Prado, Carlos y Delgado Ramos, David. “Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 92, 2011, p. 263. El caso que citan Vidal y Delgado puede compararse con el que se ha descrito.

54 Sobre la reserva de ley, véase Müller, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales*, traducción de Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, España, 2016, pp. 64 a 67.

este es un listado no taxativo. La Corte IDH ha caracterizado a la no discriminación como parte del *jus cogens* del derecho internacional⁵⁵, y ha establecido “la diferencia entre ‘distinciones’ y ‘discriminaciones’, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”⁵⁶. En tal sentido, la CADH no prohíbe que se hagan distinciones sino que únicamente prohíbe las diferenciaciones arbitrarias.

Pero esta prohibición no debe asociarse solamente a las discriminaciones directas, como en los supuestos en que algunas normas expresamente dejan fuera o incluyen únicamente a un grupo determinado. La Corte IDH también ha reconocido la posibilidad de que se efectúe discriminación indirecta y por ello es que ha dicho que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”, así como también deben de proteger a las personas de “actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁵⁷.

Puede decirse que hubo dos categorías de personas que resultaron indirectamente discriminadas con las medidas suspensivas del ejercicio de ciertos derechos humanos, en

55 Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de junio del 2005, párr. 184.

56 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») Vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 noviembre del 2012, párr. 285.

57 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto del 2010, párr. 271.

especial las cuarentenas domiciliarias: migrantes y pobres. En ambos casos hay un factor común en América Latina: por regla general, estas personas se dedican al trabajo o comercio informal. O bien, se dedican a empleos formales que resultaron sensiblemente afectados por esas medidas (industria hotelera, restaurantes o construcción)⁵⁸. De manera que esto contribuyó enormemente a agudizar las problemáticas con que usualmente se enfrentan y a que muchas de las acciones alternativas que se adoptaron les resultaran irrelevantes, como el teletrabajo. Así, “la existencia de un gran sector informal donde el teletrabajo no es una opción real incide en que en los países correspondientes la proporción de actividades que se pueden ejecutar a distancia sea más bajos”⁵⁹.

En tal sentido, se echó de menos que los Estados atendieran a los estándares interamericanos relacionados con las personas en condición de pobreza y los migrantes⁶⁰. No solo en cuanto a no discriminarles, sino también en cuanto al deber de promoción y protección, y su exigencia correlativa de equiparación en el disfrute real de los derechos humanos⁶¹, lo que normalmente supone prestaciones o acciones afirmativas. El Salvador merece una valoración positiva en relación con este aspecto, pues creó un Programa de Emergencia Sanitaria y distribuyó paquetes

58 Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, Chile, 2020, p. 13.

59 Weller, Jürgen. *La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Chile, 2020, p. 13.

60 En especial los sentados el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Véase Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva 18/03, 17 de septiembre del 2003.

61 De Asís Roig, Rafael. “Derechos humanos, inmigración y solidaridad razonable”, en Miraut Martín, Laura (editora), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, España, 2004, p. 68.

alimenticios en básicamente todo el territorio nacional. Este programa se enfocó en las familias de sectores vulnerables, aunque no fue exclusivo para ellas⁶².

En los países en que no se previeron medidas paliativas, la merma económica luego pudo verse reflejada en el disfrute de los demás derechos humanos, ya que la disminución sensible de los ingresos incide negativamente en la posibilidad de satisfacer las prestaciones que exigen los derechos sociales⁶³. Para el caso específico de las afectaciones en el contexto de la pandemia, pueden citarse la imposibilidad de adquirir insumos médicos como mascarillas o alcohol, de poseer acceso a internet para la educación no presencial o el teletrabajo o, inclusive, cuestiones elementales para la supervivencia como la alimentación y el agua potable imprescindible para acatar una de las recomendaciones básicas para la prevención de la COVID-19: el lavado de manos. Sobre esto se ha dicho que:

En América Latina, como en otras áreas del mundo, el principal consejo médico ofrecido por las autoridades políticas frente a la crisis de COVID-19 fue lavarse las manos regularmente y quedarse en casa. Lamentablemente, ambos consejos representan demandas de imposible cumplimiento en el contexto de profundas desigualdades sociales y económicas. De hecho, en la mayoría de los países latinoamericanos, millones

62 Programa de Emergencia Sanitaria. *Gobierno entrega paquetes alimentarios a salvadoreños desde mayo de 2020 y sigue llevando el beneficio a las familias más vulnerables del país*, Gobierno de El Salvador, 10 de febrero del 2021, disponible en <https://www.presidencia.gob.sv/gobierno-entrega-paquetes-alimentarios-a-salvadorenos-desde-mayo-de-2020-y-sigue-llevando-el-beneficio-a-las-familias-mas-vulnerables-del-pais/>

63 Häberle, Peter. *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, traducción de Jorge Luis León Vásquez, Palestra Editores, Perú, 2019, p. 132; y Añón, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*, 1ª reimpresión, Fontamara, México, 2008, p. 102.

de personas enfrentan serias dificultades para acceder al agua limpia. Además, en vastas áreas de la región, los miembros de grupos desfavorecidos viven en condiciones de hacinamiento de cinco a diez personas en la misma habitación. Bajo estas circunstancias, quizás el mejor consejo médico hubiera sido justo lo opuesto al ofrecido entonces, tal vez uno como este: “sal de tu lugar y toma un poco de aire fresco en un parque”⁶⁴.

A las dificultades experimentadas por las personas migrantes o en condición de pobreza habría que agregar las de quienes, por cuestiones intersectoriales o interseccionales, sufrieron más agudamente las medidas adoptadas durante los estados de excepción. A manera de ejemplo, este sería el caso de mujeres migrantes y en condición de pobreza que fungen como cabeza de hogar. Esta clase de supuestos hacen intuir que muchas de esas medidas tuvieron un sesgo clasista, xenófobo o de género que dificultó o imposibilitó el goce de los derechos humanos de muchas personas. De la misma forma, hace pensar en que su encaje con los estándares de la Convención Americana y la Corte IDH es virtualmente inviable.

Conclusiones

De acuerdo con lo dicho, es posible concluir que la declaratoria de estados de excepción y la suspensión del ejercicio de los derechos humanos es una competencia estatal sujeta a límites constitucionales y convencionales. En lo que respecta a los segundos, estos vienen representados por: a) lo excepcional de las situaciones que habilitan para hacer uso de ese poder (artículo 27.1 de la CADH); b) la imposibilidad de suspender las categorías del artículo 27.2 de la misma; c) su vinculación

con el principio de proporcionalidad; y d) el deber estatal de respetar sus obligaciones internacionales y la prohibición de adoptar medidas discriminatorias (artículo 27.1 de la CADH).

Aunque el control de convencionalidad debió haber conducido a que los Estados observaran estos límites y el resto de estándares interamericanos sobre derechos humanos⁶⁵, lo cierto es que hubo un grupo numeroso de medidas inconvencionales en el contexto de los estados de excepción decretados por la pandemia de la COVID-19. La primera de estas se vincula con un exceso en sus alcances. En principio, un régimen de excepción no puede llevar a la suspensión de las garantías judiciales indispensables para tutelar los derechos humanos. Pero muchos países no repararon en que las cuarentenas, confinamientos o aislamientos domiciliarios incidían perniciosamente en las posibilidades reales de las personas para hacer uso de esas garantías. Esto produjo que algunos tribunales constitucionales tuvieran que recurrir a exceptuar sus reglas procesales para abrir vías alternativas de solución al problema, permitiendo –a manera de ejemplo– la presentación de demandas por correo electrónico.

El segundo caso de medidas inconvencionales está representado por muchos cursos de acción violatorios del principio de proporcionalidad. Este fue el supuesto de las cuarentenas, confinamientos o aislamientos domiciliarios que tuvieron una duración desmedida, pues ello choca frontalmente con el subprincipio de idoneidad y su exigencia de tomar decisiones con bases objetivas; es decir, en el caso de una

65 Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Volumen 9, N° 2, 2011, pp. 568 a 582; y García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coordinadores), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013.

64 Gargarella, Roberto y Roa Roa, Jorge Ernesto. *Diálogo democrático...*, p. 13.

pandemia, con fundamento en la ciencia y la medicina. Esto puede considerarse incompatible con el requisito de duración por “el tiempo estrictamente [limitado] a las exigencias de la situación” (artículo 27.1 de la Convención Americana). También fue el escenario observado en el (ab)uso de la fuerza y del poder punitivo estatal, en aquellos Estados en que se establecieron penas de prisión por el incumplimiento de las normas de confinamiento.

El último caso es el de las medidas que de manera indirecta constituyeron acciones discriminatorias. Las cuarentenas domiciliarias fueron especialmente perjudiciales para las personas en condición de pobreza y los migrantes, quienes usualmente se dedican al trabajo informal o en sectores formales que fueron sensiblemente afectados por ellas como hoteles, restaurantes o construcción. La merma económica que esto produjo se refleja negativamente en la posibilidad de disfrutar de otros derechos, máxime derechos sociales como la salud y educación. Puede estimarse que en casos extremos inclusive pudo afectar la asequibilidad de cuestiones elementales para la supervivencia, como la alimentación y el agua potable imprescindible para acatar una de las recomendaciones básicas para la prevención de la COVID-19: el lavado de manos. A esto se suman los supuestos de afectación intersectorial e interseccional.

Este examen crítico de las medidas tomadas durante los regímenes de excepción que se proliferaron por toda América Latina, incapaz de hacer frente a la pandemia por vías menos autoritarias y más democráticas, debe conducir a reevaluar los cimientos mismos sobre los que se ha construido nuestra sociedad: una larga historia de autoritarismo, débiles controles constitucionales e institucionalidad, y profundas desigualdades económicas y sociales. Pero tal reflexión no debe causar desaliento. Únicamente debe reafirmarnos lo evidente. Por citar

a la Sala de lo Constitucional de El Salvador⁶⁶: “Los derechos humanos no son un obstáculo para hacer frente a la grave amenaza de esta pandemia; son el único camino posible para las acciones estatales dirigidas a lograrlo”.

66 Sala de lo Constitucional. El Salvador. *Habeas corpus* 148-2020...

VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19: ¿DERECHO O PRIVILEGIO? EL CASO DEL ECUADOR

*Camila Yáñez Coello**

Introducción

*“Tengo que ser franco: el mundo está al borde
de un catastrófico fracaso moral,
y el precio de este fracaso se pagará con vidas y medios de
subsistencia en los países más pobres del mundo”.*
*Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la
Organización Mundial de la Salud*

El 8 de diciembre del 2020, aproximadamente un año después del primer caso de COVID-19 reportado en el mundo, se administró en el Reino Unido la primera vacuna a nivel mundial

* Estudiante de Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, especializada en América Latina; técnica en investigación. Ha desarrollado su experiencia profesional en instituciones públicas como la Subsecretaría de Migración y el Ministerio del Trabajo de la República del Ecuador; también en instituciones de educación e investigación como la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede Ecuador y el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).

contra el virus¹. Para el 13 enero del 2021, el Reino Unido ya había aplicado 3360 millones de vacunas en su territorio mientras que Estados Unidos había avanzado con 10 280 millones de aplicaciones efectivas del fármaco entre su población. Les seguían países como China con 10 000 millones, la Unión Europea con 4120 millones, Israel con 2160 millones –que ha sorprendido por su avanzado y eficaz proceso de vacunación masiva– y los Emiratos Árabes Unidos con 1390 millones de dosis, entre otros². Se trata de países con altos recursos económicos, comerciales y hasta militares.

Así pues, para el 21 de enero del 2021 la vacuna ya había comenzado a distribuirse y suministrarse en 52 países de ingresos altos, mientras que en 141 de ingresos bajos y medianos todavía no habían podido siquiera iniciar con el proceso de vacunación. Se trata de países mayoritariamente de Latinoamérica, de África, del sur de Asia y de Oriente Medio como Jordania, Palestina, Uruguay, Kosovo, Bosnia y Herzegovina, Armenia, Libia, Cuba, Malasia, Honduras, Guatemala, Ghana, Zambia, Filipinas, Sudán del Sur, Mozambique, Mongolia, Ruanda, Etiopía, Kenia, Siria, Nigeria, Mauritania, Tailandia, Afganistán, Yemen, Vietnam, Somalia, Nicaragua y Haití, entre otros³. Como resultado, para el 2 de febrero del 2021, de los 53 000 millones de dosis de vacunas contra la COVID-19 suministradas hasta esa fecha, más de 22 se habían aplicado en Asia, 17 en América del Norte y 13 en Europa,

1 Cfr. Del Miguel, Rafa. *Una mujer de 90 años, la primera persona en recibir la vacuna de Pfizer contra el coronavirus tras los ensayos*, Sociedad, El País, Madrid, 8 de diciembre del 2020, disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-12-08/una-mujer-de-90-anos-la-primer-persona-en-recibir-la-vacuna-de-pfizer-contra-el-coronavirus.html>

2 Cfr. Hannah Ritchie y otros. “Coronavirus Pandemic (COVID-19)”, en *OurWorldInData.org*, disponible en <https://ourworldindata.org/coronavirus>

3 Ibid.

frente a apenas 330 000 en países de América Central y del Sur, y 7000 en África⁴.

La dificultad para que las vacunas y otros medicamentos puedan llegar a la mayoría de la población debido a su cantidad limitada y a su consecuente “acaparamiento” por parte de los países con más ingresos también afecta a regiones como América Latina, que históricamente se ha visto limitada por los intereses de los más fuertes y con mayor poder político y adquisitivo. Así pues, en el contexto de la región Chile ha logrado adquirir el mayor número de vacunas llegando a negociar 36 millones y aplicando aproximadamente 2100 millones⁵, mientras que Uruguay, Nicaragua, Cuba, Honduras y Guatemala siguen esperando la llegada de los primeros lotes de vacunas⁶. Sin embargo, la situación de los países latinoamericanos que ya han comenzado a vacunar no ha sido tampoco totalmente efectiva. Excluyendo a Brasil con 8 101 787, México con 2 271 032 y Argentina con 903 915, la suma de las dosis administradas por el resto en los de países en los que ya están vacunando no supera el millón de aplicaciones, puesto que llega a apenas 605 456 frente a una población de más de 646 millones de habitantes. Entre

4 Cfr. Fenton-Harvey, Jonathan. *Las consecuencias de la desigualdad en la distribución de la vacuna anti-COVID-19*, Mundo, Agencia Andolou, Estambul, 2 de febrero del 2021, disponible en <https://www.aa.com.tr/es/mundo/las-consecuencias-de-la-desigualdad-en-la-distribucion-de-la-vacuna-anti-covid-19/2131558>

5 Cfr. Revista Semana. *Chile ya ha vacunado a más de 2 millones de personas contra el coronavirus en menos de un mes*, Mundo, Revista Semana, Bogotá, 16 de febrero del 2021, disponible en <https://www.semana.com/mundo/articulo/chile-ya-ha-vacunado-a-mas-de-2-millones-de-personas-contra-el-coronavirus-en-menos-de-un-mes/202136/>

6 Cfr. Redacción BBC. *Vacunas contra covid-19: los países de América Latina donde todavía no han llegado (y cuándo se espera que lo hagan)*, América Latina, BBC News Mundo, Londres, 23 de febrero del 2021, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56168826>

los países que han suministrado el menor número de dosis de la vacuna están Bolivia con 10 167, El Salvador con 6000, Paraguay con 1000, Trinidad y Tobago con 440, y Ecuador con 24 492⁷.

Efectivamente, en Ecuador se han aplicado aproximadamente 24 500 dosis, después de meses de negociación entre el Gobierno y la farmacéutica Pfizer-Biontech. Han sido entregadas en diferentes lotes a partir del 20 de enero del 2021, cuando llegaron las primeras 8000 dosis⁸. El “Plan Vacunarse” ha ido avanzando en medio de críticas por ineficacia, retrasos e incertidumbre, pues la brecha entre el lento proceso de adquisición y distribución de vacunas en el país y el objetivo de alcanzar una “inmunidad colectiva” contra la COVID-19 de manera segura, parece cada vez más amplia. La también llamada “inmunidad de grupo”, se refiere a la protección indirecta contra una enfermedad infecciosa que se consigue cuando una población se vuelve inmune, ya sea como resultado de la vacunación o de haber presentado la infección con anterioridad⁹. En este caso, para alcanzar la mencionada “inmunidad colectiva”, reducir la propagación del virus y así mantener seguros y protegidos de la enfermedad a los grupos vulnerables en Ecuador se debería estar vacunando a más del 50 % de la población; esto es, más de 8 686 830 personas. Sin embargo, actualmente solo se ha conseguido inmunizar al 0.02 % de la misma; es decir, 3708 personas. Esto deja una diferencia

7 Coronavirus Resource Center. *Understanding vaccination progress*, Johns Hopkins, University of Medicine, Baltimore, 2021, disponible en <https://coronavirus.jhu.edu/vaccines/international>

8 Cfr. Redacción *Ministerio de Salud no responde cuándo llega segundo lote de vacunas contra el covid-19 a Ecuador*, Sociedad, El Comercio, Quito, 2 de febrero del 2021, disponible en <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministerio-vacunas-coronavirus-llegada-ecuador.html>

9 Cfr. Organización Mundial de la Salud. *COVID-19: serología, anticuerpos e inmunidad*, Centro de Prensa, Ginebra, 31 de diciembre del 2020, disponible en <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-serology>

de más de 8 millones solo para llegar a la mitad de la población inmunizada. Eso pasa en un contexto donde los casos y las muertes siguen aumentando: para el 25 de febrero del 2020, el país registró 281 169 contagios y 15 669 muertes acumuladas¹⁰.

Según António Guterres¹¹, secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”), la pandemia expone y explota desigualdades de todo tipo. De manera general, ha acentuado las desigualdades globales ya existentes entre aquellos países con ingresos altos y aquellos con más baja posibilidad de adquirir y distribuir correctamente la vacuna. Ya antes de su producción, en el marco de la denominada “carrera por la vacuna” entre farmacéuticas como Pfizer-BioNTech, Oxford-AstraZeneca, Sinovac y demás¹², algunos expertos advertían sobre las posibles implicaciones de una distribución desigual del fármaco; implicaciones que las poblaciones más vulnerables están viviendo, ahora que ya se está vacunando masivamente a la población mundial.

En este contexto donde las desigualdades globales podrían aumentar a medida que las partes más vulnerables de las sociedades de todo el mundo enfrentan grandes dificultades para el acceso a estos fármacos, cabe preguntarse si esto constituye una vulneración de derechos humanos. Tomando el caso del Ecuador tanto en contexto como en cifras de dosis administradas, población efectivamente inmunizada y casos de nuevos contagios y muertes por la COVID-19, frente a los datos de los otros países que han avanzado enormemente en este proceso de vacunación

10 Coronavirus Resource Center. *Understanding vaccination progress...*

11 Cfr. Guterres, António. *La pandemia expone y explota desigualdades de todo tipo, incluida la de género*, Artículos COVID-19 Respuesta, Naciones Unidas, Ginebra, 30 de abril del 2020, disponible en <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/guterres-covid-19-expone-desigualdad-genero>

12 Moderna, Sinopharm, Sputnik V y Covaxin, entre otras.

masiva, se comprobará que estas desigualdades en lo relativo a la vacunación que afectan a los países con ingresos más bajos tienen que ver con el acceso a la salud y a sus avances científicos, así como a la atención médica adecuada en calidad de derechos humanos. La imposibilidad de acceder a este fármaco que potencialmente logre salvar vidas humanas, a pesar de que el número de contagios y muertes siga en aumento, significa para los ciudadanos de países como Ecuador quizás una de las más potenciales vulneraciones de derechos humanos en el marco de la pandemia por la COVID-19. Así pues, a través de la revisión de la base jurídica internacional sobre los derechos humanos proporcionada por Amnistía Internacional y la teoría de las relaciones internacionales que explica, con ciertas limitaciones, las acciones actuales de los Gobiernos que avanzan más rápido en el proceso de vacunación –dejando atrás a los más vulnerables– se podrán establecer fundamentos teóricos para después realizar un análisis estadístico descriptivo de los indicadores que denotan la distribución desigual de la vacuna, así como aquellos que exponen sus consecuencias entre la población del Ecuador frente a los países que lo aventajan sobremanera en el proceso de vacunación masiva.

I. Marco teórico

La COVID-19 ha cambiado al mundo y ha llegado a acentuar tendencias proteccionistas ya existentes desde antes de la pandemia. El nacionalismo y el proteccionismo han resurgido en los últimos años en el marco de un proceso de fortalecimiento de identidades nacionales y bloques económicos, protagonizados especialmente por las grandes potencias mundiales como Estados

Unidos, la Unión Europea, China y demás^{13 14}. Desde la academia ya se han planteado posibles escenarios sobre qué pasará con procesos como la integración y la cooperación internacional, pues cabe la posibilidad de que la crisis ralentizará esta clase de procesos relacionados con la globalización. De hecho, el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos plantea tres posibles escenarios para el mediano plazo con base en las tendencias globales de los procesos de internacionalización.

Para los fines de la presente investigación, la descripción del segundo escenario es la que se rescatará pues es la que describe un proceso de “desglobalización” efectiva en todas las dimensiones¹⁵. Por lo que frente al resurgimiento de este “neoproteccionismo” y a una población mundial cada vez más renuente a procesos globales e integradores, no es de sorprender las acciones tomadas por los países más poderosos con respecto a las dosis de las vacunas disponibles.

Así como en el escenario económico, también en el de disponibilidad y adquisición del fármaco era muy probable que muchos países quedasen inicialmente fuera o se viesan en desventaja frente a otros. Esto se observa aplicado en la realidad de la región latinoamericana y del Ecuador. Por ejemplo, el 25

13 Cfr. Arrieta, Gabriel. “¿Nueva era de proteccionismo? El papel de los Acuerdos de Libre Comercio en América Latina”, *Politai*, Revista de Ciencia Política, Volumen 8, N° 14, 2017, pp. 102 a 142.

14 Cfr. Baena, José y otros. “La crisis económica mundial ¿La proliferación del proteccionismo como una causa-efecto?”, *En-Contexto*, Revista de Investigación en Administración, Contabilidad, Economía y Sociedad, Volumen 5, N° 6, 2017, pp. 185 a 207.

15 Cfr. Olivé, Iliana y Gracia, Manuel. ¿El fin de la globalización? Una reflexión sobre los efectos de la crisis del COVID-19, *desde el Índice Elcano de Presencia Global*, Estudios internacionales y estratégicos, Real Instituto Elcano, 14 de abril del 2020, pp. 1 a 18, disponible en <https://www.realinstitutoelcano.org/wpl/wp-content/uploads/2020/04/El-fin-de-la-globalizacion-una-reflexion-sobre-los-efectos-de-la-crisis-del-COVID-19-desde-el-Indice-Elcano-de-presencia-global.pdf>

de febrero del 2021 –durante la quinta reunión extraordinaria del Foro para el Progreso de América del Sur (en adelante “PROSUR”)– los mandatarios participantes expresaron su preocupación por las limitaciones que existen para la importación de vacunas y pidieron a los países productores facilitar su llegada. A pesar de que se han hecho ingentes esfuerzos por conseguir la vacuna, algunos presidentes reconocieron que todavía no han podido acceder al número de dosis necesarias.

Por su lado, el ecuatoriano Lenin Moreno fue uno de los que aseguraron que –aunque el país ya ha realizado varias negociaciones con las farmacéuticas– el proceso no ha avanzado como se esperaba; además, reconoció la necesidad de acelerar el ritmo actual. Esto es, de hecho, debido a las limitantes que se están presentado para exportar las vacunas desde los países donde se encuentran las grandes farmacéuticas, luego de que la Unión Europea obligara a algunas como Pfizer y AstraZeneca a obtener una autorización previa antes de enviar a otras naciones vacunas fabricadas en el bloque bajo el argumento de que “la prioridad son sus ciudadanos”¹⁶ ¹⁷. Esto explicaría por qué muchos países occidentales han reservado suficiente número de dosis para inmunizar varias veces a sus poblaciones. Por ejemplo, el Reino Unido las ha adquirido en más de cinco veces

16 Cfr. Cancillería de Colombia. *Desde Prosur, Presidente Duque pide a países productores de vacunas facilitar suministro y no restringir exportaciones durante la Quinta Reunión Extraordinaria de Presidentes del Foro para el Progreso de América del Sur*, Noticias, Cancillería de Colombia, Bogotá, 25 de febrero del 2021, disponible en <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/prosur-presidente-duque-pide-paises-productores-vacunas-facilitar-suministro-no#:~:text=>

17 Foro para el Progreso de América del Sur PROSUR. *Declaración de la V Reunión Extraordinaria de Presidentes de PROSUR*, Bogotá, 2021, disponible en [Declaración de la V Reunión Extraordinaria de Presidentes de PROSUR | PROSUR \(foroprosur.org\)](https://www.prosur.org/declaracion-de-la-v-reunion-extraordinaria-de-presidentes-de-prosur)

su población, mientras que Canadá ha adquirido cinco veces el suministro que el país necesita para cubrir su población¹⁸.

Este argumento sobre la prioridad de los habitantes de los países que tienen mayor acceso a la vacuna, devela que el factor más importante dentro de las negociaciones entre las farmacéuticas y los Gobiernos parece ser el económico. En ese sentido, los recursos monetarios se convierten en poder y el poder se convierte en el medio para adquirir en mayor cantidad y con anterioridad a otros las dosis necesarias para sus respectivas poblaciones. Esto puede ser analizado desde el punto de vista del neorrealismo fundado por Kenneth Waltz¹⁹, ya que brinda una explicación a nivel sistémico de esta lucha entre naciones basadas en diferentes matices de poder. Con respecto a esto, un principio ordenador de la estructura internacional es la distribución de capacidades entre Estados, pues son esas las que definen la posición de un Estado en el sistema²⁰. En este caso, las capacidades que definen la posición de los países frente al pronto y eficaz acceso a las vacunas tienen que ver con el control de su producción, la condicionalidad de su distribución y –en última instancia– los recursos económicos necesarios para adquirirlas. Es por ello que la Unión Europea pudo obtener, para el 8 de enero del 2021, 300 millones de dosis de Pfizer-BioNTech; esta empresa, en principio había tomado la iniciativa en el suministro de la vacuna a nivel mundial²¹.

18 Cfr. Redacción. *Vacunas contra el coronavirus: ¿cuál es la situación en mi país?*, América Latina, BBC News Mundo, Londres, 11 de febrero del 2021, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56025727>

19 Cfr. Waltz, Kenneth y otros. *Theory of International Politics*, New York, Waveland Press, 1979, pp. 102 a 129.

20 Cfr. Mingst, Karen y Arreguin-Toft, Ivan. *Essentials of International Relations*, 8va. Edición, New York, W. Norton & Company, 1999, p. 78.

21 Fenton-Harvey, Jonathan. *Las consecuencias de la desigualdad en la distribución de la vacuna...*

La ausencia de una autoridad supranacional que imponga reglas a los Estados es otra característica. Así pues, estos permanecen en una perpetua situación de confrontación donde la regla que predomina es la búsqueda del interés propio por encima de la cooperación, lo cual se rescata de la teoría fundadora de las relaciones internacionales: el realismo político. De hecho, los Estados solo cooperan cuando hay una ganancia para sí como consecuencia de dicha cooperación²². Esta es la razón por lo que a pesar de que la Organización Mundial de la Salud llame a la cooperación internacional para la mayor accesibilidad del fármaco, los países no han cambiado esta práctica con respeto a las vacunas.

Se ha demostrado que en una atmosfera de inseguridad como la actual, los Estados tienden a buscar mayor control y autosuficiencia. Sin embargo, este “acaparamiento” de vacunas contra la COVID-19 –que hasta ahora ha afectado gravemente a países como el Ecuador– puede también ser visto desde el punto de vista jurídico de protección de derechos. Con respecto a esto, Amnistía Internacional²³ señala que es esencial que los esfuerzos realizados para desarrollar, fabricar y distribuir pruebas, tratamientos y vacunas contra la COVID-19 respeten los derechos humanos²⁴.

En ese sentido, los Estados están obligados a garantizar la disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad y buena calidad de las vacunas para todas las personas sin discriminación.

22 Cfr. Morgenthau, Hans. *Politics among nations the struggle for power and peace*, Washington, McGraw-Hill Education, 1948, pp. 3 a 18.

23 Movimiento global de más de 10 millones de personas que trabajan en favor del respeto y la protección de los derechos humanos.

24 Cfr. Amnistía Internacional. *Un pinchazo justo: acceso universal al diagnóstico, tratamiento y vacuna de la COVID-19*, Secretariado Internacional, Amnistía Internacional, Londres, 2020, p. 4.

Adicionalmente, la jurisdicción internacional de derechos humanos establece que las obligaciones de los mismos en la materia son aplicables a sus propias poblaciones y a las personas de otros países. En ese sentido, la distribución de la vacuna tiene que ver directamente con dos derechos en específico: el derecho a la salud y el derecho al disfrute de los beneficios de los avances científicos y sus aplicaciones²⁵. En primer lugar, el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental está consagrado en varios tratados internacionales; aparece en el número 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que están sujetos todos los Estados miembros de la ONU. “Toda persona –se lee en el mismo– tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [...] la asistencia médica [...]”²⁶.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el PIDESC”) también reitera “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Por otro lado, el derecho al goce de los beneficios de los avances científicos y sus aplicaciones –que incluyen tecnologías médicas como las vacunas– está consagrado tanto en el número 1 del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el artículo 15 del PIDESC; en este último, en los siguientes términos: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”²⁷.

A pesar de la acreditación de estos derechos y de que en mayo del 2020 la Asamblea Mundial de la Salud reconoció “la función

25 *Ibíd.*, p. 8.

26 ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 25, Asamblea General, Resolución 217 A (III), New York, 1948.

27 ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, artículo 27, Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), New York, 1996.

de la inmunización extensiva contra la COVID-19 como bien de salud pública mundial”²⁸, desde el inicio del actual proceso de vacunación global han existido problemas con la disponibilidad y la asequibilidad del fármaco, debido al “nacionalismo de las vacunas” y su distribución injusta²⁹. Los Estados no han cooperado para superarlos ni mucho menos han eliminado los obstáculos que impiden garantizar que las vacunas se desarrollen en cantidad suficiente y se distribuyan a tiempo de manera inclusiva. Asimismo, no se han abstenido de adoptar prácticas como la de los acuerdos bilaterales y el “acaparamiento” de más de las necesarias para sus poblaciones prioritarias.

II. Materiales y método

“Mediante la identificación de tendencias claves, se puede construir escenarios con el propósito de mejorar el proceso de toma de decisiones y reducir el riesgo de estas.

Las bases para el desarrollo de estos escenarios pueden provenir de datos del pasado, del presente o de ambos”.

Juan Carlos Vergara, Tomás José Fontalvo y Francisco Maza³⁰

En este caso, la parte teórica consistió en la investigación documental y la recopilación de datos actualizados del proceso

²⁸ Amnistía Internacional. *Un pinchazo justo: acceso universal...*, p. 7.

²⁹ La práctica de muchos países de ingresos altos de adquirir miles de millones de dosis de futuras vacunas para sus poblaciones, limitando el suministro potencial a otros.

³⁰ Vergara, Juan Carlos y otros. *La planeación por escenarios: Revisión de conceptos y propuestas metodológicas*, Prospect, 2010, p. 25.

de vacunación masiva a escala mundial, así como su vínculo con teorías de las relaciones internacionales y sobre todo con el derecho internacional de los derechos humanos. La parte práctica, en cambio, radicó en la recolección de datos cuantitativos para su posterior sometimiento a un análisis estadístico de tipo descriptivo. En esencia, se trabajó con datos del total de dosis administradas de la vacuna, del porcentaje de personas totalmente inmunizadas, el número de nuevos casos y muertes diarias por la COVID-19 y de la población total de cada país en consideración, proporcionados por tres grandes bases de datos reconocidas internacionalmente: el Banco Mundial³¹, el *Coronavirus Resource Center*³² desarrollado por la Universidad Johns Hopkins y el portal web *Our World in Data*³³, el cual es un proyecto del *Global Change Data Laboratory* de la Universidad de Oxford. Los datos son desde noviembre del 2020 hasta febrero del 2021, debido a su relevancia temporal y comparativa.

III. Procedimiento y resultados

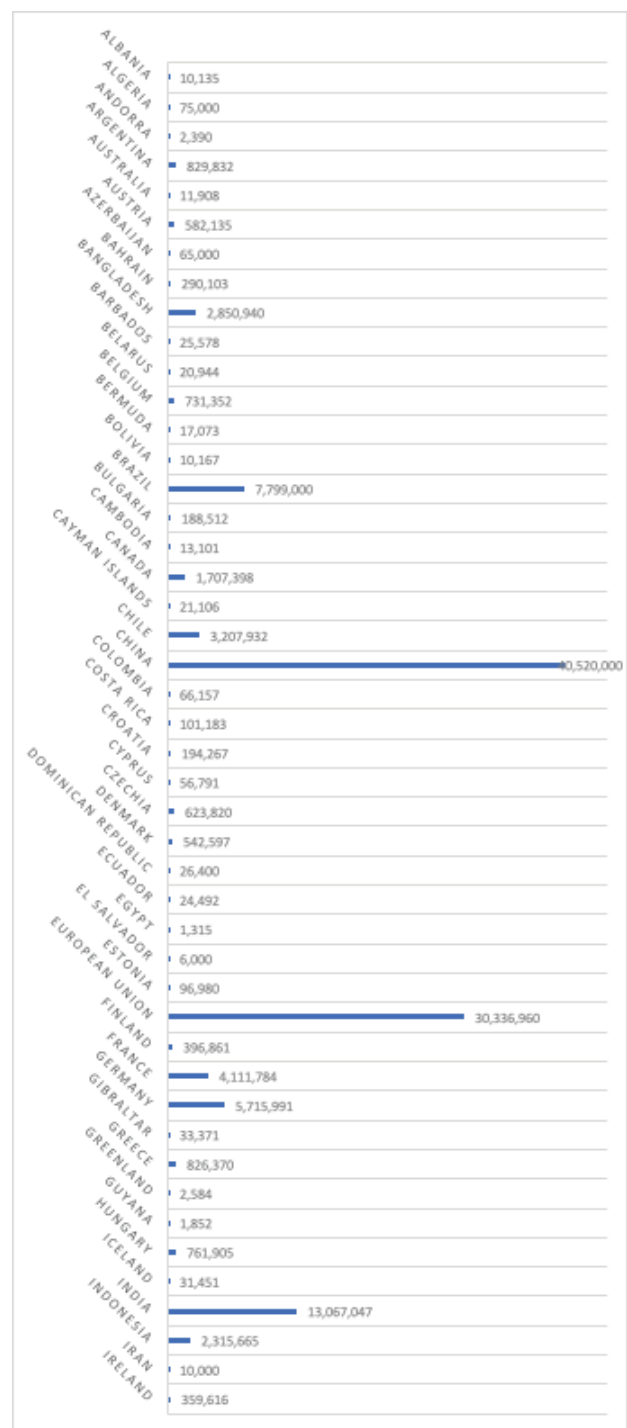
1. Análisis estadístico descriptivo

Gráfico 1. Total de dosis administradas por país al 25 de febrero del 2021

³¹ Banco Mundial. *Datos de libre acceso del Banco Mundial*, Washington, disponible en <https://datos.bancomundial.org>

³² Coronavirus Resource Center. *Understanding vaccination progress...*

³³ Hannah Ritchie y otros. “Coronavirus Pandemic (COVID-19)”...

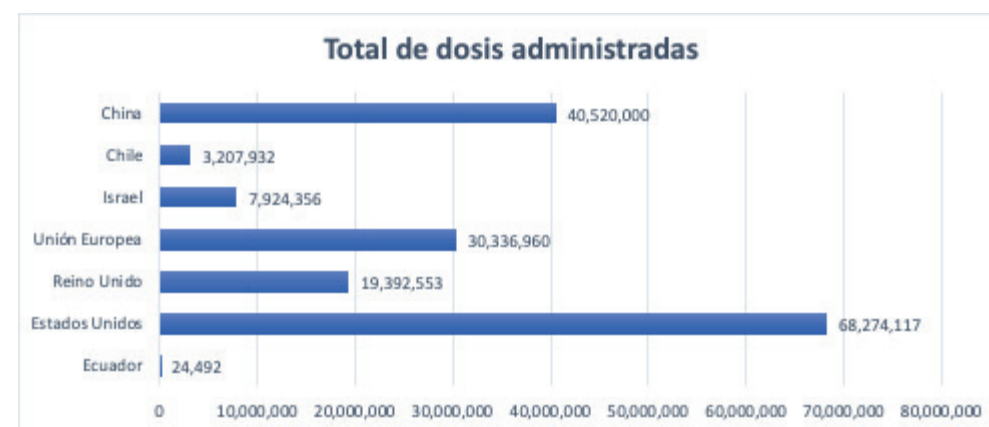


Hasta el 25 de febrero del 2021, en el mundo se habían administrado un total de 227 615 597 vacunas contra la COVID-19, en apenas 96 de los 193 países del mundo (contando a la Unión Europea). De este total de vacunas, la mayoría –aproximadamente un 70.60 %– se ha aplicado en Estados Unidos con 70 454 064 (30.95 %), China con 40 520 000 (17.80 %), la Unión Europea con 30 336 960 (13.33 %) y el Reino Unido con 19 392 553 (8.51 %). Mientras que entre los países que han suministrado la menor cantidad de dosis en el mundo –por debajo de las 30 000– se encuentran República Dominicana, Barbados, Líbano, Ecuador, Camboya, Zimbabue, Bolivia, Albania, El Salvador, Senegal, Andorra y Ucrania, que junto con otros dieciséis países pequeños suman apenas un 0.13 % del total de dosis aplicadas.

El Ecuador, en específico, ha administrado apenas 24 492 dosis; ello equivale a un 0.010 % del total de las suministradas en el mundo. Por otro lado, hay casos ejemplares en la vacunación masiva por parte de países más pequeños como Israel con 7 924 356 –el 3.48 %– y dentro de la región latinoamericana Chile con 3 207 932, que representa el 1.41 %; ambos se encuentran entre los diecisiete que más dosis han administrado en el mundo. Es de esta manera, que se identifica una distribución desigual del fármaco contra la COVID-19, puesto que solo entre tres países y el bloque europeo acaparan el 70.60 % del total, frente a los 97 que –para el 25 de febrero del 2021– todavía no inician con el proceso de vacunación junto a los más de 50 que ya han iniciado, pero se encuentran muy por debajo del ritmo de vacunación masiva de los otros países que lideran este proceso. Así pues, los casos que vale la pena recuperar y comparar con el caso del

Ecuador son Estados Unidos, China, Unión Europea³⁴, Reino Unido, Israel y Chile.

Gráfico 2: Total de dosis administradas en Ecuador, Estados Unidos, China, Unión Europea, Reino Unido, Israel y Chile

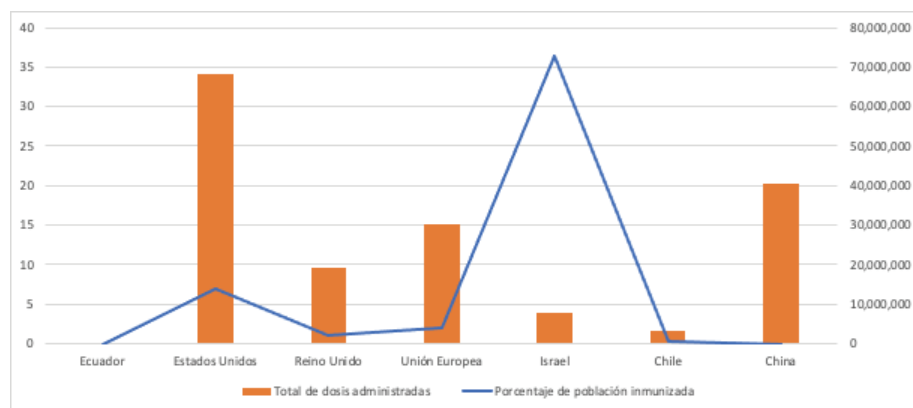


La diferencia del total de vacunas administradas entre Ecuador y Estados Unidos es de 68 222 626 dosis, lo cual casi cuatriplica la población total del primero. Algo similar pasa con la diferencia con China, con más de 40 500 000; la Unión Europea, con más de 30 millones; el Reino Unido, con más de 19; Israel, con aproximadamente 7 800 000; e incluso con su vecino regional Chile, con más de 3 millones. Esto denota la gran brecha

34 La Unión Europea es una comunidad de países. Sin prejuicio de aquello y debido a su representatividad en cuanto al avance de los países europeos en la vacunación, se la toma como caso individual frente a los demás países en los siguientes gráficos sobre total de dosis administradas, porcentaje de población inmunizada y porcentaje de población inmunizada con relación a su población (gráficos 2 al 4). Sin embargo, no se la toma en cuenta en la comparación individual contra Ecuador (gráficos 5 a 10) debido, una vez más, a su condición de bloque.

entre los países en el mundo y hasta en la región de América Latina en cuanto a la compra, distribución y administración adecuada de vacunas ya después de más de dos meses de aplicada la primera dosis.

Gráfico 3. Total de dosis administradas y porcentaje de población inmunizada por país³⁵



Debido a que la mayoría de las vacunas requieren más de una dosis para que las personas estén totalmente inmunizadas, el número de las que han sido administradas no es igual el cúmulo de personas que han recibido la cantidad requerida de dosis para lograr una inmunidad óptima. Sin embargo, entre más se apliquen dosis individualmente mayor será el número de personas totalmente inmunes. En este caso, quien lidera el proceso en el

³⁵ Los datos de personas totalmente inmunizadas en China no están disponibles como información pública, así pues, el valor representado es 0. Además, el segundo país con el mayor número de personas inmunizadas en el mundo es los Emiratos Árabes Unidos con un 22.71%, esto debido a que tienen menor población que Estados Unidos. No se lo incluyo en los resultados, debido a que no está dentro de los casos a rescatar para la comparación con Ecuador.

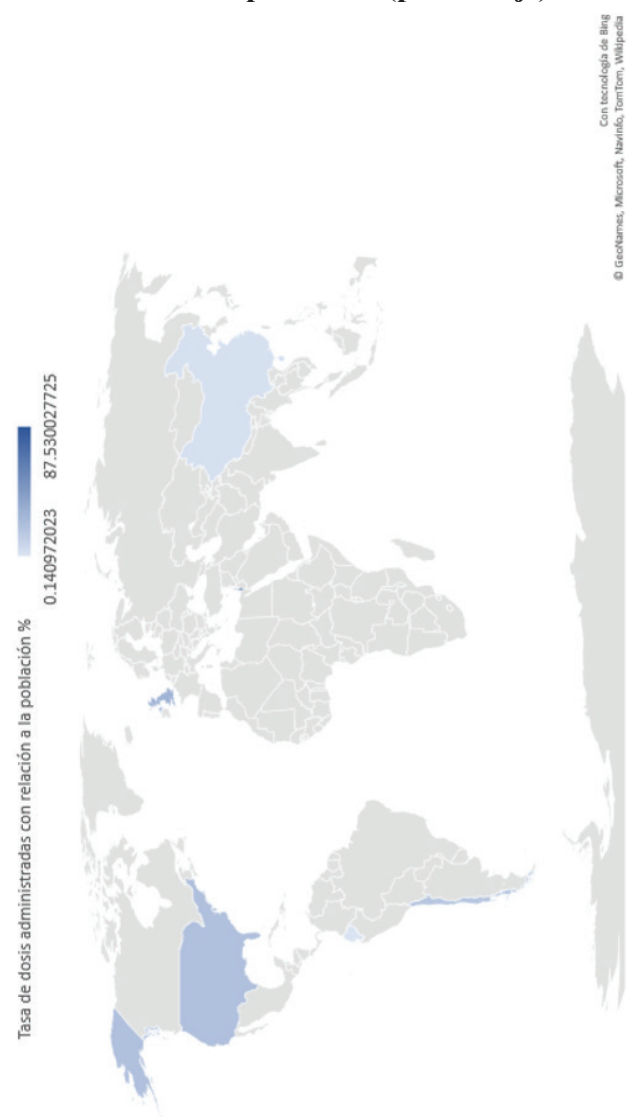
mundo es Israel, que ya cuenta con un 36.86 % de personas en dicha de cara al 100 % de su población. Le siguen Estados Unidos con 6.91 %, la Unión Europea con 1.98 % y el Reino Unido con 1.05 %. En contraste, Ecuador tiene apenas 3708 personas totalmente vacunadas con las dosis requeridas, lo cual representa un 0.02 % de la población. Esto significa una diferencia del 36.84 % con Israel y de 6.89 % con Estados Unidos. En el primer caso, aplicada a la población nacional significa aproximadamente 6 400 456 de ecuatorianos que no han recibido las dosis de las vacunas necesarias para ser inmunizados, mientras que en el segundo se traduce en 1 197 045. En lo que toca a la Unión Europea y el Reino Unido la diferencia oscila entre el 1.96 % y el 1.03 %, lo cual significarían 340 523 y 178 948 personas en el Ecuador; incluso así, estas cifras de una diferencia porcentual sumamente menor distan en más del 100 % del número total de personas inmunizada en este país.

Teniendo en cuenta que el porcentaje de personas completamente vacunadas por población lleva a comprender qué tan cerca está un país en particular de lograr un nivel de inmunidad que ralentizaría o detendría la transmisión del virus³⁶, el Ecuador se encuentra todavía muy lejos de llegar a ese esperado estadio en el que los contagios y las muertes disminuyan mientras que otros países –especialmente Israel y Estados Unidos– están avanzando con gran ventaja en cuanto a la “inmunidad colectiva”. Aunque es temprano aún para analizar si efectivamente la vacuna estaría dando resultado en términos de alcanzarlo en los mismos, se puede comparar el avance del proceso de vacunación masiva frente a indicadores como los casos y las muertes diarias por la COVID-19 reportados en los diferentes países, con el objeto de comprobar las vulneraciones de

³⁶ Cfr. Organización Mundial de la Salud. *COVID-19: serología, anticuerpos e inmunidad...*

derechos de acceso a la salud y a sus avances científicos en escenarios como el Ecuador. Estas inevitablemente se derivan de los contagios, las hospitalizaciones, las complicaciones médicas a largo plazo y la muerte a causa de la propagación incontrolada del virus.

Gráfico 4. Tasa de dosis individuales administradas en relación con la población (porcentaje)



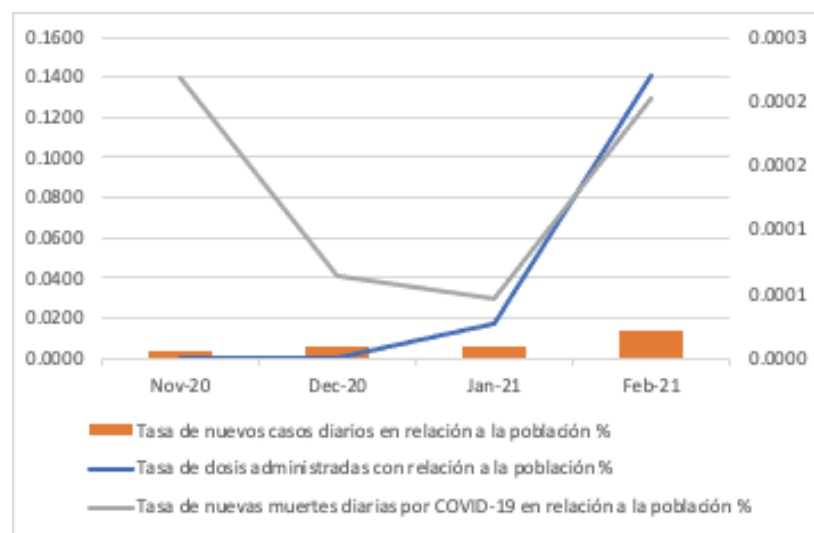
En primer lugar, con el propósito de conservar la representatividad de los datos obtenidos y debido a que la población de los países es cambiante, se calculó la tasa de dosis individuales administradas en relación con la población; es decir, el porcentaje que efectivamente representan estas dosis con respecto al total de la población de cada país. Así, la más alta fue la de Israel ya que han administrado 7 924 356 dosis entre una población de 9 053 300 habitantes, lo cual da como resultado una tasa de 87.53 %. Le siguen el Reino Unido con 29.01 %, de una población de 66 834 400 de personas; Estados Unidos con 20.80 %, de una población de 328 239 520; Chile con 16.93 %, de una población de 18 952 040; la Unión Europea con 6.78 %, de una población de 447 512 040; y China con 2.89 %, de una población de 1397 715 000. En contraste, Ecuador tiene dicha tasa con un valor muy inferior: de apenas 0.14 %, de una población de 17 373 660 habitantes.

Una vez obtenida esta tasa de dosis administradas en relación con la población de cada país, cabe compararla con los casos y las muertes diarias por la COVID-19. Así pues, para analizar el crecimiento o decrecimiento de estos indicadores y debido a que el proceso de vacunación en el mundo comenzó en diciembre del 2020, en el presente análisis se tomaron en cuenta los meses comprendidos desde noviembre del 2020 –como punto de referencia anterior a la vacunación– hasta febrero del 2021. Por último, debido a que se trata de indicadores diarios y con el objeto de conservar la representatividad del análisis, se consideraron los datos del mismo día durante estos cuatro meses, el cual es el último de cada uno. Es decir, el 30 de noviembre del 2020, el 31 de diciembre del 2020, el 31 de enero del 2021 y el 25 de febrero del 2020, fecha actual a la que se obtuvieron los últimos datos de este último mes. Con base en estos datos de carácter temporal diario, se obtiene la tasa de nuevos contagios y muertes cada 24 horas por la COVID-19 en relación con la población de cada país;

es decir, el porcentaje de población que reportó nuevo contagio o muerte debido al virus³⁷. De esa manera, se toman en cuenta estos indicadores estandarizados que dan a conocer el estado del país frente la pandemia y, sobre todo, la afectación desde la perspectiva humana de la población.

Gráfico 5 al 10.³⁸ Tasa de dosis administradas en relación con la población versus tasa de nuevos contagios y muertes diarias por la COVID-19

Gráfico 5. Ecuador



37 Esto se hace, una vez más, debido a la representatividad de los datos en vista de que la población de los países varía. De esta manera, el número de nuevos contagios y muertes se expresa en un porcentaje que va acorde a la población de cada país, con el objetivo de poder relacionar y comparar en una misma escala. Lo mismo se llevó a cabo con los datos de las dosis individuales administradas por cada país.

38 En los gráficos del cinco al diez se presenta la tasa de dosis administradas con relación a la población versus la tasa de nuevos contagios y muertes a diario por la COVID-19 en seis países, incluido Ecuador. La Unión Europea no se toma en cuenta para este gráfico debido a su condición de bloque de países.

Gráfico 6. Estados Unidos

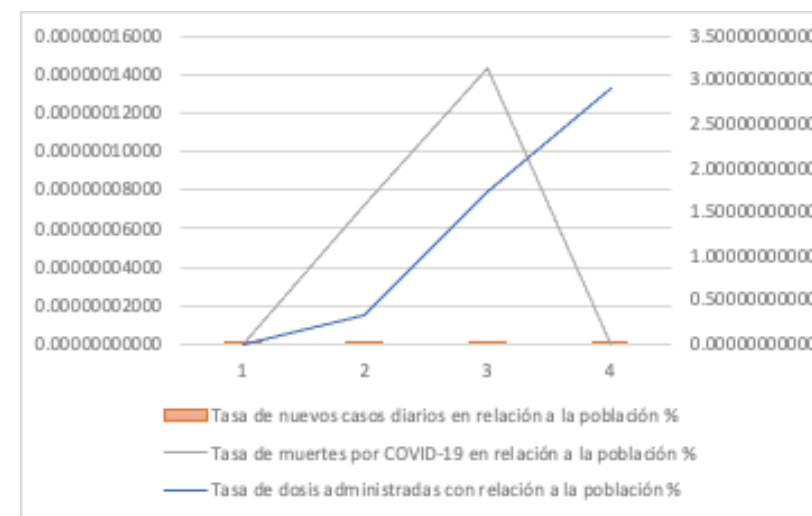


Gráfico 7. China



Gráfico 8. Israel

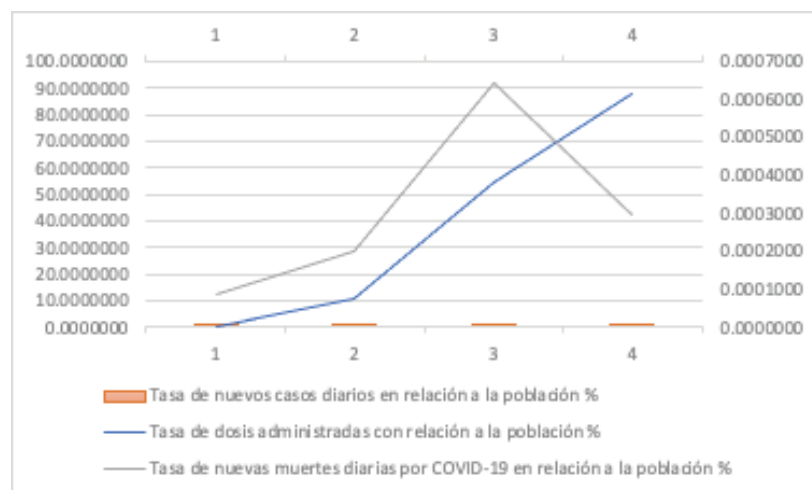


Gráfico 9. Reino Unido

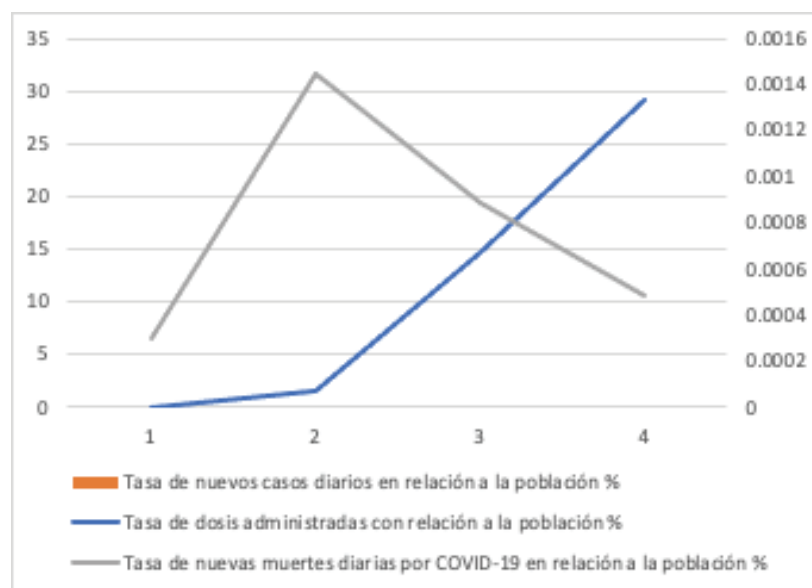
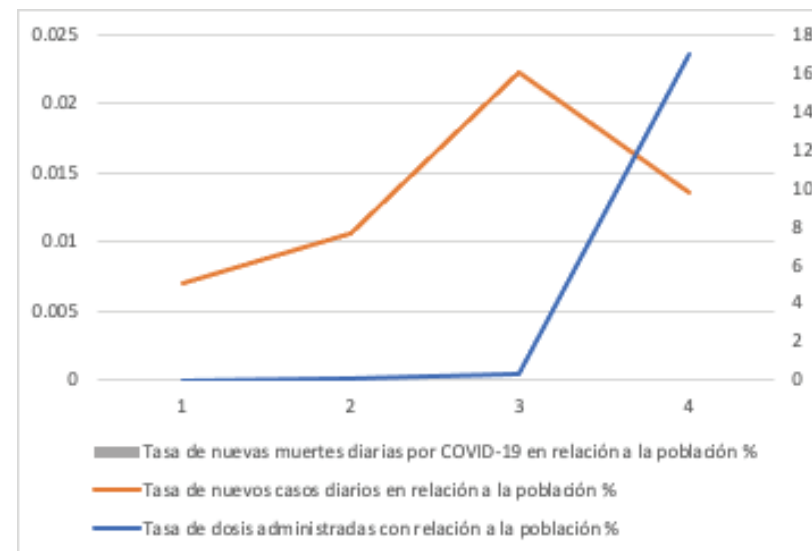


Gráfico 10. Chile



En Estados Unidos, el Reino Unido, China, Israel y Chile de enero a febrero del 2021 se presenta una disminución significativa de uno o dos de los indicadores de casos y muertes diarias a causa de la COVID-19, a la vez que esto coincide con un aumento considerable de dosis administradas de las vacunas en cada uno de estos países. Es decir que, a medida que se ha avanzado en el proceso de vacunación masiva, se ha presentado a su vez una disminución de nuevos casos y muertes diarias por el virus. Según el medio de comunicación BBC, uno de los tres factores que explican la mejora de la pandemia en Estados Unidos es el avanzado proceso de vacunación junto con el mayor uso de la mascarilla por parte de la población. Para el 12 de febrero del 2021, los nuevos contagios se redujeron en 22 % respecto a la semana anterior mientras las hospitalizaciones disminuyeron en casi 16 % y las muertes en 3.5 %³⁹.

39 Cfr. Lima, Lioman. *Coronavirus en Estados Unidos: 3 factores que explican la mejora de la pandemia en el país con más casos y muertes del mundo*, América Latina, BBC News Mundo, Londres, 12 de febrero del 2021, disponible en <https://>

En términos cuantitativos esto constituye una relación proporcionalmente inversa que se cumple en dichos países, al menos en los meses de enero a febrero del 2021. Esto se observa en todos los gráficos excepto en el de Ecuador donde, a pesar del leve incremento de dosis administradas, los contagios y las muertes diarias continúan en aumento. En este país todavía no existe una relación directa entre el proceso de vacunación y los contagios de la COVID-19. Esto, debido a que dicho proceso no ha sido efectivo ni masivo a escala nacional. El bajo número de personas que han sido inmunizados con las dosis requeridas –3708– con relación a los más de 17 millones de ecuatorianos que pueblan el país, demuestra no solamente las desigualdades mundiales y regionales en cuanto a la distribución y administración efectiva de la vacuna sino también las consecuencias del retraso e ineficacia de un proceso de vacunación masiva. Dichas consecuencias constatan vulneraciones de los derechos humanos de las personas a las que se les niega el derecho a vacunarse. En el país, la imposibilidad de acceder a la vacuna con el objetivo de alcanzar la “inmunidad colectiva” se demuestra en los contagios y las muertes que aumentan cada día. La situación del Ecuador sigue siendo crítica en cuanto al manejo de la pandemia, pues las hospitalizaciones y la lista de espera para las unidades de cuidados intensivos aumentan y el sistema de salud se satura. En este caso, la actual restricción del acceso a la salud y a sus avances científicos potencialmente ha costado vidas humanas pues en el país ya hay más de 15 000 muertes por la COVID-19.

IV. Consideraciones finales: implicaciones a largo plazo

“Todo el mundo, incluyendo personas y grupos vulnerables o marginados, tiene derecho a aprovecharse de los beneficios del progreso científico, y cuando los beneficios de la ciencia se tratan como un producto puramente comercial y reservado para los más ricos, todos resultan perjudicados”.
Michelle Bachelet, Alta Comisionada
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Actualmente, se estima que cerca del 90 % de los habitantes en casi 70 países de bajos ingresos tendrán pocas posibilidades de vacunarse contra la COVID-19 en el 2021. La manera en la que se está distribuyendo el fármaco supone un grave riesgo de salud pública en el mundo⁴⁰. Es por ello también que, desde finales del 2020, varios expertos en derechos humanos de la ONU indicaron que el acceso a las vacunas era una herramienta esencial para prevenir y contener la COVID-19 en todo el planeta, pues las consecuencias de la desigualdad en su distribución podrían tener un alcance global. Podrían, incluso, minar los esfuerzos internacionales para contrarrestar la pandemia pues significan un potencial obstáculo para generar una “inmunidad colectiva”. Además, se ha advertido sobre la necesidad de garantizarla a ese nivel para evitar el surgimiento de nuevos brotes virales que perpetúen el ciclo de confinamientos mundiales⁴¹. Según Andrea

40 Cfr. Lima, Lioman. *Coronavirus: “La distribución desigual de vacunas entre países ricos y pobres significará que el virus continuará propagándose y mutando”*, América Latina, BBC News Mundo, Londres, 4 de febrero del 2021, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55911364#:~:text=>

41 Cfr. Fenton-Harvey, Jonathan. *Las consecuencias de la desigualdad en la distribución de la vacuna...*

Taylor, coordinadora del proyecto de investigación y seguimiento de la distribución de vacunas *Launch and Scale Speedometer*, esta asignación desigual entre países con más o menos recursos económicos podría significar una mayor propagación del virus y nuevas mutaciones, volviendo inefectivas las actuales vacunas⁴².

⁴³.

Conclusiones

“Esta pandemia supone un desafío no solo para los sistemas sanitarios de todo el mundo, sino también para nuestro compromiso con la igualdad y la dignidad humana”.

António Guterres, secretario general de la ONU

Para el 25 de febrero del 2020, el mundo registraba 113 millones de personas contagiadas y 2.51 millones de personas muertas a causa de la COVID-19. La pandemia ha expuesto y agravado las desigualdades, afectando desproporcionalmente a las poblaciones más vulnerables. A pesar de que esta es una crisis global que afecta a todos los países, los esfuerzos por combatirla conjuntamente se agotaron cuando se comenzó a comercializar la vacuna contra el virus. Ahora, los países de ingresos más altos cuentan con el 60 % de las dosis disponibles y la población de estos representa solamente el 16 % de la mundial. Eso inevitablemente ha dejado, al menos a corto plazo, con menos

42 Cfr. Lima, Lioman. *Coronavirus: “La distribución desigual de vacunas entre países ricos y pobres...”*

43 Cfr. Taylor, Andrea., *Rhetoric First, action later: the g7 approach to the global equity*, Launch and Scale Speedometer, Duke Global Health Innovation Center, Durham, 22 de febrero del 2021, disponible en <https://dukeghic.org/2021/02/22/rhetoric-first-action-later-the-g7-approach-to-global-equity/>

dosis a todos los países de ingresos más bajos. De esa manera, los Gobiernos aplican medidas que ponen en riesgo derechos humanos relacionados principalmente con la salud de aquellas personas que no han accedido y potencialmente no accedan a una dosis hasta el 2022.

Las desigualdades globales han encontrado nuevas dinámicas de expresión en la distribución de este fármaco. Estas se pueden entender a través de la teorización de las relaciones internacionales y sus autores más clásicos, puesto que explican la búsqueda del interés en términos de poder por parte de los Estados. Sin embargo, también se pueden entender tales acciones desde la jurisdicción internacional, especialmente la que tiene que ver con los derechos humanos. Al examinar cuantitativamente el caso del Ecuador frente a países que le aventajan por mucho en el proceso de vacunación masiva –como lo son Estados Unidos, el Reino Unido, China, la Unión Europea, Israel e incluso Chile– se puede comprobar la gran brecha entre estos; pero no solamente en eficacia y rapidez en cuanto a dosis administradas y población inmunizada, sino también en las consecuencias sociales que sufre la población más vulnerable que no tiene acceso a este avance científico. Estas consecuencias se traducen en un aumento cada vez más acelerado de contagios, muertes y consecuente inestabilidad general del país. Mientras que otros países continúan administrando miles de vacunas por día con miras de priorizar a sus respectivas poblaciones, en algunos como el Ecuador esperan a que las negociaciones por más lotes de vacunas se concreten puesto que las 24 492 dosis de las que se disponían ya fueron aplicadas y todavía hay personas que están a la espera de la segunda dosis. Por ahora, el Gobierno ha anunciado que concretó las negociaciones de dos millones de vacunas con la farmacéutica china Sinovac que llegarán en los próximos dos meses, aunque todavía no cuenta con la autorización para su uso de emergencia por la Administración

de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA, por sus siglas en inglés) ni por la Agencia Europea del Medicamento (EMA, por sus siglas en inglés).

Así pues, todas estas restricciones y obstáculos para el acceso igualitario a la vacuna son efectivamente vulneraciones de derechos humanos relacionadas con el acceso a la salud y al disfrute de los beneficios de los avances científicos y sus aplicaciones. Además, la “inmunidad colectiva” lograda mediante vacunas seguras hace que las enfermedades sean más raras y, consiguientemente, salva vidas⁴⁴. Por tanto, a medida que el proceso de vacunación masiva en los países de menos ingresos como los latinoamericanos se retrase en ser eficaz, no se podrán salvar esas vidas. Ello es una vulneración de más derechos humanos fundamentales como los derechos a la vida y a una vida digna. El alcance de esta problemática, por tanto, se extiende a otros derechos relacionados con la salud como los relativos al desarrollo, a un nivel de vida adecuado, a la educación, a un trabajo digno y hasta a la libertad.

“La inmunización es el fundamento del sistema de atención primaria de la salud y un derecho humano indiscutible”
Organización Mundial de la Salud

44 Cfr. Organización Mundial de la Salud. *Agenda de Inmunización 2030: Una estrategia mundial para no dejar a nadie atrás*, IA 2030, Ginebra, 2020.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2020)

- Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal

Sonia Picado

Claudio Grossman

Presidente

Mónica Pinto

Vicepresidenta

Wendy Singh

Vicepresidenta

Carlos M. Ayala Corao

Lloyd G. Barnett

Eduardo Bertoní

Allan Brewer-Carías

Antonio A. Cançado Trindade

Santiago A. Cantón

Douglass Cassel

Margaret Crahan

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

María Elena Martínez Salgueiro

Juan E. Méndez

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Carlos Portales

Víctor Manuel Rodríguez Rescia

Hernán Salgado Pesantes

Fabián Salvioli

Mark Ungar

José Antonio Viera Gallo

Renato Zerbini Ribeiro Leao

José Thompson J.

Director Ejecutivo
- Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Joel Hernández

Antonia Urrejola Noguera

Flávia Piovesan

Margarette May Macaulay

Esmeralda Arosemena de Troitiño

Julissa Mantilla Falcón

Edgar Stuardo Ralón Orellana
- Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Elizabeth Odio Benito

Leoncio Patricio Pazmiño Freire

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Eduardo Vio Grossi

Humberto Antonio Sierra Porto

Eugenio Raúl Zaffaroni

Ricardo Pérez Manrique
- REVISTA

IIDH
- La Revista IIDH es una publicación semestral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos