



CONSEJO DIRECTIVO Y CIENTÍFICO

DIRECTORES:

Cástor M. Díaz Barrado

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Carlos R. Fernández Liesa

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Carlos III de Madrid

SECRETARÍA ACADÉMICA:

Jorge Urbaneja Cillán

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Alicante (España)

Harold Bertot Triana

Sociedad Cubana de Derecho Internacional

COORDINADORAS:

Karen Giovanna Añaños Bedriñana

Universidad de Granada

Deborah Presta Novello

Universidad de Lleida

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Montserrat Huguet Santos

Catedrática de Historia Contemporánea Universidad Carlos III de Madrid

Antonio Pastor Palomar

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Vicente Garrido Rebolledo

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

María de los Ángeles Cano Linares

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

M^a Sagrario Morán Blanco

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Elena C. Díaz Galán

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Daniel Oliva Martínez

Profesor Titular de Derecho Internacional Público Universidad Carlos III de Madrid

Mercedes Guinea Llorente

Profesora titular interina de Relaciones Internacionales Universidad Complutense de Madrid

Ana Manero Salvador

Catedrática de Derecho internacional público y relaciones internacionales Universidad Carlos III de Madrid

Florabel Quispe Remón

Profesora titular interina de Derecho internacional público y relaciones internacionales Universidad Carlos III de Madrid

CONSEJO EDITORIAL:

Amparo Morales

FILAC (Fondo para los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe)

José Antonio Escudero

Real Academia de la Historia y Real Academia De Jurisprudencia y Legislación de España

Víctor Rodríguez Cedeño

Venezuela

Anna Badia Martí

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universitat de Barcelona

Celeste Pino Canales

Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de La Habana (Cuba)

Mirna Cunningham

Presidenta del FILAC (Fondo para los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe)

Ana Idalia Castellanos Khouri

Embajadora Cancillería dominicana (República Dominicana)

Fernando Dos Reis Condesso

Catedrático de Derecho Administrativo y Ciencia Política, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)

Juan Mendoza Díaz

Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de La Habana (Cuba)

Natalia Armijos

Directora General de Cultura. Organización de Estados Iberoamericanos (OEI)

Juan Carlos Moreno Pinilla

Director de la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste

Romualdo Bermejo García

Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales, Universidad de León

Miryam Colacrai

Profesora titular de Teoría de las Relaciones, Investigadora del CONICET, Profesora en la Maestría en Cooperación Internacional, Universidad Nacional de San Martín y Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

Celestino del Arenal Moyúa

Catedrático de Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid

Cesáreo Gutiérrez Espada

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Murcia

Felipe González

Director del Programa de derechos humanos de la Universidad Diego Portales (Chile), Profesor de la American University (EEUU). Ex Presidente de la Comisión interamericana de derechos humanos

Marcela Chavarría

Profesora de la Universidad de Monterrey (México)

Carlos Molina

Catedrático de Derecho, Director del Doctorado en Derecho, Universidad de Medellín (Colombia)

Francesco Seatzu

Catedrático de Derecho internacional, Universidad de Cagliari (Italia)

Luis Alonso Rico Puerta

Corte Suprema de Justicia (Colombia)

REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

ISSN: 1988-0618

<https://www.uc3m.es/reib>

REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

REIB

Vol. 16 No. 2

2022

Diciembre

La Revista Electrónica Iberoamericana REIB se encuentra indexada en Directory of Open Access Journals (DOAJ); Latindex Catálogo V1.0 y V.2.0 (Sistema Regional de Información en línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal); Dialnet; MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas); EuroPub (Directory of Academic and Scientific Journals); entre otras.

Edición y Diseño: Centro de Investigación en Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.
ISSN: 1988-0618

Declaración de privacidad: Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.

Contacto:

E-mail: revista.reib@urjc.es

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN ESTUDIOS DE IBEROAMÉRICA,
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
C/TULIPAN S/N, MÓSTOLES, MADRID**

**INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS FRANCISCO DE VITORIA
DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
C/ MADRID, 126-128, GETAFE, MADRID**

**Contacto principal
CENTRO DE ESTUDIOS DE IBEROAMERICA (CEIB)
revista.reib@urjc.es**

**Contacto de soporte
Biblioteca Universidad Carlos III
sed_db@listserv.uc3m.es**

ÍNDICE

EDITORIAL	7
Editorial	8
TRIBUNA	10
El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (FILAC), una oportunidad para avanzar hacia un nuevo contrato social.....	11
ARTÍCULOS	14
A Pandemia na América Latina e os desafios dos direitos humanos.....	15
Judicialização da política. Uma análise da expansão do poder judiciário no brasil e a atuação Supremo Tribunal Federal	36
La protección internacional de las personas refugiadas. Una ampliación del concepto desde las Américas.....	64
Avances y retos en la prevención y erradicación de la violencia digital contra las mujeres en México.....	103
Construyendo salud intercultural en América Latina. Avanzando hacia la equidad	123
Resistencia comunitaria como experiencia de construcción de paz y diálogo social en el Cañón de las Hermosas (Colombia).....	145
CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA	167
La ratificación de la constitucionalidad del Nuevo Código Procesal Constitucional por parte del Tribunal Constitucional peruano.....	168
Revocation of art. 305 of the Military Criminal Process Code in front of the Constitutional Guarantee of the right to silence	184
RESEÑAS.....	191
Rodríguez Cedeño, V., Pastor Palomar, A., Betancourt Catalá, M., Jesús Imbroda, B., Hernández de Deffendini y Moya Sánchez. La Corte Penal Internacional y las situaciones sobre Venezuela, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2021-Editorial Jurídica Venezolana, 2022, 91 pp.....	192
Añaños Bedriñana, Karen G. Los derechos humanos en el derecho constitucional latinoamericano, Editorial Universidad de Granada (Eug), Colección Eirene, Granada, 2021, 284 pp.....	196
Cacciavillani, Pamela Alejandra. Celebrar lo imposible. El Código Civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre finales del siglo XIX y comienzos del XX, Max Planck Institute for Legal History and Legal, 2021, 283 pp.	200
Pando Ballesteros, María de la Paz y Manjarrés Ramos, Elizabeth, Editoras. El derecho a la paz y sus desarrollos en la Historia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 241 pp.....	204

Vera Esquivel, Germán. Derecho internacional ambiental, Ara Editores, Perú, 2022, 301 pp.....	210
DOCUMENTACIÓN.....	216
Documentación.....	217

EDITORIAL

EDITORIAL

El escenario económico en América Latina sigue siendo de enorme preocupación. En una reciente entrevista al director de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), José Manuel Salazar-Xirinachs, publicada en *Financial Times* el 27 de noviembre de 2022, se refirió a un “estancamiento” de la economía de América Latina con peores indicadores que en la llamada “década perdida” en los 80 del siglo XX. Destacó en este contexto la “débil inversión”, la “baja productividad” y la “educación inadecuada”, entre otros factores, como determinantes de esta realidad. De hecho, en noviembre de este propio año, la CEPAL daba a conocer en su informe anual “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2022”, que la inversión extranjera directa (IED), pese a haber crecido un 40,7% en 2021 con respecto al año 2020, no se acercaba a los niveles pre-pandemia. Por su parte, el informe “Panorama Social 2022” del propio organismo, estimó que en la región para fines del 2022 vivirán 201 millones de personas en situación de pobreza (lo que representa el 32.1 % de la población total) y 82 millones de ellos en “pobreza extrema” (13,1%). Esto plantea, sin lugar a dudas, una realidad desoladora y desafiante para los Estados.

De ahí la necesidad de procesos y mecanismos que profundicen la cooperación y la solidaridad entre los Estados del continente americano. En este contexto, la Unión Europea debe jugar un rol activo, y no sólo movido por intereses geopolíticos, los que se acrecienta después de la extensión del conflicto militar en Ucrania. La región latinoamericana es un espacio de disputa de grandes potencias por ganar en influencia. China y Rusia siguen siendo los competidores frente a Estados Unidos y la Unión Europea y este fenómeno continuará en el futuro cercano. Y ya se advierten en datos los pasos en este sentido. En el informe mencionado sobre la inversión extranjera en el año 2021, se daba cuenta que los principales inversionistas en la región en este período fueron precisamente la Unión Europea (36%) y Estados Unidos (34%).

En el ámbito político, la victoria electoral de Luiz Inácio Lula da Silva en Brasil fue un hecho de notoriedad que impactará en el rumbo a seguir por América Latina a partir de 2023. La región ha dado un vuelco electoral hacia propuestas de izquierdas frente a tendencias políticas de enorme preocupación en el continente, pero que tienen mucha vitalidad todavía pese a los fracasos electorales. En cualquier caso, vale recalcar que no se trata de un panorama político latinoamericano homogéneo como “izquierda” y no puede ser asimilado con la anterior “ola progresista” de los años 2000. Es una “izquierda” latinoamericana en

el poder en la que se identifican grandes fricciones entre ellas y diversas formas de interpretar sus relaciones internacionales. Esto no debe impedir, sin embargo, que se de impulso a procesos de integración y cooperación que habían sido impugnados y que al parecer se tornan necesarios ante la desgarradora realidad social y económica de los pueblos latinoamericanos.

En este orden, el año 2023 será de enormes retos para los Estados de la región. La reversión de los preocupantes indicadores económicos y sociales sólo será posible con el concurso de todos los actores sociales e internacionales presentes en este continente. Pensar que es una realidad que puede ser superada de forma individual, es un error que puede tener repercusiones aún mayores. Ahora más que nunca se requiere poner en marcha transformaciones profundas y estructurales para evitar realidades que amenazan en convertirse en “décadas perdidas” y en eternizar la desigualdad y la pobreza. Hacia esos objetivos debe encaminarse América Latina, y la Unión Europea deberá afianzarse como un actor fundamental en este proceso.

TRIBUNA

EL FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (FILAC), UNA OPORTUNIDAD PARA AVANZAR HACIA UN NUEVO CONTRATO SOCIAL

*De esta gente no sé qué otra [cosa] decir,
porque lo que se vio es tan gran cosa
que apenas se puede creer*

Fray Juan Díaz, Villa Rica de la Vera Cruz, 1518

AMPARO MORALES*

Historia intensa, rica y compleja. La historia de nuestros pueblos no requiere de mayores consideraciones, aunque todavía exige más aproximaciones. Fueron 300 años de colonia y 200 de invisibilización republicana. Y hoy persistimos.

El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (FILAC), creado en 1992, fue pensado, en primera instancia, como un escenario hispanoamericano multilateral de asistencia técnica y financiera para iniciar el pago de una deuda histórica con los Pueblos Indígenas. Y eso no ocurrió.

Lo que sí pasó, quizá más importante que ese concepto desarrollista, fue que el FILAC se convirtió en un escenario óptimo para el diálogo, la concertación, los derechos y la visibilización. Y no podía ser de otra manera. Había tantas cosas que hacer antes de volver a habitar nuestra casa que esta ventana de oportunidad fue como un disparador en toda la región después de tanto silencio. Y eso sí ocurrió.

A 30 años de la fundación del FILAC la situación de los Pueblos Indígenas en nuestra región es otra. No solo por su presencia, eso debe quedar claro, sino porque su rol como facilitadores singulares entre el multilateralismo en el mundo indujo a encontrar soluciones cada vez más evolucionadas y potentes. Desde una simple e inicial mirada multicultural, hacia las políticas públicas, hasta el cambio de raíz a Constituciones Plurinacionales en varios Estados de la región, el FILAC

* Es Comunicadora Social, egresada de la Maestría en Relaciones Internacionales del CIDES, Bolivia. Con 30 años de trabajo liderando las relaciones internacionales y multilaterales en el FILAC, actualmente se desempeña como su Jefa de Gabinete

fue sembrando su semilla, cultivando tiempos y propuestas, cosechando resultados.

El FILAC es un organismo con un mecanismo de gobernanza paritario único: en nuestra mesa se sientan de igual a igual representantes de los Pueblos Indígenas y de los Estados de la región. Desde hace de más de dos décadas, hemos invitado a este diálogo a representantes de la cooperación internacional bilateral, multilateral y filantrópica para potenciar los diálogos, aunar esfuerzos y hacer más pertinente los mecanismos y temas de cooperación.

Este modelo se fue replicando en distintos escenarios con distintas fuerzas y modalidades, dando lugar a la adopción de políticas diferenciadas enfocadas a construir un trato más digno hacia los Pueblos indígenas, quienes se convierten cada vez más en protagonistas y dejan de ser “beneficiarios”. Hoy podemos decir sin modestia que esa fue una de las grandes contribuciones del FILAC.

Desde principios del siglo XXI la agenda indígena estaba instalada en la región, era ineludible, era imprescindible. Ningún cambio es ya imaginable sin la participación activa de la diversidad indígena. Constituciones estatales, declaraciones de derechos, legislaciones, representaciones y presupuestos. Todo debía discutirse incluyendo a los Pueblos Indígenas. Y el FILAC promovió espacios de participación de sus líderes y lideresas, asistió y desarrolló conceptos clave para provocar esta avalancha de cambios.

Se discutieron conceptos sobre el Desarrollo con Identidad, que hoy, 30 años después, deriva en el concepto del Vivir Bien. Se promovieron escenarios de multiculturalismo y hoy resultan en plurinacionalidades. Se incluyó el plurilingüismo y hoy son las Lenguas Indígenas reconocidas y ejercidas en políticas públicas enmarcadas en un instrumento único a nivel global, el Instituto Iberoamericano de lenguas Indígenas (IIALI). Se alentaron las identidades y hoy son parte de la adscripción étnica en casi todos los censos de población de la región.

Se analizaron y discutieron conceptos y metodologías innovadoras en materia educativa, hasta aterrizar en un modelo intercultural, intercientífico e interepistémico que haga posible un modelo de educación superior capaz de generar cohortes de especialistas capaces de generar políticas públicas e incidir en la toma de decisiones sobre temas que conciernen a sus comunidades y pueblos. Hoy con casi dos millares de graduadas y graduados, el FILAC continúa sembrando alianzas con centros universitarios altamente calificados como la Universidad Carlos III de Madrid o la Universidad Autónoma de México, entre muchas otras, con las universidades indígenas, junto a las sabias y los sabios de la Cátedra Indígena y, junto a todos ellos y ellas, estamos cosechando derechos colectivos.

El trabajo de fomento a la participación y diálogos incidió de manera significativa en la adopción de cambios constitucionales que se produjeron en la región durante las dos primeras de vida del organismo, situando a Iberoamérica a la vanguardia en el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas a nivel global.

Con un mandato inicialmente integral, el FILAC tuvo la oportunidad de focalizar progresivamente su trabajo en dos sectores vitales que le dieron y le dan vida a la continuidad cultural: las mujeres y los jóvenes indígenas. Hoy, los programas desarrollados por el FILAC relacionados a las mujeres y las juventudes indígenas son ejes transversales en el día a día del organismo y se fortalecen como espacios independientes de articulación e incidencia. Es una pelea dura y en varias capas, desde el interior de nuestras propias culturas patriarcales y adultocéntricas, pasando por las de sociedades coloniales y globalizadas donde estos sectores son imprescindibles para nuestro futuro.

Sin embargo, y entrado ya en nuestra cuarta década de existencia, la pandemia del COVID-19 dejó en evidencia una dura realidad en nuestra región: los Pueblos Indígenas son aún los más vulnerables por la ausencia de servicios básicos, de políticas específicas y el alarmante subregistro.

Sin embargo, antes de quedarse en una situación de indefensión extrema, fueron los propios Pueblos Indígenas quienes, recuperando sus conocimientos tradicionales ancestrales, pudieron hacer frente, de manera autónoma y resiliente, a los efectos de la pandemia. El FILAC a través de sus redes y tejidos sociales, que construyó durante tres décadas, fue clave para hacer llegar ayuda de emergencia a las comunidades más lejanas, transmitir informaciones y tender puentes de comunicación para evitar que los impactos fueran mayores.

Por mandato de la XXV Cumbre Iberoamericana, de 2018, el FILAC ha puesto en marcha un Plan de Acción Iberoamericano para la implementación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y avanza en mesas de diálogo nacional y subregional hacia el reconocimiento, fortalecimiento y ejercicio de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Así como ocurrió con la adopción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas el año 2007, con seguridad ese Plan será otro dinamizador en la generación de nuevas políticas públicas; está en manos de los Gobiernos y los Pueblos Indígenas y sus organizaciones Indígenas el fortalecer diálogos sinceros encaminados a la construcción de sociedades inclusivas, democráticas y cada vez más justas.

Los horizontes son cada vez más anchos, nuestras voluntades más abiertas y, en ese complejo camino, el FILAC es siempre una oportunidad para avanzar hacia un nuevo contrato social más digno y respetuoso de la diversidad cultural.

ARTÍCULOS

A PANDEMIA NA AMÉRICA LATINA E OS DESAFIOS DOS DIREITOS HUMANOS

The Pandemic in Latin America and the challenges of Human Rights

La Pandemia en América Latina y los desafíos de los Derechos Humanos

ANTÓNIO DUARTE SANTOS*

NANCY ELENA FERREIRA GOMES*

Resumo: Com o presente trabalho procuramos conhecer os impactos da Covid19 sobre as estruturas das instituições governativas próprias da América Latina e os efeitos sobre os Direitos Humanos em matéria de saúde e educação, por exemplo. Para a análise consideramos alguns elementos como o funcionamento dos partidos políticos, a arbitrariedade do poder, transparência fiscal e gasto público, etc., permitindo-nos tirar uma fotografia da realidade a estudar, no que diz respeito à qualidade da democracia nestes países, sem deixar de considerar os esforços de cooperação, nos âmbitos normativo e institucional para dentro e para fora. Na medida em que procuramos relacionar os Direitos Humanos e a Democracia colocamos o foco na dimensão ética dos novos desafios que enfrenta a América Latina. A exposição, nalguns casos detalhada, de situações que ilustram o mau funcionamento das instituições proveio da revisão de uma literatura diversa, e a partir de perspectivas distintas, particularmente, no âmbito das Relações Internacionais.

Palavras-chave: América Latina; Direitos Humanos; Pandemia; Desafios; Género Humano

Resumen: Con el presente trabajo buscamos conocer los impactos de la Covid19 sobre las estructuras de las instituciones gubernamentales propias de América Latina y los efectos sobre los Derechos Humanos en materia de salud y educación, por ejemplo. Para el análisis consideramos algunos elementos como el funcionamiento de los partidos políticos, la arbitrariedad del poder, transparencia fiscal y gasto público, etc. que nos permitieron retratar la realidad en estudio, particularmente en lo que toca a la calidad de la democracia en estos países, sin dejar de considerar los esfuerzos de cooperación, en los ámbitos normativo e institucional para dentro y para fuera. En la medida en que procuramos establecer una relación entre los Derechos Humanos y la Democracia colocamos el foco en la dimensión ética de los nuevos desafíos que América Latina enfrenta. La exposición, en algunos casos con detalles, de situaciones que ilustran el mal funcionamiento de las instituciones proviene de la observación y revisión de una literatura diversa, e a partir de perspectivas diferentes en el ámbito de las Relaciones Internacionales.

*Universidade Autónoma de Lisboa. Investigador do CARS (Centro de Análise Económica de Relação Social). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2773-1829>. Correo electrónico: ajsantos@autonoma.pt

*Universidade Autónoma de Lisboa. Investigadora do CEI-Iscte (Centro de Estudos Internacionais). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8752-5867>. Correo electrónico: ngomes@autonoma.pt

Palabras clave: América Latina; Derechos Humanos; Pandemia; Desafíos; Humanidad

Abstract: The purpose of the present study is to know the impacts of Covid19 on the structures of governmental institutions in Latin America and the effects on Human Rights in terms of health and education, for example. For the analysis, we consider some elements such as the functioning of political parties, the arbitrariness of power, fiscal transparency and public spending, allowing us to take a picture of the reality to be studied regarding the quality of democracy in these countries, and also considering the cooperation efforts, in the normative and institutional scopes inside and out. As we seek to relate Human Rights and Democracy, we focus on the ethical dimension of the new challenges facing Latin America. The exposition, sometimes detailed, of situations that illustrate the malfunctioning of institutions came from observation and review of a diverse literature, and from different perspectives specifically in the scope of International Relations.

Keywords: Latin America; Human Rights; Pandemic; Challenges; Humankind

Sumário: Introdução. I. Perspectivas. 1.1. Risco global, Idealismo e Multilateralismo. 1.2. Construtivismo e Perspectiva transnacional. II. Direitos Humanos e Democracia. 2.1. Partidos Políticos e “retrocesso democrático”. 2.2. Poder arbitrário e Presidencialismo. 2.3. Governos autocráticos e “poder médico”. 2.4. Direitos e Deveres. III. Ilusão e realidade dos Direitos Humanos na América Latina. 3.1. Transparência e Cooperação Fiscal Internacional. 3.2. Saúde pública e Direitos Humanos. 3.3. A Despesa pública e o Futuro da região. Conclusões.

Introdução

Discorrer sobre os desafios dos Direitos Humanos, seja em que parte do globo for, é inseparável do olhar simultâneo do estado do sistema político e constitucional de cada país e da sua prática quotidiana. Os locais de domicílio e de laboração demonstraram uma forte resiliência à luz dos desmedidos choques económicos e sociais, sobretudo na esfera da saúde, ocorridos em 2020. A pandemia da COVID-19 veio provocar uma alteração na força de trabalho e o consequente lançamento de uma nova era que poderá enfraquecer a tendência de ajuste entre as pessoas de uma forma obstinada, no que aos Direitos Humanos diz respeito. Paralelamente, dependendo da forma e do método que os líderes políticos prepararem as suas organizações políticas internas e internacionais para emergir da crise pandémica global, assim poderão aproveitar a oportunidade para repensar e redefinir a vivência dos seres humanos, melhorando o respeito social e, logo, o seu bem-estar. Renascer da pandemia requer, portanto, uma acção colectiva para impulsionar o acesso a vacinas, garantir financiamento crítico e acelerar a transição para um mundo mais verde, digital e mais inclusivo.¹

Da mesma forma, os países terão que olhar também para a mobilização dos recursos disponíveis dentro de portas e aumentar a qualidade das despesas públicas. A pandemia agravou irremediavelmente a tensão entre as grandes

¹Gaspar, “Coming Together”, Fundo Monetário Internacional, Agosto 2021, https://blogs.imf.org/2021/08/10/coming-together/?utm_medium=email&utm_source=govdelivery

necessidades de desenvolvimento e os escassos ou mal distribuídos recursos públicos. As palavras de Gans são bastante assertivas ao escrever que, “A pandemia tem os elementos de um desastre natural, excepto por ser puramente focada nas pessoas”². Se olhamos para os números associados às mortes por Covid-19, a América Latina, com 8% da população mundial, concentra um quarto de todas as vítimas registradas, ao menos, até 2021.³

Por outro lado, os indicadores sobre um dos sectores mais afectados durante a pandemia, a Educação - em que o acesso às ferramentas digitais se tornou indispensável fora das salas de aula - foi e continua a ser motivo de grande preocupação. Segundo a Comissão Económica para a América Latina (CEPAL), em 2019, cerca de 42% dos menores de 25 anos e 54% dos maiores de 66 anos não tinham conexão a internet.⁴

As perguntas de partida para a nossa investigação foram as seguintes: Como América Latina tem sido afectada, e com que conta a região, em termos de mecanismos internos (políticos, económicos, e sociais) para fazer frente ao agravamento de flagelos sociais que atentam contra os Direitos Humanos, como o aumento da pobreza, no contexto da pandemia de Covid19? Na medida em que encontramos respostas à estas questões propomo-nos identificar os principais desafios que os Direitos Humanos lhe colocam à região, no contexto em análise. Para a nossa reflexão cabem também os esforços de cooperação, nos âmbitos normativo e institucional, constituindo aquilo a que chamamos de Governança regional e global. À luz de uma perspectiva mais idealista, visamos relacionar os Direitos Humanos e a Democracia, sublinhando a importância das instituições multilaterais e da Ética na tarefa de recolocar o “ser humano” no centro das nossas preocupações.

I. Perspectivas

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enuncia que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Ora, o idealismo associado à consagração destes princípios, colocando o “ser humano” no centro de todas as preocupações, contrasta com o pessimismo que resulta da observação de uma região permanentemente descrita como sendo a mais desigual do mundo, onde a pandemia deixou à mostra vulnerabilidades nos vários sectores: sistemas de saúde precários, dificuldades no acesso às tecnologias para o ensino/aprendizagem e uma economia informal

² Gans, *O impacto brutal de uma pandemia*, 1ª ed. (Sintra: Editora Bookout Lda, 2021), p. 105.

³ Reuter, “América Latina e Caribe”, 2021, <https://graphics.reuters.com/world-coronavirus-tracker-and-maps/pt/regions/latin-america-and-the-caribbean/>

⁴ Reuters, “Coronavirus revela desigualdad en acceso a internet y tecnología digital en América Latina” (2020), <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Coronavirus-revela-desigualdad-en-acceso-a-internet-y-tecnologia-digital-en-America-Latina-Cepal-20200826-0036.html>

impossível de confinar, sob pena do agravamento dos índices da pobreza, nomeadamente das mulheres.⁵ Considerando estes e outros factores agravantes dos efeitos da Covid19 em determinados grupos sociais, podemos deduzir que a Promoção e Defesa dos Direitos Humanos na América Latina é e continuará a ser um grande desafio.

1.1 Risco global, Idealismo e Multilateralismo

Da teia de ideias e perspectivas úteis para a análise, destaca-se o trabalho do sociólogo alemão Ulrich Beck⁶ para quem a globalização definiria um novo “regime do risco” ao gerar novos riscos globais – em particular, os que não podem ser assegurados, para além do âmbito territorial e da capacidade estatal de gestão dos mesmos – sem mecanismos de Governança Global capazes de fazer a gestão. A pandemia da Covid19 parece corresponder-se com a ideia de “risco global” de que falava Beck. Contudo, numa sociedade desigual, os seus efeitos sentiram-se, naturalmente, de forma diferente. Nalguns casos, agravando ainda mais as desigualdades existentes. Nesse sentido, a Secretária Executiva da CEPAL, Alicia Bárcena afirmou que “(...) A região da América Latina e Caraíbas tem sido a mais afectada pela pandemia da Covid19 em termos sanitários. Mas as magnitudes do flagelo estão levando a região a converter-se também numa das mais afectadas em termos económicos e sociais”⁷.

A pandemia parece ter apanhado muitos governos desprevenidos e ou despreparados, nomeadamente os governos da região, mas as possibilidades de uma pandemia e os seus potenciais efeitos catastróficos eram bem conhecidos no âmbito da ciência, da prospectiva, e mais recentemente, o risco ficaria situado no quadro securitário da maior parte dos estados mais desenvolvidos. Quanto à Governança da Saúde - concordando com Sanahuja -, ficou claro que os mecanismos de gestão da Saúde a nível global ficaram dependentes de organismos internacionais subsidiários, sem mandato executivo nem capacidade operacional para proporcionar assistência.⁸ Trata-se, pois, de um contexto pandémico local, regional e global que não cria, antes, revela e acelera mudanças e tendências, melhorando por isso a percepção comum de ameaça, de deterioração ou falta de instrumentos de combate nas várias frentes, ao nosso dispor. Neste contexto, em que as instituições multilaterais são percebidas como sendo necessárias, mas aparecem desprovidas dos meios para o cumprimento das suas funções, valoriza-

⁵ Na América Latina 54% das mulheres têm um emprego informal. Cf. ONU Mujeres, “Las mujeres en la economía informal”, <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/csw61/women-in-informal-economy#notes>

⁶ Beck, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida* (Barcelona: Paidós, 2008), p. 49.

⁷ Bárcena, “Efectos socioeconómicos de la COVID-19 en América Latina y el Caribe y perspectivas de recuperación”, *Pensamiento Iberoamericano* (2021), p. 72.

⁸ Sanahuja, “COVID-19: riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global”, *Riesgos globales y multilateralismo: el impacto de la COVID-19. Anuario 2019-202* (Madrid: CEIPAZ, 2020), pp. 27-54.

se o papel do Estado e daquilo que é Público. Em todos os países do mundo, a capacidade do Estado é testada.

A tradição kantiana, instrumentalizada também nesta análise, advoga que Estados democráticos estão mais inclinados a respeitar os direitos dos cidadãos. Desde essa perspectiva ideal, na região, a preocupação recai sobre países como a República Bolivariana da Venezuela, imersa numa ditadura (militar) e experimentando, ao mesmo tempo, uma profunda recessão económica e uma aguda conflitualidade política e institucional, sem mecanismos internos legítimos que garantam a defesa das liberdades individuais e de grupo. Trata-se, efectivamente, do exemplo de “um regime que pratica o terrorismo de estado para controlar a população”⁹. Ainda sobre o caso da Venezuela, importa lembrar o relatório divulgado pela Missão Internacional Independente de Apuração dos Fatos sobre a Venezuela, designada pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 16 de Setembro de 2020, sobre a violação dos Direitos Humanos naquele país, denunciando com detalhes os excessos e delitos perpetrados por órgãos policiais e de “segurança do Estado”, tais como execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados, detenções arbitrárias e torturas, entre outras.¹⁰ “Sin embargo, luego de transcurrido más de un año del Informe, no se observan mayores cambios”¹¹. A nível regional, o país encontra-se fora do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, desde 2013, um sistema normativo-institucional que ao longo do tempo tem revelado enormes potencialidades.

Efectivamente, voltando ao âmbito das instituições e do multilateralismo, os Estados Latino-americanos contam com instrumentos regionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada em 1969), e órgãos competentes para conhecer os assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção, como a Comissão Interamericana e o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos. A região conta ainda com a Carta Democrática, defensora de um sistema que não se limita à realização de eventos eleitorais, mas que inclui a liberdade de expressão e de associação política, e fundamentalmente a protecção dos Direitos Humanos. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no quadro da Organização dos Estados Americanos (OEA), junto com a Carta Democrática, constitui, pois, um sistema de vigilância e controlo desses mesmos direitos.

1.2 Construtivismo e Perspectiva transnacional

Voltando ao tema da pandemia e das consequências geradas pela má gestão da crise sanitária, a Covid-19 deixou evidente também a desintegração e paralisia

⁹ Comunicado do Grupo Ávila, outubro de 2021.

¹⁰ ONU News, “Perspectiva Global, Reportagens Humanas. Missão sobre Venezuela apura alegações de crimes contra humanidade e pede punição”, 16 setembro 2020, <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726422>

¹¹ Comunicado do Grupo Ávila, outubro de 2021.

de que sofrem algumas iniciativas de cooperação regionais, como a Aliança Bolivariana para os Povos da Nossa América — Tratado de Comércio dos Povos (ALBA) e a Comunidade de Estados Latino-Americanos e Caribenhos (CELAC). A resposta à pandemia foi heterogênea, ou seja, “cada um por si”. Como consequência assistimos, à luz do que “deveria ser” numa perspectiva mais construtivista, ao agravamento dos dilemas normativos e de legitimidade das instituições.¹² Desprovidas da legitimidade necessária para garantir e manter a confiança mútua, as instituições sucumbem perante o desinteresse das partes. No caso concreto das instituições nacionais independentes de Direitos Humanos na América Latina e no Caribe, invocando os Princípios de Paris (1993), a alta comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Michelle Bachelet, alertou recentemente para o aumento do número de ameaças, ataques e tentativas de deslegitimá-las. Segundo Bachelet, esses ataques são conduzidos por governos e indivíduos com poder. Foi mais longe ao acentuar que estas organizações “só podem cumprir o seu mandato de proteger e promover os Direitos Humanos se forem capazes de operar sem interferência indevida de governos e outros, e forem capazes de manter sua independência”¹³.

Numa outra perspectiva (transnacional) que considere agentes com poder, para além dos Estados, tornou-se evidente que os países competem e participam desde posições muito distintas, ao lado de outros “poderes” transnacionais, e.g., as BigTechs ou TechGiants, e sub-estatais, incluindo os grupos criminosos sem responsabilidades compartilhadas, particularmente no âmbito das apreensões sociais. Sem partilharem responsabilidades, por exemplo, no âmbito da promoção e defesa dos Direitos do Homem, as consequências do exercício do poder por estes agentes podem ser mais nefastas. O historiador inglês Arnold Toynbee defendia no seu tempo que “A acção necessária para combater as más consequências do poder é de natureza ética”¹⁴. Mais recentemente, o físico e filósofo sueco Max Tegmark corrobora esta ideia afirmando que, os riscos associados às pandemias assim como ao terrorismo, às alterações climáticas e violações sistemáticas dos Direitos Humanos obrigam-nos a pensar sobre a transcendência moral das decisões que iremos adoptar porque podem afectar o futuro da vida.¹⁵ No mesmo sentido, defende o neurologista argentino Facundo Manes, ao afirmar que “para enfrentar os grandes desafios da humanidade temos de pensar como humanos”¹⁶. E ainda,

¹² Weiler, “Governança sem Governo: o Desafio Normativo do Direito Internacional”, *Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Publicações Dom Quixote, 20029, p. 37.

¹³ ONU News, “Perspectiva Global Reportagens Humanas. Bachelet alarmada com ações para minar direitos humanos na América Latina e no Caribe”, 6 de maio 2021, <https://news.un.org/pt/story/2021/05/1749822>

¹⁴ Toynbee, *Escolha a vida: um diálogo sobre o futuro* (Rio de Janeiro: Editora Record, 1976), p. 44.

¹⁵ Tegmark, *Vida 3.0. Que significa ser humano en la era de la inteligencia artificial* (Barcelona: Taurus, 2018).

¹⁶ Manes, citado em Mouzo, “Em cinco anos, passar o dia no WhatsApp será tão mal visto quanto fumar num avião”, *El País (Ciencia)*, 2021, <https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-09-29/em-cinco-anos-passar-o-dia-no-whatsapp-sera-tao-mal-visto-quanto-fumar-num-aviao.html>

podendo aplicar-se aos desafios globais como aqueles que a pandemia nos coloca, o diplomata indiano Shashi Tharoor afirmou:

“(...) uma resposta em que o elemento mais determinante seja a afirmação corajosa da nossa própria humanidade, isto é, que cada um de nós, quem quer que sejamos e onde quer que estejamos, tenha o direito a viver, amar, construir, sonhar e aspirar a um mundo em que todos usufruam desse mesmo direito”¹⁷.

II. Direitos Humanos e Democracia

Na América Latina, os sinais de definhamento da democracia tornam-se cada vez mais evidentes, e o furtivo nepotismo que caracteriza algumas destas sociedades publicita-se e divulga-se de maneira generalizada, com nomeações de comissários políticos para as instituições que têm como obrigação controlar os excessos do poder político ou, pelo menos, com o afastamento das personalidades que se mostraram “demasiado incómodas”. Os exemplos são abundantes, e.g., as Procuradorias Gerais da República, empresas públicas e os Bancos Centrais. Mas não só nas supostas entidades reguladoras onde os “tentáculos políticos” vão crescendo e asfixiando. Os conselhos de administração de grande parte das grandes empresas públicas e privadas estão há muito inchados com uma turba de agentes nomeados pelos partidos políticos que vão resistindo ao cansaço das populações, governos ilegítimos, e outros *outsiders* eleitos pelas massas mais desiludidas e descontentas. Esta prática repete-se na legislação produzida, mesmo que tenha o objectivo de tornar estas nomeações e contratações mais transparentes e meritocráticas que parecem pouco ter conseguido. Este esquema montado sobre um terreno ardiloso é rotineiro há muitas décadas.

2.1 Partidos Políticos e “retrocesso democrático”

Em bastantes dos retrocessos democráticos a que vamos assistindo na região, os partidos no poder têm sido coniventes entre eles. Embora exista vantagem na alternância entre os partidos do poder para que as teias de nepotismo e corrupção não se tornem excessivamente sólidas e inamovíveis, a verdade é que não existe grande esperança de conversão até os dias de hoje.

As vozes independentes dentro dos partidos são raras e tipicamente atiradas para a última fila da bancada parlamentar ou enviadas para algum tipo de exílio mais ou menos dourado onde não possam causar grandes estragos. Em muitos sentidos, a política intrapartidária entrou num modo de *the winner take all*. Este risco acontece numa escala ainda mais perigosa ao nível do poder executivo, permitindo uma sobrançeria governamental que não seria aceitável numa democracia evoluída e evolutiva. Vem à tona, com clareza que dispensa apreciações empíricas, a corrupção ou as descobertas de negócios entre titulares

¹⁷ Tharoor, citado em Monteiro, “A Reeleição de Kofi Annan, in Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global”, Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global (Lisboa: Editoras Fundação Calouste Gulbenkian e Publicações Dom Quixote, 2002), p. 124.

de cargos públicos e empresas de seus familiares em clara violação da Lei ou onde a Ética é desprezada. Basta ver a eloquência como muitas pessoas pensam e se pronunciam sobre o infeliz aforismo comum na América Latina: “Para mis amigos, todo; a mis enemigos, la ley”¹⁸ também atribuído ao antigo ditador peruano Óscar R. Benavides (1876-1945), certamente seguindo o mesmo “princípio filosófico”.

2.2. Poder arbitrário e Presidencialismo

O poder arbitrário dos governantes destrói os cidadãos. O que se designa por Estado de Direito significa, acima de tudo, a invocação sobre a governação e a aplicação das leis. Não é um conceito de oratória aleatória ou usada sob as mais variadas interpretações discricionárias. As péssimas condições de vida de uma parte significativa da população na América Latina é um exemplo daquilo que resulta do exercício discricionário do poder por parte de alguns dirigentes. O papel das sanções económicas de países e instituições internacionais ainda ajuda como instrumento credível de aplicação dos Direitos Humanos, mas também o impacto negativo das ameaças e sanções económicas dão espaço e trazem consigo uma difusão das ameaças na região.¹⁹ O perigo das sanções económicas é a sua característica potencialmente geradora de agravamentos sucessivos das expectativas e do quotidiano de bem-estar dos cidadãos.

Por outro lado, alguns governos na região não possuem um projecto colectivo consistente e credível nem concebem políticas públicas que visem responder às demandas de todos os sectores da sociedade civil e, por isso, têm estado numa situação a que Andrade chamou de “controlo social punitivo”²⁰. Os conflitos policiais e do uso arbitrário da força pelos poderes acomodados e “carismáticos” prejudicaram e castigaram fortemente os cidadãos no que aos seus direitos dizem respeito. O caso da Colômbia, e.g., tornou-se elucidativo ao ponto de, segundo Carvajal, “la mayoría de estos conflictos se han solucionado por vía de procesos de negociación y estos acuerdos se han sostenido hasta el momento y se han legitimado en la medida en que muchos de los actores del conflicto han logrado asumir por vía democrática el poder”²¹. Outro exemplo foi o caso da Argentina, em que o seu processo de transferência política de discussão e de violação dos Direitos Humanos teve um destaque institucional com a primazia dos tratados e convenções internacionais perfilhados no seu texto constitucional “durante o período do estado de excepção e a posterior construção de possibilidades jurídicas de responsabilização dos agentes estatais, o que impulsionou internamente um debate amplo sobre a necessidade de protecção dos Direitos Humanos, permitindo

¹⁸ Chavez, “Para mis amigos todo, para mis enemigos la ley”, *Expreso* (2019), <https://www.expreso.com.pe/opinion/para-mis-amigos-todo-para-mis-enemigos-la-ley/>

¹⁹ Carneiro, “Economic sanctions and human rights: an analysis of competing enforcement strategies in Latin America”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, 57 (1) 2014, pp. 197-198.

²⁰ Andrade, “A Criminologia Crítica na América Latina e no Brasil: em busca da utopia adormecida”, *Direitos humanos na América Latina* (Curitiba: Multideia Editora Ltda., 2016), p. 259.

²¹ Carvajal, “El Conflicto Armado Colombiano: evolución, degradación y consecuencias de la violencia”, *Direitos humanos na América Latina* (Curitiba: Multideia Editora Ltda., 2016), p. 354.

um avanço no campo da aplicabilidade interna do direito internacional dos direitos humanos”²².

Na ausência de fortalezas institucionais suficientes para acompanhar e dar apoio às respectivas gestões governativas, assiste-se também ao incremento do presidencialismo na região. Medidas drásticas foram adoptadas em países, e.g., como a Bolívia e a Venezuela, este último imerso numa crise profunda desde há mais de sete anos. A actual situação pode vir a piorar, nalguns casos, com problemas de governabilidade evidentes já em 2019, aquando das manifestações mais ou menos violentas em Santiago de Chile, ou Bogotá. Sem contar com estruturas governativas eficazes, o principal suporte destes governos têm sido as organizações militares, mobilizadas para pôr em andamento as políticas públicas no combate às consequências sociais e sanitárias da expansão da pandemia.²³

As reacções políticas fora da região perante a adopção deste tipo de medidas (drásticas) por parte de alguns governos, em contexto de pandemia, não demoraram a aparecer, até porque, segundo as correntes globalistas, uma nova agenda nas relações internacionais não distingue entre *high politics* e *low politics*. A primeira está relacionada com a diplomacia e a guerra, enquanto a segunda tem o seu foco noutros assuntos, como, por exemplo, os Direitos Humanos. Como adágio, em relação à situação da pandemia de COVID-19 na América Latina, o Parlamento Europeu emitiu uma Resolução de acordo com a sua vocação de “potência normativa”²⁴ onde no ponto 10 diz assim:

“Insta os governos a manterem os mais elevados níveis de respeito pelos Direitos Humanos na aplicação de medidas de confinamento em resposta à propagação da COVID-19; solicita garantias de que as medidas tomadas para dar resposta à emergência sanitária sejam proporcionais, necessárias e não discriminatórias; condena as medidas repressivas adoptadas durante a pandemia, as violações graves dos Direitos Humanos e os abusos contra as populações, incluindo o uso excessivo da violência por parte das forças estatais e segurança.”²⁵

2.3 Governos autocráticos e “poder médico”

Por outro lado, na América Latina assistimos ao surgimento de lideranças autocratas que, valendo-se de mecanismos como as eleições alegadamente livres e transparentes para chegar ao poder, resolvem implodir as instituições existentes

²² Baggio, “Tensionamentos Sociais e Justiça de Transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano, in *Direitos Humanos na América Latina* (Curitiba: Multideia Editora Ltda, 2016), pp 319-349.

²³ Malamud, “La crisis del coronavirus en América Latina: un incremento del presidencialismo sin red de seguridad”, Real Instituto ELcano, Madrid, 2020, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-crisis-del-coronavirus-en-america-latina-un-incremento-del-presidencialismo-sin-red-de-seguridad/>

²⁴ Manners, “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, nº 2, Blackwell Publishers Ltd, 2002, pp. 235-258, <https://www.semanticscholar.org/paper/Normative-Power-Europe%3A-A-Contradiction-in-Terms-Manners/f895e224def995341ce2e1ee24c142a2fc0b18e3>

²⁵ Cf. Resolução do Parlamento Europeu P9_TA (2021) 0155, de 29 de abril de 2021.

com a pretensão de se perpetuarem no poder, ameaçando seriamente os pilares da democracia na região. Nesse sentido, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, respondendo ao pedido de opinião consultiva solicitada pela República de Colômbia, em 7 de Junho de 2021, concluiu que “os princípios da democracia representativa que estão na base do Sistema Interamericano incluem a obrigação de evitar que uma pessoa se perpetue no poder”. Em causa estão a separação de poderes, o regime plural de partidos e organizações políticas, assim como a alternância no exercício do poder.²⁶

Face a estes antecedentes e transpondo o nosso foco para a situação pandémica a nível mundial, questionamos o que é que os países da América Latina e Caribe estão a fazer no que diz respeito ao agravamento de flagelos sociais que afectam à região. A pertinência da questão é plausível porque com a epidemia sobressaiu aquilo a que Lévy chamou no seu ensaio de “poder médico”.²⁷ Muitas fraquezas existem devido ao deficiente funcionamento dos sistemas políticos que têm menorizado os pormenores sociais, incluindo os sistemas de saúde. Este desiderato é comprovado através de uma quase constante ajuda do Banco Mundial (BM) a estes países: “O Banco Mundial está apoiando os esforços da América Latina e do Caribe para enfrentar rapidamente os impactos relacionados à COVID-19, por meio de novas operações e redireccionando fundos de projectos existentes”²⁸. Desde Outubro de 2020 que o BM preparou para um período de quinze meses programas de assistência aos países em desenvolvimento, em que chegarão aos US\$ 160 bilhões globalmente. “Muito desse total beneficiará os governos da América Latina e Caribe para lidar melhor com a emergência”²⁹. Quase US\$ 4.5 bilhões estão a ser canalizados a América Latina e Caribe (LCA),

“(...) sendo destinados a toda a LAC para responder à COVID-19. Isso permitirá que os países minimizem a perda de vidas, fortaleçam os sistemas de saúde e a vigilância epidemiológica, atenuem o impacto económico da pandemia e trabalhem com parceiros e o sector privado para resolver questões da cadeia de suprimentos.”

Os projectos específicos para os países onde estão a decorrer são, principalmente, nos locais delimitados geograficamente, como na Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Paraguai, Trinidad e Tobago e Uruguai. As respostas adicionais cujos países estão a receber apoio financeiro são Belize, Bolívia, Colômbia, República Dominicana, Dominica,

²⁶ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión consultiva OC-28/21 de 7 de Junio de 2021 solicitada por la República de Colombia sobre la Figura de la Reelección Presidencial Indefinida en Sistemas Presidenciales en el Contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf

²⁷ Lévy, *Este Vírus Que Nos Enlouquece* (Lisboa: Guerra e Paz Editores, 1ª edição, 2020), p. 19.

²⁸ Cf. World Bank. Resposta do Banco Mundial ao COVID-19 (coronavírus) na América Latina e Caribe (2020) <https://www.worldbank.org/pt/news/factsheet/2020/04/02/world-bank-response-to-covid-19-coronavirus-latin-america-and-caribbean>

²⁹ Idem.

Granada, Haiti, Honduras, Panamá, Perú, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas e Suriname.³⁰

A realidade atrás retratada mostra que o mundo mudou e já se encontra num ponto de velocidade imparável, não devendo os cidadãos destes países deixar de batalhar quando o país regride nas suas liberdades individuais. Mas, em tudo isto há implícito um risco enorme. Sem acesso aos mecanismos ideais necessários, há espaço para a contestação por meios violentos. A este propósito, Arendt expressou que “a violência é o acto pré-político de libertação da necessidade da vida para conquistar a liberdade no mundo”³¹.

2.4 Direitos e Deveres

A questão da arbitrariedade e autoritarismo, presente neste estudo, é considerada da maior relevância pelos perigos que cria numa sociedade a longo prazo. No brilhante livro conduzido por Acemoglu, os autores defendem de forma categórica que o principal factor de progresso das nações é a qualidade das suas instituições.³² Não é a geografia, religião, etnia, recursos naturais ou o clima, mas sim a forma como as instituições são desenhadas, o seu nível de independência política e as garantias reais dadas aos cidadãos e às empresas.

No futuro próximo, a realidade da ciência e da tecnologia vai provocar adaptações e especificidades de comportamentos em todos os cidadãos, salientando-se os políticos. O que se alterou com a crise pandémica foi a velocidade a que os fenómenos sociais vão ocorrendo, e, logo, com impacto nas políticas governamentais. Os titulares de cargos políticos, em grande parte políticos de carreira sem qualquer experiência no mercado de trabalho comum ao povo, terão enormes dificuldades profissionais em triunfar junto da sua liderança partidária. Isto leva inevitavelmente a uma cada vez maior pobreza intelectual e política dos quadros intermédios dos partidos tradicionais, sendo a competência naturalmente substituída pela “lealdade ao chefe”. Em conjunto, todos estes factores levam a uma concentração de poder gigantesca na figura do chefe de governo, um convite ao mau uso e à ausência de escrutínio desse mesmo poder. Não obstante o que foi por nós aqui afirmado, a América Latina tem revelado um grande potencial, podendo construir nesta nova era digital e tecnológica, um maior bloco de liberdade e justiça, um farol para outros Estados em termos de justiça social, liberdade económica, progresso tecnológico, sustentabilidade do planeta e, como consequência, os seus reflexos no respeito dos Direitos Humanos.

Temos modelos de desenvolvimento de países semelhantes com comprovada excelência e a que podemos aderir, detendo o poder do voto para garantir essa

³⁰ Idem.

³¹ Arendt, *A condição Humana* (Lisboa: Relógio d'Água Editores, 2001), p. 46.

³² Acemoglu, *Porque falham as Nações: as origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza* (Lisboa: Editora Temas e Debates, 2013).

mudança. Segundo a insuspeita e conceituada revista *The Economist* de 16 de outubro de 2021, “Com as políticas certas, os países latino-americanos podem ser locais atraentes para novas fábricas que abasteçam os Estados Unidos e entre si”, continuando a escrever que “Esta é a melhor ocasião em décadas de seguir uma política de integração económica regional”. Em suma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU não poderia ser mais esclarecedora ao considerar no seu preâmbulo ser “essencial que os Direitos Humanos sejam protegidos pelo império da Lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”. No entanto, não foge à crítica de ser um documento que, como um todo, fala sobre os Direitos, mas reduz à total insignificância os Deveres embora, segundo Wells, “pode ser verdade que quem observe os direitos dos outros segundo a totalidade de Declaração já cumpriu obrigações muito consideráveis”³³.

III. Ilusão e realidade dos Direitos Humanos na América Latina

Na introdução da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, no Palais de Chaillot em Paris, consta que a mesma foi elaborada em resposta directa às calamidades e actos bárbaros vividos por alguns povos do mundo durante a Segunda Guerra Mundial. É primordial acrescentar que “Nada nesta Declaração pode ser interpretado como implicando para qualquer Estado, grupo ou pessoa qualquer direito de se envolver em qualquer actividade ou realizar qualquer ato destinado à destruição de qualquer um dos direitos e liberdades estabelecidos”. O mote existe, portanto, desde meados do século XX. É desvalorizador para a ONU e para a Humanidade as barbaridades que desde então se têm passado pelo mundo, onde tem sobressaído a América Latina e Caribe. O quesito dos Direitos Humanos na região mantém, como vimos, grandes desafios de ordem social, de justiça social e de desenvolvimento humano.

3.1 Transparência e Cooperação Fiscal Internacional

As desigualdades sociais e as injustiças entre os seres humanos não são compensadas pela exploração excessiva dos recursos naturais. Como vimos atrás, em certos países, o abuso de poder, a corrupção e as decisões arbitrarias dos decisores políticos confeccionam o resto.³⁴ Isto é evidente, no campo das finanças públicas.

³³ Wells, *Os Direitos do Homem* (Lisboa: Editora E-Primatur/Letras Errantes, 1ª edição, 2020), p. 48.

³⁴ A CEPAL estima que os países que constituem a região perde montantes significativos de receitas fiscais devido à evasão fiscal e planeamento tributário hostil. “As receitas perdidas por incumprimento fiscal foram estimadas em 6,1% do PIB regional produzido em 2018. Além disso, estima-se que aproximadamente 900 bilhões de euros da riqueza da América Latina são mantidos no exterior. Cf. OECD, “Tax Transparency in Latin America”, Punta del Este Declaration Progress Report, Global Forum, Paris, 2021, p. 4, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/tax-transparency-in-latin-america-2021.htm>

Em novembro de 2018, Ministros e Vice-ministros de países latino-americanos reuniram-se à margem da Reunião Plenária do Fórum Global realizada em Punta del Este, Uruguai. O Encontro reuniu parceiros americanos, organizações regionais e extra-regionais, tais como o Centro Interamericano para Administrações Tributárias, o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Grupo Banco Mundial. Como resultado, foi assinada a Declaração de Punta del Este. Nesta Declaração, os signatários acordaram liderar com o exemplo na luta contra os fluxos financeiros ilícitos através uma maior cooperação fiscal internacional.³⁵ Na oportunidade do encontro foi tratada a transparência fiscal na América Latina 2021, dando origem a um relatório elaborado pela OCDE em 2021. Foram reconhecidas as características peculiares desses países que sofrem de significativas perdas líquidas de fluxos financeiros ilícitos, tendo sido lançada uma iniciativa para a América Latina virada para o desbloqueamento do potencial de transparência tributária e troca de informações nesta região.³⁶

Os avanços apontados no Relatório são mais pontos de situação com um cariz de diagnóstico e do que deve ser feito, mas nada menciona quanto à evolução da métrica dos números ao longo dos anos, pelo menos dos mais recentes. O Relatório salienta o trabalho de casa que os países latino-americanos têm de eleger para alcançarem uma transparência mais rigorosa e mais troca de informações sobre impostos para enfrentarem os fluxos financeiros ilícitos. O documento incumbe os governos a garantirem a disponibilidade de informações legais e de propriedade efectiva, informações contábeis e bancárias e o acesso a essas informações, assim como a sua troca efectiva com parceiros estrangeiros.³⁷ Desta forma, as autoridades fiscais teriam um espelho completo dos assuntos globais de seus contribuintes, podendo abordar a questão da evasão fiscal e reforçar a mobilização de recursos.

A transparência é, pois, uma arma poderosa devido à “moral fiscal”, em todas as jurisdições, contra outras formas de comportamentos financeiros ilegítimos, como a corrupção e a lavagem de dinheiro. A “moral fiscal” é a motivação intrínseca para pagar impostos, e constitui um aspecto vital dos sistemas tributários devido à sua dependência do cumprimento voluntário dos contribuintes em função dos seus rendimentos para o serviço público. Mas existe sempre a tentação de percebermos que pouco ou nada mudará a realidade actual. Veja-se o que aconteceu com as suspeitas relativas ao ex-Presidente do Chile, Sebastian Piñera, em que a oposição estava a tentar iniciar um processo a favor da sua destituição por possíveis irregularidades na venda de uma empresa mineira. Existem mais

³⁵ Cf. OECD. Declaración de Punta del Este - Un llamado a fortalecer la acción contra la evasión fiscal y la corrupción, <https://www.oecd.org/tax/transparency/what-we-do/technical-assistance/declaracion-de-punta-del-este.htm>

³⁶ OECD, “Tax Transparency in Latin America”, Punta del Este Declaration Progress Report, Global Forum, Paris, 2021, p. 4, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/tax-transparency-in-latin-america-2021.htm>

³⁷ OECD, “Tax Transparency in Latin America”, Punta del Este Declaration Progress Report, Global Forum, Paris, 2021, p. 15, <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/tax-transparency-in-latin-america-2021.htm>.

exemplos recentes de más políticas económicas com efeitos perniciosos na população. Líderes como Andrés Manuel López Obrador do México pretende menos capital privado na economia. Pedro Castillo do Perú teve de acalmar os mercados devido aos seus propósitos de política económica. São anchas no continente sul-americano, a par das tarifas alfandegárias impostas pelo Brasil e pela Argentina.³⁸

Com o rácio dívida pública/PIB acima dos níveis anteriores à pandemia e os custos (juros) de financiamento em alta, os países da região terão de assegurar a sustentabilidade das finanças públicas para ajudar a preservar a credibilidade e a reconstituir o espaço fiscal. Contudo, será igualmente importante implementar medidas que protejam os mais vulneráveis.³⁹ Como? Sem uma relação séria, franca e honesta entre a elite política e os cidadãos (o que demorará décadas) será muito difícil alcançar este objectivo. Será necessária uma estratégia voltada para a “consolidação inclusiva”, ou seja, para um conjunto de políticas e acções que viabilizem programas públicos previamente planeados nos mais diversos campos sociais, e.g., saúde, educação, transporte escolar, habitação, benefícios financeiros, acesso ao trabalho, elevando a auto estima dos cidadãos.

Os gastos em programas sociais, saúde, educação e investimento público devem ser protegidos, simultaneamente à implementação de reformas tributárias (como o fortalecimento do imposto de renda de pessoas físicas) que estimulem o crescimento inclusivo e ajudem os países a manter a sustentabilidade fiscal.⁴⁰

3.2. Saúde pública e Direitos Humanos

No actual momento, para além do problema do vírus híbrido ainda não ultimado, existem muitos outros problemas de saúde pública, nomeadamente um problema de saúde mental em resultado do confinamento, acompanhado, e.g., pelo abuso desumano das mulheres no que toca à violência e à exploração a que estão sujeitas nestas economias com um elevado nível de ousadia. Em síntese, trata-se de um problema de desenvolvimento físico, logo, humano, mas desigual no crescimento da riqueza.⁴¹ Por outro lado, há dúvidas sobre as formas de transmissão do vírus, independentemente do que se ache sobre a gestão da pandemia e a justificação de medidas de controlo, que podem permitir actividades

³⁸ The Economist, “Economies in Latin America: Building back best”, Volume 441, Number 9267, 16th – 22nd October 2021, The Economist Newspaper Limited, p.14.

³⁹ FMI “América Latina enfrenta riesgos inusualmente altos”, 26 de abril de 2022. <https://www.imf.org/es/News/Articles/2022/04/26/blog-latin-america-faces-unusually-high-risks>

⁴⁰ Idem. O lançamento da publicação sobre a Transparência Tributária na América Latina 2021 é um resultado da Declaração de Punta del Este. É um documento guia para combater a evasão e supressão fiscais, a corrupção e outros crimes financeiros através da transparência e troca de informações para fins fiscais. Este relatório anual de progresso da Declaração de Punta del Este busca informar os tomadores de decisão e cidadãos sobre a resposta dos países da América Latina a essas questões através da transparência fiscal.

⁴¹ Londoño-Velez, “Enforcing Wealth Taxes in the Developing World: Quasi-Experimental Evidence from Colombia”, *American Economic Review: Insights*, 3 (2), 2021, p. 131.

ao ar livre e um bom equilíbrio entre as várias vertentes da saúde pública. Ou seja, a repressão das actividades ao ar livre não só limita a liberdade do exercício da cidadania como pode prejudica outras áreas da saúde. Esta é uma realidade que esbarra com os Direitos Humanos, a que acresce a circunstância da crise social ter tido origem numa crise sanitária.

Nas sociedades organizadas por via de um Estado de Direito ordenado segundo uma Constituição política na pirâmide, a redistribuição do rendimento por habitante pressupõe a existência de transferências de uns cidadãos para outros. Ora, e.g., quem contribuiu com uma parte dos seus rendimentos para os menos afortunados implica a passagem de parte dos seus salários, via impostos, e os outros, via subvenções, recebem em troca meios financeiros para acederem a um maior leque de escolhas.⁴² É a diferença entre usar as forças da autoridade para garantir o bem-estar e a segurança dos cidadãos e transformá-los num grupo de “guarda-costas” ao serviço da repressão gratuita idealizada por um qualquer burocrata com apreço pelo pequeno poder que ganhou com a suspensão e restrições dos direitos constitucionais. Mesmo os respeitadas intelectuais, apesar das diferenças ideológicas, são responsáveis por esta repressão. Como muito bem escreveu e sintetizou Lind “A alternativa tanto ao neoliberalismo tecnocrático quanto ao populismo demagógico é o pluralismo democrático”⁴³ que existe em tese, mas deserto na prática.

O efeito da enfermidade que nos tem atingido faz com que a burocracia passe a ser diferente e mais em benefício do cidadão, porque, como escreveram Gratton et al. “a velocidade a que os eleitores aprendem acerca da qualidade das reformas dos políticos depende da eficiência burocrática do país”⁴⁴. Quando a burocracia é imprópria as reformas, sejam quais forem, tornam-se vagarosas e propensas a um excesso relativo de leis, o que dificulta a vida quotidiana dos cidadãos.

3.3. A Despesa pública e o Futuro da região

Afinal, também existem efeitos positivos quando acontece algum fenómeno exógeno que afecta negativamente as sociedades. A variável tempo encarregar-se-á do resto. Seria curioso saber que tipo de disputa teriam os Governos fazendo um ensaio sobre os Direitos Humanos. Fosse qual fosse, frustraria o que é uma tendência de tentar esconder dívidas sob os mais diversos disfarces, como se, desaparecendo das contas públicas, ela desaparecesse também da memória dos credores.

⁴² Deaton, *Deaths of Despair and the Future of Capitalism* (Princeton: Princeton University Press, 2020), p. 163.

⁴³ Lind, *The New Class War: Saving Democracy from the Metropolitan Elite* (Londres: Atlantic Books Ltd., 2020), p. 133

⁴⁴ Gratton, “From Weber to Kafka: Political Instability and the Overproduction of Laws”, *American Economic Review*, 111 (9); 2964-3003, 2021, p. 2965.

Temos, pois, que, forçados a encarar as coisas como elas são e atolados numa dívida pública e externa enorme em percentagem do Produto Interno Bruto (PIB), os Governos parecem ter descido da ilusão à realidade. Conformam-se com uma cartucheira para fazer frente aos danos sociais permanentemente devastadores na economia causados pela pandemia. Mas é a realidade, o que não é nada coisa pouca. Levantam-se, contudo, duas questões. A primeira é a de saber se, apesar da dimensão da dívida, os Governos não deveriam lançar mão de parte do dinheiro disponível a título de empréstimos. A favor desta tese milita a atitude dos Bancos Centrais como grandes compradores de dívida, fazendo com que as taxas de juro variem actualmente pouco. Nunca foi tão barato os países endividarem-se, mas ao fazê-lo estão a pontapear os exageros de hoje para as desgraças no futuro. Por outras palavras, é improvável que, recorrendo apenas ao capital quase oferecido, tal seja suficiente para alavancar uma recuperação nas desigualdades sociais que permita os países, no sentido humano do termo, saírem da crise combalidos, mas vivos. O fosso entre uma minoria abastada e oligarca e o povo (“os muitos”, como chamou Aristóteles) vai fatalmente alargar-se. Mas é difícil não compreender a posição e as cautelas dos Governos: a dívida pública é um cancro que pesa sobre o futuro e as gerações seguintes, o que é garantia de que nunca mais sairão do fundo do poço.

Por outro lado, parece que o essencial do investimento, com relevância social para o investimento em habitação, é gasto pelos Estados consigo próprios e em políticas defensivas de manter o que está no sector público, e não a ajudar as pequenas e microempresas, os criadores e a economia para darem o salto em frente. É a diferença entre o “investimento indigno”, que visa proteger o que existe, e o “investimento virtuoso”, que quer ajudar novas iniciativas, novos sectores e novas empresas, que são o futuro e criam emprego jovem e de futuro.

Considerando que haverá nas pós-epidemias e nas pós-pandemias muitas oportunidades para começar a mudar o presente com foco no futuro, talvez fosse avisado que quem decide pensasse, por uma vez, fora do seu espartilho ideológico e das ameaças corporativas. Caso contrário, o preço a pagar irá atingir o coração da sociedade, e.g., o ensino, a acrescida estratificação social, as desigualdades económicas e a saúde mental. Portanto, é impossível, pois, não questionar neste momento a responsabilidade de todos — governantes e especialistas — que, decidindo em nome do povo, ou seja, contra a vontade conhecida da maioria, continuarão a atrasar tanto essas medidas como acrescentado caos e mortes na frente sanitária, e que, pondo os latino-americanos nas notícias do mundo inteiro como uma das piores zonas geográficas do mundo nos índices de combate à pandemia e, logo, aos Direitos Humanos, estes sempre omnipresentes.

E é também impossível não questionar uma oposição que se tem batido há décadas a favor da liberdade de expressão e contra a pobreza. Um sopro de honestidade intelectual vai obrigar a classe política a alterar o rumo dos seus erros, lapsos, omissões e corrupção. Quando a política desce tão baixo ela torna-se

simplesmente infrequentável. Ela desce ao fundo do precipício da indignidade. Tornar esta situação na América Latina exige coragem, resiliência e estratégia colectiva, desde que haja a consciência e o consenso de respeitar as gerações vindouras. A virtude intelectual de cada cidadão em conjunto com a ciência e a tecnologia farão o resto e a história vai encarregar-se do feito dos padrões a adoptar. No entanto, haverá sempre políticos do pensamento politicamente correto e outros em contra corrente.

Conclusões

O tema dos Direitos Humanos na América Latina e Caribe é complexo. Desde qualquer ponto de vista, a realidade choca com o ideal-optimismo necessário, mas há dados que revelam um potencial de superação e de possíveis soluções e respostas, como os que podemos associar à existência de múltiplos mecanismos multilaterais, regionais e globais, uns mais recentes que outros, com que contam os cidadãos à espera da vontade política para os tornar acessíveis e pôr em funcionamento. As disrupções causadas pela COVID-19 presentearam os cidadãos e os decisores políticos com ameaças biológicas e sociais, criando novos desafios ontológicos, resultando em novas formas culturais para o futuro próximo. As rupturas não têm precedentes. Desde, e.g., restrições de mobilidade física e social até às incertezas infecciosas, impactos psicológicos, insegurança financeira, uso de máscaras, horários de trabalho e complexidades comunitárias. Se isto aconteceu em todo o mundo, os países da América Latina e do Caribe sobressaíram pela negativa, bulindo, claro, com os Direitos Humanos nesta região do globo que mostrou ser bastante débil e deveras afectada.

A resiliência, em oposição à reacção limitada pelo tempo, é um processo e não um resultado. Rumores de comportamentos fiscalizadores por parte dos mais afortunados para permitir a livre circulação durante os confinamentos sociais revelaram como a suspeita surge da desigualdade económica e do poder da informação concentrada em poucas cabeças ligadas à elite política. A pobreza e a desigualdade foram realidades estruturais para que fossem cumpridas as ordens de bloqueios às liberdades individuais.

Na América Latina, o presidencialismo *in crescendo*, o exercício arbitrário do poder por parte de alguns dirigentes e a utilização da força policial para aplicar medidas de contenção da pandemia num cenário regional de desintegração e paralisia dos esquemas de cooperação falam *per se* do tamanho dos desafios que a região enfrenta.

A falta de recursos na área da saúde e educação, sectores visivelmente afectados e expondo as vulnerabilidades de alguns sectores da sociedade, principalmente das mulheres e crianças revelam a falta de capacidade do Estado para agir. A dependência e o endividamento progressivo, como resposta, amarram as gerações futuras. A pandemia apanhou desprevenidos ou despreparados aos

governos da região, não porque nunca antes se tivesse perspectivado um cenário como este, mas porque o trabalho de casa não foi feito, e as instituições incumbidas da missão de gerir a saúde a nível regional e global ficaram dependentes de instituições internacionais subsidiárias sem mandato executivo de execução.

A ideia de que os governos democráticos estão mais inclinados a respeitar os Direitos Humanos é testada numa região onde a Democracia é ameaçada pela implosão das instituições por parte dos dirigentes que procuram a reeleição indefinida, pondo em causa a separação de poderes, o regime plural de partidos e organizações políticas, assim como a alternância no exercício do poder. Falar dos Direitos Humanos em tempos de pandemia, obriga-nos a colocar o foco na Humanidade, naquilo que somos e que queremos, responsabilizando-nos pelo que há de vir.

Referências bibliográficas

Andrade, Vera Regina Pereira de. “A Criminologia Crítica na América Latina e no Brasil: em busca da utopia adormecida”, *Direitos humanos na América Latina*, org. Jackson da Silva Leal e Lucas Machado Fagundes, pp 255-289. Curitiba: Multideia Editora Ltda., 2016.

Acemoglu, Daron; Robinson, James A. *Porque falham as Nações: as origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza*. Lisboa: Editora Temas e Debates, 2013.

Arendt, Hannah. *A condição Humana*. Lisboa: Relógio d’Água Editores, 2001.

Baggio, Roberta Camineiro. “Tensionamentos Sociais e Justiça de Transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano”. *Direitos humanos na América Latina*, org. Jackson da Silva Leal e Lucas Machado Fagundes, pp 319-349. Curitiba: Multideia Editora Ltda., 2016.

Bárcena, Alicia. “Efectos socioeconómicos de la COVID-19 en América Latina y el Caribe y perspectivas de recuperación”. *Pensamiento Iberoamericano* (2021): pp. 62-89. ISSN 0212-0208.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós, 2008.

Carneiro, Cristiane de Andrade Lucena. “Economic sanctions and human rights: an analysis of competing enforcement strategies in Latin America”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, 57 (1), pp. 197-215.7, 2014.

Carvajal Martinez, Jorge Enrique. “El Conflicto Armado Colombiano: evolución, degradación y consecuencias de la violencia”. *Direitos humanos na*

América Latina, org. Jackson da Silva Leal e Lucas Machado Fagundes, pp. 251-364. Curitiba: Multideia Editora Ltda., 2016.

Chavez, Martha. “Para mis amigos todo, para mis enemigos la ley”, *Expreso* (2019), <https://www.expreso.com.pe/opinion/para-mis-amigos-todo-para-mis-enemigos-la-ley/>

Deaton, Angus; Case, Anne. *Deaths of Despair and the Future of Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2020.

FMI “América Latina enfrenta riesgos inusualmente altos”, 26 de abril de 2022, <https://www.imf.org/es/News/Articles/2022/04/26/blog-latin-america-faces-unusually-high-risks>

Gans, Joshua. *O impacto brutal de uma pandemia*. Sintra: Editora Bookout Ltda., 1ª edição (2021).

Gaspar, Vitor; Gopinath, Gita. “Coming Together”. *Fundo Monetário Internacional*, Agosto, 2021, https://blogs.imf.org/2021/08/10/coming-together/?utm_medium=email&utm_source=govdelivery

Gratton, Gabriele; Guiso, Luigi; Michelacci, Claudio; Morelli, Massimo. “From Weber to Kafka: Political Instability and the Overproduction of Laws”. *American Economic Review*, 111 (9) (2021), pp. 2964-3003.

Lévy, Bernard-Henry. *Este Virus Que Nos Enlouquece*. Lisboa: Guerra e Paz Editores, 1ª edição, 2020.

Lind, Michael. *The New Class War: Saving Democracy from the Metropolitan Elite*. Londres: Atlantic Books Ltd., 2020.

Londoño-Velez, Juliana; Ávila-Machecha, Javier. “Enforcing Wealth Taxes in the Developing World: Quasi-Experimental Evidence from Colombia”. *American Economic Review: Insights*, 3 (2); 131-148 (2021).

Malamud, Carlos; Núñez, Rogério. “La crisis del coronavirus en América Latina: un incremento del presidencialismo sin red de seguridad”. *Real Instituto ElCano*, 2020, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-tesis-del-coronavirus-en-america-latina-un-incremento-del-presidencialismo-sin-red-de-seguridad/>

Manners, Ian. “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”. *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, nº 2, pp. 235-258 (2002). Blackwell Publishers Ltd.; <https://www.semanticscholar.org/paper/Normative-Power->

[Europe%3A-A-Contradiction-in-Terms-Manners/f895e224def995341ce2e1ee24c142a2fc0b18e3](#)

Monteiro, António. “A Reeleição de Kofi Annan”. *Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global*, p.p. 123-124. Lisboa: Editoras Fundação Calouste Gulbenkian e Publicações Dom Quixote (2002).

Mouzo, Jessica. “Em cinco anos, passar o dia no WhatsApp será tão mal visto quanto fumar num avião”. *El País* (Ciencia) (2021), <https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-09-29/em-cinco-anos-passar-o-dia-no-whatsapp-sera-cao-mal-visto-quanto-fumar-num-aviao.html>

OECD (Organization for Economic Cooperation and Development). “Tax Transparency in Latin America”. Punta del Este Declaration Progress Report, Global Forum, Paris (2021), <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/tax-transparency-in-latin-america-2021.htm>

ONU News. Perspectiva Global, Reportagens Humanas. “Missão sobre Venezuela apura alegações de crimes contra humanidade e pede punição”, 16 setembro 2020, <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726422>

ONU News Perspectiva Global Reportagens Humanas. “Bachelet alarmada com ações para minar direitos humanos na América Latina e no Caribe”, 6 de maio 2021, <https://news.un.org/pt/story/2021/05/1749822>

Reuters. “Coronavirus revela desigualdad en acceso a internet y tecnología digital en América Latina” (2020), <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Coronavirus-revela-desigualdad-en-acceso-a-internet-y-tecnologia-digital-en-America-Latina-Cepal-20200826-0036.html>

Reuter. “América Latina e Caribe” (2021), <https://graphics.reuters.com/world-coronavirus-tracker-and-maps/pt/regions/latin-america-and-the-caribbean/>

Sanahuja, José Antonio. “COVID-19: riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global”. *Riesgos globales y multilateralismo: el impacto de la COVID-19*. Anuario 2019-202, Madrid: CEIPAZ, p.p 27-54 (2020).

Tegmark, M. *Vida 3.0. Que significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*. España, Barcelona: Taurus (E-book), 2018.

The Economist. “Economies in Latin America: Building back best”, Volume 441, Number 9267, 16th – 22nd October 2021, The Economist Newspaper Limited.

Toynbee, Arnold Joseph; Ikeda, Daisaku. *Escolha a vida: um diálogo sobre o futuro*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1976.

Weiler, J. H. H; e Motoc, Julia. “ Governação sem Governo: o Desafio Normativo do Direito Internacional”. *Cidadania e Novos Poderes numa Sociedade Global*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Publicações Dom Quixote, 2002.

Wells, Herbert George. *Os Direitos do Homem*, 1ª edição. Lisboa: Editora E-Primatur/Letras Errantes, 2020.

World Bank. Resposta do Banco Mundial ao COVID-19 (coronavírus) na América Latina e Caribe, 2 de Outubro 2020, <https://www.worldbank.org/pt/news/factsheet/2020/04/02/world-bank-response-to-covid-19-coronavirus-latin-america-and-caribbean>

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. UMA ANÁLISE DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E A ATUAÇÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Judicialization of politics. An analysis of the expansion of the judiciary in Brazil and the role of the Federal Supreme Court

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS*

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS**

SARA BARROS PEREIRA DE MIRANDA***

Resumo: O presente artigo teve por escopo analisar o fenômeno da judicialização da política a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Analisou-se que a expansão do Poder Judiciário é um fenômeno que decorre do século XX, principalmente no momento pós II Guerra Mundial, quando houve a criação dos Tribunais Constitucionais e a consolidação de normativas de direitos fundamentais e do neoconstitucionalismo. Constatou-se que a partir da Constituição Federal brasileira de 1988 o Poder Judiciário teve uma maior participação no cenário político e social por meio de suas decisões, principalmente sob o fundamento de proteção dos direitos fundamentais e das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo. Por fim, concluiu-se que a expansão do Judiciário advém da própria estrutura normativa e do desenho institucional vigentes no Brasil. O percurso metodológico configurou-se em revisão de literatura, na modalidade pesquisa explicativa, com o escopo de esclarecer o fenômeno da judicialização da política e explorar as condições facilitadoras desse fenômeno no Brasil.

Palavras-chave: Judicialização da Política; Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal;

*Professor Titular do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão, Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional dessa mesma instituição e Promotor de Justiça Militar do Ministério Público do Estado do Maranhão. Membro da Diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (2020-2022). Atualmente é pela quarta vez coordenador do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (2022-2024). ORCID: 10000-0002-8966.8378. Correo electrónico: paulorbr@uol.com.br

**Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora da graduação e Pós-graduação da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Coordenadora do Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Bolsista do BEPP/FAPEMA (Bolsa de Estímulo à Produtividade em Pesquisa - Edital nº 007/2021 - Produtividade - 2021/2022). ORCID: 0000-0001-6064-1879. Correo electrónico: edith.ramos@ufma.br

***Professora da Escola Superior da Advocacia do Maranhão (ESA/MA). Membro do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário - NEDISA/UFMA. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - PPGDIR/UFMA. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade CERS. ORCID: 0000-0003-1962-4377. Correo electrónico: sbarros_@hotmail.com

Neoconstitucionalismo.

Resumen: Este artículo tuvo como objetivo analizar el fenómeno de la judicialización de la política desde la perspectiva del Supremo Tribunal Federal brasileño. Se analizó que la expansión del Poder Judicial es un fenómeno que se remonta al siglo XX, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se produjo la creación de las Cortes Constitucionales y la consolidación de las normas de derechos fundamentales y el neoconstitucionalismo. Se constató que, a partir de la Constitución Federal brasileña de 1988, el Poder Judicial tuvo una mayor participación en el escenario político y social a través de sus decisiones, principalmente bajo la protección de los derechos fundamentales y las omisiones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Finalmente, se concluyó que la expansión del Poder Judicial se deriva de la estructura normativa y el diseño institucional vigente en Brasil. El camino metodológico se configuró en una revisión de literatura, en forma de investigación explicativa, con el objetivo de esclarecer el fenómeno de la judicialización de la política y explorar las condiciones que facilitan ese fenómeno en Brasil.

Palabras claves: Judicialización de la Política; Poder Judicial; Supremo Tribunal Federal; Neoconstitucionalismo.

Abstract: The purpose of this article was to analyze the phenomenon of the judicialization of politics from the performance of the Brazilian Federal Supreme Court. It was analyzed that the expansion of the Judiciary is a phenomenon that stems from the 20th century, especially in the post-World War II period, when there was the creation of Constitutional Courts and the consolidation of norms of fundamental rights and which is conventionally called neoconstitutionalism. It was found that from the Brazilian Federal Constitution of 1988, the Judiciary had a greater participation in the political and social scenario through its decisions, mainly on the grounds of protection of fundamental rights and the omissions of the Executive and Legislative Powers. Finally, it was concluded that the expansion of the Judiciary comes from the normative structure and institutional design in force in Brazil. The methodological course consisted of a literature review, in the form of explanatory research, with the aim of clarifying the phenomenon of the judicialization of politics and exploring the conditions that facilitate this phenomenon in Brazil.

Keywords: Judicialization of Politics; Judicial Branch; Federal Court of Justice; Neoconstitutionalism

Sumário: Introdução. I. Conceitos operacionais da judicialização da política. II. O princípio da separação de poderes, o neoconstitucionalismo e o controle de constitucionalidade. III. Condições facilitadoras da judicialização da política. 3.1. Expansão da Democracia e do Pluralismo Político. 3.2. Separação de Poderes. 3.3. Política de Direitos. 3.4. O uso dos tribunais por grupos de interesses. 3.5. O uso dos tribunais por partidos de oposição. 3.6. Inefetividade das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*). 3.7. Percepção negativa das instituições formuladoras de políticas públicas. 3.8. Delegação (intencional) de responsabilidade das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*). 3.9. Rol de competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional. 3.10. Constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional. IV. Judicialização da política no Brasil: condições facilitadoras e o papel do stf. Conclusões.

Introdução

Nas principais democracias contemporâneas observa-se o crescimento e

maior participação do Poder Judiciário em matérias políticas e sociais que, até então, eram tratadas apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Dá-se a esse fenômeno o nome de *judicialização da política*, haja vista que juízes e tribunais, constantemente, são chamados para resolver problemas que tocam políticas públicas, dilemas morais, controvérsias políticas e outras temáticas sensíveis que, precipuamente, deveriam ser tratadas em outras instâncias de poder.

O termo judicialização da política é polissêmico, sendo compreendido de modo distinto por diversos autores. Para Tate e Vallinder¹ a expressão *judicialização da política* equivale à *politização da justiça* e está relacionada com o processo pelo qual os Tribunais dominam ou tendem a dominar a produção de políticas públicas e também com o processo pelo qual espaços decisórios tendem a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciais, isto é, pelo legalismo. A judicialização da política está intrinsecamente vinculada ao movimento que se convencionou chamar de neoconstitucionalista.

O marco filosófico do chamado neoconstitucionalismo ocorre com a superação da teoria positivista e a ascensão do pós-positivismo enquanto teoria jurídica. Trata-se de uma mudança que entronizou valores morais irrenunciáveis nas constituições das principais democracias ocidentais, de modo a romper com a coisificação e descartabilidade do homem, permitindo, assim, a incorporação de princípios de justiça relativos à liberdade, igualdade, solidariedade e dignidade humana, permitindo uma reaproximação entre o direito e a racionalidade. Dessa forma, compreende-se os princípios enquanto normas jurídicas, conduzindo “a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”².

O presente artigo visa analisar a judicialização da política e sua relação com o princípio da separação de poderes, o chamado neoconstitucionalismo e controle de constitucionalidade, bem como analisar as condições facilitadoras desse fenômeno no Brasil, tendo como ênfase responder o seguinte questionamento: quais as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil e qual o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) nessa temática?

O percurso metodológico configurou-se em revisão de literatura. Realizou-se levantamento bibliográfico em obras de autores como Tate e Vallinder³,

¹C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”, in *The Global Expansion of Judicial Power*, edited by C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder (New York: University Press, 1995), 28.

²Luis Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo* 240, (2005): 5.

³Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

Barroso⁴, Hirschl⁵, Nunes Júnior⁶, Brandão⁷, Ginsburg⁸, Verbicaro⁹, Carvalho¹⁰. A partir dessa revisão buscou-se desenvolver uma pesquisa explicativa, com o escopo de esclarecer o fenômeno da judicialização da política e explorar as condições facilitadoras desse fenômeno no Brasil.

O artigo está estruturado em quatro partes: a primeira aborda o significado do conceito de judicialização da política; em seguida, discorre acerca do princípio da separação de poderes, do chamado neoconstitucionalismo e do controle de constitucionalidade; a terceira discorre acerca das condições facilitadoras da judicialização e; por fim, relaciona o fenômeno da judicialização da política no Brasil e a atuação do STF.

I. Conceitos operacionais da judicialização da política

Tate e Vallinder¹¹ relacionam a judicialização da política com a elaboração de políticas públicas por juízes e tribunais, sendo estes promovidos a tratar acerca de questões políticas. O segundo conceito está relacionado à expansão simbólica e prática dos procedimentos tipicamente jurídicos em diversos contextos da vida política infensas a eles.

Para Barroso¹², a judicialização da política está relacionada com a transferência de poder para juízes e tribunais decidirem acerca de temáticas políticas e sociais de larga repercussão, promovendo alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Sua perspectiva acerca do fenômeno não se distancia daquela tida por outros autores que também estudam a temática.

Destaca-se, por exemplo, Hirschl, para quem a judicialização representa não

⁴Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.*

Luis Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *[Syn]Thesis* 1(5), (2012): 23-32; Luis Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7.^{ma} ed. (São Paulo: Saraiva, 2016).

⁵Ran Hirschl, “Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo”, *Revista de Direito Administrativo* 251 (2009): 139-178.

⁶Amandino Teixeira Nunes Júnior, “A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa* 178, ano 45 (2008): 157-179; Amandino Teixeira Nunes Junior, *A judicialização da política no Brasil: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária*. Série: Temas de interesse do Legislativo n. 30 (Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016).

⁷Rodrigo Brandão, “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo* 263 (2013): 175-220.

⁸Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

⁹Loiane Prado Verbicaro, “Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil”, *Revista Direto GV* 2(4), (2008): 389-406; Loiane Prado Verbicaro, *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*, 2.^{da} ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019).

¹⁰Ernani Rodrigues de Carvalho, “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”, *Revista de Sociologia e Política* 23 (2004): 115-126.

¹¹Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

¹²Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *op. cit.*

apenas a expansão do Poder Judiciário na construção de políticas públicas ou no uso de procedimentos jurídicos no ambiente político, mas também na:

“[...] disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e a judicialização da “política pura” — a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras”.¹³

O autor afirma que a judicialização da política é um termo comumente utilizado para abranger três processos que estão inter-relacionados. O primeiro, que apresenta a judicialização enquanto um processo de disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e processos de elaboração de políticas públicas, está relacionado com a complexidade e contingência das sociedades modernas, considerando que temas antes negociados de modo informal ou não judicial, na atualidade são dominados por regras e procedimentos jurídicos¹⁴.

A compreensão da judicialização enquanto um fenômeno de expansão da competência dos juízes e tribunais na escolha e definição de políticas públicas, está relacionado com a remarcação dos limites entre os órgãos do Estado e com a separação de poderes. Nesse sentido, Hirschl compreende que essa interface da judicialização da política tem um enfoque processual e de equidade formal em processos decisórios, por considerar que “muitas vezes é iniciada por pessoas comuns invocando direitos para se opor a políticas, decisões e práticas do Estado”¹⁵.

A ideia que entende a judicialização da política a partir da utilização dos juízes e tribunais para lidar com a “megapolítica” – ou seja, para lidar com controvérsias políticas centrais que definem e, em sua maioria, dividem comunidades inteiras –, relaciona o fenômeno com a atuação dos Tribunais Constitucionais e com a transformação destes em uma arena de decisão política, que discutem não apenas sobre direitos fundamentais, devido processo legal e políticas públicas, mas são colocados na posição de decidir. Em suas palavras:

“[...] sobre alguma das mais centrais questões políticas que uma nação pode enfrentar, mesmo que a Constituição não faça nenhuma referência a esses problemas, e apesar de se reconhecer os óbvios riscos políticos envolvidos em decisões desse tipo. São precisamente essas situações de judicialização de questões que combinam altíssimos riscos políticos com instruções constitucionais escassas

¹³Hirschl, “Novo Constitucionalismo...”, *op. cit.* 141.

¹⁴*Ibid.*

¹⁵*Ibid.*, 144.

ou impertinentes que tornam mais questionáveis as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade”.¹⁶

Os Tribunais, principalmente os Superiores e as Cortes Constitucionais, são chamados a decidir acerca de temáticas que irão impactar e afetar a vida de muitas pessoas. Por essa razão, Hirschl afirma que esta decisão tem um conteúdo político e que este conteúdo é o que diferencia a judicialização da megapolítica dos primeiros modelos apresentados. No entanto, ressalta-se que uma mesma questão em comunidades distintas pode adquirir ou não a condição de matéria política, sendo assim a configuração de uma decisão enquanto “política” dependerá das particularidades jurídico-sociais-políticas de cada Estado¹⁷.

Essas perspectivas da judicialização da política são complementares, considerando que se trata do mesmo fenômeno, ainda que abordado com enfoques em processos distintos. Sendo assim, compreende-se que a judicialização da política é um fenômeno que representa não apenas a participação do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas e na judicialização da vida social, mas também ilustra “[...] a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e interpretação do direito”¹⁸ como será apresentado na discussão acerca da separação de poderes, do neoconstitucionalismo e também do controle de constitucionalidade no contexto da judicialização da política.

II. O princípio da separação de poderes, o neoconstitucionalismo e o controle de constitucionalidade

Em regra, o desenho das instituições políticas atuais acompanha a proposta de separação dos poderes estruturada por Montesquieu no século XVIII. Segundo o autor, consolidar a separação dos poderes seria indispensável para a garantia e a manutenção das liberdades fundamentais e dos direitos dos cidadãos. Nesse sentido, compreendia que em um Estado onde as funções estatais se encontram reunidas nas mãos de um só, não se pode falar em liberdade,

“[...] porque se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade quando o poder de julgar se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário porque o juiz será o legislador. E, se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a forma de um opressor.

¹⁶*Ibid.*, 147.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 385.

Tudo então pereceria, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as questões dos particulares”¹⁹.

Especialmente quanto ao Poder Judiciário, Montesquieu afirma se tratar de um órgão com funções reduzidas, constituído não por um corpo permanente de juízes, mas sim por pessoas extraídas do povo que exerceriam a função jurisdicional durante certo período do ano²⁰. O autor informa que o Poder Judiciário deveria exercer função compatível a de um órgão com poder invisível e nulo, sendo reduzido o papel dos juízes à simples emissão de documentos que representem um texto exato da lei²¹.

Montesquieu considera que o Judiciário não seria um autêntico poder político, sendo os juízes apenas “[...] a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força nem o rigor”²². Em análise acerca da teoria da separação de poderes, Ferraz Júnior assevera que:

“A teoria clássica da divisão dos poderes construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito”²³.

Porém, a teoria contemporânea de separação de poderes não mais compreende a atuação do juiz como uma simples atividade mecânica, neutra e desprovida de criatividade, distante do espaço político. Nos dias atuais, o juiz frequentemente se depara com “normas abertas”, que dependem da valoração humana para adquirir seu significado e que lhe proporcionam certa margem de liberdade para decidir o caso concreto considerando as interpretações cabíveis²⁴.

Nessa perspectiva, a proposta de neutralidade do Poder Judiciário, tal como pensada por Montesquieu, é mitigada, visto que a atuação do magistrado não se restringe à simples subsunção do fato à norma²⁵. Na atualidade, o Poder Judiciário é chamado, cada vez mais, para solucionar demandas complexas, que exigem certo grau de interpretação das normas pelo magistrado e que demandam uma atuação enérgica do magistrado e dos Tribunais²⁶.

¹⁹Charles de Secondant Montesquieu, *Do espírito das leis*, vol. 1, Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012), 191.

²⁰Montesquieu, *Do espírito das leis*, ... *op. cit.*

²¹Nunes Júnior, “A Constituição de 1988...”, *op. cit.*

Nunes Junior, *A judicialização da política no Brasil...*, *op. cit.*

²²Montesquieu, *Do espírito das leis*, *op. cit.*, 199.

²³T. S. Ferraz Júnior, “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”, *Revista USP* 21 (1994): 14.

²⁴Nunes Junior, *A judicialização da política no Brasil...*, *op. cit.*

²⁵Montesquieu, *Do espírito das leis*, *op. cit.*

²⁶Nunes Junior, *A judicialização da política no Brasil...*, *op. cit.*

Principalmente em razão das mudanças decorrentes do Estado de Bem-Estar Social, o Poder Judiciário assume um novo papel enquanto instituição e amplia seu leque de atuação diante da sociedade, discutindo, inclusive, assuntos de outros Poderes e sobre direitos fundamentais. Deste movimento decorre a maior participação do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas, que, na compreensão de Ferraz Júnior promove uma alteração da posição juiz, cuja neutralidade é afetada:

“[...] ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma *desneutralização*, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*)”.²⁷ (grifos do autor).

É a partir desse contexto, no qual o Poder Judiciário é chamado para atuar na concretização das promessas estatais, transpondo a separação do direito, da política e da moral, que se insere a discussão da judicialização da política e também do chamado neoconstitucionalismo, que advém de uma proposta de superação do positivismo jurídico na interpretação das normas constitucionais, conduzindo a uma desneutralização do Poder Judiciário²⁸.

Discorrendo acerca do chamado neoconstitucionalismo na busca de se estabelecer uma relação com a judicialização da política, apresenta-se que o momento após a II Guerra Mundial (1939-1945) demarcou a crise da modernidade e o declínio do positivismo jurídico, sendo este o marco histórico do chamado neoconstitucionalismo, segundo Barroso²⁹.

Emblematicamente, esse momento se relaciona com a derrocada dos regimes totalitários da Europa e com a necessidade de se repensar e redirecionar o papel do direito e da moralidade nas instituições estatais contemporâneas. Como resultado, tem-se a consolidação do neoconstitucionalismo e a ideia de valorização dos direitos humanos³⁰.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto

²⁷Ferraz Júnior, “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”, 19.

²⁸Barroso, “Judicialização, ativismo judicial...”, *op. cit.*

²⁹Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.*

³⁰Verbicaro, *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial...*, *op. cit.*

Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.*

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976) são alguns exemplos de documentos internacionais de direitos humanos. No âmbito interno, a Lei Fundamental de Bonn ou Constituição da Alemanha (1949) e a Constituição da Itália (1947) são os exemplos mais significativos de ruptura com os ideais autoritários e de reconstrução dos direitos humanos no momento pós-guerra³¹.

No Brasil, a consolidação dos direitos fundamentais por meio de uma constituição adveio apenas na década de 1980, ultrapassado o regime militar e retomada a democracia popular, sendo este um processo tardio se comparado com o momento em que o chamado neoconstitucionalismo emergiu nos ordenamentos jurídicos países afora. Não obstante, a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 é expressiva, considerando que, por meio desta Constituição,

“[...] o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso”.³²

Quanto ao marco teórico do chamado neoconstitucionalismo, este é delimitado pelas transformações promovidas quanto à aplicação do direito constitucional e sob as quais o constitucionalismo atual opera, que são: a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional³³.

Dentre os marcos teóricos do chamado neoconstitucionalismo, para o presente artigo, destaca-se a expansão da jurisdição constitucional, teoria originada nos Estados Unidos e donde se extrai o sistema do controle de constitucionalidade, em que a constituição é compreendida por um ...

“[...] conjunto de normas que regula o processo formal de criação das demais normas jurídicas, e, mais importante, prevê os valores, os princípios e as limitações para o *conteúdo* da legislação infraconstitucional.

Sendo o Direito Constitucional um *direito* sobre os *direitos*, a preocupação do neoconstitucionalismo com o conteúdo da norma jurídica faz com que a maioria governamental tenha que se subordinar à Lei Fundamental. Assim sendo, a *soberania do legislador* cedeu passo à supremacia da Constituição, posto que há de se respeitar não somente as *formas de produção* da norma racionalidade formal),

³¹Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.*

Écio Oto Ramos Duarte y Suzana Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, 2.^a ed. (São Paulo: Landy Editora, 2010).

³²Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.* 4.

³³Ana Paula de Barcellos, “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”, *Revista de Direito Administrativo* 240 (2005): 83-103; Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.*

mas sobretudo os *conteúdos* constitucionais impostos”.³⁴ (grifos do autor).

Com efeito, em uma sociedade justa e ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. É necessário que esses direitos, compreendidos enquanto trunfos contra a maioria, sejam resguardados por um órgão independente e especializado, responsável por verificar as ações e omissões contrárias à constituição. Tem-se que a jurisdição constitucional representa a grande invenção contra majoritária, que se presta à garantia dos direitos fundamentais e à proteção da democracia. No entanto,

“[...] se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta dos direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais. [...]”

No Estado Democrático de Direito, há a *garantia de contestabilidade*, inerente à noção de contrato social, que permite que o Judiciário, por intermédio dessa *razão pública*, evite que a lei seja corroída pela legislação das majorias transitórias ou por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, hábeis na obtenção de resultados que não se coadunam com o bem-estar comum da sociedade”.³⁵

O controle de constitucionalidade enquanto mecanismo assegurador da supremacia da constituição é exercido pelo Poder Judiciário e, como decorrência do estabelecimento desta premissa, na década de 1950 se iniciou a criação e consolidação dos primeiros Tribunais Constitucionais ao redor do mundo, sendo a Alemanha (1951) e a Itália (1956) os primeiros na Europa. Alguns anos depois foram surgindo outros ao redor do mundo, a exemplo do Chipre em 1960, da Turquia em 1961, da Grécia em 1975, da Espanha em 1978 e de Portugal em 1982³⁶.

Por meio do mecanismo de controle de constitucionalidade, instituído nos Estados Unidos da América (EUA), ainda no século XIX, no caso *Marbury vs. Madison*, consolida-se a participação do Poder Judiciário no controle das normas editadas pelo Poder Legislativo e dos atos promovidos pelo Poder Executivo, que devem estar em conformidade com a norma constitucional³⁷. Essa é uma das formas pelas quais se configura a participação do Poder Judiciário em discussões jurídico-políticas de modo legítimo, sendo estruturado por diversas Constituições ao redor do mundo como um modelo adequado de se estabelecer o equilíbrio entre os Poderes, a exemplo da CF de 1988 que adotou o controle de constitucionalidade concentrado e difuso, como apresentado linhas abaixo.

O terceiro marco teórico está relacionado à nova interpretação constitucional,

³⁴Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, 2.ª ed. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011), 205.

³⁵Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, *op. cit.*, 206.

³⁶Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.*

³⁷Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, *op. cit.*

compreendida como modalidade de interpretação jurídica e cujo resultado “é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem novas demandas”³⁸.

Com efeito, a interpretação constitucional tradicional carrega consigo a ideia de que as normas jurídicas e constitucionais abarcam um único sentido, sendo objetivo e válido para todas as situações sobre as quais incidem. Esse raciocínio conduz a um sistema fechado, no qual as decisões judiciais somente seriam corretas se seguissem um procedimento lógico, estabelecidas por regras jurídicas predeterminadas, sem referência a fins sociais, políticas e *standards* morais³⁹, ao discorrer acerca do modo pelo qual os juristas aplicavam a lei, afirma que:

“A consequência desse modo de interpretar os textos normativos era o domínio do método gramatical, complementado pelo histórico, pois a letra da lei é o indicativo mais seguro da vontade do legislador. A liberdade do julgador ficava, destarte, extremamente reduzida, limitando-se, o mais das vezes, à mera aplicação dos enunciados normativos, literalmente considerados, à situação fática a ele submetida, o que veio a consubstanciar a chamada subsunção mecânica ou automática. Recusava-se o Poder Judiciário a possibilidade de contribuir para a criação do direito, devendo os magistrados, devidamente informados pela exegese científica, se ater à estrita concretização da vontade do legislador, exercendo, pois, tanto quanto a doutrina, a atividade de natureza cognoscitiva ou declaratória.”

Chega o momento da história que os juristas se deram conta de que as categorias tradicionais de interpretação do direito não seriam suficientes ou inteiramente ajustadas para a solução de problemas ligados à vontade da Constituição. Para tanto, inicia-se um processo de elaboração de doutrinas e novas categorias de interpretação das normas, que tem como base conjunto teórico diversificado. Quanto ao modelo interpretativo admitido a partir do neoconstitucionalismo, Barcellos considera que:

“[...] a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. [...]”

No direito constitucional contemporâneo, tanto sob a perspectiva da teoria jurídica, como da experiência observada nos juízos e tribunais, é possível falar de conflitos específicos e de um conflito geral.

Os conflitos específicos se explicam, em boa medida, pelo reflexo, nos textos constitucionais, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e harmonizar-se em uma sociedade plural como a contemporânea. Sua configuração envolve, frequentemente, colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, dotados de igual hierarquia, cada qual incidindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa. Assim, direitos

³⁸Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”, *Revista da EMERJ* 23(6), (2003): 29.

³⁹Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos* (São Paulo: Saraiva, 2010), 69. Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, *op. cit.*

fundamentais – elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos – parecem entrar em choque em muitas circunstâncias. Outros elementos constitucionais também podem apresentar uma convivência difícil em determinados ambientes, como acontece, e.g., com a livre iniciativa e os princípios da proteção ao consumidor e ao meio-ambiente”.⁴⁰

Tem-se que as premissas ideológicas as quais o sistema de interpretação tradicional do direito deixou de ser integralmente satisfatório, razão pela qual houve a valorização dos princípios e sua incorporação, implícita ou explícita, pelos Textos Constitucionais. Nesse sentido, é ofertada aos juízes a condição de intérprete da lei, que se volta para revelar a solução contida no enunciado normativo, tornando-se um verdadeiro “coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”⁴¹.

Nessa condição, o jurista acaba por transpor o espaço do direito ao qual estava adstrito, inserindo-se em um ambiente que o permite discutir não apenas acerca das demandas jurídicas, mas também políticas, ampliando seu espaço de atuação. Sendo assim, a judicialização da política, vale dizer, a expansão do Poder Judiciário se relaciona com a temática da separação de poderes, do chamado neoconstitucionalismo e do controle de constitucionalidade à medida que as Constituições atuais, principalmente aquelas promulgadas após II Guerra Mundial, trazem consigo o compromisso de que todos os Poderes, notadamente o Judiciário, devem trabalhar para a efetivação dos direitos fundamentais.

III. Condições facilitadoras da judicialização da política

Em estudo realizado por Tate e Vallinder⁴² acerca das condições facilitadoras da judicialização, os autores chegaram à conclusão que algumas características são comuns em distintas democracias, mas compreende não haver uma moldura rígida ou uma fórmula universal que acolha todas as formas possíveis de manifestação desse fenômeno no interior de uma estrutura una, modelar e hermética. Sendo assim, ele apresenta as seguintes condições facilitadoras da judicialização: 1) democracia; 2) separação de poderes; 3) política de direitos; 4) uso dos tribunais por grupos de interesse; 5) uso dos tribunais por partidos de oposição; 6) inefetividade das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria; 7) percepção negativa das instituições formuladoras de políticas públicas; 8) delegação (intencional) de responsabilidade das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*).

Em algumas democracias as condições facilitadoras são vistas com maior

⁴⁰Barcellos, “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”, 86-87.

⁴¹Barroso, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...”, *op. cit.*, 9.

⁴²Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

intensidade. Em outras, com menor intensidade. No Brasil, por exemplo, Barroso⁴³ compreende que a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade são os principais fatores de promoção do fenômeno.

3.1. Expansão da Democracia e do Pluralismo Político

Segundo Tate e Vallinder, apesar da democracia ser uma condição necessária para o surgimento da judicialização da política, esta não é suficiente, por si só, para alavancar o fenômeno de expansão do judiciário. Na percepção dos autores, para além das democracias, não é possível que a judicialização encontre espaço para se desenvolver em regimes autoritários, sendo inimaginável que um ditador,

“[...] (1) convide ou mesmo permita que juízes nominalmente independentes aumentem sua participação na tomada de decisões importantes em políticas, ou (2) tolerar processos de tomada de decisão que colocam a adesão a regras e direitos processuais legalistas acima da rápida obtenção dos resultados substantivos desejados” (tradução livre)⁴⁴.

Quanto à democracia e sua interação com a judicialização da política, Brandão⁴⁵ aduz que a fragmentação do poder político conduz para uma expansão do Poder Judiciário. Os autores explicam que a promulgação das constituições durante o século XX, muitas resultaram da contraposição de partidos políticos na assembleia constituinte e que essa contraposição fomentou significativamente os modelos de controle de constitucionalidade adotados na jurisdição constitucional dos países. Na compreensão de Brandão,

“[...] quanto maior for a força do partido dominante — e conseqüentemente a concentração do poder político — no momento da transição para a democracia, menos amplo tenderá a ser o controle de constitucionalidade, e quanto menor for a força do partido dominante — e, portanto, mais dividido estiver o poder na transição —, mais amplo deverá ser o controle de constitucionalidade”⁴⁶.

Na reconstitucionalização da Espanha, Portugal e Grécia, por exemplo, houve forte influência da fragmentação dos partidos políticos na assembleia constituinte que, conseqüentemente, conduziram à expansão do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Brandão apresenta a seguinte ideia: a democracia aumenta a incerteza eleitoral, de tal modo que, grupos políticos temerosos de perder as futuras eleições acabam por influenciar e estimular sobremaneira a constitucionalização de direitos e garantias fundamentais a fim de que sejam colocados limites materiais ao poder do partido vencedor, distanciando-se da proposta de “o vencedor leva

⁴³Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *op. cit.*

⁴⁴Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.* 28.

⁴⁵Brandão, “A judicialização da política...”, *op. cit.*

⁴⁶*Ibid.*, 188.

tudo” neste jogo eleitoral. Portanto, o autor afirma que:

“Enfocando o fenômeno sob a melhor luz, tem-se a garantia de que o Judiciário zelará (i) pela proteção às regras do jogo eleitoral para evitar tentativas de “virada de mesa” pelo grupo que se encontra no poder, e (ii) pela intangibilidade de um consenso político mínimo, de modo a que todos os grupos (razoáveis) se vejam minimamente reconhecidos no projeto constitucional. Assim, a garantia de lisura das regras eleitorais e da preservação do núcleo básico de sua “proposta política” mesmo no caso de derrota eleitoral, tende a manter os perdedores vinculados ao projeto constitucional, desestimulando soluções extraconstitucionais (*i.e.*, golpes de Estado)”.⁴⁷

Na democracia, há o estabelecimento do pluralismo político, e ambos fomentam a judicialização da política e também produzem: 1) a necessidade de o Judiciário dirimir conflitos de coordenação entre entidades semiautônomas, a exemplo dos entes da Federação e das agências reguladoras, 2) bem como de decidir questões políticas nas quais não há consenso na coalizão majoritária por se tratarem de temáticas divisórias, a exemplo do aborto, da anistia de crimes ocorridos no regime anterior.

3.2. Separação de Poderes

Segundo Tate e Vallinder⁴⁸, outra condição facilitadora da judicialização da política é a separação de poderes. Para os autores, o Poder Judiciário está em uma posição confortável quando fórmula políticas públicas contra ou em competição com o Poder Executivo e Legislativo. Além disso, o autor compreende que a (1) independência, o (2) status constitucional de Poder do Estado e o (3) fato de que dificilmente será exigido dos juízes que substituam seu próprio julgamento político por outro, ou mesmo para colocar em prática suas decisões quando outros Poderes falham em resolver uma questão de política, são características que marcam o contexto de judicialização da política na separação de poderes. Nesse sentido, Hirschl considera que:

“Uma judicialização da política totalmente abrangente tem, *ceteris paribus*, menos chances de ocorrer em uma comunidade com um sistema político unificado e assertivo, que seja capaz de limitar o Judiciário. Em tais comunidades, a esfera política pode fazer ameaças críveis a um Judiciário superlativo. Do mesmo modo, quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo. Maior fragmentação de poder entre os órgãos políticos reduz a capacidade que têm de frear os tribunais, e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de os tribunais se afirmarem”.⁴⁹

Porém, cabe ressaltar que Tate e Vallinder compreendem a separação de poderes como uma condição facilitadora, mas não decisiva ou mesmo suficiente

⁴⁷*Ibid.*, 189.

⁴⁸Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁴⁹Hirschl, “Novo Constitucionalismo...”, *op. cit.*, 164-165.

para o surgimento da judicialização⁵⁰.

3.3. Política de Direitos

É comum que as Constituições contenham um catálogo de direitos fundamentais, principalmente quando ocupam lugar superior no ordenamento jurídico de seus Estados e seja garantida sua proteção por meio do controle de constitucionalidade das leis. Há, portanto, uma tendência de que, quanto mais amplas e extensas forem as Cartas Constitucionais e as garantias da sua eficácia, maior será a judicialização da política⁵¹.

Segundo Tate e Vallinder⁵², a constitucionalização de direitos fundamentais é uma condição facilitadora da judicialização da política, mas não é considerada essencial. Cita-se, a título de exemplo, Israel, em que não há um texto constitucional escrito e dogmático, sendo tal ausência suprida pela atuação de um Poder Judiciário que participa da aplicação dos direitos fundamentais⁵³.

Tate e Vallinder⁵⁴ afirma que independentemente de uma carta constitucional enriquecida de direitos, a aceitação de que os indivíduos e as minorias (a exemplo dos índios, negros, mulheres, crianças e idosos, para só citar alguns) possuem direitos pode significar um ponto forte contra a vontade da maioria, principalmente quando se depende da interpretação de juízes, cuja localização institucional geralmente torna mais fácil a confecção de regras que favoreçam as minorias em detrimento das maiorias.

3.4. O uso dos tribunais por grupos de interesses

Para Tate e Vallinder⁵⁵, a judicialização da política é um processo que se desenvolve a partir dos interesses econômicos e sociais centrais que estruturam o sistema político de um Estado. O autor afirma que, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral não são resultado de uma obra altruísta de atores políticos, mas sim resultado de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse. Dessa forma, os grupos de interesse passam a considerar a possibilidade de veto pelos dos tribunais na realização de seus objetivos quando não conquistados pela via tradicional.

O acesso à jurisdição constitucional possui diversos modelos, alguns com mecanismos mais restritivos e outros com mecanismos mais elásticos, mais abertos. No modelo original do Tribunal Constitucional da Áustria, por exemplo, apenas acessavam a Corte os governos federais e estaduais, sendo um espaço restrito para debate e proteção ao federalismo. Em contrapartida, na Hungria, o

⁵⁰Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁵¹Brandão, “A judicialização da política...”, *op. cit.*

⁵²Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁵³Brandão, “A judicialização da política...”, *op. cit.*

⁵⁴Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁵⁵*Ibid.*

sistema conferiu a todo cidadão o acesso à Corte Suprema. O que se coloca como principal questão do acesso e uso dos tribunais por grupos de interesse é: quanto maior for o acesso e maior for leque de assuntos passíveis de impugnação no controle de constitucionalidade, maior será a tendência à judicialização. Os grupos de interesse e minorias parlamentares (ou partidos minoritários) passam a ver no Poder Judiciário um espaço para “batalhar” quando são derrotados na área política. Com isso, estabelecem-se debates nas Cortes Supremas quanto à “correta” interpretação de um dispositivo constitucional ou legal caso o partido político ou grupo de interesse não tenha alcançado o resultado almejado⁵⁶.

Portanto, Tate e Vallinder compreende que, à medida que os grupos políticos descobrem a utilidade potencial dos tribunais na realização de seus objetivos, tem-se a possibilidade de se ampliar a compreensão de “direitos” para incluir interesses que podem parecer apenas remotamente conectados a qualquer fundamento constitucional, mas que guardam estreita relação com os interesses dos grupos políticos. Nesse contexto, os mecanismos de controle de constitucionalidade e o rol de legitimados para a propositura das ações perante a Corte Constitucional são fatores significativos no contexto da judicialização da política⁵⁷.

3.5. O uso dos tribunais por partidos de oposição

A presente condição facilitadora da judicialização da política é uma complementação do item anterior (uso dos tribunais por grupos de interesse). Por meio das ações do controle de constitucionalidade, os grupos e partidos de oposição passaram a se utilizar dos Tribunais, notadamente, das Supremas Cortes para se oporem a importantes iniciativas governamentais cuja aprovação não conseguiram impedir durante o processo legislativo⁵⁸.

O Tribunal passa a ser considerado como uma via alternativa à legislatura. Sendo assim, os partidos e grupos de oposição ao governo passam a utilizar os Tribunais enquanto saída para perseguir e obstruir governos. Na compreensão de Carvalho, “os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso”⁵⁹.

Para Ginsburg, o acesso dos grupos e movimentos políticos de oposição aos Tribunais constitui uma espécie de seguro eleitoral. Isso porque, quando as Cortes Constitucionais são chamadas a revisar judicialmente uma ação ou lei aprovada pelo governo, cria-se uma estrutura similar a de um seguro, que é acionada pelos partidos e grupos políticos quando perdem ou têm mitigadas suas cláusulas durante a negociação legislativa. Trata-se de uma aversão ao risco que é inerente à atividade política⁶⁰. Nessa perspectiva, Hirschl assevera que:

⁵⁶Brandão, “A judicialização da política...”, *op. cit.*

⁵⁷Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁵⁸*Ibid.*

⁵⁹Carvalho, “Em busca da judicialização da política no Brasil...”, *op. cit.*, 119.

⁶⁰Ginsburg, *Judicial Review...*, *op. cit.*

“[...] a oposição pode buscar judicializar a política (por exemplo, peticionando contra políticas públicas do governo) para dificultar a vida do governo da vez. Políticos da oposição podem recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia, independentemente de o resultado final da disputa ser ou não favorável. Com frequência, por trás da transferência para o Judiciário de questões envolvendo mudanças de regime encontraremos uma busca política por legitimidade (considere, por exemplo, a já mencionada legitimação do golpe de Estado militar pela Suprema Corte do Paquistão, em 1999). Estudos empíricos confirmam que, na maioria das democracias constitucionais, tribunais superiores têm mais legitimidade e mais apoio da opinião pública do que virtualmente todas as outras instituições políticas. Isso é verdade mesmo quando os tribunais se engajam em manifestações explícitas de jurisprudência política”.⁶¹

Demonstra-se que a judicialização da política ultrapassa a discussão da garantia dos direitos ou mesmo no arranjo institucional marcado pela divisão de poderes, e adentra também na atuação estratégica de grupos políticos em meio a conflitos sociais, econômicos e políticos existentes em uma sociedade, com a finalidade de alcançar seus ideais.

3.6. Inefetividade das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*)

De acordo com Tate e Vallinder, a inefetividade das instituições majoritárias está relacionada à neutralização destas pelo Poder Judiciário quando: 1) grupos de interesse e oposição política utilizam os Tribunais para dirimir disputas legislativas que deveriam ser solucionadas por meio de processos de tomada de decisão majoritária e; 2) quando há certa fragilidade dos partidos políticos e das coalizões de governo, ocasionando uma espécie de crise de governabilidade no processo decisório, culminando, quase sempre, em demandas no Poder Judiciário.

Os autores compreendem que quando o Poder Executivo é incapaz de governar por meio de partidos políticos disciplinados com maiorias legislativas eficazes, haverá dificuldade na aplicação de políticas públicas sem o apoio político e público, sendo estes últimos capazes de sustentar a atuação do Executivo em meio aos desafios da oposição que são direcionados ao Poder Judiciário⁶².

Para Carvalho, a percepção de ineficiência das instituições majoritárias está relacionada à “incapacidade dessas instituições em dar provimento às demandas sociais”. Os autores compreendem que “toda demanda social que envolva interesse suficiente ou agregue alto custo, certamente encontrará dificuldade para ser efetivada”⁶³. Para tanto, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de o Poder Judiciário negar uma decisão, estes se encontram obrigados a pôr um ponto final em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político.

⁶¹Hirschl, “Novo Constitucionalismo...”, *op. cit.*, 165.

⁶²Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁶³Carvalho, “Em busca da judicialização da política no Brasil...”, *op. cit.*, 120.

Nesse sentido, a judicialização da política e a inefetividade das instituições majoritárias se relacionam enquanto causa e efeito à medida que o Poder Judiciário é chamado para redefinir uma disputa “legislativa” ou garantir um direito, mudando-os do fórum no qual o direito da maioria de governar é aceito (instituições majoritárias), para um no qual as minorias são reconhecidas como tendo direitos que podem ser reivindicados contra majorias por instituições não majoritárias, como os Tribunais⁶⁴.

3.7. Percepção negativa das instituições formuladoras de políticas públicas

Esta condição da judicialização da política está relacionada diretamente com a anterior (da inefetividade das instituições majoritárias). Trata-se uma consequência e possível causa dessa incapacidade das instituições majoritárias em concretizar políticas públicas de forma adequada à luz da visão do povo e das elites em relação ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário⁶⁵.

Para Brandão, a partir do momento em que as constituições contemporâneas atribuíram aos Estados multitarefas que, na sua maioria, não serão realizadas adequadamente, acabaram por contribuir com um sentimento de desconfiança dos cidadãos em geral e dos grupos de interesse para com as instituições majoritárias, levando-os a acionar o Poder Judiciário para a realização de sua agenda política⁶⁶. Nas palavras de Tate e Vallinder:

“Quando o público e os líderes de grupos de interesse e organizações econômicas e sociais relevantes veem as instituições majoritárias imobilizadas, atendendo ao próprio interesse, ou mesmo corruptas, não é surpreendente que concordem com a transferência de poderes políticos ao judiciário, que tem reputação de expertise e retidão, possuindo igual ou maior legitimidade que os administradores públicos e políticos”.⁶⁷ (tradução livre).

Nessa perspectiva, Hirschl afirma que o Poder Judiciário, especialmente os Tribunais Constitucionais, não operam em um vácuo institucional ou ideológico. Suas decisões não podem ser entendidas de modo isolado, separadas do contexto de conflito social, político e econômico que dão forma ao sistema político. Para o autor, a judicialização tem maior tendência a se desenvolver à medida que as instituições judiciais são percebidas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e efetivos do que outras instituições do Estado consideradas burocráticas⁶⁸.

Há, portanto, uma tendência de se reputar que o Poder Judiciário é a melhor

⁶⁴Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁶⁵*Ibid.*

⁶⁶Brandão, “A judicialização da política...”, *op. cit.*

⁶⁷Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*, 31.

⁶⁸Hirschl, “Novo Constitucionalismo...”, *op. cit.*, 164.

arena de debate político e que as instituições majoritárias como o Poder Legislativo e o Executivo são espaços de debate até certa medida.

3.8. Delegação (intencional) de responsabilidade das instituições majoritárias para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*)

Ocasionalmente, a judicialização da política ocorre quando as instituições majoritárias decidem que há certas questões que elas não desejam ter de decidir. Muito embora as lideranças dessas instituições possam negar essa condição, muitas vezes transparece que se trata de uma delegação intencional de determinados conteúdos em razão da sua complexidade dentro das sociedades⁶⁹. No entanto, questiona-se: por que as delegações intencionais ocorrem e quais seriam os ganhos em delegar intencionalmente questões ao Poder Judiciário?

Segundo Hirschl, essa transferência de problemas políticos para os Tribunais, principalmente para os Tribunais Constitucionais, trata-se de uma saída conveniente do ponto de vista dos políticos, que não enfrentam a responsabilidade de lidar com questões socialmente controversas, como o aborto, casamento de pessoas do mesmo sexo, uso de *cannabis* para fins medicinais. O autor afirma que:

“O cálculo dessa estratégia de “redirecionamento de culpa” é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então tal delegação pode beneficiar os atores políticos. [...] Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse”.⁷⁰

Instituições majoritárias delegam ao Poder Judiciário a liberdade de tratarem sobre temáticas controversas não apenas por conveniência, mas também porque pode evidenciar a ineficácia das instituições majoritárias quanto à questão debatida. No entanto, a omissão de delegar também indica uma condição de ineficácia do Legislativo e do Executivo na formulação de políticas⁷¹.

3.9. Rol de competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional

Parece claro que, quanto maior for o leque de competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional, mais matérias tenderão a ser deslocadas do processo político para o Poder Judiciário. No entanto, mais relevante do que o aspecto quantitativo, vale dizer, do número de demandas que são redirecionadas aos Tribunais, parece ser o relevo político das matérias que são levadas à Corte, isso porque essa é uma questão que pode inviabilizar o funcionamento do órgão, quando dotado de um rol de responsabilidades inexecutáveis e, por vezes, de

⁶⁹Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁷⁰Hirschl, “Novo Constitucionalismo...”, *op. cit.*, 165.

⁷¹Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

Hirschl, “Novo Constitucionalismo...”, *op. cit.*

Brandão, “A judicialização da política...”, *op. cit.*

reduzida importância. Nas democracias contemporâneas, as Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes são responsáveis por tratarem de matérias de significativo relevo político. Por exemplo, a Constituição da África do Sul permitiu que a Suprema Corte certificasse o projeto de Constituição elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte. Trata-se, portanto, de competência cujo teor político pode condicionar o funcionamento da Suprema Corte⁷².

No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui competência originária para conhecer 16 (dezesesseis) matérias, que tratam desde o julgamento de infrações penais comuns cometidas por autoridades centrais do país até o julgamento de demandas contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público. Trata-se de um rol significativo de competências que poderiam ser designadas a outros Tribunais Superiores, permitindo com que o STF tivesse por enfoque apenas o controle de constitucionalidade dos atos e normas, sendo essencialmente um Tribunal Constitucional.

3.10. Constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional

Duas propostas que conduzem a um cenário de expansão do Poder Judiciário é a constitucionalização abrangente e o elevado grau de dificuldade do processo de reforma constitucional. Segundo Brandão, quanto mais analítica e extensa for a constituição, mais matérias poderão ser analisadas pelo Poder Judiciário na sua função de zelar pela supremacia constitucional, sendo tendencialmente ampliado o seu espaço de atuação pelo próprio texto constitucional.

Por outro lado, o grau de dificuldade do processo de emenda constitucional chama atenção para a seguinte ideia: quanto mais complexo for o procedimento de reforma do texto constitucional, menor será a possibilidade de futuras maiorias emendarem as normas constitucionais que poderiam conduzir a superação de alguma decisão judicial⁷³.

Nesse sentido, a combinação da constitucionalização abrangente com a dificuldade no processo de reforma da constituição caminha para uma maior atuação do Poder Judiciário em detrimento da atuação do Poder Legislativo e Executivo, essencialmente Poderes representativos. De fato, se a Constituição for analítica, mas for sujeita a um procedimento simplificado de emenda, muito embora fomente a judicialização, não garante com que o Judiciário tenha a última palavra sobre uma demanda constitucional controvertida, permitindo-se, assim, a superação do precedente pelo Poder Legislativo.

⁷²Brandão, “A judicialização da política...”, *op. cit.*

⁷³*Ibid.*

IV. Judicialização da política no brasil: condições facilitadoras e o papel do Supremo Tribunal Federal

Como explicado anteriormente, o processo de redemocratização no Brasil promoveu diversos avanços e inovações em matéria de direitos e garantias fundamentais. Não obstante, as instituições também passaram por um processo de amadurecimento, a exemplo do Judiciário, que manteve sua função principal de julgar, mas assumiu também uma condição política em relação ao ordenamento jurídico. Em um exame mais aprofundado acerca das mudanças que a CF de 1988 instituiu ao Poder Judiciário, é possível confirmar que esta não entende o Judiciário como um órgão neutro, engessado na aplicação do direito ao caso concreto, mas sim um poder de caráter jurídico e político⁷⁴.

Considerando as particularidades do sistema jurídico no Brasil, afirma-se que o processo de redemocratização e reconstitucionalização contribuíram, em grande medida, para o surgimento do fenômeno da judicialização da política no âmbito nacional. Nesse sentido, considera-se que a CF de 1988 é o marco inicial para os estudos da judicialização da política no Brasil⁷⁵.

Barroso⁷⁶ afirma que as causas para ocorrência desse fenômeno são múltiplas, algumas delas expressam uma tendência mundial, enquanto que outras estão relacionadas diretamente com modelo e estrutura das instituições nacionais. Sendo assim, adaptando os estudos realizados por Tate e Vallinder⁷⁷ para a realidade do Brasil, construiu-se a seguinte lista de com algumas das condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil:

1) A promulgação da CF de 1998 com uma nova tessitura valorativa ao direito. Em análise a essa condição facilitadora, Verbicaro⁷⁸ afirma que a CF de 1988 atribuiu grande importância aos princípios constitucionais e consolidou o Estado Democrático de Direito, cujo fundamento está inscrito num extenso catálogo de direitos, como o da liberdade de expressão e de associação, do pluralismo político, da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e nos instrumentos processuais de proteção destes direitos, como o mandado de injunção e o mandado de segurança. Por meio desta carta constitucional, o Estado resgata promessas e assume um compromisso de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais. No entanto, a não realização destes compromissos permite que o Poder Judiciário intervenha na defesa dos indivíduos e grupos sociais que se

⁷⁴Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional”, *Cadernos Jurídicos* 40, ano 16 (2015): 67-81.

⁷⁵Verbicaro, *Judicialização da política ...*, *op. cit.*

⁷⁶Barroso, “Judicialização, ativismo judicial...”, *op. cit.*

⁷⁷Tate & Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power...”, *op. cit.*

⁷⁸Verbicaro, “Um estudo sobre as condições facilitadoras...”, *op. cit.*

Verbicaro, *Judicialização da política ...*”

sintam lesados pelo não cumprimento de seus direitos. Este é, portanto, um marco na atuação do Poder Judiciário, que se insere na arena política para proteção dos núcleos substanciais da CF de 1988.

2) Universalização do acesso à justiça. Esta é uma condição facilitadora que está diretamente relacionada com os estudos de Cappelletti. Para o autor, a ideia de acesso à justiça está relacionada com a acessibilidade do sistema por todos os indivíduos que necessitem da tutela estatal e com o regular funcionamento das estruturas jurídicas, o que proporcionaria resultados socialmente justos⁷⁹.

Sendo assim, a judicialização da política está vinculada ao acesso à justiça na medida em que àquela apenas se materializa se esta estiver garantida. Isto é, a judicialização depende diretamente do acesso à justiça para se tornar um fenômeno jurídico-político. Para Cappelletti⁸⁰, uma resposta para se garantir o acesso à justiça pode ser construída a partir da assistência jurídica gratuita (ou para os pobres), da representação dos interesses difusos e de um novo enfoque de acesso à justiça construído por:

“[...] a) procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos e eficientes e adequados a certos tipos de conflitos; b) promoção de uma espécie de justiça baseada na conciliação e no critério da equidade social distributiva; c) criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela os membros dos grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização”.⁸¹

O autor constrói, nesse sentido, caminhos que permitem à consolidação do acesso à justiça e confirma que este é um direito que não está vinculado apenas com o simples acesso ao Poder Judiciário, mas também aos procedimentos e mecanismos jurídicos que preconizam a efetividade processual, aproximando ainda mais o direito material e processual. No contexto nacional, o acesso à justiça é direito fundamental, de acordo com o art. 5º, XXXV da CF de 1988. Trata-se de uma disposição que permite com que o Poder Judiciário atue quando acionado por um particular ou coletividade na garantia do direito fundamental.

Na perspectiva da judicialização da política, o acesso à justiça imprime um papel fundamental aos legitimados à propositura das ações do controle concentrado (art. 103 da CF de 1988), que permite a discussão de questões políticas de significativo impacto nacional pelo STF.

3) A existência de uma constituição com textura aberta, com normas programáticas e cláusulas indeterminadas. Esta terceira condição facilitadora da judicialização da política no Brasil encontra sua raiz no momento de elaboração da CF de 1988, em que não havia uma bancada hegemônica que assegurasse um tratamento jurídico objetivo à discussão em questão, capaz de construir uma

⁷⁹Mauro Cappelletti, *Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet* (Porto Alegre: Fabris, 1988).

⁸⁰Cappelletti, *Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet, ...*

⁸¹Verbicaro, *Judicialização da política...*, op. cit., 421.

unidade e uma coerência no debate em torno da constituição. Com isso, recorreu-se às normas que permitissem complementações ou valorações posteriores em seu sentido e conteúdo normativo. Como resultado, percebeu-se que o Poder Judiciário teve sua discricionariedade e protagonismo ampliados:

“[...] percebe-se uma sensível diminuição do rigor e da estrita subsunção do juiz a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação. Verifica-se, pois, a ampliação das hipóteses nas quais os juízes são chamados a valorar autonomamente as normas constitucionais (e também as normas infraconstitucionais) e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao legislador. Tal mudança enfatiza as especificidades, peculiaridades e singularidades do caso concreto, o que propicia condições de possibilidade para uma análise equitativa e fundada em preceitos de uma justiça social e distributiva; mesmo que em nome de um certo déficit de certeza, previsibilidade, univocidade e exatidão da ordem jurídica”.⁸²

Diante da existência de fatores de indeterminação do direito (conceitos indeterminados, cláusulas gerais, conceitos normativos, conceitos discricionários e normas programáticas), o juiz é chamado para descobrir o direito do caso concreto, descortinando valorações e adaptando a norma à dinâmica da realidade social. Os fatores de indeterminação do direito conduzem à substituição do juiz estritamente vinculado à lei para o juiz responsável por modelar a vida social, que consegue captar e atender às múltiplas necessidades sociais. Nesse sentido, tais fatores de indeterminação do direito conduzem, ou em alguma medida possibilitam:

“[...] efetividade e força vinculante à Constituição, por intermédio do Poder Judiciário, que passa a ter uma atuação de cunho substancial a fim de efetivar os princípios democráticos, bem como a garantia dos direitos e garantias fundamentais. Para se garantir a máxima normatividade possível dos enunciados constitucionais atinentes aos direitos fundamentais, torna-se imperativo que o Poder Judiciário efetue o controle das políticas públicas, utilizando-se, para tanto, de técnicas hermenêuticas adequadas a fim de assegurar o caráter racional do processo decisório”.⁸³

No entanto, é válido lembrar que os fatores de indeterminação do direito não permitem ao magistrado uma total e irrestrita liberdade de julgamento. Segundo Verbicaro⁸⁴, há molduras e pautas normativas que devem ser observadas pelo magistrado no momento da interpretação e aplicação da norma ao caso concreto. É verdade que os fatores de indeterminação permitem uma ampliação da discricionariedade judicial e uma politização das reivindicações jurídicas, proporcionando maior destaque à atuação do Poder Judiciário, mas também condicionam um maior senso de responsabilidade para com a garantia dos direitos fundamentais, a eficácia de suas decisões, a promoção da igualdade e a inclusão social etc.⁸⁵

⁸²*Ibid.*, 426-427.

⁸³Verbicaro, “Um estudo sobre as condições facilitadoras...”, *op. cit.*, 396.

⁸⁴Verbicaro, *Judicialização da política...*, *op. cit.*

⁸⁵Verbicaro, “Um estudo sobre as condições facilitadoras...”, *op. cit.*
Verbicaro, *Judicialização da política...*, *op. cit.*

Na CF de 1988, há determinados conceitos cujos significados têm sido construídos com o passar do tempo, demonstrando se tratar de um processo contínuo, influenciado pela realidade e contexto social. Por exemplo, o STF, ao analisar o art. 226 e o conceito de família nele contido, compreendeu que a estrutura familiar composta por pessoas de mesmo sexo está abarcada neste conceito, ampliando a ideia de família pensada pelo constituinte originário. É, portanto, uma interpretação dada pelo Poder Judiciário que busca responder uma demanda social que buscava igualdade para todas as estruturas familiares estabelecidas.

4) Ampliação das competências do STF por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos e dos legitimados a propor ações do controle concentrado. De início, destaca-se que o Brasil adotou um amplo e complexo sistema de controle de constitucionalidade, misturando elementos tanto do modelo norte-americano, em que qualquer juiz ou tribunal pode julgar a constitucionalidade de leis em face da Constituição em casos concretos, e do modelo austríaco, em que uma Corte Constitucional julga a validade de uma lei em face da Constituição de modo teórico e abstrato, ou seja, sem haver a discussão de uma demanda entre partes interessadas⁸⁶.

Consequentemente, o controle de constitucionalidade apresenta-se como o principal instrumento de materialização da judicialização da política, na medida em que o Poder Judiciário passa a exercer a função de cancelar a validade de leis e políticas públicas aprovadas pelo Executivo e Legislativo⁸⁷.

Observa-se, inclusive, que o próprio Legislador brasileiro foi responsável por inserir no ordenamento jurídico nacional dispositivos que ampliaram gradativamente o papel do STF no exercício da Jurisdição Constitucional, em especial por meio do controle concentrado, a exemplo da criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) em 1993 e da aprovação das Leis n. 9.868 e n. 9.882 de 1999, que regulamentam a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a ADC e a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF).

Quanto aos legitimados ativos para propor as ações do controle concentrado, novamente, observa-se que o próprio Constituinte de 1987/1988 estabeleceu um extenso rol de entidades e órgãos no art. 103 da CF, o que acaba por transformar a modalidade concentrada de controle em arena de debates políticos e de lutas pela afirmação de interesses, sobretudo pela oposição política ao governo do momento.

5) A crise dos órgãos políticos eletivos no Brasil. Assim como em outras

⁸⁶Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, op. cit.

⁸⁷Verbicaro, "Um estudo sobre as condições facilitadoras...", op. cit.

Verbicaro, *Judicialização da política...*, op. cit.

democracias contemporâneas, é possível observar a crescente insatisfação do eleitorado brasileiro em relação aos órgãos representativos, que não conseguem concretizar a proposta constitucional de direitos e garantias fundamentais. Como consequência dessa desconfiança, os cidadãos buscam no Judiciário a resposta para seus anseios não atendidos pelo Executivo e pelo Legislativo. E, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, os Tribunais precisam dar uma resposta a tais demandas⁸⁸.

Conclusões

Considerando a temática discutida no presente artigo, compreendeu-se que a judicialização da política é um fenômeno relacionado com a expansão da atuação do Poder Judiciário, principalmente nas democracias contemporâneas. Como pressuposto conceitual para a judicialização, aponta-se: primeiro, o processo pelo qual magistrados e Tribunais dominam ou tendem a dominar a produção de políticas públicas; e segundo, a expansão simbólica e prática dos procedimentos tipicamente jurídicos em diversos contextos da vida política, delimitou-se que judicialização da política representa um fenômeno que caminha na fronteira entre a política e justiça.

Discorreu-se acerca da separação de poderes e do neoconstitucionalismo no contexto de expansão do Poder Judiciário. Compreendeu-se que a separação de poderes, nos moldes atuais não delimita a atuação do juiz a partir de uma simples atividade mecânica. Trata-se de uma atividade que, em razão da complexidade das demandas e da proposta de consolidação do Estado de Bem-Estar Social, por vezes, exige do magistrado a discussão acerca de outros poderes e dos direitos fundamentais.

Quanto ao chamado neoconstitucionalismo e sua participação na temática da judicialização da política, discorreu-se acerca do seu marco histórico, teórico e filosófico, que, conjuntamente, imprimem a proposta de que o magistrado, diante de uma demanda, pode se tornar um copartícipe do processo de criação do Direito, sendo possível de completar o trabalho do legislador a partir de suas decisões, realizando valorações de sentido para as cláusulas abertas e princípios constitucionais.

Foram apresentadas as condições facilitadoras da judicialização da política, sendo estas vistas em maior ou menor grau nas democracias contemporâneas. Concluiu-se que a judicialização da política consiste em um fenômeno decorrente de uma série de fatores conjugados, advindo principalmente das mudanças

⁸⁸Barroso, “Judicialização, ativismo judicial...”, *op. cit.*

Rogério Bastos Arantes, “Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil”, in *The Judicialization of Politics in Latin America*, edited by Rachel Sieder; Line Schjolden and Alan Angell (New York: Palgrave Macmillan, 2006); Verbicaro, “Um estudo sobre as condições facilitadoras...”, *op. cit.*

Verbicaro, *Judicialização da política...*, *op. cit.*

normativas pós II Guerra Mundial, do contexto de criação dos Tribunais Constitucionais e da busca por uma noção de Direito para além dos limites do positivismo jurídico; uma busca que valorizasse os direitos humanos e a atuação do magistrado na garantia dos direitos fundamentais.

Em especial, no caso do Brasil, concluiu-se que a judicialização da política surge, de modo mais consistente, a partir da CF de 1988, que inaugurou uma nova proposta de participação do Poder Judiciário no cenário político, o qual atende a função de proteger os direitos fundamentais face às omissões e violações estatais. Igualmente, concluiu-se que a judicialização da política, vale dizer, a expansão do Judiciário advém não de uma escolha própria dos magistrados e Tribunais, mas sim da própria estrutura constitucional e do desenho institucional vigentes no Brasil.

Bibliografia

Arantes, Rogério Bastos. “Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil”. In *The Judicialization of Politics in Latin America*, edited by Rachel Sieder; Line Schjolden and Alan Angell, 231-262. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

Barcellos, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”. *Revista de Direito Administrativo* 240 (2005): 83-103.

Barroso, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. *Revista de Direito Administrativo* 240, (2005): 1-42.

Barroso, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *[Syn]Thesis* 1(5), (2012): 23-32.

Barroso, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.^{ma} ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. *Revista da EMERJ* 23(6), (2003): 25-65.

Brandão, Rodrigo. “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo* 263 (2013): 175-220.

Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Cappelletti, Mauro. *Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Carvalho, Ernani Rodrigues de. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. *Revista de Sociologia e Política* 23 (2004): 115-126.

Ferraz Júnior, T. S. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”. *Revista USP* 21 (1994): 12-21.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. “A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional”. *Cadernos Jurídicos* 40, ano 16 (2015): 67-81.

Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Hirschl, Ran. “Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo”. *Revista de Direito Administrativo* 251 (2009): 139-178.

Montesquieu, Charles de Secondant (Barão de). *Do espírito das leis*. vol. 1. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

Nunes Júnior, Amandino Teixeira. “A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil”. *Revista de Informação Legislativa* 178, 45 (2008): 157-179.

Nunes Junior, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária*. Série: Temas de interesse do Legislativo n. 30. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

Ramos, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Ramos Duarte, Écio Oto y Pozzolo, Suzana. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2.^a ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

Tate, C. Neal & Vallinder, Torbjörn. “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”. In *The Global Expansion of Judicial Power*, edited by C. Neal Tate; Torbjörn Vallinder, 1-38. New York: University Press, 1995.

Verbicaro, Loiane Prado. “Um estudo sobre as condições facilitadoras da

judicialização da política no Brasil”. *Revista Direto GV* 2(4), (2008): 389-406.

Verbicaro, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariade judicial*. 2.^{da} ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS REFUGIADAS. UNA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DESDE LAS AMÉRICAS

International protection of refugees. An extension of the concept from the Americas

JORGE ÁLVAREZ NIEVAS*

Resumen: La protección internacional de las personas refugiadas está instituida por el régimen jurídico establecido por la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967. A nivel regional, mientras que África desarrolló un instrumento de protección para aquellas personas que huían de eventos situacionales ocurridos en el país de origen en 1969, las Américas contaban con instrumentos regionales de asilo orientados hacia ciertos perfiles específicos que no resultaban adecuados para proteger a miles de personas desplazadas forzosamente por causa de los conflictos internos que se libraron a partir de principios de los años ochenta en Centroamérica. Tal situación evidenció la necesidad de contar con un instrumento regional americano de protección para esos individuos a los que la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 no podían incluir en la definición del término persona refugiada. Así, los Estados adoptaron una nueva definición incorporando elementos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conocida como Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. A casi 40 años de esta, catorce países americanos la han incorporado en sus marcos normativos nacionales de asilo permitiendo brindar protección a miles de personas obligadas a huir de sus países de origen.

Palabras clave: Asilo; Declaración de Cartagena; Protección internacional; Definición regional; Definición ampliada; ACNUR.

Abstract: The international protection of refugees is instituted by the legal regime established by the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol. At the regional level, while Africa developed a protection instrument for those fleeing situational events in their country of origin in 1969, the Americas had regional asylum instruments oriented towards certain specific profiles that were not adequate to protect thousands of people forcibly displaced by the internal conflicts that began in Central America in the early 1980s. This situation highlighted the need for an American regional instrument of protection for those individuals whom the 1951 Convention and its 1967 Protocol could not include in the definition of the term refugee. Thus, the States adopted

*Oficial de Protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en Costa Rica.

Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Correo electrónico: jorgeaan26@hotmail.com

Los documentos y directrices del ACNUR reseñadas pueden consultarse en: www.acnur.org

a new definition incorporating elements of International Humanitarian Law and International Human Rights Law, known as the 1984 Cartagena Declaration on Refugees. Almost 40 years later, fourteen countries in the Americas have incorporated it into their national asylum frameworks, allowing them to provide protection to thousands of people forced to flee their countries.

Keywords: Asylum; Cartagena's Declaration; International Protection; Regional Definition; Extended Definition; UNHCR.

Sumario: Introducción. I. El asilo en las Américas. 1.1. El asilo como herramienta de protección para ciertos perfiles específicos. 1.2. Antecedentes a la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. 1.3. ¿Por qué se necesitó una nueva definición del término persona refugiada? 1.4. La innovadora definición regional de asilo. 1.5. Estructura y contenido de la Declaración de Cartagena de 1984. 1.6. CIREFCA, Reuniones de Expertos de Ciudad del Cabo y Montevideo y Directriz N°12 del ACNUR. 1.7. Elementos de la definición de persona refugiada de la Declaración de Cartagena. 1.7.1. *Violencia generalizada*. 1.7.2. *Agresión extranjera*. 1.7.3. *Conflictos internos*. 1.7.4. *Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*. 1.7.5. *Elemento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporado a la definición regional del término refugiado*. Conclusiones. Anexo 1.

Introducción

Nos encontramos a dos años de conmemorarse 40 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, en un contexto internacional caracterizado por países que lentamente se van recuperando de las consecuencias de la pandemia por COVID-19, por conflictos internos de diversa índole, persecución, violencia, violaciones a los derechos humanos, acontecimientos que alteraron gravemente el orden público, un conflicto armado de carácter internacional a partir de la agresión de una potencia extranjera, la Federación Rusa a Ucrania, situaciones que hacen que los desplazamientos forzados de población se continúen incrementando, y, nada parece desacelerarlos, alcanzando la cifra histórica de 100 millones de personas obligadas a huir de sus hogares¹.

Conforme el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR), en su informe anual Tendencias Globales², sobre desplazamientos forzados entre enero y diciembre de 2021, el número total de personas desplazadas forzosamente en todo el mundo era de 89,3 millones, entre los que se encuentran personas refugiadas, solicitantes de asilo, desplazadas internamente, y, venezolanas desplazadas en el extranjero³.

Ahora bien, al momento de la publicación de dicho informe (junio de 2022), acontecimientos ocurridos a principios de ese año, como la guerra en Ucrania, con un saldo de más de 7 millones de personas ucranianas desplazadas internamente y un registro de más de 6 millones refugiadas desde Ucrania, se ha convertido en una

¹ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2021* (ACNUR: 2022), 7.

²En: https://www.acnur.org/publications/pub_inf/62aa717288e/tendencias-globales-de-acnur-2021.html

³ACNUR, *Tendencias globales...*, op. cit., 4.

de las crisis de desplazamiento forzado más numerosa desde la Segunda Guerra Mundial. Burkina Faso y Myanmar, también han aportado a esta cifra récord de cien millones de personas desplazadas forzosamente⁴.

Regionalmente, retomando la conmemoración de la Declaración de Cartagena en 2024, permitirá generar un espacio de reflexión para evaluar los avances y desafíos en materia de protección internacional en las Américas desde la adopción de la novedosa definición del término de persona refugiada adoptada en 1984 por los participantes en el coloquio en la ciudad colombiana de Cartagena de Indias, que terminó por consagrar un nuevo abordaje para el tratamiento de personas desplazadas forzosamente en este continente.

A partir de ese hito histórico para la protección internacional de las personas refugiadas es que catorce estados americanos⁵ han incorporado en sus legislaciones nacionales sobre asilo dicha definición regional, tanto así, que algunos especialistas la han considerado costumbre regional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁶.

I. El asilo en las Américas

1.1. El asilo como herramienta de protección para ciertos perfiles específicos

El continente americano detenta una extensa tradición histórica en materia de asilo. Previamente a la celebración de la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, como así también posteriormente, las Américas han contado con instrumentos regionales de protección para las personas que debían huir de sus países a causa de la persecución, conocido como sistema americano de asilo. Varios fueron los factores que dieron lugar a ese régimen de protección propiamente americano. Entre ellos encontramos, la reiterada inestabilidad política en los países de la región, la falta de adhesión de varios estados al principal instrumento internacional sobre refugiados, la Convención de 1951, y el convencimiento por parte de los países de que el sistema americano de asilo era respuesta suficiente para los problemas de la región.

Antonio Fortín⁷ (2004), menciona que entre los instrumentos regionales que trataban o contenían disposiciones sobre asilo se encontraban los siguientes:

⁴*Ibidem*.

⁵Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

⁶Mondelli, Juan Ignacio, *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre refugiados (1984)*, 2018. Tesis de maestría.

⁷Fortín, Antonio, "Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration", en *Memoria del Vigésimo aniversario de la declaración de Cartagena sobre los Refugiados* (ACNUR: 2004), 281 y ss.

- Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889)⁸.
- Tratado para la extradición de criminales y para la protección contra el anarquismo (México, 1902)⁹.
- Acuerdo sobre extradición (Caracas, 1911)¹⁰.
- Convención sobre los deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles (La Habana, 1928)¹¹.
- Convención sobre Derecho Internacional Privado (La Habana, 1928)¹².
- Convención sobre asilo (La Habana, 1928).¹³
- Convención sobre extradición (Montevideo, 1933)¹⁴.
- Convención sobre asilo político (Montevideo, 1933)¹⁵.
- Convención Centroamericana sobre extradición (Guatemala, 1934).
- Tratado sobre asilo y refugio político (Montevideo, 1939)¹⁶.
- Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940)¹⁷.
- Declaración Americana de los derechos y obligaciones del hombre (Bogotá, 1948)¹⁸.
- Convención sobre asilo territorial (Caracas, 1954)¹⁹.
- Convención sobre asilo diplomático (Caracas, 1954)²⁰.
- Convención Americana sobre derechos humanos (Costa Rica, 1969)²¹.

⁸Firmado en la ciudad de Montevideo, Uruguay, el 23 de enero de 1889, en el primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

⁹Segunda Conferencia Panamericana, México, 1902.

¹⁰Celebrado durante el Congreso Bolivariano de Caracas, suscrito en la ciudad del mismo nombre el 18 de julio de 1911 por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

¹¹Suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana.

¹²Sexta Conferencia Interamericana (Código Bustamante).

¹³Firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana.

¹⁴Suscrita en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana.

¹⁵Firmada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana.

¹⁶Suscrito en Montevideo, Uruguay, el 4 de agosto de 1939, en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

¹⁷Firmado en Montevideo, Uruguay, el 19 de marzo de 1940, en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

¹⁸Adoptada por la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos.

¹⁹Adoptada en la Décima Conferencia Interamericana realizada en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954. Entrada en vigor el 29 de diciembre de 1954 de conformidad con el Artículo 14. Serie sobre Tratados, OEA, N°19.

²⁰Adoptada en la Décima Conferencia Interamericana realizada en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954. Entrada en vigor el 29 de diciembre de 1954 de conformidad con el Artículo 23. Serie sobre Tratados, OEA, N°18.

²¹Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. Serie Sobre Tratados, OEA, No. 36. "Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo

- Convención Interamericana sobre extradición (Caracas, 1981)²².
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Cartagena de Indias, 1985)²³.

Según Fortín²⁴, la protección acordada por dichos instrumentos regionales se aplicaba a las siguientes categorías de personas:

“1) Political offenders whose extradition has been requested; 2) Persons accused of having committed common crimes if, in the circumstances, it appears that their position will be negatively affected for reasons of race, religion, nationality or political opinion; 3) People fleeing persecution for any of the relevant reasons, regardless of whether they may qualify in addition as political offenders or not. Depending on the instrument, those reasons may be exclusively of a political nature or may include the five 1951 Convention grounds”.²⁵

Esta amplia gama de instrumentos regionales americanos, mayormente celebrados para proteger a personas de alto perfil político, no resultaban efectivos para proteger a aquellos flujos masivos de personas refugiadas que huían de crueles dictaduras o de conflictos internos de carácter no internacional. Así, fue necesario diseñar un instrumento regional que protegiese a miles de personas que huían de los horrores de las guerras civiles en el continente. Tampoco, la Convención de 1951 podía dar respuestas a estos miles de personas refugiadas que huían de sus países de origen, pues en gran medida los estados no eran parte de dicho tratado internacional o de serlo, los perfiles de personas huyendo, no se adecuaban a alguno de los cinco motivos de las cláusulas de inclusión establecidos por el instrumento internacional de referencia.

Según María Valdez el concepto de persona refugiada consagrado en 1951, con el paso del tiempo, devino “insatisfactorio” para brindar soluciones concretas acordes con la realidad que se presenta en el mundo contemporáneo. Esto quedó manifiesto con el surgimiento de nuevos motivos de desplazamientos, tanto individuales como colectivos, y con la aparición de grupos que, sin encajar en la definición convencional, se encuentran en una situación similar: se ven obligados

con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”

²²Adoptada en Caracas, Venezuela el 25 de febrero de 1981 por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Extradición. Entrada en vigor el 28 de marzo de 1992 de conformidad con el Artículo 31. Serie sobre Tratados, OEA, N° 60.

²³Adoptada en Cartagena De Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 por la Asamblea General en el decimoquinto período ordinario de sesiones. Serie sobre Tratados, OEA, No. 67.

²⁴Fortín, *op.cit.*, 282.

²⁵1) Delincuentes políticos cuya extradición había sido requerida; 2) Aquellas personas acusadas de cometer algún crimen común, cuya situación, según las circunstancias, se vea negativamente afectada por cuestiones de raza, religión, nacionalidad o ideología política; 3) Aquellas personas que huyan de la persecución por cualquiera de las relevantes razones que sean, sin importar que además se les considere "delincuentes políticos". Dependiendo del auto, estas causas pueden ser exclusivamente de naturaleza política o pueden incluir las cinco causas incluidas en la Convención de refugiados de 1951. (Traducción propia).

a cruzar las fronteras hacia países donde sentirse protegidos. De esta manera, en búsqueda de un régimen “satisfactorio”, se propuso el reconocimiento de la ampliación efectiva de dicho concepto, no necesariamente mediante otro protocolo o convenio internacional sino por soluciones prácticas, algunas de ellas ya aplicadas a determinados casos²⁶.

1.2. Antecedentes a la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984

Es importante reconocer la gran contribución de las Américas a la protección internacional de las personas refugiadas, no solamente a través de la Declaración de Cartagena, sino también del compendio de principios, normas, jurisprudencia y prácticas estatales en la región; la manera en que el asilo y la protección de las personas perseguidas, se ha desarrollado desde fines del siglo diecinueve²⁷.

En 1965, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, la Segunda Conferencia Extraordinaria Interamericana en Río de Janeiro recomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de una conferencia sobre refugiados, específicamente en respuesta a las nuevas situaciones de desplazamientos forzados en las Américas.

De hecho, las décadas de los cincuenta y los sesenta habían producido grandes flujos de refugiados en el Caribe para quienes los instrumentos latinoamericanos de asilo resultaron no ser efectivos. Los nuevos perfiles de personas refugiadas contrastaban con los marcos legales y las experiencias humanitarias de los países en la región. Dicho vacío se hizo particularmente evidente con los éxodos de personas refugiadas del Cono Sur en los años setenta, y también con respecto a los refugiados Centroamericanos en los setenta y en los ochenta²⁸.

Según Ruiz de Santiago, en mayo de 1981 el Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, organizó, en cooperación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), con el auspicio del ACNUR, un Coloquio “para examinar los problemas más delicados y más inmediatos del asilo y de los refugiados (...) las carencias y lagunas del orden jurídico internacional y del Derecho Internacional de los Refugiados”²⁹. Dicho Coloquio, según Ruiz de Santiago constituyó el antecedente más importante de la

²⁶Valdez Arroyo, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Pontificia Universidad Católica de Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), (Lima: Fondo Editorial, 2004), 16.

²⁷ACNUR, “The refugee situation in Latin América: Protection and solutions based on the pragmatic approach of the Cartagena Declaration on refugees of 1984”, *International Journal of Refugee Law* 18, 1 (2006): 252 y ss.

²⁸*Ibidem*, 263.

²⁹Ruiz de Santiago, Jaime, “La Declaración de Cartagena: Naturaleza jurídica y trascendencia histórica” en *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, (2004), 308.

reunión que habría de celebrarse tres años después en Cartagena de Indias, identificándose las necesidades más apremiantes en el campo del asilo y de los refugiados en América Latina.

El Coloquio de México terminó con una serie de conclusiones y recomendaciones, entre las cuales, Ruiz de Santiago, destaca la necesidad de realizar un esfuerzo para conjugar los aspectos más favorables de la tradición del sistema de asilo americano, con los elementos que aporta el sistema universal de protección a personas refugiadas y asiladas, así como la necesidad de extender en América Latina la protección que los instrumentos universales e interamericanos otorgan a personas refugiadas y asiladas; a todas aquellas personas que huyan de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjera, violación masiva de los derechos humanos o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o parte del territorio del país de origen³⁰.

Entre otras conclusiones, estas se refieren a la necesidad de intensificar la colaboración entre el sistema regional americano y el universal en materia de personas refugiadas, así como la necesidad de contar con un concepto más amplio de refugiado capaz de responder al nuevo fenómeno de llegada masiva de refugiados³¹.

1.3. ¿Por qué se necesitó una nueva definición del término persona refugiada?

Varias fueron las causas que dieron lugar al proceso que culminó con la adopción de la Declaración de Cartagena en Centroamérica en el año 1984. De esta forma, 1.8 millones de personas refugiadas y desplazadas internamente fueron afectadas por el conflicto que asoló Centroamérica entre fines de los años setenta y 1984. 150 mil refugiados centroamericanos recibieron asistencia en la región³².

Previamente, a comienzos de los años setenta había-comenzado en América del Sur, una nueva dinámica de interrupciones democráticas que no eran novedosas en la región y que generaban persecución por opinión política. Hubo miles de detractores de los gobiernos militares, que dejaban sus países en busca de garantizar su derecho a la vida, seguridad y libertad.

En Bolivia se dio un golpe de estado en 1971 encabezado por Hugo Banzer; en 1973 se interrumpió dramáticamente la democracia en Chile, en palabras de Halperin Donghi (2005), la llamada vía chilena al socialismo³³. La toma del poder por las fuerzas armadas encontró su expresión en una dictadura personal con vocación vitalicia caracterizada por una salvaje represión que obligó a miles de

³⁰*Ibidem*, 314.

³¹*Ibidem*.

³²Datos extraídos de folleto informativo del ACNUR “20 aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados”, ACNUR/B.Press.

³³Halperin Donghi, Tulio, *Historia Contemporánea de América Latina*, (2005), 624.

chilenos a refugiarse en un principio en Argentina, Brasil y Perú. Al mismo tiempo, unas cinco mil personas refugiadas latinoamericanas en el país andino debieron ser reasentadas en cerca de diez países. Más tarde y en efecto dominó, se sucederían los golpes de estado en Uruguay 1973, y en Argentina 1976. El citado autor refiere sobre lo ocurrido en Chile:

“En el exterior las denuncias de un muy vasto exilio, nutrido primero por la izquierda, pero ampliado muy pronto por las expulsiones con que el gobierno al avance de la oposición hacia el centro del espectro político, encontraron amplio eco en la opinión pública europea y norteamericana: fue esa emigración chilena la que primero colocó el tema de los derechos humanos en el centro de la agenda política latinoamericana”.³⁴

América Central y del Sur no fueron ajenas a la influencia de la Guerra Fría, en ese contexto tuvieron lugar en los años sesenta y setenta, diferentes conflictos internos en América Central. Grupos radicales alineados ideológicamente con la ex URSS se levantaron contra el Estado a través de guerra de guerrillas y el terrorismo urbano. La respuesta estatal fue de campañas de contrainsurgentes con el fin de privar a los rebeldes del apoyo popular, contexto en el cual las autoridades cometieron violaciones a los derechos humanos de la población rural, quienes quedaron inmersos en el fuego cruzado de ambos bandos.

La situación de América Central en los años setenta se caracterizó por la gravedad de sus conflictos internos extendidos en varios países de la región. Una coyuntura económica difícil, sumado a las desigualdades sociales generadas en el sector rural a causa de la diversificación económica, se profundizaron con el agotamiento del modelo de industrialización y quitaron dinamismo a las economías urbanas, paralizando la migración urbana. Dicha caracterización explicaría una de las causas de los conflictos internos armados que se libraron en Guatemala y El Salvador.

Respecto del caso guatemalteco resulta primordial destacar que la problemática de la distribución de la tierra, tema fundamental en la política centroamericana, resultó uno de los factores esenciales asociados a la desigualdad social que determinó el inicio del conflicto interno y como consecuencia, el éxodo de miles de guatemaltecos.

Ese contexto de exclusión social se incrementó entre los años 50 y 70, cuando la economía y la población crecieron velozmente. Dicha bonanza económica impulsó, en palabras de Halperin Donghi, el asalto final al patrimonio territorial del campesinado indígena, por parte de los grandes latifundistas, las corporaciones agrícolas y el ejército, en desmedro de las pequeñas explotaciones agrícolas. En las décadas de los 60 y 70 surgieron movimientos radicales en defensa de los intereses de las pequeñas agriculturas, enfrentándose a las autoridades a través de la guerra de guerrillas y el terrorismo urbano³⁵.

³⁴*Ibidem*, 634.

³⁵*Ibidem*, 712.

La respuesta estatal no se hizo esperar comenzando campañas contrainsurgentes o calificadas de antisubversivas, con el fin de evitar el apoyo popular a los rebeldes, ese contexto de combate contra la guerrilla fue aprovechado por las autoridades para expropiar las tierras de los campesinos en beneficio de la elite dominante. Tal medida potenció la lucha de los insurgentes que se volvió más cruenta, en la cual las autoridades cometieron violaciones a los derechos humanos de la población rural que estaba inmersa en el fuego cruzado. La brutalidad creciente del conflicto y sus respectivas represalias agravaron el éxodo de la población de las zonas afectadas hacia los países limítrofes.

Ochenta mil indígenas guatemaltecos cruzaron la frontera internacional y se asentaron en el Estado limítrofe de Chiapas (México), que posteriormente el ACNUR y la agencia intergubernamental mexicana (Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados) reubicaron en los estados de Campeche y Quintana Roo permitiéndoles la elección de asentamientos conforme las poblaciones mexicanas de indígenas de la misma etnia.

Resulta pertinente citar las palabras de Luis Ortiz Monasterio sobre los desplazados guatemaltecos que dan cuenta de la vulnerabilidad de los refugiados, especialmente si pertenecen a un pueblo originario: “Es evidente que no hay, en la faz de la tierra, una persona más desposeída que un refugiado, máxime cuando es indígena en tierra ajena”³⁶.

Como corolario resulta pertinente citar el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Guatemala del año 1981, el cual concluye:

“(…) Las grandes disparidades socioeconómicas existentes entre los diversos sectores de la población guatemalteca han contribuido, asimismo, a la generalizada violencia del país. Tales disparidades, entre otros aspectos, se manifiestan por la notable falta de correspondencia entre las tasas de crecimiento que Guatemala ha experimentado en los últimos años y la calidad de la vida de aproximadamente la mitad de la población del país, cuyos derechos económico-sociales —especialmente en lo que respecta a las necesidades básicas en materia de salud, nutrición y educación— no han sido realizados”.³⁷

Los principales flujos de refugiados en Centroamérica durante los años ochenta fueron desde El Salvador con destino a Belice (3000), Costa Rica (5000), Honduras (21.000), México (4.000), Nicaragua (2000), un total de 35.000 salvadoreños. Desde Guatemala con destino a México (40.000), Belice (1.000), un total de 41. 000 guatemaltecos. Desde Nicaragua con destino a Costa Rica

³⁶Ortiz Monasterio, Luis, Refugiados guatemaltecos en México: Un final feliz, Resoluciones de Asamblea General de la OEA. <http://www.oas.org/juridico/spanish/ortiz.html>

³⁷Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre Guatemala”, (Washington DC: OEA, 1981). <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala81sp/Cap.Conclusiones.htm>

(26.000), Guatemala (3.000), Honduras (24.000), un total de 53.000 nicaragüenses.

1.4. La innovadora definición regional de asilo

Del 19 al 22 de noviembre de 1984 se llevó a cabo en la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia), bajo los auspicios del Gobierno de Colombia y el ACNUR, la Universidad de Cartagena de Indias y del Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo (CRESET), un Coloquio sobre “La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios”, coloquio que finalizaría con la adopción de la Declaración de Cartagena.

Participaron delegados de Estados procedentes de Belice, Costa Rica, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela, así como expertos de Perú, Uruguay, Chile y la Santa Sede. También estuvieron presentes funcionarios del ACNUR y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados el Sr. Paul Hartling.

El mencionado Coloquio se llevó a cabo tras la elaboración de un Documento de Objetivos del Grupo Contadora aprobado en septiembre de 1983, que permitió la adopción del Acto de Contadora sobre la Paz y de la Cooperación de Centro América. El Documento de Objetivos del Grupo Contadora, los puntos referentes a las personas refugiadas en el Acto de Contadora y numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU y de su Comité Económico y Social (ECOSOC) relativas a las soluciones aplicables a la situación de afluencia masiva de personas refugiadas, precisan la necesidad de complementar ambos sistemas de protección internacional, ya sea en el ámbito de las Naciones Unidas o en el ámbito interamericano, sobre todo en momentos en que se plantea el desafío de afluencia de personas refugiadas en gran escala³⁸.

El ACNUR precisó sobre la necesidad de garantizar la protección de personas que se veían obligadas a dejar su país de origen como consecuencia de conflictos armados dentro del marco de violencia generalizada y violación masiva e indiscriminada de los derechos humanos, respetando siempre el carácter pacífico y humanitario del asilo, al igual que el respeto de no devolución³⁹.

El tema referente a la protección de personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala fue tratado por Carlos García Bauer, ex representante de Guatemala ante Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, en tanto Diego García Sayán, secretario ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas,

³⁸Ruiz de Santiago, *op.cit.*, 315.

³⁹*Ibidem*.

habló del Derecho Internacional Humanitario y la protección internacional de las personas refugiadas.

Estimó que “la conexión más profunda entre el Derecho Internacional Humanitario y el sistema de protección a los refugiados se encuentra en relación con la causalidad que existe entre las violaciones al Derecho Humanitario, en situaciones de conflicto armado no internacional y la generación de población civil que busca refugio y protección en otro país”. Resulta interesante el vínculo entre violación masiva de derechos humanos y/o violencia generalizada y producción de flujos masivos de personas que llegan a otro país en busca de protección. Tal era precisamente la situación que prevalecía en la región centroamericana.

El Dr. Odilón Méndez Ramírez de Costa Rica, reiteró la importancia de que el ACNUR atienda a las personas refugiadas víctimas de presiones y guerras civiles, exclamó “se trata de un tipo de refugiado diferente al tradicional “(...) pues este tipo de refugiado se desplaza masivamente de un país a otro en busca de protección”⁴⁰.

Marco Gerardo Monroy de Cabra, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, trató del Sistema Interamericano y la protección de los refugiados, explicando que en América el instituto del asilo territorial no coincide plenamente con el estatuto de los refugiados de la Convención de 1951. Diversos intentos de solución regional se plasmaron, por ejemplo, en el Anteproyecto de Convención Interamericana sobre refugiados de 1966 que nunca fue tratado. Pero el tema fue objeto de diversos pronunciamientos por parte de los diferentes órganos de la OEA. La Comisión Interamericana en su informe para la Asamblea General en el período 1981-1982 había recomendado:

“que la definición de refugiados en la región reconozca a las personas que huyen de sus países porque sus vidas han sido amenazadas por violencia, agresión, ocupación extranjera, violación masiva de derechos humanos y otras circunstancias que destruyen el orden público normal y para los cuales no existen recursos internos”.⁴¹

Por otra parte, Michel Najlis, de Nicaragua, recomendó igualmente: “ampliar el concepto de refugiado en términos similares a los que establece la Convención de la OUA, desde luego que conservando siempre la definición de la Convención de Ginebra”⁴².

El presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, César Sepúlveda, trató de la vinculación entre el Derecho Internacional Humanitario, los Derechos Humanos y la protección internacional de los refugiados. Subrayó la importancia de la interacción entre estos diferentes sistemas del Derecho Internacional en situaciones como aquella de los refugiados de América Central.

⁴⁰*Ibidem*, 318.

⁴¹*Ibidem*.

⁴²*Ibidem*, 319.

Otro miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Edmundo Vargas Carreño, trató sobre el asilo territorial y de los nuevos conceptos que presenta a la luz de la situación centroamericana:

“El problema más importante que ofrece este tema consiste en el cambio cuantitativo y cualitativo experimentado por los asilados. Mientras los instrumentos relativos al asilo, al menos los del sistema interamericano, fueron concebidos para proteger a dirigentes políticos individualmente considerados y cuyo asilo no causaba dificultades al país asilante, los masivos desplazamientos de centroamericanos, la mayoría de los cuales carecen de recursos económicos, están causando varias dificultades a los países de refugio. Esta es una realidad inédita e ineludible.

Es evidente que las convenciones regionales, como la de Caracas de 1954, resultaban absolutamente inadecuadas para resolver esa clase de problemas que nunca habían planteado. Aún la Convención de Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967 no contienen disposiciones que resuelvan el problema de la permanencia y subsistencia de refugiado en territorio de un Estado”.⁴³

Al término del Coloquio de Cartagena se adoptó como conclusión el documento “Declaración de Cartagena sobre los refugiados”.

1.5. Estructura y contenido de la Declaración de Cartagena de 1984

Ruiz de Santiago enuncia, como ya se ha destacado previamente, que América Latina detentaba una larga tradición en la protección de las personas perseguidas, rica producción de instrumentos regionales sobre la materia, y una abundante obra doctrinal relativa a la temática.⁴⁴ Y continúa argumentando, que la Declaración se sitúa en esa dinámica, heredera de una costumbre regional que se vincula al dinamismo internacional de carácter universal, que se hace visible en el mandato del ACNUR y se concretiza con la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967⁴⁵. La citada Declaración tiene una función catalizadora, ya que menciona principios que estructuran el Derecho Internacional de los Refugiados y que poseen validez universal.

La Declaración se compone de cuatro partes diferentes, la primera rememora las conclusiones y recomendaciones adoptadas en el Coloquio de 1981 realizado en México sobre Asilo y Protección Internacional de refugiados en América Latina, el cual establece criterios para el análisis y consideración de la materia; la segunda reproduce los compromisos relativos a refugiados incluidos en el Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en Centroamérica, la tercera reproduce una serie de conclusiones que son el resultado del coloquio llevado a cabo en Cartagena de Indias en ese mismo año, sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. Es

⁴³*Ibidem.*

⁴⁴*Ibidem*, 320.

⁴⁵*Ibidem.*

la tercera de las conclusiones la que contiene la declaración ampliada, y la cuarta, establece recomendaciones con el fin de observar los compromisos presentes en el Acta de Contadora, así como las conclusiones del Coloquio de Cartagena⁴⁶.

La tercera parte establece 17 conclusiones que representan el aporte más importante de la Declaración de Cartagena al Derecho Internacional de los Refugiados y vislumbra su convergencia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario:

“Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.⁴⁷

Ruiz de Santiago asevera que dicha definición ampliada, con raíces en la región, al igual que con raíces extrarregionales, trató de responder al problema de la afluencia masiva de personas refugiadas⁴⁸. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, fue la respuesta ante la necesidad urgente de protección de miles de personas desplazadas forzadas a causa del conflicto centroamericano de fines de los años setenta y principios de los años ochenta.

Asimismo, esta tiene un componente preventivo ya que fue diseñada mirando hacia posibles nuevos desplazamientos forzados, pues no se limitaba a las circunstancias históricas del momento, sino que también tenía la intención de tener alcance frente a los problemas de refugiados “que pudieran surgir en el futuro”⁴⁹. En la actualidad la mayoría de los países americanos han incorporado en sus legislaciones nacionales sobre asilo, además de la definición de persona refugiada establecida por la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, la definición del término persona refugiada propuesto por la Declaración de Cartagena.

Dichos procesos normativos se retrotraen a los años dos mil, cuando varios países de la región la incorporaron en sus marcos legales, otorgándole obligatoriedad a una definición receptada de un instrumento regional que se

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Disponible en: <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

⁴⁸ Ruíz de Santiago, *op. cit.*, 322.

⁴⁹ Cantor, David J. & Trimiño Mora, Diana, “¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15, 1 (2015): 171.

caracterizó por ser no vinculante. Así, principalmente en el cono sur, Brasil (1997), Paraguay (2002), Perú (2002), Argentina (2006), Uruguay (2006), Chile (2010), Bolivia (2012), Colombia (2015) y Ecuador (2017), sancionaron nuevas leyes de asilo, contemplando tanto la definición universal como la regional de persona refugiada. También algunos países de América Central como Belice (1991), El Salvador (2002), Honduras (2003), Nicaragua (2008), y, por América del Norte, México (2014).

Respecto del carácter no vinculante de esta, Mondelli ha acuñado recientemente, la teoría de que en la actualidad la Declaración de Cartagena es obligatoria para los países latinoamericanos, debido a que adquirió el carácter de norma de Derecho Internacional Consuetudinario particular⁵⁰. Una ventaja importante de la incorporación de la definición en los sistemas nacionales de asilo es que permitió a los Estados utilizarla para responder a la nueva y la cambiante dinámica de los movimientos de refugiados en América Latina⁵¹.

Es importante reconocer la gran contribución de las Américas y del sistema americano a la protección internacional de las personas refugiadas, no solamente a través de la Declaración de Cartagena, sino también del compendio de principios, normas, jurisprudencia y prácticas estatales en la región, por la manera en que el asilo y la protección de las personas perseguidas, se ha desarrollado desde fines del siglo diecinueve⁵².

1.6. CIREFCA, Reuniones de Expertos de Ciudad del Cabo y Montevideo y Directriz N°12 del ACNUR

Si bien, en el año 1989 la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA)⁵³ elaboró un documento sobre principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina, la interpretación por parte de los estados, sobre los elementos incluidos en la definición ampliada, ha sido cuestionada, y dejó en evidencia la dificultad a la que se enfrentan los órganos gubernamentales con competencia en el proceso de determinación de la condición de refugiado.

Con motivo de celebrar los 30 años de la Declaración de Cartagena, los Estados, el ACNUR, la academia, las organizaciones de la sociedad civil y organizaciones internacionales, iniciaron una serie de reuniones de expertos con el fin de aclarar la interpretación y aplicación de los elementos del Derecho

⁵⁰Mondelli, *op.cit.*, 3.

⁵¹Cantor, *op. cit.*, 188.

⁵²ACNUR, “The refugee situation in Latin América: Protection and solutions based on the pragmatic approach of the Cartagena Declaration on refugees of 1984”, *International Journal of Refugee Law* 18, 1 (2006): 252 y ss.

⁵³CIREFCA: *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, 1989, párrafo 34. www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/1582.pdf

Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contenidos en la citada definición ampliada.

Así, como se explicó previamente, en septiembre del año 2012 tuvo lugar en Ciudad del Cabo, una mesa redonda⁵⁴ sobre protección internacional para personas que huyen de conflictos armados y otras situaciones de violencia, y posteriormente en la ciudad de Montevideo, se llevó a cabo la reunión de expertos sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado incluida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984⁵⁵.

Ambas reuniones, la de expertos de Sudáfrica y la de Montevideo, fueron parte de un proyecto para el desarrollo de Directrices sobre Protección Internacional en torno a la condición de persona refugiada, de las personas que huyen de conflictos armados y otras situaciones de violencia. Cabe destacar que la reunión de Montevideo fue organizada como parte de los eventos conmemorativos del 30º aniversario de la Declaración de Cartagena en el año 2014.

Ya en 2004, al conmemorarse el vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena, los estados participantes adoptaron la Declaración y el Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.⁵⁶ El mencionado Plan de Acción en su capítulo segundo, la protección internacional para las personas refugiadas, destacaba la contribución de América Latina al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Refugiados y preveía la elaboración de un Manual de Procedimientos y Criterios para la Aplicación de la Definición de Refugiado de la Declaración de Cartagena, que a la fecha no se ha desarrollado.

En este contexto es que se visualizó la necesidad de contar con un documento con directrices para clarificar la interpretación y aplicación de instrumentos jurídicos internacionales y regionales sobre personas refugiadas, de solicitudes de asilo de personas que huyen de conflictos armados y otras situaciones de violencia.

El ACNUR publicó en diciembre de 2016 las Directrices sobre protección internacional N°12, tituladas “Solicitudes de estatus de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 relativo al estatuto de refugiado y las definiciones regionales de refugiado”⁵⁷.

⁵⁴ACNUR, *Mesa redonda sobre la protección internacional de las personas que huyen de conflictos armados y otras situaciones de violencia*, Proyecto de Derechos de los Refugiados, (Ciudad del Cabo: Universidad de Ciudad del Cabo, 2012), 1.

⁵⁵ACNUR, *Reunión de Expertos sobre la Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984*, (Montevideo: 2013), 1.

⁵⁶La reunión tuvo lugar en la ciudad de México el 16 de noviembre de 2004.

⁵⁷Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>

Las mismas fueron redactadas para esclarecer el párrafo 164⁵⁸ del Manual del ACNUR sobre Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y complementan dicho Manual.

Estas Directrices proporcionan orientación en la interpretación de las definiciones de refugiado incluidas en: El artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967⁵⁹; El artículo I (2) de la Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África de 1969 (Convención de la OUA de 1969)⁶⁰ y, Conclusión III (3) de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 (Declaración de Cartagena)⁶¹.

La inclusión de las definiciones regionales de persona refugiada en esas directrices, se refiere a su aplicación en las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia; en la mayoría de esas situaciones, se generan persecuciones de índole política, religiosa, étnica, social o de género, y en tal caso, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su protocolo de 1967 resultaría directamente aplicable a las personas civiles desplazadas por situaciones de conflicto armado y violencia por esos motivos⁶².

⁵⁸“164. Las personas que se ven obligadas a dejar su país de origen como resultado de conflictos armados internacionales o nacionales, no son consideradas normalmente como refugiados con arreglo a las disposiciones de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967. Sin embargo, gozan de la protección prevista en otros instrumentos internacionales, por ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de guerra y el Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”.

⁵⁹“Artículo 1. -- Definición del término "refugiado": A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:(...) 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea”.

⁶⁰Artículo 1. “2. El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.”

⁶¹“Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

⁶²ACNUR, *Directrices sobre protección internacional N°12: Solicitudes de estatus de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A (2) de la Convención de*

1.7. Elementos de la definición de persona refugiada de la Declaración de Cartagena

La Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) elaboró un documento con la interpretación de los principios y criterios establecidos por la Declaración de Cartagena, en pos de cooperar con los estados en los análisis de determinación de la condición de refugiado, de solicitantes provenientes de países que atravesaban conflictos armados y violencia. A los efectos de la Declaración de Cartagena, los siguientes elementos son para analizar: violencia generalizada; agresión extranjera; conflictos internos; otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y violación masiva de los derechos humanos.

1.7.1. Violencia generalizada

A diferencia de lo propuesto por CIREFCA⁶³, los expertos en Montevideo sostuvieron que el concepto “violencia generalizada”, término no definido por el Derecho Internacional Humanitario, no debería limitarse a una interpretación tradicional vinculada a su aplicación en un contexto de conflicto armado en los términos del Derecho Internacional Humanitario⁶⁴, sino que el enfoque más apropiado sería recurrir a normas de derechos humanos y a la identificación de indicadores del tipo y el nivel de violencia que se da en el país de origen.

En ese sentido, el representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aclaró que dicha Comisión se ha referido a indicadores similares al describir situaciones de “violencia generalizada” en algunos países de la región; éstos incluyen: a) el número de incidentes violentos, así como que el número de víctimas de esos incidentes sea muy alto; b) la violencia existente inflige grave sufrimiento a la población; c) la violencia se manifiesta en las formas más atroces, como masacres, tortura, mutilación, tratos crueles, inhumanos y degradantes, ejecuciones sumarias, secuestros, desapariciones de personas y violaciones flagrantes del Derecho Internacional Humanitario; d) la realización de los actos de violencia con frecuencia está destinada a causar terror y, finalmente, a crear tal situación, que las personas no tienen otra opción más que huir de la zona afectada; e) la violencia puede emanar de agentes estatales y no estatales, y cuando emana de los primeros, o de otros que actúan por instigación o con el consentimiento de las autoridades del Estado, los autores gozan de impunidad; f) cuando la violencia

1951 y/o el Protocolo de 1967 relativo al estatuto de refugiado y las definiciones regionales de refugiado, 2016, 1.

⁶³“La violencia generalizada” se refiere a conflictos armados según los define el derecho internacional, sea que se trate de un conflicto internacional o no internacional. Para que la violencia sea generalizada debe ser continua, general y sostenida.

⁶⁴ACNUR, *Reunión de Expertos...*, op. cit., 4.

emana de agentes no estatales, las autoridades no pueden controlarlos eficazmente; y g) el nivel y alcance de la violencia es tal, que el funcionamiento normal de la sociedad se ve gravemente afectado⁶⁵.

Se concluyó que la violencia generalizada incluiría situaciones con masivas y serias violaciones de los derechos humanos, tornándola como generalizada no siempre por la intensidad en la violencia, sino por la extensión y densidad geográfica⁶⁶. La misma incluiría la violencia estatal, así como la ejercida por actores no gubernamentales.

Las Directrices N°12 del ACNUR explican que el término "Violencia generalizada" no es técnico, ni tiene un significado estricto o cerrado. El término abarca situaciones caracterizadas por violencia que es indiscriminada y/o suficientemente amplia hasta el punto de afectar a grandes grupos de personas o poblaciones enteras. Debe tenerse como referencia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para determinar si prevalece una situación de violencia generalizada, y en ese sentido, sería apropiado identificar indicadores factuales relacionados con el número y el tipo de incidentes de seguridad, así como el nivel general de violencia en el país de origen y su efecto sobre poblaciones civiles. Las situaciones de violencia generalizada incluyen condiciones que implican violaciones masivas y/o graves de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario. La violencia generalizada se establece a través de la intensidad o dispersión geográfica de la violencia, o mediante una combinación de estas, afirman las citadas directrices⁶⁷.

Considerando que la "violencia generalizada" no es un término que se encuentra en el Derecho Internacional Humanitario, no puede limitarse a situaciones de conflicto armado en el sentido de dicho régimen jurídico, aunque puede incluir estas situaciones si se cumplen las condiciones de aplicabilidad de este⁶⁸.

1.7.2. Agresión extranjera

En lo que respecta a la "agresión externa", CIREFCA recurrió a la definición de *Agresión* propuesta por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que la definió como "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o de cualquier otra manera incompatible con la Carta de las Naciones Unidas"⁶⁹.

⁶⁵*Ibidem*.

⁶⁶*Ibidem*, 5.

⁶⁷ACNUR, *Directrices...*, *op. cit.*, 15.

⁶⁸*Ibidem*.

⁶⁹Resolución de la Asamblea General de la ONU 3314 (XXIX) del 14/12/1974 sobre Definición de la Agresión.

La reunión de expertos de Montevideo recordó que la interpretación correcta del término “agresión extranjera”, tal como lo enuncia la Declaración de Cartagena, es el establecido por artículo 8 bis⁷⁰ del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁷¹, definido como *crimen de agresión*, que ofrece un análisis detenido del alcance de dicho concepto a la luz del Derecho Internacional Humanitario, equiparándolo a una situación de conflicto armado internacional.

Por su parte las Directrices N°12 del ACNUR concluyeron que "agresión extranjera" se entiende de la misma manera que los términos "agresión", "guerra de agresión" y "acto de agresión" como se encuentran definidos en el derecho internacional, así como el término "agresión externa" incluido en la Convención de la OUA de 1969. De acuerdo con el objeto y el propósito de la Declaración de Cartagena, la agresión extranjera puede equipararse al crimen que conduce a un conflicto armado internacional (CAI) en el sentido del Derecho Internacional Humanitario (DIH)⁷², así como a situaciones no clasificadas como tal bajo dicho régimen jurídico. Esas situaciones pueden incluir conflictos impulsados por injerencia externa o que han ingresado de estados vecinos, debido a la presencia

⁷⁰Crimen de agresión:

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

⁷¹El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Entró en vigor el primero de julio de 2002; *United Nations, Treaty Series, Vol. 2187, No. 38544; Depositario: Secretario General de las Naciones Unidas, <http://treaties.un.org>*. Las enmiendas al artículo 8 reproducen el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-6, en tanto que las enmiendas a los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter reflejan el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-8; ambas notificaciones del depositario tienen la fecha 29 de noviembre de 2010.

⁷²Ver el artículo 2 (1) común de los Convenios de Ginebra de 1949.

de (miembros de) fuerzas armadas de otro estado o a incursiones de grupos armados extranjeros⁷³.

1.7.3. Conflictos internos

En el documento elaborado por CIREFCA (1989), se expresa que los “conflictos internos” pueden ser considerados como conflictos armados no internacionales. En primer lugar conflicto interno, el cual según el artículo 3⁷⁴ común a las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional II se refiere a los conflictos armados no internacionales, definiéndolos como todos los conflictos armados que no son cubiertos por el artículo 1⁷⁵ del Protocolo Adicional I y “que tiene lugar en el territorio de un Estado Parte entre sus fuerzas armadas y las fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados que bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio

⁷³ACNUR, *Directrices...*, *op. cit.*, 16.

⁷⁴Artículo 3:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

⁷⁵Artículo 1: *Principios generales y ámbito de aplicación*

1. Las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia.

2. En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

3. El presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios.

4. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”.

Los conflictos armados internacionales definidos por las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional I⁷⁶ que incluyen todos los casos de guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que pueda surgir entre dos o más partes, aun si el estado de guerra no es reconocido por una de ellas⁷⁷. Un conflicto armado comprende cualquier disputa entre dos Estados que lleva a la intervención de miembros de las fuerzas armadas de uno o de los dos Estados⁷⁸.

En segundo lugar, el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra⁷⁹ y el Protocolo Adicional II⁸⁰ que se refiere a los conflictos armados no internacionales. Este Protocolo, sin modificar las condiciones y aplicaciones existentes del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra, define a éstos como todos los conflictos armados que no son cubiertos por el artículo I del Protocolo Adicional I y “que tiene lugar en el territorio de un Estado Parte entre sus fuerzas armadas y las fuerzas disidentes u otros grupos armados organizados que bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que

⁷⁶Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I) 1949 Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II) 1949 Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III) 1949. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) 1949. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

⁷⁷Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978 de acuerdo con el artículo 95.

⁷⁸Artículo 2 común a las Convenciones de Ginebra de 1949, Artículo 1.4 del Protocolo I que también incluye entre los conflictos armados internacionales aquellos en los cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera; y la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional relativo a las Relaciones Amistosas y Cooperación entre los Estados, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.

⁷⁹Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la Cuarta Convención de Ginebra relativa a la Protección de Civiles en Tiempo de Guerra, CICR, Ginebra, 1958, 20.

⁸⁰Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y aplicar el Protocolo”⁸¹.

CIREFCA concluyó que los “conflictos internos” pueden ser considerados como armados no internacionales cubiertos por el Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y por el Protocolo Adicional II. Los expertos en Montevideo reconocieron que el término “conflictos internos” ha sido interpretado por los países de América Latina para hacer lugar a un “conflicto armado no internacional” (CANI), el cual está previsto en el artículo 1 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 1949⁸².

Sin embargo, hubo un novedoso aporte, ya que remarcaron que dicho enfoque no es coincidente con el objetivo de protección de la Declaración de Cartagena y, si se mantiene el enfoque con otros instrumentos internacionales regionales de protección y la intención de los redactores de Cartagena de responder a crisis humanitarias, se considera que el Derecho Internacional Humanitario tiene carácter informativo, por lo tanto no es determinante en cuanto a la existencia de un conflicto interno, como sí lo serán las calificaciones realizadas por las partes involucradas o afectadas por el mismo⁸³.

Según la Directriz del ACNUR, los “conflictos internos” en la definición de refugiado de Cartagena, incluye a los conflictos armados no internacionales (CANI) en el sentido del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Sin embargo, teniendo en cuenta el propósito de protección de la Declaración de Cartagena, el término “conflictos internos” se extiende a conflictos armados internos que no están clasificados como CANI en el sentido del DIH. Según la Directriz, el DIH se considera informativo, aunque no determina si existe un conflicto interno. Del mismo modo, las calificaciones realizadas por las partes involucradas o afectadas, también se consideran informativas más que determinantes⁸⁴.

Para los efectos de la definición de refugiado de Cartagena, de acuerdo con la Directriz del ACNUR, las situaciones que caen por debajo del umbral de un CANI en el sentido del DIH pueden ser mejor abordadas bajo los motivos de “violencia generalizada” o “violación masiva de los derechos humanos”⁸⁵.

1.7.4. Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público

El cuarto elemento de la definición de Cartagena: “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, que CIREFCA entendió como resultado de actos provocados por el hombre y no desastres naturales, incluye

⁸¹Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra, Artículo 1.1.

⁸²ACNUR, Reunión de expertos..., *op. cit.*, 5.

⁸³*Ibidem*, 6.

⁸⁴ACNUR, *Directrices...*, *op. cit.*, 16.

⁸⁵*Ibidem*.

disturbios y tensiones internas, tales como motines, actos de violencia aislados y esporádicos y otros actos de naturaleza similar siempre que perturben seriamente el orden público.

De acuerdo con la interpretación del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) sobre el Protocolo II, se define a los “disturbios internos” como situaciones en las cuales no hay un conflicto armado como tal, pero existe una confrontación dentro del país, la cual está caracterizada por una “cierta gravedad o duración” y la cual conlleva a actos de violencia. Esta última puede asumir varias formas desde la generación espontánea de actos de revuelta, hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades en el poder. En estas situaciones, las cuales no se degeneran necesariamente en una lucha abierta, las autoridades en el poder movilizan extensivamente sus fuerzas policiales, o inclusive las fuerzas armadas, para restaurar el orden interno. El alto número de víctimas hace necesaria la aplicación de “un mínimo de reglas humanitarias”.

Las “tensiones internas”, por su parte, incluyen en particular “situaciones de seria tensión” (política, religiosa, racial, social, económica, etc.), pero también las consecuencias de conflicto armado o de disturbios internos. Tales situaciones tienen una o más de las siguientes características, sino todas al mismo tiempo: arrestos en gran escala, un gran número de presos “políticos”; la existencia probable de duras o inhumanas condiciones de detención; la suspensión de las garantías judiciales fundamentales ya sea como parte de la promulgación del estado de emergencia o simplemente de hecho; supuestos desaparecidos. En conclusión, como se ha mencionado arriba, hay disturbios internos sin que haya un conflicto armado, cuando el Estado usa la fuerza armada para mantener el orden; hay tensiones internas, sin que haya disturbios internos, cuando se usa la fuerza como una medida preventiva para mantener el respeto de la ley y el orden.⁸⁶

Respecto de este elemento, los expertos en Montevideo advirtieron que dicho concepto “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, se entendía con menos claridad. Explicaron que la noción de “orden público” no tiene una definición aceptada universalmente, y que podría ser interpretada en el contexto de Cartagena como una referencia a la paz y la seguridad/estabilidad de la sociedad y el funcionamiento de las instituciones. Situación que se puede dar en tiempos de conflicto y/o paz⁸⁷.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho concepto ha sido definido en relación con el recurso de los estados al artículo 27⁸⁸ de la Convención Americana de Derechos Humanos en los casos de declaración

⁸⁶Comentario del CICR sobre el Protocolo II, CICR, Ginebra, 1987, 1335.

⁸⁷ACNUR, *Reunión de expertos...*, *op. cit.*, 7.

⁸⁸Artículo 27. Suspensión de Garantías: “1. 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”.

de estado de emergencia. Sin embargo, explican los expertos, que una declaración de estado de emergencia no debe entenderse como un requisito previo para la existencia de “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, aunque sin duda será indicativo de una situación de este tipo⁸⁹.

Asimismo, los expertos, examinaron la relación: circunstancia objetiva del “orden público” y las otras circunstancias objetivas. Algunos consideraron que la inclusión de la expresión “otras” podría reflejar la intención de proporcionar a los estados cierta flexibilidad para garantizar la protección en circunstancias que, o bien, no alcanzan el umbral de violencia de las otras cuatro circunstancias de la definición de Cartagena, o que no coinciden con el carácter de las otras circunstancias⁹⁰.

Las Directrices del ACNUR, aclaran que de todas las circunstancias a las que se hace referencia en la definición de refugiado de Cartagena, las “otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, son las menos aplicadas por los órganos nacionales de adjudicación cuando se determinan solicitudes de asilo bajo la definición de refugiado de Cartagena⁹¹.

La noción de “orden público”, aunque no tiene una definición universalmente aceptada según las directrices, puede interpretarse en el contexto de la definición de refugiado de Cartagena como referente a la paz, seguridad interna y externa, así como a la estabilidad del Estado y de la sociedad, sumado al funcionamiento normal de las instituciones del Estado, basado en el respeto del Estado de Derecho y de la dignidad humana. Las circunstancias que perturban gravemente el orden público pueden tener lugar en tiempos de conflicto armado en el sentido del DIH, así como en tiempo de paz⁹².

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las circunstancias que perturban gravemente el orden público se han definido por referencia, en parte a los actos de los Estados que establecen derogaciones a sus obligaciones en materia de derechos humanos en los casos en que se ha declarado estado de emergencia. Sin embargo, expresa el ACNUR, una declaración de estado de emergencia no debe considerarse como un prerrequisito para la existencia de una circunstancia que perturbe gravemente el orden público, aunque sería normalmente indicativa de tal situación⁹³.

Según el ACNUR la inclusión del adjetivo “otro” en “otras circunstancias” en la definición de refugiado de Cartagena, permite a los Estados otorgar protección en circunstancias más allá de las relacionadas con las cuatro situaciones a las que se hace referencia en la definición de refugiado de Cartagena.

⁸⁹ACNUR, *Reunión de expertos...*, *op. cit.*, 8.

⁹⁰*Ibidem*.

⁹¹*Ibidem*, 16.

⁹²*Ibidem*, 17.

⁹³*Ibidem*.

1.7.5. Elemento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporado a la definición regional del término refugiado

El quinto de los cinco elementos incluidos en la Declaración de Cartagena, de acuerdo con CIREFCA, es el perteneciente al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se refiere a las violaciones masivas de los derechos humanos. Se considera cumplido cuando se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos del Hombre⁹⁴, los dos Pactos Internacionales sobre derechos civiles y políticos, y sociales, económicos y culturales de 1966, las Convenciones regionales sobre derechos humanos, las Convenciones contra la tortura, la Convención contra todo tipo de discriminación de la mujer y otros instrumentos relevantes.

En particular, pueden considerarse como violaciones masivas de derechos humanos, la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en forma grave y sistemática, así como aquellas que son objeto de la Resolución 1503 del ECOSOC⁹⁵, la cual establece un procedimiento especial para instancias que revelan una constante violación de derechos humanos y libertades fundamentales en forma grave y sistemática.

Por otra parte, los expertos en Montevideo encontraron útil la interpretación dada a “violaciones masivas de los derechos humanos” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, se hizo especial mención al término “masivo” relacionado con el grado o la magnitud de las violaciones reportadas⁹⁶. En contextos donde la identificación de las víctimas es compleja, debido a la extensión de las violaciones a los derechos humanos contra grupos de personas o comunidades enteras; cuando los efectos de las violaciones van más allá de las víctimas reales o directas y afectan a otros segmentos de la población se calificarían bajo dichas circunstancias. También, los elementos de planificación y organización por parte del autor serían indicios. Cuando el agente perpetrador es una agente no estatal, la responsabilidad del Estado se ve comprometida si las autoridades no quieren o no pueden proteger a los ciudadanos. En tal contexto, el desplazamiento forzado puede equivaler a una violación masiva de los derechos humanos⁹⁷.

Asimismo, destacan que los pronunciamientos de la Comisión Interamericana o de la Corte, no son requeridos para determinar que en una situación se están cometiendo violaciones masivas de los derechos humanos. La

⁹⁴Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948) 183ª. Sesión Plenaria.

⁹⁵Resolución #1503 (XLVII) del Consejo Económico Social (1970) 1.693 sesión plenaria, 27 de mayo de 1970.

⁹⁶ACNUR, *Reunión de expertos...*, *op. cit.*, 6.

⁹⁷*Ibidem*.

existencia de un pronunciamiento o de medidas cautelares o provisionales en un contexto, apoyaría dicha calificación. Asimismo, declaraciones de organismos internacionales de derechos humanos podrían ser utilizadas como referencia⁹⁸.

Los expertos, identificaron un enfoque similar con CIREFCA, cuando se establecen situaciones donde: “se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes”⁹⁹. CIREFCA, se refiere y ha seguido en la práctica de los Estados, tanto los criterios cualitativos (grave, atroz) como cuantitativos (sistemática), como la “forma grave y sistemática” de las violaciones de los derechos humanos.

Por su parte, la Directriz del ACNUR, observa que para determinar si prevalece una situación de “violación masiva de los derechos humanos”, la referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH es relevante. El término “masivo” se refiere a la escala o magnitud de la violación, independientemente de la duración, y como tal, la violación puede ser el resultado de un solo evento. Cuando los efectos de las violaciones de los derechos humanos van más allá de las víctimas reales/directas para afectar a grandes segmentos de la población, o incluso a la sociedad en su conjunto, la situación también puede clasificarse como “violación masiva de los derechos humanos”¹⁰⁰.

Los elementos de planificación y organización por parte del perpetrador –ya sea un Estado o un actor no estatal– también pueden indicar una situación de “violación masiva de los derechos humanos”, aunque no son un requisito según la directriz. En el caso de actores no estatales que cometen abusos contra los derechos humanos, puede haber una situación de “violación masiva de los derechos humanos” cuando el Estado es incapaz o no quiere proteger a sus ciudadanos al no prevenir, investigar, perseguir o sancionar estas violaciones¹⁰¹.

De acuerdo con la Directriz, la existencia de sentencias o medidas provisionales de la Corte IDH, o medidas cautelares de la CIDH, constituirían una fuerte evidencia de que existe una situación de violación masiva de los derechos humanos. Las declaraciones de órganos o tribunales de derechos humanos también pueden proporcionar indicadores relevantes. Sin embargo, tales sentencias o medidas no están requeridas para calificar una situación como “violación masiva de los derechos humanos”¹⁰².

⁹⁸*Ibidem*.

⁹⁹CIREFCA, *Principios...*, *op. cit.*, 11.

¹⁰⁰ACNUR, *Directrices...*, *op. cit.*, 6.

¹⁰¹*Ibidem*.

¹⁰²*Ibidem*, 17.

Conclusiones

El sistema de protección internacional para las personas refugiadas se ha caracterizado por su continuo desarrollo, progresividad y actualización durante los siglos XX y XXI, de acuerdo con los nuevos flujos de desplazamiento forzado que se iban presentando y las nuevas necesidades de protección internacional imperantes¹⁰³.

El año pasado 2021 se conmemoraron setenta años de la celebración de la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, y, en 2024, serán los cuarenta años de la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984, ambos instrumentos que conforman el régimen de protección para las personas refugiadas a nivel internacional y regional, respectivamente.

El caso paradigmático de las Américas, como también el africano, demostraron que los Estados Parte de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967, ante situaciones de desplazamientos masivos de población, no encontraban en el citado instrumento internacional respuestas de protección para ciertas poblaciones que huían y cruzaban fronteras internacionales temiendo por sus vidas e integridad física. Tampoco las encontraban en los instrumentos regionales sobre asilo político o diplomático de los cuales eran parte.

Como ya ha quedado evidenciado, varias han sido las iniciativas del ACNUR para encontrar respuesta a dicha pregunta, la reunión de Ciudad del Cabo de 2012, la de Montevideo de 2013, la Directriz N°12 sobre protección internacional de 2016, han abordado el tema de las definiciones regionales y las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

Las citadas directrices refieren que ciertos escenarios podrían sugerir la relevancia y aplicabilidad, tanto de la definición de la Convención de 1951, como de una de las definiciones regionales ante una solicitud individual de la condición de refugiado. Por el contrario, un individuo podría ser refugiado bajo una de las definiciones regionales, pero no bajo la definición de la Convención de 1951, donde no podría establecerse el nexo causal entre sus temores de persecución y un motivo de dicho tratado. En dichos casos, las definiciones regionales amplían el rango de perfiles elegibles para incluirse en la definición de persona refugiada.

En ese sentido, y a partir de las Conclusiones de la Reunión de Montevideo y la Directriz N°12, se podría concluir que la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional, no pueden proteger a ciertos perfiles de población que provienen de situaciones de afluencias masivas, que carecen de perfiles específicos y que huyen de la violencia indiscriminada. Sin embargo, estos casos podrían ser protegidos

¹⁰³Guy S. Goodwin-Gill y Jane Mc Adam, *The refugee in international Law*, Third edition, (Oxford, 2007), 37.

por las definiciones regionales para personas refugiadas.

Está claro que, a setenta años de la adopción de la Convención de 1951, junto al Protocolo de 1967, éstos continúan siendo la piedra angular para la protección de las personas refugiadas. Pero no es un régimen perfecto y debe complementarse con los demás instrumentos regionales de protección citados, y así como la progresividad del derecho lo hace una ciencia en continua evolución, es de esperarse que las definiciones de personas refugiadas, internacionales y regionales actúen en beneficio de la persona humana.

La evolución del Derecho Internacional de las personas refugiadas ha permitido se amplíe el espectro de protección a las personas solicitantes de asilo y refugiadas reconocidas. Asimismo, los estándares de protección, con motivo de esta nueva conceptualización, han permitido se genere un umbral diferente al establecido por la Convención de 1951, permitiendo de esa forma, que mayor número de personas se gocen de protección internacional.

La definición ampliada fue pensada hacia el futuro, para hacer frente a las situaciones que pudiesen surgir y generar desplazamientos forzados de población en la región. Fue pensada como una herramienta de protección eficaz y flexible, que permitió a los Estados armonizar sus necesidades legítimas de seguridad y de protección nacional con aquellas relativas a la asistencia humanitaria de aquellas personas que necesitan protección internacional.

Se puede concluir, que a pesar de contar con un régimen jurídico de protección de las personas refugiadas que alberga concepciones universales y regionales, no estamos ante un enfoque contradictorio del mismo, sino que nos encontramos ante un caso de evolución progresiva del Derecho Internacional de los Refugiados.

Bibliografía

ACNUR. *Directrices sobre protección internacional N°12: Solicitudes de estatus de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 relativo al estatuto de refugiado y las definiciones regionales de refugiado*, 2016. <http://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>

ACNUR. *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 1988.

ACNUR. *Mesa redonda sobre la protección internacional de las personas que huyen de conflictos armados y otras situaciones de violencia*, Proyecto de

Derechos de los Refugiados, Universidad de Ciudad del Cabo, Ciudad del Cabo, 2012.

ACNUR. *Reunión de Expertos sobre la Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984*, Montevideo, 2013.

ACNUR. *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2021, 2022*. https://www.acnur.org/publications/pub_inf/62aa717288e/tendencias-globales-de-acnur-2021.html

ACNUR. “The refugee situation in Latin América: Protection and solutions based on the pragmatic approach of the Cartagena Declaration on refugees of 1984”, *International Journal of Refugee Law* 18, 1, 2006.

ACNUR. “20 Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre refugiados”, ACNUR/B.Press, 2004.

Cantor, David J. & Trimiño Mora, Diana. “¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15, 1 (2015): 165-194.

CIREFCA. *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, 1989. www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/1582.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre Guatemala”, Washington DC: OEA, 1981. <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala81sp/Cap.Conclusiones.htm>

Fortín, Antonio. “Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration”, en *Memoria del Vigésimo aniversario de la declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, ACNUR, 2004.

Guy S. Goodwin-Gill y Jane Mc Adam. *The refugee in international Law*, Third edition, Oxford, 2007.

Halperin Donghi, Tulio. *Historia Contemporánea de América Latina*, 2005.

Mondelli, Juan Ignacio. *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre refugiados (1984)*, 2018.

OUA. Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, 1969.

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac934b2>

Ortiz Monasterio, Luis. *Refugiados guatemaltecos en México: Un final feliz, Resoluciones de Asamblea General de la OEA.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/ortiz.html>

Ruiz de Santiago, Jaime. “La Declaración de Cartagena: Naturaleza jurídica y trascendencia histórica” en *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, 2004.

Valdez Arroyo, Flor de María. *Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Pontificia Universidad Católica de Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Fondo Editorial, 2004.

ANEXO 1.

“ESTADOS AMERICANOS QUE HAN INCORPORADO EN SU LEGISLACION NACIONAL DE ASILO LA DEFINICION DE PERSONA REFUGIADA ESTABLECIDA POR LA DECLARACION DE CARTAGENA DE 1984”.

ARGENTINA

- *Ley N° 26.165, 18 de noviembre de 2006. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado.*

ARTICULO 4° — A los efectos de la presente ley, el término refugiado se aplicará a toda persona que:

a) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él.

b) Ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

BELICE

- *Refugees Act, 16 August 1991.*

4. Subject to the provisions of this section, a person shall be a refugee for the purposes of this Act if –

a. owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, he is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or

b. not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence, he is unable or, owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, membership of a particular social group or political opinion, is unwilling to return to it; or

c. owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, he is compelled to leave his place or habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.

BOLIVIA

- *Ley N° 251, de 20 de junio de 2012. Ley de Protección a Personas Refugiadas.*

Artículo 15. (Definición).

I. A los efectos de la presente Ley, se entiende indistintamente por persona refugiada a quien:

a. Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera, a causa de dichos temores, acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera, a causa de dichos temores, regresar a él.

b. Ha huido de su país de nacionalidad o, careciendo de nacionalidad, ha huido de su país de residencia habitual porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

II. También será considerada como persona refugiada a aquella que al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no reunía las condiciones descritas anteriormente, pero que como

consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida, cumple plenamente las cláusulas de inclusión establecidas en los incisos a) o b) del presente Artículo.

BRASIL

- *Lei N° 9.474, 22 de julio de 1997, Que define mecanismos para la implementación del Estatuto de los Refugiados de 1951 y crea el “Comitê Nacional para os Refugiados”*

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a 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;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

CHILE

- *Ley N° 20.430, 8 abril de 2010, Establece disposiciones sobre protección de refugiados*

Artículo 2º.- Concepto de Refugiado. Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores.

2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.

3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.

4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o

residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida.

- *Decreto 837, 14 de octubre de 2010, Aprueba Reglamento de la Ley N°20.430, Que Establece Disposiciones Sobre Protección De Refugiados.*

Artículo 2°.- Concepto de refugiado.

Son refugiados aquellos extranjeros a los que se hubiese reconocido dicha condición, por encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

1. Tener fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél, debido a dichos temores.

2. Haber huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.

3. Carecer de nacionalidad, y que por los motivos expuestos en los numerales anteriores se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.

4. Los que si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida.

COLOMBIA

- *Decreto N° 1067, 26 de mayo de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.*

Artículo 2.2.3.1.1.1. Definición. A efectos del presente capítulo, el término refugiado se aplicará a toda persona que reúna las siguientes condiciones:

a) Que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;

b) Que se hubiera visto obligada a salir de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada,

agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente al orden público, o;

c) Que haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en caso de que se procediera a la expulsión, devolución o extradición al país de su nacionalidad o, en el caso que carezca de nacionalidad, al país de residencia habitual.

ECUADOR

- *Ley Orgánica de Movilidad Humana, 5 de enero de 2017.*

Artículo 98.- Persona Refugiada. Será reconocida como refugiada en el Ecuador toda persona que:

1. Debido a temores fundamentados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera de su país de nacionalidad, y no pueda o quiera, a causa de dichos temores, acogerse a la protección de su país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él.

2. Ha huido o no pueda retornar a su país porque su vida, seguridad o libertad ha sido amenazada por la violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y no pueda acogerse a la protección de su país de nacionalidad o residencia habitual.

EL SALVADOR

- *Decreto N° 918, 22 de agosto de 2002, Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas*

Considerando:

(...)

I.- Que la República de El Salvador ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, mediante Decreto Legislativo No. 167, de fecha 22 de febrero de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 46, Tomo 278, de fecha 7 de marzo de 1983;

II.- Que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 12 numeral 1 de la Convención y III del Protocolo, antes referidos; en los principios

contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, es necesario establecer la legislación nacional que garantice la aplicación de los referidos instrumentos internacionales; y, (...)

Art. 4.- Para los efectos de aplicación de la presente Ley, se considera refugiado:

a) A toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, etnia, género, religión o creencia, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad, y no pueda, a causa de dichos temores, o no quiera acogerse a la protección de tal país;

b) Que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país de su residencia habitual, por fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, etnia, género, religión o creencia, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él; y,

c) Al que ha huido de su país de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

El reconocimiento de la condición de refugiado tiene una naturaleza declarativa, civil, humanitaria, apolítica y confiere un estatuto de protección internacional a la persona.

HONDURAS

- *Decreto N° 208, 12 de diciembre de 2003, Ley de Migración y Extranjería.*

Artículo 42. Reconocimiento de la Condición de Refugiado. Le será reconocida la condición de refugiado a quienes:

1) Por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o política, así como sus opiniones se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de su país debido a dichos temores;

2) Por carecer de nacionalidad y por los motivos expuestos en el numeral anterior, se encuentren fuera del país en el que tenían residencia habitual, y no puedan o no quieran regresar a él;

3) Hayan huido de su país porque su vida, seguridad o libertad se han visto amenazados por cualquiera de los motivos siguientes;

a) Violencia generalizada, grave y continua;

b) Agresión extranjera entendida como el uso de la fuerza armada por

parte de un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del país de origen;

c) Conflictos armados internos suscitados entre las fuerzas armadas del país del que se huye y fuerzas o grupos armados;

d) Violencia masiva, permanente y sistemática de los derechos humanos;

y,

e) Que sufran persecución mediante violencia sexual u otras formas de persecución de género basada en violaciones de derechos humanos consagrados, en instrumentos internacionales.

4) También serán considerados como refugiados todas aquellas personas, que dependan directamente del refugiado y que constituyan un grupo familiar; asimismo, las personas que acompañen al refugiado o se hayan unido a él posteriormente, siempre y cuando se encuentren bajo su dependencia.

Asimismo, podrán solicitar permiso especial de permanencia como refugiados los extranjeros que encontrándose legalmente en territorio hondureño se sientan amenazados por los motivos expresados en los numerales 1), 2) y 3) de este artículo.

MÉXICO

- *Decreto DOF 30-10-2014, 25 de septiembre de 2014, Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (antes Decreto DOF 27-01-2011, Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, 9 de diciembre de 2010).*

Artículo 13. La condición de refugiado se reconocerá a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:

I. Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y

III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser

amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

NICARAGUA

- *Ley N° 655, 3 de junio de 2008, Ley de Protección a Refugiados.*

(...) II

Que el Estado de Nicaragua, ha sido partícipe del histórico aporte de América Latina al Derecho Internacional de los Refugiados, efectuado mediante la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados adoptada en 1984, en la cual el concepto de refugiados es adaptado a las necesidades actuales en la materia e integra principios novedosos en relación a los derechos fundamentales de las personas refugiadas;

(...)

Artículo 1. Definición del término “refugiado”. Para los efectos de esta Ley, se considera refugiado a toda persona a quien la autoridad competente le reconozca dicha condición cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

A) Que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, la religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país;

B) Que careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en el inciso anterior, se encuentre fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; o

C) Que haya huido de su país o del país donde antes tuviera su residencia habitual, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Se reconocerá igualmente la condición de refugiado a toda persona que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o de residencia habitual, encontrándose en el extranjero, tenga temores fundados de persecución de conformidad con los incisos A, B, y C del presente artículo.

A las personas que satisfacen estos elementos les resultarán aplicables las disposiciones de la presente Ley, por lo cual estarán exentos de la normativa migratoria ordinaria, en particular aquellas disposiciones relativas a la inadmisión, la detención, la retención, la expulsión, la deportación y las restricciones o limitaciones a la libertad de movimiento.

PARAGUAY

- *Ley N° 1938, 2 de julio de 2002, Ley general sobre refugiados.*

Artículo 1°.- A los efectos de la presente ley, el término refugiado se aplicará a toda persona que:

- a) se encuentre fuera del país de su nacionalidad, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y que, a causa de dichos temores, no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de su nacionalidad y hallándose como consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; y
- b) se hubiera visto obligada a salir de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente al orden público.

PERU

- *Ley N° 27891, 20 de diciembre de 2002, Ley del Refugiado.*

Artículo 3°.- Definición de Refugiado.

Se considera como refugiado:

- a) A la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.
- b) A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público.
- c) A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al inciso a) del presente artículo.

URUGUAY

- *Ley N° 18076, 14 de noviembre de 2006, Estatuto de Refugiado.*

Artículo 2º. (Cláusula de inclusión).- Será reconocido como refugiado toda persona que:

A) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de pertenencia a determinado grupo étnico o social, género, raza, religión, nacionalidad, u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o -a causa de dichos temores- no quiera acogerse a la protección de tal país, o que careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o -a causa de dichos temores-, no quiera regresar a él.

B) Ha huido del país de su nacionalidad o careciendo de nacionalidad, ha huido del país de residencia porque su vida, seguridad o libertad resultan amenazadas por la violencia generalizada, la agresión u ocupación extranjera, el terrorismo, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos o cualquier otra circunstancia que haya perturbado gravemente el orden público.

AVANCES Y RETOS EN LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DIGITAL CONTRA LAS MUJERES EN MÉXICO

*Progress and challenges in the prevention and eradication of digital violence
against women in Mexico*

MARÍA FERNANDA SÁNCHEZ DÍAZ*

Resumen: El artículo nos presenta un análisis de la eficacia de los derechos humanos de las mujeres, particularmente, del derecho a una vida libre de violencia enfocándolo en la violencia digital, un tipo de violencia que va en aumento y cuya complejidad está en gran medida en la determinación de la competencia jurídica en el mundo digital, donde el establecimiento de fronteras digitales no existe, al menos en Latinoamérica, a diferencia de Europa que sí, ha ido avanzando en esa situación. El uso indebido de la tecnología ya sea por ignorancia o por dolo conlleva consecuencias que pueden ser irreparables, nos referimos a que la desesperación en la que puede colocarse la víctima la puede llevar a cometer suicidio o a buscar venganza de propia mano. Lo anterior va de la mano con la inoperancia de los sistemas de procuración y administración de justicia que contribuyen a que, al menos en el caso de México, se tenga una impunidad que alcanza casi el 100% y una cifra negra que se encuentra entre el 93% de delitos no denunciados, donde podemos ubicar perfectamente a las víctimas de los delitos cibernéticos. De esta forma, en el artículo podrán conocer las reformas que se han realizado en México, que podríamos pensar que han llegado de manera tardía y ante exigencias de la sociedad, principalmente de víctimas que hicieron ver la necesidad de tipificar las conductas que se cometen en Internet, donde las mujeres y las niñas son las más vulnerables.

Palabras clave: Derechos humanos; mujeres; violencia de género; violencia digital; víctimas.

Abstract: The article presents us with an analysis of the effectiveness of women's human rights, particularly, the right to a life free of violence, focusing on digital violence, a type of violence that is on the rise and whose complexity lies largely in the determination of legal competence in the digital world, where the establishment of digital borders does not exist, at least in Latin America, unlike Europe, which has been making progress in this situation. The improper use of technology, whether due to ignorance or intent, entails consequences that may be irreparable, we mean that the desperation in which the victim may be placed, lead them to commit suicide or seek revenge at their own hand.

*Profesora de Carrera de Tiempo Completo de la Universidad Nacional Autónoma de México e Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), México. ORCID: 0000-0002-7519-5258. Correo electrónico: mafernandasanchezdiaz@gmail.com

The foregoing goes hand in hand with the ineffectiveness of the justice administration and prosecution systems that contribute to the fact that, at least in the case of Mexico, there is impunity that reaches almost 100% and a black figure that is between 93% of unreported crimes, where we can perfectly locate the victims of cybercrimes. In this way, in the article you will be able to learn about the reforms that have been carried out in Mexico, which we might think have come late and in the face of demands from society, mainly from victims who pointed out the need to typify the behaviors that are committed in Internet, where women and girls are the most vulnerable.

Keywords: Human rights; women; gender violence; digital violence; victims.

Sumario: Introducción. I. Las mujeres y el reconocimiento de sus derechos humanos. II. Marco jurídico de protección a las mujeres víctimas de violencia digital. III. Los nuevos riesgos de la violencia digital para las mujeres. Conclusiones.

Introducción

El presente artículo nos lleva a analizar un breve panorama del reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, desde la necesidad de ir contemplando la igualdad entre mujeres y hombres en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que promovió un trato más igualitario gracias a la participación de mujeres tan importantes como Eleanor Roosevelt, así como conocer los compromisos que se han ido adquiriendo a nivel internacional mediante la suscripción y ratificación de tratados internacionales como la Convención de CEDAW y la Convención Belém do Pará, hasta pasar a la Plataforma de Acción de Beijing y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Igualmente, se aborda brevemente la importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un mecanismo adicional de protección de las víctimas de violaciones a derechos humanos, ya sea por acciones u omisiones por parte del Estado que se ha sometido a la jurisdicción de estas instancias internacionales, mismas que nos han permitido tener hoy en día sentencias tan importantes como la referente a los Femicidios en Ciudad Juárez, México, mejor conocida como la sentencia del Caso González y Otras Vs. México, también conocida como “Campo Algodonero”.

Sentencia que obligó a México a tipificar el feminicidio y que tardó demasiados años en materializarse, pero sobre todo muchas víctimas, así como también, como medida de reparación se logró la tipificación de este delito en todo el país, con cierto nivel de armonización, sin embargo, el número de feminicidios sigue creciendo, por lo que, también se aborda el tema desde la perspectiva de que en ocasiones no es suficiente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancione a un país para que las cosas cambien, sino que la voluntad política es fundamental para ello.

Se podrán conocer las reformas penales y a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, para atender los casos de violencia digital, siendo una por el caso de la Ley Olimpia y otra por la Ley Ingrid, que si bien se dan en dos contextos distintos, se deja ver que la violencia digital contra las mujeres en México, las termina persiguiendo aún después de muertas, es decir, su dignidad sigue siendo agraviada después de haber sido víctimas de delitos como el feminicidio y ello ante la insensibilidad de los servidores públicos que intervienen en las investigaciones criminales y que por morbo y falta de ética han difundido imágenes de mujeres muertas.

Finalmente, se aborda cómo ha ido evolucionando la violencia digital contra las mujeres hasta llegar a lo que está en la mesa de debates, como es el metaverso, donde ya se han presentado casos de agresión sexual en contra de mujeres y ante los cuáles no hay un mecanismo real de protección ante la falta de regulación.

I. Las mujeres y el reconocimiento de sus derechos humanos

Para entrar al estudio del tema que nos ocupa es importante señalar lo que de acuerdo con la legislación mexicana se entiende por Derechos Humanos de las Mujeres, definición que se encuentra prevista en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia publicada en el Diario Oficial de la Federación en el año 2007:

“Derechos de las Mujeres: Refiere a los derechos que son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales contenidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de la Niñez, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará) y demás instrumentos internacionales en la materia.”¹

En este contexto, si partimos desde una postura iusnaturalista² de lo que entendemos por Derechos Humanos y el alcance en su reconocimiento, consideraríamos que las mujeres ya estaban completamente protegidas al igual que los hombres; sin embargo, en un mundo iuspositivista, donde lo que vale, lo que es vinculatorio jurídicamente hablando es aquello que ha sido reconocido a través de un proceso jurídico-legislativo.

Esta situación ha obligado a especificar cada vez más determinados derechos para grupos que históricamente han sido los más ignorados y lastimados, como son las mujeres, las y los niños y adolescentes, los adultos mayores, personas con

¹Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Artículo 5, fracción VIII, México, 2022.

²Cfr. Castro Blanco, Elías, “Derechos Humanos: Del Iusnaturalismo clásico al Iusnaturalismo moderno”, Colombia, *Revista Logos Ciencia & Tecnología* 2, 1 (2010).

discapacidad, grupos indígenas y personas con distintas preferencias sexuales, por señalar solamente algunos ejemplos.

Asimismo, este hecho que encuadra a estos grupos como vulnerables, nos obliga como nación y como sociedad a exigir una protección más profunda y focalizada, para con ello contribuir a disminuir la discriminación, la desigualdad y la violencia que históricamente estos grupos han experimentado.

En este sentido, por un lado, es que contamos con instrumentos internacionales y legislaciones nacionales que protegen particularmente a este sector de la sociedad, como es el caso de las mujeres, siendo el Juicio de Amparo el mecanismo por excelencia de protección jurisdiccional de derechos humanos que opera en México, donde a través de las resoluciones que se han dictado, ha permitido avanzar en estos temas, gracias al análisis de categorías sospechosas que deben ser analizados por los impartidores de justicia para evitar la discriminación y considerar las particularidades de las partes en el proceso y así garantizar la igualdad sustantiva en los juicios³.

Por otro lado, en los últimos años hemos sido testigos de distintas transformaciones políticas, sociales y jurídicas a nivel mundial en materia de reconocimiento de los derechos humanos. Diversas acciones internacionales han permitido visibilizar esta situación; podemos tomar como referencia de las acciones que se fueron promoviendo para alcanzar esa igualdad sustantiva que tanto anhelamos desde la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, documento que es un punto de referencia para el reconocimiento de los derechos humanos a nivel internacional; recordando que se crea como consecuencia de las violaciones a derechos humanos que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial⁴.

De esta forma, por cuanto hace a la histórica lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, nos podemos remontar al siglo XX con la participación que tuvieron ciertas mujeres para la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contando en este punto con la importantísima participación de Eleanor Roosevelt como Presidenta del Comité de Redacción de la Declaración, donde entre otros aspectos se incluyó el principio de igualdad de género, así como la igualdad entre hombres y mujeres que se presenta desde el preámbulo de la Declaración⁵.

³Cfr. Sánchez de Tagle, Gonzalo, “Derecho a la igualdad y no discriminación: la doctrina de la Suprema Corte”, México, *Nexos*, 24 de julio de 2017, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/derecho-a-la-igualdad-y-no-discriminacion-la-doctrina-de-la-suprema-corte/>

⁴Cfr. Fraga Martínez, Judith, “Los Derechos Humanos y su relación con la Equidad de Género”, Documento con recomendaciones para una ruta crítica para la construcción de los procesos de la incorporación de la perspectiva de género en el desarrollo de los programas de promotores de los Institutos de la Juventud, México, Instituto Nacional de las Mujeres, http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/BCS/BCS_MA12_RC_PEG_juventud_2012.pdf

⁵Cfr. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Lo anterior cobra relevancia si nos remontamos a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento que si bien representa uno de los más importantes avances por cuanto hace al reconocimiento de los derechos humanos y es un marco de referencia para muchas Constituciones, también es cierto que excluía completamente a las mujeres, en donde, como acertadamente refiere Ricardo Ruiz Carbonell, “la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 donde se ubica el constitucionalismo moderno; sin embargo, para llegar a esa época transcurrieron muchos siglos de exclusiones y ausencia de reconocimiento en contra de las mujeres”⁶.

Por lo que, el lograr siglos más adelante, la inclusión de la igualdad y un lenguaje neutral significó un gran avance para la lucha que ha venido a transformar los ámbitos jurídico, político, económico y social a nivel global.

En este sentido, no obstante, a pesar de que en el año 1948 se empezaron a reconocer los derechos en igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, es hasta el año 1995 con la Plataforma de Acción de Beijing que se hizo más evidente la situación que habían venido experimentando las mujeres en el mundo. La reunión que logró convocar a un número sin precedente de participantes de distintas nacionalidades tenía como objetivo implementar acciones que impulsaran la igualdad de género sin importar la cultura del país.

Es cierto que contamos con un marco internacional importante en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres como son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer “Convención de CEDAW” y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”.

Ambas con carácter vinculante para los Estados Parte y que atienden temas tan sensibles como son la discriminación y la violencia contra las mujeres, mismas que han sido observadas por parte del Comité CEDAW de la Organización de las Naciones Unidas, donde han manifestado su gran preocupación por los altos índices de violencia contra las mujeres, donde entre otros puntos recomiendan que se “refuerce su estrategia de seguridad pública para luchar contra la delincuencia organizada, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluidas las derivadas de la Convención, y acabe con los altos niveles de inseguridad y violencia que siguen afectando a las mujeres y las niñas”⁷.

⁶Ruiz Carbonell, Ricardo, “Estado constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Algunos factores determinantes de las desigualdades entre los sexos”, *Revista IUS* 5, 28 (2011), https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200011

⁷Cfr. Naciones Unidas, “Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México”. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 25 de julio de 2018, <https://mexico.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2018/07/comunicado-cedaw>

De esta forma, se hace un señalamiento muy importante sobre el desconocimiento que tienen las víctimas de violencia de género respecto de sus derechos, problema que va de la mano con la alta cifra de delitos no denunciados en México⁸ y que representan un factor para los altos índices de impunidad.

Las observaciones y recomendaciones emitidas por el Comité CEDAW al Estado Mexicano, se presentan para reflejar la situación que persiste en México por cuanto hace a los avances y retrocesos en materia de reconocimiento y protección real de los derechos de las mujeres; una protección que dista mucho de ser una realidad, más aún cuando los tipos de violencia que se cometen en contra de las mujeres avanzan mucho más rápido que los procesos legislativos que tipifiquen diversas conductas como delitos, así como los avances en materia de acceso a una justicia eficaz que ayuden a combatir los altos índices de impunidad en el sistema de procuración e impartición de justicia mexicano.

En este sentido, la judicialización de los delitos cometidos en contra de mujeres tiene un alto índice de impunidad en el sistema de procuración e impartición de justicia en México⁹, situación que es de conocimiento de instancias internacionales como el Comité CEDAW, quien entre sus señalamientos destaca la falta de conocimiento de la perspectiva de género por parte de los impartidores de justicia, observación que coloca en entredicho la eficacia del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género elaborado y publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para atender los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano ante la suscripción y ratificación de diversos instrumentos internacionales como la Convención Belém do Pará¹⁰.

De esta forma, las observaciones realizadas de manera acertada sobre la situación de acceso a la justicia para las mujeres, demuestran las particularidades y obstáculos ante los que se tienen que enfrentar todas aquellas mujeres que han sido víctimas de un delito, obstáculos como el aspecto financiero, la revictimización institucional, el desconocimiento y falta de empatía por parte de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia e incluso la criminalización, entre otros aspectos normativos y políticos que no facilitan el ser mujer en México.

De acuerdo con cifras presentadas por México Evalúa “el 94.8% de los casos de violencia contra las mujeres no alcanzan una resolución efectiva”¹¹, situación que se complica aún más en los casos de la violencia digital, como bien lo demostró la luchadora social Olimpia Coral Melo que logró lo impensable en una sociedad

⁸Cfr. INEGI, “Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2022”, México, INEGI, septiembre de 2022, <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2022/>

⁹Cfr. Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad – MCCI, “Corrupción e Impunidad en materia de Género en México: 2018-2021”, México, MCCI, 4 de marzo de 2022, <https://contralacorrupcion.mx/corrupcion-e-impunidad-en-materia-de-genero-en-mexico-2018-2021/>

¹⁰*Idem.*

¹¹Vázquez Mata, Verónica. “Acceso a la justicia según el género”, *Animal Político* (2022), <https://www.animalpolitico.com/verdad-justicia-y-reparacion/acceso-a-la-justicia-segun-el-genero/>

tan patriarcal como la mexicana, nos referimos a la reforma que se realizó en el Código Penal y en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Dicha normatividad de la cual hablaremos en el siguiente apartado y que se dio derivado de que una persona compartió imágenes íntimas sexuales de Olimpia y la respuesta de ella fue sobreponerse, contando afortunadamente con el apoyo de su familia, para exigir un castigo para su victimario y de esta forma se alcanzó el consenso político para realizar una serie de reformas que el día de hoy se conocen como Ley Olimpia en reconocimiento a ella.

El tránsito hacia una efectiva impartición de justicia, particularmente para las mujeres, ha originado la necesidad de acudir ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un trayecto que no es nada sencillo ni rápido, ni mucho menos accesible económicamente hablando para quienes lo único que piden es justicia. El llegar a estas instancias significa que ya tuvieron que agotar las instancias nacionales donde el resultado fue contrario a lo que las víctimas esperaban de su sistema de procuración e impartición de justicia. En este sentido, en el Sistema Interamericano contamos con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Derivado de lo anterior, es importante explicar la diferencia que existe entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, de manera muy precisa la Doctora Karen Añaños nos explica las particularidades entre una y otra, siendo así que:

“La principal diferencia entre la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana radica en que la primera es un órgano de naturaleza cuasi-político, porque carece de obligatoriedad en sus resoluciones y, además, es semijudicial, cuya máxima sanción es de índole moral. Por su parte, la Corte Interamericana es un tribunal que ejerce función jurisdiccional y consultiva, y sus decisiones son obligatorias”.¹²

Al respecto, un gran número de los casos que llegan ante la Comisión Interamericana se terminan resolviendo mediante la vía de la conciliación, que como bien advierte la Doctora Añaños al decir que es un órgano cuasi-político, lo que a su vez disminuye el número de casos que llegan ante la Corte Interamericana en donde las sentencias sí tienen un carácter vinculatorio, pero que a la fecha, no han obtenido un gran impacto en el sentido de que las conductas que son motivo de la intervención de la Corte, realmente hayan contribuido a disminuir la impunidad en los países, es decir, no se ha logrado enviar un mensaje de cero tolerancia ante la impunidad que sigue presente en los Estados Parte.

¹²Añaños Bedriñana, Karen, *Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Latinoamericano*, Granada, Editorial Universidad de Granada, 2020, 133.

En este contexto, si bien para la mayoría de las mujeres que han padecido algún tipo de violencia resulta una travesía complicada y con altas posibilidades de que no se llegue a buen puerto, es decir, de que se logre esa justicia tan anhelada, se complica aún más en los casos donde la violencia se ha trasladado a otros ámbitos como es el mundo digital, donde el anonimato que permiten las redes sociales ha sido un factor determinante para que las mujeres sean atacadas a una escala donde no se pueda tener control de la información ni contener el daño que genere una publicación que se pueda calificar como violencia de género digital, particularmente, por cuanto hace al daño a mediano y largo plazo ante el nulo control que se pueda tener de la información que transita por la Internet.

Además de las observaciones y recomendaciones que hacen instancias internacionales a México derivadas del carácter vinculatorio de los instrumentos internacionales de los cuales es Parte el Estado Mexicano, contamos también con las sentencias emitidas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han sido trascendentales para evidenciar e ir modificando el marco legislativo y judicial para la instrumentación de la perspectiva de género. Lamentablemente han tenido que sufrir muchas mujeres para que se llegue a visibilizar lo que todos los días sucede en México, en la mayoría de los casos sucede en silencio y ante la revictimización y abandono del Estado.

En este sentido, uno de los casos más conocidos a nivel internacional de violencia de género en México es el referente al Caso González y otras vs. México, mejor conocido como “Campo Algodonero”; también se han presentado casos que han llegado a esferas internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siendo uno de ellos el de Paloma Angélica Escobar Ledezma, donde se hizo evidente la revictimización y criminalización de la víctima ante su desaparición.

Toda esta violencia que padecen las mujeres día con día en México se ha ido transformando y ha encontrado un lugar en el mundo digital, donde el anonimato que permite el Internet, incrementando los ya de por sí altos índices de impunidad que permiten que se agreda en las esferas más íntimas a las mujeres, agresiones que tendrán una expansión incontenible en la gran mayoría de los casos, particularmente si tomamos como referencia lo señalado por Victoria González García al decir que:

“la sociedad actual se modela bajo una lógica de Sociedad en Red como una nueva forma de organización social. No una simple etiqueta para un fenómeno tecnológico, sino una sociedad en la cual la identidad personal se define a partir de la conexión a una red antes que por la ubicación a una familia, clan, tribu o estado”¹³

¹³González García, Victoria, “Tecnología digital: Reflexiones pedagógicas y socioculturales”, *Revista Actualidades Investigativas en Educación* 5, 1 (2005): 3 <https://www.redalyc.org/pdf/447/44750108.pdf>

II. Marco jurídico de protección a las mujeres víctimas de violencia digital

La violencia contra las mujeres es una situación que ha venido incrementándose cada año a nivel mundial desde distintos enfoques, situación que ha obligado a la sociedad a movilizarse para exigir el reconocimiento de derechos humanos específicos dirigidos a un grupo en particular, refiriéndonos en este sentido a proteger a las mujeres.

La realidad es que esa igualdad y protección de la dignidad que tanto se proclamaron en 1995 en la Plataforma de Acción de Beijing y cuya exigencia sigue vigente, a pesar de los compromisos adquiridos como en los Objetivos de Desarrollo del Milenio o la Agenda para el Desarrollo Sostenible, es necesario admitir que hasta el momento los avances en materia de igualdad y prevención de la violencia contra las mujeres no han logrado permear, particularmente en los países subdesarrollados, donde la desigualdad va de la mano con la violencia.

Situación que se complicó aún más con la pandemia generada por el COVID-19, donde un estudio realizado por María Solanas refiere que “en contextos de violencia familiar y aumento de la tensión debida al confinamiento, el riesgo de violencia de género aumenta. En todo el mundo (incluida la UE), el 35% de las mujeres son víctimas de violencia sexual, física o psicológica, cifras que pueden incrementarse en este contexto crítico para muchas mujeres”¹⁴.

Lo anterior obliga al mundo a darle un nuevo giro a los compromisos internacionales y nacionales. La realidad que nos dejó la pandemia generada por el COVID-19 en materia de desigualdad y violencia de género nos debe llevar a repensar los objetivos, las líneas de acción y el tiempo que tomará atender las nuevas problemáticas surgidas por la inmersión tecnológica a la que nos llevó de manera forzada la pandemia, tecnología que puede servir de aliada, pero también debe prevenirse el uso indebido de la misma.

En este sentido, los Objetivos de Desarrollo Sostenible refieren entre otras cuestiones que:

“la pandemia también ha conducido a un fuerte aumento de la violencia contra las mujeres y las niñas. Con las medidas de confinamiento en vigor, muchas mujeres se encuentran atrapadas en casa con sus abusadores, con dificultades para acceder a servicios que están padeciendo recortes y restricciones. Los nuevos datos muestran que, desde el brote de la pandemia, la violencia contra las mujeres y las niñas (y, especialmente, la violencia doméstica) se han intensificado”¹⁵

¹⁴Solanas, María, “La crisis del COVID-19 y sus impactos en la igualdad de género”, 01 de abril de 2020, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-tesis-del-covid-19-y-sus-impactos-en-la-igualdad-de-genero/>

¹⁵Organización de las Naciones Unidas, “Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

Al respecto, si bien la pandemia del Coronavirus marca un antes y un después a nivel mundial, en México ya veníamos atravesando por cambios legislativos que fueron impulsados por las propias víctimas, o bien, la sociedad, ante la inconformidad por el actuar de las autoridades, lograron crear tipos penales para proteger a las mujeres, ya no solamente en el contexto de violencias que se habían abordado desde el año 2007 con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, o las reformas penales para la tipificación del delito de feminicidio derivado de la sentencia del “Campo Algodonero” dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este contexto, en México desde el año 2019 se han venido realizando reformas a los Códigos Penales Locales y, posteriormente, al Código Penal Federal para tipificar la violencia digital como delito, así como también se realizó una reforma a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, sin embargo, con el paso del tiempo hemos podido observar que la tipificación de los delitos y las diversas reformas legislativas no son suficientes si los índices de impunidad continúan incrementándose gracias a la corrupción que existe en los órganos de procuración e impartición de justicia, corrupción que ha hecho que la gente tenga desconfianza al denunciar los delitos y en consecuencia a llevar su daño por cuenta propia, o bien, a buscar justicia de propia mano.

Lamentablemente, al vivir en una sociedad en Red como bien lo refiere Victoria González García, ello nos coloca en una situación cada vez más compleja, donde es necesario abordarla desde el enfoque del derecho humano a la autodeterminación informativa, mismo que ya desde la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley Censo, se cuenta con un antecedente al reconocer la “facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites proceder a revelar situaciones referentes a su propia vida”¹⁶.

Lo anterior cobra mayor relevancia si tomamos conciencia de que para cada persona es muy difícil controlar lo que sucede en la Internet, particularmente cuando la información que se sube respecto de cada persona puede ser subida por parte de terceros, en ocasiones sin dolo, pero en otras con toda la intención de generar un daño, y que dicha información necesitará solamente de unos segundos para llegar a cientos, miles o millones de personas alrededor del mundo.

En este contexto, con las nuevas tecnologías el derecho a la privacidad presenta diversas vicisitudes al confrontarse con el derecho a la libertad de expresión, derechos que deben ser analizados desde la ponderación de derechos y encontrar ese punto medio en el que ambos derechos puedan ser efectivos sin afectar a unos u otros.

¹⁶Cuervo, José, “Sentencia de 15 de diciembre de 1983. Ley del Censo. Derecho a la personalidad y dignidad humana”, 17 de febrero de 2015, <https://www.informatica-juridica.com/sentencia/sentencia-de-15-de-diciembre-1983-ley-del-censo-derecho-la-personalidad-y-dignidad-humana/>

Sin embargo, lo que hemos podido observar es que las reformas legislativas en la materia no han sido suficientes para garantizar una protección real de la privacidad de las personas, particularmente en el mundo digital y el caso de Olimpia e Ingrid son un claro reflejo de esa laguna normativa que existía en México, la relativa fortuna que tuvieron esos casos es que se mediatizó el daño generado, pero la gran mayoría quedan en la inobservancia de la sociedad, pero sobre todo de las autoridades.

En este sentido, como una vía que se encuentra en los distintos países para atender este problema y disminuir las posibilidades de que se cometa, nos encontramos con la tipificación de la violencia digital, que en el caso de México nos encontramos con penas bastante laxas por cuanto hace a los años de prisión que podrían aplicarse a los victimarios, sin embargo, el propio Código establece agravantes, pero que, a nuestro parecer, continúan demostrando la falta de compromiso y de sensibilidad hacia el dolor que enfrenta una víctima de este tipo de conductas¹⁷.

Como hemos señalado, el daño que se genera en las víctimas de este tipo de delito, quienes en su mayoría son mujeres y niñas, es incontenible y sus efectos pueden ir desde una molestia hasta el suicidio o la búsqueda de justicia en propia mano, para pasar de víctima a victimario. De igual forma, este tipo de delitos generan la exclusión y los reproches del entorno más cercano de la víctima, entendiéndose en este caso a la familia, amistades y compañeros de trabajo.

Entre otro de los avances en materia de tipificación de este tipo de conductas tenemos la que surgió a raíz de los hechos suscitados con el feminicidio de una chica de nombre Ingrid Escamilla, quien fue brutalmente asesinada y las imágenes de su cuerpo fueron difundidas por elementos de la policía que se encontraban en el lugar de los hechos. Esta situación demostró la urgencia de controlar también la información a la que tienen acceso los servidores públicos durante las investigaciones por la comisión de delitos.

“El feminicidio de Ingrid Escamilla en 2020 puso el foco en la filtración y publicación de imágenes explícitas de víctimas en México. También puso a la sociedad frente al espejo del morbo y el consumo desmedido de una extrema violencia en los medios. La difusión del cadáver descuartizado de la joven generó tal indignación que hubo encendidas protestas frente a algunos de los periódicos que utilizaron aquellas fotos, entre ellos *La Prensa y Metro*, de Grupo Reforma”.¹⁸

De los señalamientos esbozados por los críticos de esta Ley podría pensarse que aún no han logrado entender la gravedad del hecho, la importancia de proteger la dignidad de las personas, más aún de las que ya han sido víctimas de algún otro

¹⁷Cfr. *Código Penal Federal*, México, 2022.

¹⁸Barragán, Almudena, “Los peligros de la ‘Ley Ingrid’: choques contra la libertad de expresión y de información”, *El País*, 03 de abril de 2022, <https://elpais.com/mexico/2022-04-03/la-ley-ingrid-amenaza-la-libertad-de-los-medios-para-contar-la-violencia-machista-en-mexico.html>

delito y que el compartir sus imágenes para fomentar el morbo, o bien, vender una nota periodística, contribuye a revictimizar a la víctima, tanto por parte de las autoridades como por parte de los medios de comunicación y la sociedad que consume ese tipo de información.

En este contexto, podemos observar que no se trata únicamente de tipificar una o tal conducta, sino que la misma sea realmente sancionada, que la sociedad se dé cuenta de que existen consecuencias, tanto para quien sufre el impacto directo e indirecto del delito, así como también para quien lo comete. Las leyes deben de dejar de ser solamente un texto que no llega a materializarse.

En México, la vía jurisdiccional por donde se están atendiendo este tipo de situación de violencia digital es a través de las demandas civiles por daño moral aludiendo a la “afectación de los sentimientos, el decoro, el honor, la reputación y la vida privada”¹⁹, tales circunstancias las encuadran en “el núcleo del honor a la intimidad y a la imagen”.

III. Los nuevos riesgos de la violencia digital para las mujeres

Como hemos podido apreciar a lo largo de este artículo, la violencia contra la mujer ha encontrado en la Internet otra vía para violentarlas. Muchos han sido los debates que se han dado entre lo que se difunde en Internet, particularmente en redes sociales y en portales de noticias por cuanto hace al derecho a la privacidad y a la dignidad frente al derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información, lo que nos obliga como sociedad y a las autoridades a realizar un análisis desde la ponderación de derechos y no convertirnos en cómplices de este tipo de actos.

Un ejemplo del daño que se genera es un caso que se dio en España en el año 2019, donde una mujer decidió terminar con su vida luego de que un video íntimo fuera enviado a su esposo. La presión hacia la víctima llegó al punto de que solamente encontró la salida en el suicidio, su empresa le dio la espalda al considerar que era un problema personal.

“Verónica, de 32 años y madre de dos hijos, se quitó la vida después de que una grabación íntima suya llegara hasta su marido tras varios días circulando entre sus compañeros de trabajo en la planta de Iveco en San Fernando de Henares, Madrid.

«Se puso muy nerviosa y se tuvo que marchar de la fábrica porque no aguantaba la presión, tanto aquí como de su entorno familiar», explica Susana Martín, compañera de trabajo de la fallecida. «Ella quería que la historia pasase, que la gente dejara de hablar cuanto antes, no tenía pensado denunciar», añade.

«Cuando se enteró el marido de que el video estaba circulando a ella se le cayó el mundo», afirma Iván Cacho, otro compañero de Iveco, la empresa donde trabajaba Verónica.

¹⁹Quijano Decanini, Carmen, “Derecho a la privacidad en Internet”, México, editorial Titant Lo Blanch, 2022, 57.

Asegura que, aunque «al principio no quiso hacer caso», Verónica fue víctima de «miradas, gente que iba al puesto de trabajo para ver quién era la compañera». «Sufrió mucha presión», relata Iván, que cuenta que la joven llegó a hablar con Recursos Humanos sobre el problema.

Considera que «todos y cada uno de los compañeros de Verónica» tienen parte de responsabilidad en esta tragedia, incluidos «los que recibieron el vídeo, los que lo difundieron y los que lo vieron»²⁰.

En el caso de España la sanción por la difusión sin consentimiento de videos íntimos es muy inferior frente a lo que se ha tenido que llegar en México para intentar controlar este tipo de actos, y se señala como un intento toda vez que su tipificación no ha logrado permear en las personas que encuentran en la Internet un instrumento para vengarse, o simplemente hacerle daño a una persona porque piensan que pueden hacerlo, o al menos ese es el mensaje que la impunidad generada por parte de las autoridades les transmite.

Como hemos podido advertir, la violencia contra las mujeres es una problemática que se enfrenta a nivel mundial y que ha ido evolucionando y transitando a diversos medios donde se puede incrementar el daño en contra de las mujeres, siendo la violencia digital un tipo de violencia que puede conllevar daños a corto, mediano y largo plazo; daños que no conocerán de fronteras y que incluso pueden llegar a colocar a la víctima en una situación de mayor riesgo si su información llega al mercado negro de la *Dark Web*²¹.

Si bien la tecnología nos ha permitido facilitar nuestra vida diaria en todos los sentidos, es necesario reconocer que en cuanto a los avances tecnológicos, muchos de ellos carecen de la ética mínima que permita salvaguardar los derechos humanos ante el uso indebido y en ocasiones ilegal, por parte de las personas; más bien, estamos acostumbrados en pensar en los beneficios económicos que pueden obtener quienes crean la tecnología, ya sea por la venta de su producto, o bien, por los datos masivos que obtienen por parte de sus usuarios y que finalmente les permitirá tener mayores ganancias a expensas de los usuarios, con una información que no conoce de fronteras y que deja expuestos a personas en Internet.

Atendiendo a lo anterior, así como en la vida diaria nos encontramos con situaciones donde las mujeres padecen de discriminación y violencia por el simple hecho de ser mujeres, esta situación ya ha sido también trasladada y normalizada en el mundo virtual. Las redes sociales permiten un anonimato que

²⁰La Sexta, “Una madre se suicida en Madrid tras difundirse un vídeo sexual suyo entre sus compañeros de trabajo de Iveco”, *La Sexta*, 31 de mayo de 2019, https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/madre-suicida-madrid-difundirse-antiguo-video-sexual-suyo-trabajo_201905285ced13fb0cf21b72629c0631.html

²¹“...es la parte negra u oscura de internet y a esa parte hay que acceder mediante el uso de ciertas herramientas. Es aquí donde se encuentra el contenido ilegal...El contenido de esta web es ilegal y en ella encontrará los contenidos más oscuros del ser humano, la parte prohibida... lo que es ilegal es el contenido que pueda adquirir en ella. Se sabe que los productos que pueden adquirirse allí son ilegales, como armas, drogas, malware de todo tipo, explotación de menores, pornografía, incluso terrorismo, etc.” INISEG, “Peligros de la Dark Web: el lado oscuro desconocido”, 21 de enero de 2020, www.iniseg.es/blog/ciberseguridad/los-peligros-de-la-dark-web/

coloca en mayor situación de vulnerabilidad a las víctimas de extorsión cibernética, de pornografía, entre otros usos que se le pueden dar a las imágenes que las personas suben, a la información que proporcionan a personas que no conocen directamente y ante quienes se confían en su totalidad, con todos los riesgos que ello implica.

En este contexto, tenemos que las redes sociales y diversas plataformas han facilitado esta dinámica de violencia para la cual muchos países aún no se encuentran preparados para prevenirla y combatirla, destacando en este aspecto la falta de capacitación de servidores públicos, empezando desde los primeros respondientes, procuradores e impartidores de justicia, así como también una clara ausencia de infraestructura para contar con policías cibernéticos que estén a la vanguardia de lo que sucede día con día en el mundo virtual.

De acuerdo con cifras presentadas por la *Ombudsperson* de la Ciudad de México, quien refirió lo siguiente:

“(…) la tecnología ha permitido mantener cercanía, continuar con la actividad laboral y escolar, entre otras cosas. Pero al mismo tiempo, en ese ámbito de interacción, se ha expresado la violencia de género digital.

Explicó que los impactos de esta violencia son diferenciados en función del género, de la edad y de otros factores que se acumulan para caracterizar a las víctimas que pueden serlo de diversos delitos y conductas: trata, pornografía, extorsión, discurso de odio, lesión a la intimidad, privacidad, libre desarrollo de la personalidad e incluso a la integridad en sus expresiones más extremas”²².

Este estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática en el año 2020, nos presenta información fundamental para tener un cierto panorama de la situación de riesgo que se vive en la Internet, presentando información desagregada por sexo, y se destaca la importancia de haber medido esta problemática también en menores de edad, quienes por la vulnerabilidad que genera su propia edad, son quienes enfrentan los mayores riesgos de extorsión, así como también las mujeres con el ciberacoso. En este tipo de actos, como en la gran mayoría es que se hace evidente atender las particularidades de las víctimas para así poder brindar la mejor atención posible.

En este sentido, el estudio en cuestión nos presentó cifras refiriendo que el “21% de la población de 12 años y más que utilizó Internet en 2020 fue víctima de ciberacoso en los últimos 12 meses”²³, respecto de los cuales 7.1 millones de las víctimas fueron hombres y 9.0 mujeres.

De acuerdo con un estudio realizado por ONU Mujeres en el año 2015, se observó que “la rápida expansión de Internet significa que sigue siendo muy

²²Ramírez Hernández, Nashieli, “CDHCM Presenta Informe Violencia Digital contra las Mujeres en la Ciudad de México”, CDHCM, 8 de marzo de 2021, www.cdhcm.org.mx/2021/03/73893

²³INEGI, “Módulo sobre Ciberacoso 2020”, INEGI, 05 de julio de 2021, <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/MOCIBA-2020.pdf>

difícil disponer de controles legales y sociales efectivos contra los comportamientos antisociales y delictivos en línea. Además, en esta época de Internet social y de acceso al móvil en cualquier lugar y a toda hora', la ciberviolencia puede atacar en cualquier momento y seguir incansablemente a sus víctimas, vayan donde vayan"²⁴.

Ahora bien, ante este panorama, ONU Mujeres realizó una serie de recomendaciones a tomar para prevenir este tipo de conductas, recomendaciones que no varían mucho de las que ya se han realizado con anterioridad por diversos organismos defensores de derechos humanos y no van más allá de la sensibilización a través de campañas, salvaguardar el uso del Internet, lo que obliga a contar con cierta infraestructura, que a su vez implica un costo para los Estados y para las personas, y por último, sanciones.

Es necesario señalar que estas recomendaciones no han logrado permear ni en la sociedad ni en las autoridades, la violencia de género en línea va en aumento, particularmente en las escuelas, donde prácticamente todos los estudiantes cuentan con algún dispositivo electrónico que les permita compartir información y donde se dan muchos de los casos de los llamados "Pack" que implican las fotos desnudas de estudiantes que son compartidas con los novios y entre los hombres, exhibiendo en su totalidad a las alumnas, con todos los daños que ello implica y con una deficiente atención por parte de las autoridades.

No obstante, lo anterior, tampoco sería justo criminalizar a las redes sociales, todo lo contrario, un uso adecuado de ellas ha permitido que estas fronteras terrestres, que las distancias se difuminen para acercarnos con nuestra familia y con nuestras amistades, para encontrar ofertas de trabajo, entre otros beneficios que se han logrado evidenciar como es la difusión de las alertas para personas extraviadas.

Finalmente, es importante tomar en serie lo que está sucediendo en el mundo virtual, principalmente entre la población joven, donde en algunas ocasiones la inmadurez propia de la edad los lleva a cometer actos con consecuencias y daños irreparables. Actualmente se le debe poner mayor atención a lo que está sucediendo en el Metaverso donde ya se han presentado casos de violencia contra mujeres, incluso de violencia extrema como lo es una violación.

"(...) una usuaria (...) denunció una agresión sexual. Para describir su experiencia publicó un post en Medium contando el ataque que había vivido en la plataforma. «60 segundos después de entrar, me acosaron verbal y sexualmente. Tres o cuatro avatares masculinos, con voces de hombre, violaron en grupo a mi avatar y sacaron fotos.

²⁴ONU Mujeres, "Según un informe de las Naciones Unidas se han de tomar medidas urgentes para combatir la violencia contra mujeres y niñas", 24 de septiembre de 2015, <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/9/cyber-violence-report-press-release>

Mientras intentaba escaparme me gritaban ‘¡No finjas que no te ha encantado’, ‘ve a masturbarte con la foto»²⁵.

Lo sucedido en el Metaverso nos deja ver los riesgos que se pueden presentar con el uso de la tecnología frente a una sociedad que no es capaz de dimensionar la consecuencia de sus actos y que prefiere en muchos de los casos, criminalizar a las mujeres que han sido víctimas de violencia de género en línea.

Si bien los avances tecnológicos despiertan un gran interés en la gran mayoría de la población, particularmente en las generaciones más jóvenes, dichos avances deben realizarse con cautela si lo pensamos desde la óptica jurídica, principalmente desde la perspectiva de los derechos humanos. La falta de ética, o bien, descuidos al momento de crear los diversos programas que le dan vida al metaverso deben ser debidamente cuidados para evitar incrementar los riesgos más elementales como son los hackeos, robos de identidad que van hasta el robo de datos biométricos.

La inteligencia artificial que acompaña al mundo del metaverso no puede ni debe ser utilizada de forma irresponsable, como bien lo han advertido los estudiosos de la bioética y la inteligencia artificial, donde esta última “representa una capacidad para influir y cambiar nuestra forma de vida, que en muchos sentidos significa una nueva frontera para la ética”²⁶.

Actualmente, vivimos en una sociedad donde la ética ha pasado a un segundo plano y ven en la tecnología, y ahora con el uso de la inteligencia artificial y plataformas como el Metaverso la oportunidad para trasladar su actuar ilegal, actuar que llega a un sistema digital donde no hay hasta el momento una regulación como tal que nos permita hablar de la validez jurídica del Metaverso al no contemplar todos los problemas jurídicos ante los que nos podríamos encontrar y que ya se han hecho presentes en los casos de violencia digital contra las mujeres.

Al respecto, dentro de los estudios jurídicos que se han realizado sobre el mundo del Metaverso tenemos que “esta relación jurídica deberá ser transversal y «transreal»; es decir, en la que existan repercusiones jurídicas entre realidades, puesto que el Metaverso supondrá un cambio de paradigma que cambiará la forma de vida de las personas y de nuestras sociedades mundiales, generando una doble vida por cada persona, una en la realidad natural y otra en la realidad virtual”²⁷.

²⁵López, Carmen, “60 segundos después de entrar me acosaron: la misoginia del mundo real se replica en el metaverso”, *El País*, 18 de febrero de 2022, <https://smoda.elpais.com/feminismo/metaverso-acoso-violencia-sexual-mujeres/>

²⁶Ribes, Manuel, “Bioética: La inteligencia artificial como problema”, Valencia, Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, 23 de julio de 2022, <https://www.exaudi.org/es/bioetica-inteligencia-artificial-como-problema/>

²⁷In Solidum Abogados, “El Metaverso y su Validez Jurídica”, 2022, <https://insolidumabogados.com/el-metaverso-y-su-validez-juridica/>

Esta doble vida a la que se hace referencia terminará impactando necesariamente la vida real de las personas y nos terminará llevando a un vacío legal desde lo más elemental como es fijar la competencia de la autoridad que deberá conocer, investigar y resolver sobre los conflictos que se presenten en ese mundo virtual que incluso puede no contar con competencia territorial, dejando de esta forma a los usuarios en un limbo jurídico pero con daños reales, ya sea en su persona o en su patrimonio, convirtiendo este tipo de plataformas en entornos tóxicos, principalmente para grupos vulnerables como son las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Actualmente, la única regulación que existe en estos entornos es la propia autorregulación que han realizado empresas como Facebook, ahora también conocida como Meta, donde las sanciones que llegan a implementar es la de la suspensión de cuentas ante comportamientos contrarios a las políticas de usuarios.

Como puede observarse falta mucho para poder atender y sobre prevenir la violencia contra las mujeres en los entornos digitales, avanza más rápido la tecnología que los cambios legislativos, pero, sobre todo, más rápido que los cambios de conciencia donde pueda la sociedad darse cuenta de los altos riesgos y daños que se generan ante el uso inadecuado de la tecnología. Esperemos que la justicia no sea tan tardada en esta ocasión y admita que se requiere una disrupción tecnológica en el derecho.

Conclusiones

De todo lo analizado en el presente estudio podemos afirmar que la violencia de género se ha ido transformando hacia áreas que son poco controlables por parte del Estado, donde dicho control podría implicar, en caso de exceso, en violaciones a derechos humanos como la libertad de expresión, pero que, sin duda alguna, debe protegerse sobre cualquier otro derecho, el derecho a la vida, en este caso de las mujeres que están siendo víctimas a través del Internet.

Si bien hemos avanzado en el reconocimiento de los derechos humanos en general y en los derechos humanos de las mujeres, la realidad es que éstos aún no se han logrado materializar, no podríamos afirmar que los derechos de las mujeres son realmente efectivos, al menos no en países de Latinoamérica, incluso en Europa y Estados Unidos seguimos siendo testigos y en ocasiones víctimas de violaciones a estos derechos.

Finalmente, es necesario advertir que la tipificación de conductas como delitos, o bien, el incremento en las sanciones no es una solución mágica sino va a acompañada de un sistema de procuración e impartición de justicia que

realmente aplique la ley, que trabaje en generar confianza en las víctimas y que combata realmente la impunidad.

Todo ello dará el mensaje fuerte y claro a la sociedad de que cualquier acto contrario a la ley tendrá su consecuencia, es decirles que “NO PUEDEN HACER DAÑO”, debemos dejar de acostumbrarnos a que la violencia contra las mujeres existe porque los agresores pueden hacerlo y pueden hacerlo gracias a la impunidad y a la indolencia de una sociedad que prefiere criminalizar a las mujeres que están siendo víctimas, actualmente cada vez más en los casos de violencia digital.

En consecuencia, lo anterior nos obliga a recapacitar como personas, como sociedad, como gobernantes sobre qué tipo de país y mundo queremos, donde debemos apostar por el respeto a los derechos humanos y ello implica sensibilizar desde la niñez y aún más a los mayores para que vayan cambiando sus conductas y se deje de normalizar lo que hoy en día se está viviendo en todo el mundo, nos referimos a la violencia contra las mujeres que ya alcanzó al entorno digital globalizando el daño.

Bibliografía

Añaños Bedriñana, Karen. *Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Latinoamericano*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2020.

Barragán, Almudena. “Los peligros de la ‘Ley Ingrid’: choques contra la libertad de expresión y de información”. *El País*, 03 de abril de 2022. <https://elpais.com/mexico/2022-04-03/la-ley-ingrid-amenaza-la-libertad-de-los-medios-para-contar-la-violencia-machista-en-mexico.html>

Castro Blanco, Elías. “Derechos Humanos: Del Iusnaturalismo clásico al Iusnaturalismo moderno”. *Revista Logos Ciencia & Tecnología* 2, 1 (2010): 58-70.

Código Penal Federal, México, 2022.

Cuervo, José. “Sentencia de 15 de diciembre de 1983. Ley del Censo. Derecho a la personalidad y dignidad humana”, 17 de febrero de 2015. <https://www.informatica-juridica.com/sentencia/sentencia-de-15-de-diciembre-1983-ley-del-censo-derecho-la-personalidad-y-dignidad-humana/>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Fraga Martínez, Judith. “Los Derechos Humanos y su relación con la Equidad de Género”. Documento con recomendaciones para una ruta crítica para la construcción de los procesos de la incorporación de la perspectiva de género en el desarrollo de los programas de promotores de los Institutos de la Juventud. México: Instituto Nacional de las Mujeres. http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/BCS/BCS_MA12_RC_PEG_juventud_2012.pdf

González García, Victoria. “Tecnología digital: Reflexiones pedagógicas y socioculturales”. *Revista Actualidades Investigativas en Educación* 5, 1 (2005): 1-24. <https://www.redalyc.org/pdf/447/44750108.pdf>

In Solidum Abogados. “El Metaverso y su Validez Jurídica”, 2022. <https://insolidumabogados.com/el-metaverso-y-su-validez-juridica/>

INEGI. “Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2022”. México: INEGI, septiembre 2022. <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2022/>

INEGI. “Módulo sobre Ciberacoso 2020”. México: INEGI, 05 de julio de 2021. <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/MOCIBA-2020.pdf>

INISEG. “Peligros de la Dark Web: el lado oscuro desconocido”, 21 de enero de 2020. www.iniseg.es/blog/ciberseguridad/los-peligros-de-la-dark-web/

La Sexta. “Una madre se suicida en Madrid tras difundirse un vídeo sexual suyo entre sus compañeros de trabajo de Iveco”. *La Sexta*, 31 de mayo de 2019. https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/madre-suicida-madrid-difundirse-antiguo-video-sexual-suyo-trabajo_201905285ced13fb0cf21b72629c0631.html

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Artículo 5, fracción VIII, México, 2022.

López, Carmen. “60 segundos después de entrar me acosaron: la misoginia del mundo real se replica en el metaverso”. *El País*, 18 de febrero de 2022. <https://smoda.elpais.com/feminismo/metaverso-acoso-violencia-sexual-mujeres/>

Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad – MCCI. “Corrupción e Impunidad en materia de Género en México: 2018-2021”, México, MCCI, 4 de marzo de 2022. <https://contralacorrupcion.mx/corrupcion-e-impunidad-en-materia-de-genero-en-mexico-2018-2021/>

Naciones Unidas. “Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México”. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 25 de julio de 2018. <https://mexico.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2018/07/comunicado-cedaw>

ONU Mujeres. “Según un informe de las Naciones Unidas se han de tomar medidas urgentes para combatir la violencia contra mujeres y niñas”, 24 de septiembre de 2015. <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/9/cyber-violence-report-press-release>

Organización de las Naciones Unidas. “Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

Quijano Decanini, Carmen. *Derecho a la privacidad en Internet*. México: editorial Titant Lo Blanch, 2022.

Ramírez Hernández, Nashieli. “CDHCM Presenta Informe Violencia Digital contra las Mujeres en la Ciudad de México”. CDHCM, 8 de marzo de 2021. www.cdhem.org.mx/2021/03/73893

Ribes, Manuel. “Bioética: La inteligencia artificial como problema”. Observatorio de Bioética, Universidad Católica de Valencia, 23 de julio de 2022. <https://www.exaudi.org/es/bioetica-inteligencia-artificial-como-problema/>

Ruiz Carbonell, Ricardo. “Estado constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. Algunos factores determinantes de las desigualdades entre los sexos”. *Revista IUS* 5, 28 (2011). https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200011

Sánchez de Tagle, Gonzalo. “Derecho a la igualdad y no discriminación: la doctrina de la Suprema Corte”. *Nexos*, 24 de julio de 2017. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/derecho-a-la-igualdad-y-no-discriminacion-la-doctrina-de-la-suprema-corte/>

Solanas, María. “La crisis del COVID-19 y sus impactos en la igualdad de género”, 01 de abril de 2020. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-tesis-del-covid-19-y-sus-impactos-en-la-igualdad-de-genero/>

Vázquez Mata, Verónica. “Acceso a la justicia según el género”. *Animal Político*, 11 de abril de 2022. <https://www.animalpolitico.com/verdad-justicia-y-reparacion/acceso-a-la-justicia-segun-el-genero/>

CONSTRUYENDO SALUD INTERCULTURAL EN AMÉRICA LATINA. AVANZANDO HACIA LA EQUIDAD

Building intercultural health in Latin America. Advancing towards equity

SANDRA DEL PINO*

SUSANA GÓMEZ*

Resumen: En América Latina se han venido impulsando importantes esfuerzos para lograr la equidad en salud y hacer frente a las desigualdades que enfrentan los pueblos indígenas de la región. Existen numerosos compromisos internacionales y regionales, incluida la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y su lema de “no dejar a nadie atrás”, que sirven como marco de referencia para avanzar hacia la eliminación de las inequidades en salud. Sin embargo, ha sido importante fomentar el reconocimiento por parte de los países de la necesidad de adoptar enfoques diferenciados que contemplen la pertenencia étnica, no solo desde un plano de determinantes sociales de la salud, sino también desde el valor de la cultura, los conocimientos y las tradiciones para avanzar la situación de salud de los pueblos indígenas.

Las desigualdades han quedado aún más visibilizadas con la llegada de la COVID-19 y sus devastadoras consecuencias para los pueblos indígenas, entre otros grupos. A través de los diálogos de saberes, se puede contribuir a los avances en el logro del acceso y de la cobertura universal en salud. Desde la Organización Panamericana de la Salud (OPS) se están promoviendo esfuerzos para implementar esta metodología en el ámbito de la salud y generar mínimos interculturales para avanzar hacia la equidad.

Palabras clave: equidad; salud; interculturalidad; pueblos indígenas; etnicidad.

Abstract: Important efforts have been made in Latin America to advance equity in health and address the inequalities faced by indigenous peoples. There are several international and regional commitments including the 2030 Agenda for Sustainable Development and its objective of “leaving no one behind”. However, it has been important to strengthen the work with countries so that they recognize the need to adopt differentiated approaches that consider ethnic origin, not only from the perspective of the social determinants of

*Asesora en Diversidad Cultural, Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud.

Las opiniones expresadas en este manuscrito son responsabilidad de las autoras y no reflejan necesariamente los criterios ni la política de la OPS/OMS. ORCID: 0000-0002-0559-4640. Correo electrónico: delpinos@paho.org

*Especialista en Diversidad Cultural, Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud.

Las opiniones expresadas en este manuscrito son responsabilidad de las autoras y no reflejan necesariamente los criterios ni la política de la OPS/OMS. ORCID: 0000-0003-0030-6328. Correo electrónico: gomez@who.int

health. Also, the value of culture, knowledge and traditions should be considered to advance the health situation of indigenous peoples.

Inequalities due to ethnic origin have become even more visible with the arrival of the COVID-19 pandemic and its devastating consequences for many groups, including indigenous peoples. Through knowledge dialogues, or intercultural dialogues, it is possible to contribute to advances in achieving universal access to health and health coverage. PAHO is promoting efforts to implement this methodology in the field of health and generate intercultural minimums to advance towards equity.

Keywords: equity; health; interculturality; indigenous peoples; ethnicity.

Sumario: Introducción. I. La región de las Américas: pionera en el abordaje intercultural en salud. 1.1. La diversidad cultural en la región de las Américas. 1.2. Los pueblos indígenas y las desigualdades en salud. 1.3. Avances hacia la salud universal en América Latina. II. La construcción de la salud intercultural: una necesidad reafirmada en contexto de pandemia para avanzar hacia la equidad en salud. III. La metodología de diálogos de saberes: una herramienta clave hacia la equidad. 3.1. La contribución de los diálogos de saberes para la salud materna. Conclusiones. Propuestas de mejora.

Introducción

En el presente artículo se abordan algunos de los importantes avances que se han dado en América Latina para avanzar hacia la equidad en salud. Es indiscutible la riqueza cultural de los países de esta región, donde conviven pueblos indígenas, afrodescendientes, romaníes y miembros de otros grupos étnicos, con diversidad de conocimientos, saberes y prácticas ancestrales que se extienden al ámbito de la salud.

Hay evidencias que ponen de manifiesto que, si bien nos encontramos ante una región con una riqueza cultural sin igual, también se enfrenta a las mayores desigualdades. Las disparidades entre los distintos grupos de la región han sido el motivo por el que se siguen impulsando esfuerzos para contribuir y aportar a la equidad en salud. En este trabajo haremos referencia a algunas de las iniciativas que se han promovido desde la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS), entidad que nace en 1902, constituyéndose como la institución internacional de salud pública más antigua del mundo y que tiene un largo recorrido en el trabajo con la salud indígena.

Algunos de esos esfuerzos incluyen la adopción de abordajes interculturales en salud a través de herramientas clave, como es la metodología de diálogos de saberes, también llamados diálogos interculturales. En el ejercicio de su cooperación técnica, la OPS ha observado que esos diálogos se han ido posicionando como un elemento fundamental que puede contribuir a los avances en el logro del acceso y de la cobertura universal en salud.

Los diálogos interculturales contribuyen a entender las diferencias que existen entre distintos grupos, llegar a adaptaciones culturales y lingüísticamente apropiadas cuando se precise y contribuir a acuerdos y desacuerdos. Además, los diálogos interculturales dan acceso a todas las personas a la cultura y la historia de los pueblos, y ponen de relieve las continuas articulaciones entre la diversidad cultural y los valores universales¹. En algunos contextos resulta fundamental el entender las causas de algunas problemáticas derivadas de las diferencias culturales que, en un mundo globalizado, amenazan cada vez más el respeto de los derechos humanos².

Por lo tanto, a ellas se puede llegar a través de la aplicación de los diálogos de saberes. Asimismo, la metodología propuesta permite garantizar que se cumplan las acciones que resulten de las sesiones de diálogos con implicaciones para la salud de los grupos que participan. Algunas de las experiencias que se han trabajado se vinculan a la salud materna y el empoderamiento de las mujeres indígenas. Sin embargo, la metodología que se propone puede aplicarse a cualquier temática de salud e incluso a cualquier otra área que aborde diferencias entre grupos diversos.

I. La región de las Américas: pionera en el abordaje intercultural en salud

1.1. La diversidad cultural en la región de las Américas

La región de las Américas se considera una de las regiones con mayor diversidad cultural. Se caracteriza por una exuberante riqueza multiétnica. En la actualidad coexisten distintos pueblos indígenas, afrodescendientes, romaníes y miembros de otros grupos étnicos con diversas realidades, necesidades y formas de vida, incluyendo, además, distintas concepciones y percepciones en lo que respecta a su salud y bienestar.

América Latina es, sin duda, un continente con rostro indígena. Si bien no es posible determinar con exactitud el número de personas en América Latina que pertenecen a los pueblos indígenas, se estima que existen cerca de 42 millones de personas que se auto identifica como tal, es decir el 8% de la población. Según los datos más recientes, es posible contabilizar 826 pueblos indígenas en América Latina³.

¹Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Manual para el Desarrollo de Competencias Interculturales* [online] 2020, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373828>

²UNESCO, *Competencias interculturales: Marco conceptual y operativo*, Bogotá: Cátedra UNESCO – Diálogo intercultural, Universidad Nacional de Colombia, 2017, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000251592>

³*Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)*, El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): *Derechos de los Pueblos Indígenas: Estándares internacionales, reconocimiento constitucional y experiencias comparadas*, Santiago de Chile, 2021,

La diversidad sociodemográfica y territorial de esta población va desde miles de personas que viven en grandes asentamientos urbanos hasta unos 200 pueblos que viven en “aislamiento voluntario y contacto inicial” los cuales habitan en las zonas más remotas y de difícil acceso principalmente en Sudamérica, en la selva amazónica y la región del Gran Chaco en países como Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú y Paraguay⁴.

Los pueblos indígenas poseen valores y prácticas sociales, culturales y espirituales propios, que deben tomarse en consideración a la hora de buscar soluciones a problemas que enfrentan tanto individual como colectivamente, inclusive en el ámbito de la salud.

Los conocimientos tradicionales indígenas reflejan su visión del mundo, contribuyen a la diversidad biológica cultural e implican una fuente de riqueza para los pueblos y la humanidad en general. Los pueblos indígenas son custodios de muchas de las áreas biológicamente más diversas del mundo y poseen conocimientos en medicina, agricultura y medio ambiente. Estos conocimientos son transmitidos en cada familia por generaciones.

Las prácticas ancestrales y tradicionales de los pueblos indígenas para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, así como las relacionadas con la salud, ofrecen una oportunidad valiosa para la construcción de un nuevo paradigma, basado en un cambio estructural desde la igualdad y el respeto mutuo.

Esa singularidad implica reconocer diversas realidades y, al mismo tiempo, diferentes necesidades en lo que respecta al bienestar y a la forma en que las comunidades indígenas responden a sus necesidades en salud. La medicina tradicional, la partería y los conocimientos ancestrales juegan un papel fundamental para muchas de estas poblaciones de la región.

1.2. Los pueblos indígenas y las desigualdades en salud

Muchos son los factores que han colocado a los pueblos indígenas, entre otros grupos que coexisten en América Latina, en situaciones de vulnerabilidad con repercusiones para su salud y bienestar.

<https://www.estudiospnud.cl/informes-desarrollo/derechos-de-los-pueblos-indigenas-estandares-internacionales-reconocimiento-constitucional-y-experiencias-comparadas/>

⁴Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): América Latina y el Caribe [online] 2022. <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/ourwork/democratic-governance/political-participation-and-inclusion/citizen-democracy--analysis---advocacy-.html>

La falta de visibilidad y la discriminación que muchas veces experimentan estas poblaciones aumentan su condición de vulnerabilidad⁵. La generación de evidencia sobre su situación de salud y otros temas relacionados sigue siendo una prioridad para la región ya que, en muchas ocasiones, los datos con los que se cuenta no son representativos de la situación de salud de estas poblaciones o de la magnitud de la carga epidemiológica que pudieran presentar.

Sin embargo, la evidencia con la que se cuenta muestra persistentes disparidades y desigualdades con respecto al resto de la población. Por ejemplo, las comunidades indígenas presentan mayores niveles de pobreza y de falta de acceso a servicios básicos como el agua y el saneamiento, niveles bajos de educación, menores tasas de participación y representación en los procesos de toma de decisiones, y una mayor ocupación en empleos de baja remuneración. Así, los pueblos indígenas representan en la actualidad alrededor del 17% de las personas que viven en la pobreza extrema en América Latina, a pesar de ser menos del 8% de la población⁶.

Asimismo, en lo que respecta a la educación, a pesar de los importantes avances alcanzados en América Latina, la probabilidad de que la niñez indígena termine la educación primaria y secundaria es menor que la de los no indígenas, lo que reduce sus posibilidades de movilidad económica en el contexto del mercado laboral⁷.

Otro tema en el que se reflejan las disparidades es el de la desnutrición infantil, la cual, es superior para la población indígena que para la no indígena. En el caso de Guatemala, el 58% de las y los niños indígenas padecen desnutrición crónica y el 23% padece desnutrición grave, mientras que el 34% de las niñas y de los niños que no son indígenas tienen desnutrición crónica y el 10% sufre de desnutrición grave⁸.

En algunos países, a pesar del subregistro, se observan, además, mayores índices de violencia contra las mujeres y de suicidio en estas poblaciones. En particular, los servicios de salud, por lo general, no tienen en cuenta las necesidades, expectativas y tradiciones de las niñas y las mujeres indígenas, y en consecuencia corren un riesgo especial de que se violen sus derechos humanos debido a la doble discriminación que enfrentan, por ser mujeres e indígenas.

Si bien no se cuenta con información regional sobre la esperanza de vida desglosada por origen étnico, los datos disponibles permiten observar disparidades marcadas en cuanto a la mortalidad en todo el curso de la vida. En relación con la

⁵[Organización Panamericana de la Salud \(OPS\), *Política sobre Etnicidad y Salud*, Washington DC, septiembre 2017, <https://www.paho.org/es/documentos/politica-sobre-etnicidad-salud>](#)

⁶*Ibidem.*

⁷Banco Mundial, *Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI*. Washington, D.C., 2015, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23751/Latinoamerica00XXI000primera0d0cada.pdf>

⁸[Organización Panamericana de la Salud \(OPS\), *Política sobre Etnicidad y Salud*, ... op. cit.](#)

mortalidad infantil en niños indígenas menores de un año, la información disponible muestra que esta continúa siendo sistemáticamente más elevada que en los niños que no son indígenas; por ejemplo, en Panamá y Perú, la mortalidad infantil en niños indígenas triplica la de los niños que no son indígenas⁹.

Además, se cuenta con datos que muestran desventajas de los pueblos indígenas frente a la población no indígena con respecto a algunos determinantes sociales de la salud. Por ejemplo, a partir de los datos de 11 países analizados, se observa una diferencia en cuanto al analfabetismo de más de 20 puntos entre las poblaciones indígenas y las no indígenas, que llega hasta los 25 puntos de diferencia en el grupo de las mujeres.

La sobrerrepresentación de las mujeres de estas poblaciones en el trabajo doméstico deriva, entre otros, de la falta de acceso a la educación, lo que conlleva a trabajos menos calificados y peor remunerados. Dada la dispersión geográfica en ámbitos rurales común a estos grupos de población, así como la falta de infraestructura sanitaria en las zonas donde habitan, el acceso a los servicios de salud es mucho menor, incluidos los servicios de salud materna, lo que origina gastos de bolsillo que son, muchas veces, imposibles de asumir por poblaciones que se encuentran en situación de pobreza¹⁰.

En muchas ocasiones, los pueblos indígenas no tienen acceso a servicios de salud que sean adecuados desde el punto de vista cultural y, por lo tanto, la medicina tradicional y los conocimientos ancestrales juegan un rol fundamental. Asimismo, es precisamente la ausencia de servicios de salud la que ha dado un papel protagonista a chamanes, curanderos, parteras y matronas informales que, o han complementado a la medicina occidental o la han sustituido completamente.

1.3. Avances hacia la salud universal en América latina

Los países de América Latina han reconocido las situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan los pueblos indígenas en lo que respecta a la implementación efectiva de su derecho a la salud. Existen numerosos instrumentos que protegen los derechos de los pueblos indígenas, tanto regionales como internacionales. Algunos de los estándares que específicamente se refieren y protegen el derecho a la salud de los pueblos indígenas incluyen el derecho al acceso y al uso de sus medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud; el derecho a eliminar todas las formas de discriminación y a garantizar el derecho a la salud, y el derecho a recibir asistencia médica sin distinción en cuanto al origen o la pertenencia étnica.

⁹*Ibidem.*

¹⁰*Ibidem.*

Además, en este contexto, se han impulsado compromisos importantes para eliminar las desigualdades que afectan a los pueblos indígenas de la región. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible tiene como propósito asegurar que no se deje a nadie atrás y es, en ese mismo contexto, donde se han trabajado importantes iniciativas para garantizar este principio y reafirmar la salud inclusiva para todos¹¹. Por su parte, el Plan de Acción para todo el sistema sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tiene como principal objetivo aumentar la coherencia del sistema de las Naciones Unidas a la hora de abordar los derechos y el bienestar de los pueblos indígenas en su labor, en particular en apoyo de los Estados Miembros, a fin de aplicar y promover el logro de los objetivos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en todos los niveles¹².

Es importante destacar el rol de la OPS/OMS, Oficina Regional de la OMS para las Américas, para promover iniciativas que aborden la equidad en salud, con énfasis en los pueblos indígenas. La OPS recoge la equidad como primer valor: “la lucha por la imparcialidad y la justicia mediante la eliminación de las diferencias que son innecesarias y evitables.” La equidad en salud enfatiza que la mayoría de las diferencias en los resultados de salud entre grupos derivan de procesos sociales y económicos que producen diferencias en lo que respecta al acceso a la salud. Así, la equidad en salud es un componente clave de la justicia social¹³.

Con respecto a la salud de los pueblos indígenas, la OPS es una entidad pionera, trabajando bajo la iniciativa Salud de los Pueblos Indígenas (SAPIA) desde los años 90 y promoviendo importantes resoluciones aprobadas por los ministerios de salud de toda la región para abordar enfoques diferenciados que respondan a las necesidades de estos grupos. A lo largo de los años se viene observando el compromiso por parte de los Estados Miembros de la OPS con las comunidades indígenas de la región y el reconocimiento de que es necesario trabajar con abordajes diferenciados, reconociendo los distintos modos de vida.

En el año 2014 se aprueba por todos los Estados Miembros de la OPS la Estrategia para el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud. Esa estrategia establece compromisos para velar por que todos los pueblos y comunidades tengan acceso, sin ningún tipo de discriminación, a servicios de salud que sean integrales, adecuados, oportunos y de calidad. El logro de estas metas de acceso universal para los pueblos indígenas exige nuevas ideas y métodos de trabajo.

¹¹Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible Una oportunidad para América Latina y el Caribe*, Santiago: CEPAL, 2018, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf

¹²Naciones Unidas: *Plan de acción para todo el sistema (SWAP) sobre los derechos de los pueblos indígenas*, New York: ONU, noviembre 2015, https://trello.attachments.s3.amazonaws.com/572904ba81880933f3539973/572a4de6a8464d9d6162f6fb/7331b0a0a404a4ff6257b4f74e90752a/SWAP_Indigenous_Peoples_SPA_WEB.pdf

¹³Organización Panamericana de la Salud (OPS): *Equidad en Salud* [internet], Consultado el 21 de mayo de 2022a, https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=5586:health-equity-egc&Itemid=0&lang=es

Tras un largo proceso de consulta con actores clave, incluidos los pueblos indígenas de la región, la OPS impulsó la primera política sobre etnicidad y salud, aprobada de forma unánime por todos los Estados Miembros de la región en 2017. Con este instrumento, único en su naturaleza, los países de América Latina han reafirmado la necesidad de trabajar con enfoques y abordajes específicos y diferenciados para abordar las inequidades étnicas.

Esta política está orientada a desarrollar las medidas necesarias para garantizar el enfoque intercultural en el acceso a la atención y los servicios de salud, teniendo en cuenta los determinantes sociales de la salud, desde un plano de igualdad y respeto mutuo entre culturas y diversos sectores relacionados con la salud de las personas.

De esta forma, en esa política quedaron y priorizan cinco líneas de acción para abordar la salud de los distintos pueblos indígenas y otros grupos de la región. Estas líneas definen la cooperación técnica en etnicidad y salud: a) generación de evidencia, b) impulso de acción en materia de políticas, c) participación social y alianzas estratégicas, d) reconocimiento de los conocimientos ancestrales y de la medicina tradicional y complementaria y e) desarrollo de las capacidades a todos los niveles¹⁴.

Con estas líneas estratégicas priorizadas para el trabajo en salud intercultural, se ofrece a los Estados Miembros de la OPS una acción en firme a la hora de abordar la salud de los pueblos indígenas y otros grupos de la región. A partir de esas prioridades estratégicas se adoptan decisiones orientadas a lograr un cambio positivo a largo plazo que, entre otros, contribuya a la eliminación de las barreras de acceso a los servicios de salud por parte de los pueblos indígenas y a mejorar sus resultados de salud.

Todo ello, se elabora teniendo presente un marco de derechos individuales y colectivos con implicaciones para la salud de los pueblos indígenas de la región. Además, es importante contextualizar que estas líneas estratégicas también, a su vez, deben adaptarse a las distintas realidades de los pueblos indígenas, incluyendo, entre otros, las diferencias en el curso de vida, las redes y estructuras internas según los distintos contextos nacionales y los roles de género.

La política de etnicidad plantea el trabajo con los distintos pueblos desde una doble dimensión. Por un lado, desde la óptica de los determinantes sociales de la salud, teniendo en cuenta las situaciones de exclusión social y económica a las que se enfrentan ciertos pueblos y grupos, con resultados y repercusiones en su situación de salud. Por otro, se contempla la etnicidad desde las diferencias culturales, para lo cual se requiere trabajar a través de abordajes diferenciados, centrados en los distintos grupos poblacionales y sus necesidades específicas. Esta

¹⁴[OPS, *Política sobre Etnicidad y Salud, ... op. cit.*](#)

dimensión debe incluir además el valor de la cultura y de los conocimientos tradicionales. Se plantea, a partir de la interculturalidad, de la importancia de articular los conocimientos y prácticas culturales diferentes en relación con los procesos salud-enfermedad.

En seguimiento a esa política y teniendo presente la importancia de poder evaluar los avances en salud intercultural, en 2019, se aprueba nuevamente de forma unánime por todos los Estados Miembros de la OPS, la estrategia y plan de acción sobre etnicidad y salud (2019-2025). A partir de esa estrategia, los países deberán reportar sobre los avances en los indicadores de salud para los pueblos indígenas y otros grupos étnicos de la región.

Esos marcos aprobados de forma unánime han permitido poder avanzar con interesantes metodologías y herramientas para construir salud intercultural, contando con la participación efectiva de los pueblos indígenas y de otros grupos. La construcción de la salud intercultural es fundamental para avanzar hacia la equidad y no dejar a nadie atrás.

Como se puede observar con los avances mencionados, la región de las Américas se convierte en la primera región de la OMS en dar respuesta a la necesidad de adoptar un abordaje intercultural, en el contexto de los determinantes sociales de la salud, que considere, además, el respeto de los derechos individuales y colectivos, así como las desigualdades de género que interaccionan con otras desigualdades a lo largo del curso de vida de los distintos pueblos.

II. La construcción de la salud intercultural: una necesidad reafirmada en contexto de pandemia para avanzar hacia la equidad en salud

No cabe duda de que la llegada de la COVID-19 no ha hecho sino visibilizar aún más las desigualdades a las que se venían enfrentando los pueblos indígenas históricamente, así como otros grupos en situación de vulnerabilidad. Las situaciones asimétricas han quedado visibilizadas en mayor medida en el contexto de esta pandemia.

El aumento diario de casos y fallecidos por COVID-19 ha significado un duro golpe para muchas comunidades indígenas, que ya presentaban patrones epidemiológicos que las hacían especialmente vulnerables ante la pandemia. Para muchas comunidades indígenas de la Amazonia, la entrada del virus en los territorios de pueblos no contactados y en contacto inicial, las ha expuesto a un serio peligro de extinción. Esas comunidades ya observaban desafíos importantes con respecto a la tuberculosis, la malaria, el sarampión o la fiebre amarilla, entre otros. A estos se unían, además, otros factores como la falta de agua y saneamiento y la inseguridad alimentaria.

La pandemia de la COVID-19 ha generado implicaciones devastadoras para los distintos grupos poblacionales, las economías de todo el mundo y los mismos sistemas de salud¹⁵. Sin embargo, también hizo reflexionar a los profesionales de la salud, desde su llegada, sobre la necesidad más que nunca de trabajar mano a mano con los pueblos indígenas para adoptar abordajes diferenciados que respondieran a sus necesidades y que fueran adecuados a sus realidades y cosmovisiones. Un importante ejemplo de este trabajo conjunto con los pueblos indígenas se impuso desde la OPS con las “Consideraciones relativas a los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros grupos étnicos durante la pandemia de la COVID-19”¹⁶.

A través de esas reflexiones, se observa cómo el impacto de la pandemia puede mitigarse si los pueblos indígenas, y otros grupos, participan desde el inicio en cualquier decisión que afecte a su salud. La articulación de los líderes y lideresas indígenas con la red de servicios de salud en sus territorios en el caso de padecer los efectos de la COVID-19, demostró importantes resultados en varios países de América Latina. Por ejemplo, se han abordado algunos temas clave en consulta con los pueblos y comunidades, desde sus cosmovisiones, que han puesto de manifiesto las desigualdades que experimentan estos pueblos con respecto del resto, también en el contexto de la pandemia¹⁷.

De esta forma, se trabajó de forma articulada para responder a las inquietudes desde las perspectivas indígenas en distintas cuestiones relacionadas a la pandemia, entre las que se incluyen el uso de plantas medicinales como medidas antisépticas, el manejo de cadáveres y su articulación con los rituales pertinentes, la adaptación cultural de mensajes clave sobre el virus. Asimismo, se llevaron a cabo consultas subregionales y consultas de alto nivel con representantes de los Estados Miembros de la OPS y representantes de las redes indígenas de los países para identificar los principales desafíos que enfrentaban los pueblos indígenas durante la COVID-19 y buscar soluciones conjuntas.

El hecho de que la OPS promueve enfoques diferenciados con respecto a los pueblos indígenas, ha permitido que este trabajo tenga presente su situación diferencial de vulnerabilidad y exposición frente a la COVID-19, que no ha afectado de la misma manera a todas las comunidades, precisamente por los distintos modos de vida y tradiciones que entre ellas se presentan. Por ejemplo, las peculiaridades de la situación de alrededor de las 200 comunidades de la cuenca amazónica que viven en aislamiento voluntario. Igualmente, se tuvieron en cuenta

¹⁵ [Khunti Kamlesh, Awadhesh Kumar Singh, Manish Pareek, Wasim Hanif. “Is ethnicity linked to incidence or outcomes of covid-19?”, *The British Medical Journal BMJ*, 2020, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32312785/>](https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32312785/)

¹⁶ Del Pino, Sandra y Alex Camacho: *Consideraciones relativas a los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros grupos étnicos durante la pandemia de la COVID-19*, Organización Panamericana de la Salud, 2020, <http://www.paho.org/es/documentos/consideraciones-relativas-pueblos-indigenas-afrodescendientes-otros-grupos-etnicos>

¹⁷ *Ibidem*.

las diferencias cuando los pueblos indígenas habitan en zonas rurales o zonas urbanas, donde los enfoques requieren especificidades necesarias.

Es necesario que se impulsen espacios de participación y de diálogo con los pueblos indígenas, a través de sus estructuras internas, incluyendo en la fase posterior a la respuesta a la emergencia, donde hay que hacer incidencia en la recuperación económica y social, entre otros.

El reconocimiento y valor de las diferencias culturales entre los distintos grupos, en base a un respeto mutuo, es clave para llegar a implementar intervenciones exitosas en el contexto de la pandemia que todavía hoy se promueven en situaciones postpandemia. Además, es importante tener presente que los pueblos indígenas han demostrado su capacidad de resiliencia en distintos contextos, incluidos los de pandemia.

III. La metodología de diálogos de saberes: una herramienta clave hacia la equidad

Para el trabajo en salud con los pueblos indígenas, es importante promover las competencias interculturales en salud, las cuales se entienden como la habilidad y capacidad para interactuar y negociar con grupos culturalmente diversos, comunicándose de una forma respetuosa y eficaz, de acuerdo a las múltiples identidades de los participantes y/o usuarios, fomentando actitudes de respeto, tolerancia, diálogo y enriquecimiento mutuo, constatando que la verdad es plural y relativa y que la diversidad puede ser fuente de riqueza¹⁸.

Los profesionales de la salud que trabajan con pueblos indígenas han observado cómo los diálogos interculturales o diálogos de saberes se han venido posicionando en varios países de América Latina como una herramienta que puede contribuir al logro del acceso y de la cobertura universal en salud. Esta herramienta promueve el reconocimiento y valor de las diferencias culturales entre los distintos pueblos, al tiempo que responde a sus necesidades específicas y contribuye a la construcción de salud intercultural.

Los diálogos de saberes son procesos de comunicación e intercambio entre individuos y grupos que provienen de diferentes orígenes o culturas. Para que se den de forma efectiva, es imprescindible que se promueva el respeto de las opiniones, costumbres, creencias de los grupos que participan en los diálogos, que no tienen por qué coincidir en los puntos que se abordan al proceder de raíces diferentes, ya sean culturales, lingüísticas, religiosas, étnicas o de otra índole. Además, a través de los diálogos se generan acuerdos progresivos para arribar a

¹⁸Almaguer González, José Alejandro; Vargas Vite, Vicente; García Ramírez, Hernán José, Programa. "Interculturalidad en Salud. Experiencias y aportes para el fortalecimiento de los servicios de salud" en Editorial del Gobierno de la República (Proedit), 2014. <http://www.dged.salud.gob.mx/contenidos/dged/descargas/docs/InterculturalidadSalud.pdf>

resultados de corto, mediano y largo plazo, lo cual lleva a que se desencadenen verdaderos cambios sociales¹⁹.

El eje central de los diálogos interculturales recae en el reconocimiento de la simetría entre los actores, sin jerarquías.

Una condición necesaria para que se den los diálogos de saberes es la revalorización y la promoción de los conocimientos, las prácticas y las expresiones culturales tradicionales a través de los mecanismos de transmisión propios de cada cultura. Esto debe tenerse en cuenta no sólo en relación con la atención a la enfermedad, sino también con la promoción de la salud y el acompañamiento de la muerte²⁰.

El pilar central de los diálogos de saberes es el reconocimiento de la simetría entre los actores, sin jerarquías. Se asume que todo conocimiento tiene el mismo valor y debe ser considerado en la construcción de los diálogos, desde un plano de igualdad. Poner esto en práctica puede llegar a ser sumamente difícil, pues implica abandonar las posiciones de poder de los interlocutores. Es por ello por lo que la OPS se encuentra actualmente capacitando a personal de salud que labora con pueblos indígenas, así como a otros grupos interesados, incluyendo a los y las representantes de las distintas organizaciones indígenas en la metodología de diálogos de saberes.

De esa forma, los países podrán avanzar hacia la equidad en salud, conforme a los mismos criterios metodológicos, con énfasis en la promoción de la participación efectiva de los pueblos indígenas y su empoderamiento y reconocimiento cultural. Se promueve el valor de los conocimientos, prácticas y expresiones culturales de los pueblos, a través de los mecanismos de transmisión propios de cada cultura. En consecuencia, a través de una implementación de diálogos de saberes se puede llegar a acuerdos consensuados para las mejoras económicas, sociales y culturales de las distintas comunidades en los países de América Latina.

Los diálogos de saberes aplicados a la salud contribuyen a reducir las inequidades y son una herramienta clave para la construcción de la salud intercultural. Entre otros, los diálogos interculturales favorecen la articulación y complementariedad de los sistemas médicos ancestrales y tradicionales con los occidentales, y permiten acercar diferentes sistemas de valores, considerando, además de la ciencia, el conocimiento surgido de la experiencia que, generación a generación, se acumula en la sabiduría popular. El saber popular es un

¹⁹OPS, *Metodología de los Diálogos de Saberes*, Washington DC: OPS, 2022b. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55670/9789275324707_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁰OPS, *Metodología de los Diálogos de Saberes*, Washington DC: OPS, 2022b. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55670/9789275324707_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

conocimiento social que se basa en la observación espontánea y se transmite como un legado cultural.

En este sentido, los diálogos de saberes se constituyen como un sistema innovador de aprendizaje frente al modelo educativo tradicional, el cual se basa en la fórmula capacitador y capacitado, donde el primero tiene la verdad y el segundo es un receptor. En el modelo alternativo de los diálogos de saberes, el requisito indispensable es un intercambio horizontal, desde un plano de igualdad y respeto mutuo, dando lugar a un espacio que propicie un flujo intercultural democrático entre pares²¹.

Si hay desconfianza o prejuicios de alguna de las partes no podrá darse el diálogo de una forma efectiva. Es necesario que se den las condiciones para escuchar y entender, lo cual sólo se logra entre pares. Supone el respeto mutuo y la transparencia en una acción comunicativa avanzada²². Con el enfoque intercultural en salud se busca la generación de espacios de comunicación y diálogo entre las distintas culturas para fortalecer a los pueblos históricamente excluidos y sensibilizar a los que se encuentran en una posición privilegiada.

3.1. La contribución de los diálogos de saberes para la salud materna

Los diálogos de saberes pueden contribuir a cualquier iniciativa en salud o cualquier otra temática donde dos grupos diferentes desde un punto de vista cultural puedan discrepar. En el marco de los esfuerzos para reducir la mortalidad materna de la región, varios países de América Latina han venido trabajando hacia la promoción del parto culturalmente seguro enfocado a las mujeres indígenas incluyendo la metodología de los diálogos interculturales.

Una de las metas del quinto Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) es precisamente asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con la Plataforma de Acción de Beijing.

América Latina es además el continente con más ratificaciones del Convenio N° 169 de la OIT, un instrumento internacional que, al ratificarse por los Estados, genera obligaciones en adaptar sus normativas internas a lo que establece el Convenio, o establecer normativas que reflejen el reconocimiento y la promoción de los derechos. Este Convenio busca superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos indígenas y hacer posible que participen en la adopción de

²¹*Ibidem.*

²²[Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura \(UNESCO\). Fortalecimiento del diálogo intercultural: mejores conocimientos para un diálogo mejor. París: UNESCO, 2019. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372353](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372353)

decisiones que afectan a sus vidas, por lo que los principios fundamentales de consulta previa y participación constituyen su piedra angular.

La efectiva implementación del Convenio se enfrenta a varios desafíos que incluyen la adecuación de las legislaciones nacionales con un enfoque de derechos indígenas y que garanticen la plena participación de los pueblos, la consulta previa y los diálogos interculturales entre los sistemas jurídicos existentes y los saberes de los pueblos indígenas.

Teniendo presente esos desafíos y, sobre todo, la participación de la mujer indígena en cualquier decisión que afecte su salud sexual y reproductiva, la OPS ha venido implementando iniciativas importantes en la región para promover el parto culturalmente seguro de la mujer indígena. Esas iniciativas, tienen como objetivo, contribuir a mejorar la calidad de atención en los servicios de salud materna y perinatal con la incorporación del enfoque intercultural en la atención del proceso reproductivo, con énfasis en el momento del parto y posparto. La falta de una atención prenatal adecuada y detectar las complicaciones que podrían darse al momento del parto son puntos importantes para prevenir los altos índices de mortalidad materna.

A consecuencia de la pandemia, la vulneración de los derechos de las mujeres se ha incrementado. En el caso de las mujeres indígenas y que habitan zonas rurales en América Latina esta situación las ha afectado de mayor manera.

Un estudio reciente elaborado, entre otros, por el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (FILAC) sobre los impactos del COVID-19 en los pueblos indígenas ha señalado la preocupación de la situación de las mujeres y niñas indígenas pues, a las repercusiones propias de la COVID-19, se suman otras vulneraciones de derechos, como la falta de acceso a servicios de salud integral, incluida la salud sexual y reproductiva, la discriminación y la violencia estructurales, tanto por motivos de género como de pertenencia étnica, así como otras barreras en el acceso a los servicios de protección, incluidos los servicios de protección social y cuidados, acceso a la justicia, educación y fuentes de empleo dignas²³.

El mismo informe se refiere a la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres indígenas en cuanto a su salud sexual y reproductiva, ya que mejorar la salud materna en los diferentes países de América Latina, sigue siendo un reto importante.

²³Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ECLAC): *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala. Entre la invisibilización y la resistencia colectiva*, Santiago: ECLAC, 2020, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46543-impacto-covid-19-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-invisibilizacion>

La OPS ha venido trabajando con mujeres y lideresas indígenas, expertos en salud materna e interculturalidad en la promoción del parto culturalmente seguro. Este trabajo se basa en el respeto e intercambio de conocimientos a través de los diálogos de saberes; en el reconocimiento de las diferentes realidades de las mujeres, incluyendo sus valores y tradiciones culturales y contribuye a fortalecer la toma de decisiones de las mujeres y la mejora del acceso a los servicios de salud por parte de la mujer indígena²⁴. De esta forma, se contribuye a reducir las desigualdades en la atención de salud de las mujeres, promoviendo modelos para la atención del parto con una perspectiva intercultural e incrementando la atención del parto culturalmente seguro en las instituciones de salud.

Gracias a la implementación de los diálogos de saberes en el contexto de la salud materna, en países como Argentina, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú se llegaron a acuerdos entre los servicios de salud, los representantes de los pueblos indígenas y otros actores claves para mejorar la salud y proteger los derechos de las mujeres, las adolescentes y la niñez que viven en estado de vulnerabilidad. En el caso de Perú, son de destacar los esfuerzos realizados en la región de Amazonas, en los distritos de Imaza, Bagua, y Rio Santiago, Condorcanqui. Esa iniciativa se extendió también a la región de Loreto.

Para abordar una de las prioridades de la OPS, la reducción de la mortalidad materna y de los recién nacidos y menores de 5 años, en 2014, se promovió la iniciativa Hacia la Salud Universal de la Población del Gran Chaco Suramericano. Uno de sus objetivos fue enfocarse en el diseño y fortalecimiento de los servicios de salud culturalmente apropiados para las mujeres indígenas y rurales que allí habitan, y eliminar las barreras de acceso a la atención.

Así, la OPS y los países que conforman la región del Gran Chaco Suramericano, a través de sus ministerios de salud, trabajaron de forma conjunta y coordinada para responder a las necesidades de la población en mayor situación de vulnerabilidad, con énfasis en la atención adecuada a emergencias obstétricas. En ese contexto se impulsaría el trabajo, a través de diálogos interculturales, hacia una herramienta que promueve el parto culturalmente seguro para las mujeres indígenas.

Por ende, esos diálogos interculturales involucran a distintos actores, incluyendo, las parteras de las comunidades y los profesionales de la salud, para promover el intercambio de saberes y acercarlos a trabajar juntos para mejorar la salud de las mujeres. Además, se contribuye al empoderamiento de la mujer indígena y a su capacidad de decidir de qué forma quiere ser atendida durante el trabajo de parto.

²⁴OPS, *Manual básico para la aplicación de la herramienta de promoción del parto culturalmente Seguro* [online] 2022, <https://iris.paho.org/handle/10665.2/56225>

En esos esfuerzos se observó cómo el personal de salud que atiende a las mujeres indígenas durante el proceso reproductivo debe abordar las distintas situaciones y los problemas específicos de salud, asociados, en parte, a las diferencias culturales, para brindar respuestas oportunas y adecuadas. Sólo si se tienen en cuenta las diferencias culturales se podrán mejorar los resultados de salud materna.

Un aspecto clave para contribuir a la mejora de los resultados de salud materna es fomentar y garantizar la participación de la mujer en todos esos procesos. A través de los diálogos se permite al personal de salud brindar la atención oportuna y adecuada a las necesidades de las mujeres indígenas, teniendo presente sus valores, costumbres, creencias y tradiciones.

La generación de confianza de la mujer indígena en el personal de salud se puede conseguir o ampliar a través de estos diálogos que permiten el acercamiento entre ambos sectores para llegar a unos mínimos interculturales. Esos acercamientos, a su vez, contribuyen a determinar el grado de participación de la comunidad y de otros actores relevantes en los procesos de adecuación cultural de la atención del parto en las instituciones de salud. Además, esos espacios permiten conocer cómo es la comunicación y el trato entre los servicios de salud y la mujer indígena embarazada e identificar las capacidades y competencias del personal de salud para la atención del parto con pertinencia cultural.

Es importante destacar la necesidad de continuar impulsando abordajes interculturales en el contexto de la salud materna, entre otros, y tener presente las experiencias que han funcionado y contribuido a la construcción de la salud intercultural en América Latina. Asimismo, a pesar de los avances, es importante que se dé un compromiso político que contribuya a experiencias y prácticas sostenibles.

Conclusiones

A pesar de la riqueza cultural y de conocimientos que caracteriza a los pueblos indígenas de América Latina, no cabe duda de que constituyen uno de los grupos que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad y desventaja, enfrentándose a situaciones de desigualdad con respecto a otros grupos poblacionales. Muchas veces, esas situaciones de vulnerabilidad derivan de experiencias de racismo y discriminación. Todo ello acarrea una desmejora en su situación de salud. Las desigualdades por razón étnica han quedado aún más visibles con la llegada de la COVID-19. La pandemia ha puesto de manifiesto la importancia de continuar trabajando con enfoques diferenciados a la hora de abordar la salud de estas poblaciones.

Si bien importantes tratados y convenios internacionales promueven el pleno ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas, ha sido necesario abordar esfuerzos específicos en materia de salud para poder llegar a soluciones de éxito. Muchos esfuerzos se han venido implementando para no dejar a nadie atrás, pero en materia de salud caben destacar las iniciativas de la OPS, organización que se ha posicionado como un referente a nivel mundial para abordar la salud intercultural y, específicamente, por su larga trayectoria con la salud de los pueblos indígenas.

La organización regional de la OMS para las Américas ha trabajado el tema de salud indígena desde los años 90, promoviendo importantes resoluciones aprobadas por unanimidad por todos sus Estados Miembros. Con esas acciones, los países de la región han reconocido la necesidad de implementar enfoques diferenciados en un contexto de los determinantes sociales y de promover la participación de los distintos pueblos en cualquier iniciativa que tenga que ver con la mejora de su bienestar.

En 2017, en seguimiento a ese compromiso de la OPS con las comunidades y pueblos indígenas, se aprueba por sus Estados Miembros la primera política sobre etnicidad y salud, la cual impulsa un abordaje intercultural para los distintos pueblos. Posteriormente, en 2019, también de forma unánime, se aprueba la Estrategia y Plan de Acción sobre etnicidad y salud, con orientaciones para la implementación de la Política.

A raíz de estos esfuerzos, los países están trabajando con distintas herramientas y metodologías que contribuyen a la salud intercultural y facilitan la participación de los pueblos de la región en cualquier acción encaminada a mejorar su salud. Para algunas comunidades indígenas que se encuentran ubicadas en zonas rurales, la medicina tradicional y los conocimientos ancestrales juegan un papel fundamental. Además, en muchas ocasiones, los servicios occidentales no son adecuados desde el punto de vista cultural para estos grupos.

Por lo tanto, una herramienta importante para trabajar con las diferencias entre grupos culturalmente diversos es la metodología de diálogos de saberes, la cual se ha consolidado como un instrumento para hacer frente a las inequidades étnicas, al abordar las causas de muchas problemáticas que derivan precisamente de diferencias culturales y de las jerarquías entre grupos sociales que pueden tener un impacto en la salud y bienestar de estas poblaciones. Los diálogos interculturales también permiten tener unas repercusiones en el fortalecimiento de los servicios de salud al lograr, mediante el acercamiento entre culturas, establecimientos culturalmente adecuados y apropiados. Esto, a su vez, genera confianza en los usuarios para acudir al servicio de salud.

A través de la implementación de los diálogos interculturales se han dado una serie de avances en materia de salud, incluida la salud materna, lo cual ha permitido generar confianza para los pueblos indígenas en los servicios de salud, promover

el intercambio de conocimientos e incorporar dimensiones relacionadas con la espiritualidad y las distintas cosmovisiones a la que propone la salud occidental. Todo ello, con miras a contribuir al empoderamiento de la mujer y al derecho de ejercer libremente su salud sexual y reproductiva.

A pesar de los avances hasta la fecha, se hace necesario un compromiso político para contribuir a la equidad en salud y continuar promoviendo los modelos interculturales, para lograr la atención centrada en las personas, las comunidades y sus necesidades. Además, es importante promover el intercambio de buenas prácticas en salud derivadas de los diálogos de saberes, incluyendo, pero no exclusivamente, en salud materna.

Se deben continuar impulsando las capacidades que se requieren, tanto a nivel político como a nivel técnico, para el personal de salud y los ministerios que trabajan con los pueblos indígenas de la región. De ese modo, pueden convertirse en facilitadores interculturales y generadores de cambio y condiciones para la interacción entre culturas, contribuyendo también, de manera sostenible, a la equidad en salud, sin dejar a nadie atrás²⁵.

Es necesario seguir promoviendo abordajes interculturales en salud, teniendo presentes las experiencias que se dan en muchos países donde, para estos grupos, cobran especial importancia los aportes de la medicina tradicional y la partería, las cuales contribuyen a la cobertura universal de salud. La adopción de medidas en el marco de la salud intercultural podría ayudar a mejorar los resultados de salud de los distintos grupos. Además, sería importante analizar las diferencias entre países que permitirán también identificar y difundir las buenas prácticas que tuvieran éxito.

Propuestas de mejora

A continuación, se detallan recomendaciones y sugerencias específicas para lograr un cambio efectivo en los procesos en curso para avanzar hacia la equidad en salud y reorientar las acciones para traducirlas en un mejor servicio hacia y con las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad. Para ello, se debe reflexionar sobre los mayores retos que se han expuesto anteriormente.

Por un lado, la falta de un compromiso político para avanzar en la promoción y protección del derecho a la salud y otros derechos humanos relacionados de las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad, con énfasis en los pueblos indígenas. Y, de otro lado, a pesar de que la llegada de la pandemia de la COVID-19 ha hecho más que evidente esta necesidad, existe aún desconfianza por parte del personal de salud a trabajar con enfoques diferenciados al abordar la situación

²⁵OPS, “Metodología de los diálogos de saberes”, en *Manual para facilitadores* [Online] 2022. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55746/9789275324745_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

de salud de los pueblos indígenas y otros grupos en situación de vulnerabilidad. En otras palabras, se da aún la desconfianza a trabajar desde la interculturalidad en salud.

Las acciones propuestas para hacer frente a estos retos se detallan a continuación:

Concientización y sensibilización a todos los niveles de la necesidad de trabajar por la equidad en salud. Es importante trabajar con los tomadores de decisiones para llegar a compromisos efectivos y que se ratifiquen en sus compromisos de trabajar por la salud y el bienestar de los grupos en mayor situación de vulnerabilidad. Asimismo, dar seguimiento a los compromisos ya existentes, de manera que no sea un mero trámite, sino que se traduzcan en acciones efectivas. Pero igualmente importante es dar a conocer estos compromisos a los niveles locales, donde se encuentra el personal de salud que trabaja directamente con pueblos indígenas y otros grupos. En muchas ocasiones, los tratados y estándares regionales e internacionales no se conocen en los niveles locales y por ello no se aplican. Es importante impulsar campañas comunicacionales en este sentido y abordar la salud y el bienestar desde un enfoque de derechos humanos.

Intercambio de buenas prácticas y creación de capacidades en herramientas de interculturalidad. Importantes avances se han dado en la región con la implementación de los diálogos interculturales y otras herramientas que promueven la interculturalidad en salud. A pesar de la desconfianza que puede generar el trabajar con nuevos enfoques para el personal de salud, se hace necesario crear capacidad entre el personal de salud y otros actores clave y concientizarles sobre la necesidad de usar metodologías diferenciadas que aborden las necesidades de los pueblos indígenas, teniendo presentes sus cosmovisiones y entendimientos sobre la salud y la enfermedad.

Para ello, es importante referirnos a algunos temas que se han trabajado pre y postpandemia donde se demuestra la necesidad de utilizar enfoques innovadores a la hora de mejorar la salud de grupos culturalmente diversos. Así, además, resulta fundamental trabajar de la mano con mujeres y líderes indígenas para construir salud intercultural, donde no prevalece una medicina sobre otra, sino que se llega a unos mínimos interculturales para ambas partes. El intercambio de experiencias entre países e incluso entre subregiones demuestran ser un valor agregado para la concientización y la creación de capacidades, no solo a nivel operativo, también desde los niveles políticos se pueden socializar estos instrumentos.

Garantizar el monitoreo de los diálogos interculturales y el seguimiento a los actores involucrados. El monitoreo a las sesiones de diálogos interculturales y el énfasis en su plan de mejora son imperativos para llegar a resultados de éxito. Deben programarse periódicamente sesiones para monitorear y revisar los avances y las acciones que se han acordado a través de los diálogos. El tiempo para

monitorear variará según la naturaleza de las acciones. Además, es fundamental contar con la participación de todas las personas que tienen un rol clave en la comunidad de que se trate. En el caso de la salud materna, participarán parteras, líderes y lideresas, mujeres gestantes, personal de salud, etc.

En definitiva, estas acciones que se proponen se implementarían en un periodo de tiempo acordado según el contexto y el país. Se tienen presente las diferencias dentro de la región, entre países y también dentro de los mismos países, donde las acciones serán adecuadas según el contexto local y la población con la que se trabaje. Por ende, es importante garantizar la participación social y efectiva de los pueblos en cualquier tema que tenga que ver con su situación de salud. Además, se tendrán en cuenta los roles de género y los enfoques según el curso de vida. Por último, sería importante hacer un llamado para extender estas acciones regionales para Latinoamérica a un nivel global.

Bibliografía

Almaguer González, José Alejandro; Vargas Vite, Vicente; García Ramírez, Hernán José Programa. “Interculturalidad en Salud. Experiencias y aportes para el fortalecimiento de los servicios de salud”, en *Editorial del Gobierno de la República* (Proedit), 2014. <http://www.dged.salud.gob.mx/contenidos/dged/descargas/docs/InterculturalidadSalud.pdf>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Derechos de los Pueblos Indígenas: Estándares internacionales, reconocimiento constitucional y experiencias comparadas*, Santiago de Chile, 2021. <https://www.estudiospnud.cl/informes-desarrollo/derechos-de-los-pueblos-indigenas-estandares-internacionales-reconocimiento-constitucional-y-experiencias-comparadas/>

Banco Mundial. *Latinoamérica Indígena en el Siglo XXI*. Washington, DC: BM, 2015. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23751/LatinoamOrica00XXI000primera0d0cada.pdf>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ECLAC). *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala. Entre la invisibilización y la resistencia colectiva*. Santiago, 2020. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46543-impacto-covid-19-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-invisibilizacion>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible Una oportunidad para América*

Latina y el Caribe, Santiago: CEPAL, 2018.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf

Del Pino, Sandra y Alex Camacho. *Consideraciones relativas a los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros grupos étnicos durante la pandemia de la COVID-19*, Organización Panamericana de la Salud, 2020.
<http://www.paho.org/es/documentos/consideraciones-relativas-pueblos-indigenas-afrodescendientes-otros-grupos-etnicos>

[Khunti Kamlesh, Awadhesh Kumar Singh, Manish Pareek, Wasim Hanif. “Is ethnicity linked to incidence or outcomes of covid-19?” *The British Medical Journal BMJ*, 2020. https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32312785/](https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32312785/)

[Naciones Unidas. *Plan de acción para todo el sistema \(SWAP\) sobre los derechos de los pueblos indígenas*, New York: NU, noviembre 2015. https://treloattachments.s3.amazonaws.com/572904ba81880933f3539973/572a4de6a8464d9d6162f6fb/7331b0a0a404a4ff6257b4f74e90752a/SWAP_Indigenous_Peoples_SPA_WEB.pdf](https://treloattachments.s3.amazonaws.com/572904ba81880933f3539973/572a4de6a8464d9d6162f6fb/7331b0a0a404a4ff6257b4f74e90752a/SWAP_Indigenous_Peoples_SPA_WEB.pdf)

[Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura \(UNESCO\). *Manual para el Desarrollo de Competencias Interculturales*, Paris: UNESCO, 2020. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373828](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373828)

[Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura \(UNESCO\). *Competencias interculturales: Marco conceptual y operativo*. Bogotá: Cátedra UNESCO – Diálogo intercultural, Universidad Nacional de Colombia, 2017. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000251592](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000251592)

[Organización Panamericana de la Salud \(OPS\). *Manual básico para la aplicación de la herramienta de promoción del parto culturalmente Seguro*. Washington DC: OPS, 2022. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55746/9789275324745_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55746/9789275324745_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura \(UNESCO\). *Fortalecimiento del diálogo intercultural: mejores conocimientos para un diálogo mejor*, Paris, 2019. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372353](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372353)

[Organización Panamericana de la Salud \(OPS\). *Política sobre Etnicidad y Salud*, Washington DC: OPS, septiembre 2017. https://www.paho.org/es/documentos/politica-sobre-etnicidad-salud](https://www.paho.org/es/documentos/politica-sobre-etnicidad-salud)

Organización Panamericana de la Salud (OPS). *Equidad en Salud* [internet]. Consultado el 21 de mayo de 2022a.

https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=5586:health-equity-egc&Itemid=0&lang=es

Organización Panamericana de la Salud (OPS). *Metodología de los Diálogos de Saberes*, Washington DC: OPS, 2022b. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55670/9789275324707_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *América Latina y el Caribe* [online]. [https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/ourwork/democratic-governance/political-participation-and-inclusion/citizen-democracy--analysis---advocacy-.html](https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/ourwork/democratic-governance/political-participation-and-inclusion/citizen-democracy-analysis---advocacy-.html)

RESISTENCIA COMUNITARIA COMO EXPERIENCIA DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ Y DIÁLOGO SOCIAL EN EL CAÑÓN DE LAS HERMOSAS (COLOMBIA)

Community resistance as an experience of peacebuilding and social dialogue in the Cañón de las Hermosas (Colombia)

DEBORAH PRESTA NOVELLO*
ANDRES TAFUR VILLARREAL**

Resumen: El Cañón de las Hermosas está ubicado en el centro de Colombia, sobre una de las ramificaciones de la Cordillera de los Andes. Allí se concentraron varios de los síntomas más recurrentes en el diagnóstico del conflicto armado en Colombia: pobreza, desigualdad, precariedad y debilidad institucional, control social y territorial de los grupos armados, disputas por rentas ilegales derivadas del cultivo y tráfico de drogas ilícitas, e impactos sobre la territorialidad y el territorio. En un clima completamente adverso, la propia comunidad ha sido capaz de poner en marcha varios mecanismos de resistencia civil para la protección de la población que han sido reconocidos como plataformas eficaces orientadas al diálogo social y la construcción de paz.

Palabras Clave: resistencia civil; orden social; autonomía civil en guerras civiles; conflicto armado; paz territorial.

Abstract: The Cañón de las Hermosas is located in the center of Colombia, on one of the ramifications of the Andes Mountain Range. Several of the most recurrent symptoms in the diagnosis of the armed conflict in Colombia were concentrated there: poverty, inequality, precariousness and institutional weakness, social and territorial control of armed groups, disputes over illegal income derived from the cultivation and trafficking of illicit drugs, and impacts on territoriality and territory. In a completely adverse climate, the community itself has been able to launch various civil resistance mechanisms for the protection of the population that have been recognized as a effective platforms aimed at social dialogue and the construction of peace.

Keynotes: civil resistance; social order; civil autonomy in civil wars; armed conflict; territorial peace.

Sumario: Introducción. I. Interrelaciones entre guerra civil, orden social y autonomía comunitaria. 1.1. El orden social en las guerras civiles. 1.2. Resistencia comunitaria y autonomía

*Investigadora posdoctoral de la Universidad de Lleida (España). Beca Margarita Salas para jóvenes doctores. Ministerio de Universidades de España, financiado por la UE (NextGenerationEU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5990-7588>. Correo electrónico: deborah.presta@udl.cat

**Profesor investigador. Director del Centro de Estudios Regionales de la Universidad del Tolima (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2497-4016>. Correo electrónico: jatafurv@ut.edu.co

civil. II. La dinámica del conflicto armado en el sur del Tolima. 2.1. La violencia en el sur del Tolima. 2.2. Un clima de baja institucionalidad y alta ilegalidad. III. Caso de estudio: resistencia comunitaria en el Cañón de las Hermosas. 3.1. Contextualización. 3.2. Bonanza de la amapola y gobernanza rebelde. 3.3. Mecanismos de resistencia civil. Conclusiones: con recomendaciones para lograr la paz territorial. Bibliografía

Introducción

El sur del Tolima ha sido uno de los grandes escenarios del conflicto armado en Colombia. La fundación y presencia casi hegemónica del grupo guerrillero de Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, ha implicado históricamente que el Estado se haya propuesto ganar este territorio como uno de sus principales objetivos en la lucha contrainsurgente. El vacío institucional promovió la coexistencia de la guerrilla con los grupos paramilitares y el desarrollo de formas propias de economía y regulación social al margen del Estado. En este contexto, desde las comunidades han aparecido distintas formas de resistencia y acción colectiva que han contribuido a la construcción de paz en el sur del Tolima.

La zona rural del Cañón de las Hermosas se ha constituido como un referente histórico para las luchas campesinas. Estas montañas han sido uno de los epicentros de la resistencia civil, a través de distintas formas de organización social. Esta zona ha sido un importante escenario del conflicto armado colombiano, que ha pasado por distintas etapas y derivado en que las propias comunidades fueran capaces de transformar su contexto gracias a una conciencia organizativa.

A través de este estudio se analiza cómo, en un contexto fuertemente marcado por la violencia y con condiciones muy negativas para su población, la propia comunidad local ha sido capaz de organizarse y promover cambios significativos en las dinámicas de victimización, producto de la confrontación armada, y en el mejoramiento de la convivencia en el territorio.

Las experiencias que trataremos son conocidos como la Mesa de Transparencia y el Observatorio de Derechos Humanos para la Protección del Medio Ambiente, a través de los cuales distintos líderes comunitarios lograron generar un espacio de interlocución con distintos actores institucionales, reconocido por analistas y ex defensores de derechos humanos como una experiencia significativa de construcción de paz territorial y de diálogo social.

I. Interrelaciones entre guerra civil, orden social y autonomía comunitaria

1.1. El orden social en las guerras civiles

La teoría de los microfundamentos de la guerra civil de Stasis Kalyvas define este fenómeno como un combate armado dentro de los límites de una entidad soberana reconocida, entre partes sujetas a una autoridad común al comienzo de las hostilidades¹. La intuición que interesa a este trabajo es la violenta división física de la entidad soberana en campos rivales armados, y la división territorial de facto que esta conlleva:

“Los conflictos que constituyen guerras civiles como mejor pueden definirse es como aquellos que se relacionan con la quiebra efectiva del monopolio de la violencia por medio del desafío interior armado. La disputa armada de la soberanía conlleva pretensiones de autoridad mutuamente excluyentes, que producen una situación de soberanía dividida o dual”².

Para algunos autores todas las guerras civiles, en esencia, son una batalla por el control entre un gobierno y sus competidores sobre los civiles y el territorio en el que residen³. Los actores contraestatales, como las guerrillas, podrían simplemente matar y abusar, pero a menudo deciden gobernar, estableciendo un tipo de regulación mínima fincada sobre un tipo de control y extracción informal, hasta la formación de burocracias elaboradas, escuelas, juzgados y hospitales. Los civiles, por su parte, tienen sus propios intereses y, aunque desarmados, tienen la capacidad de influenciar sobre cómo se los gobierna.

Zachariah Mampilly acuñó el concepto de gobernanza rebelde para referirse no sólo a las estructuras que proporcionan determinados bienes públicos, sino también a las prácticas de gobierno que se adoptan. Estas pueden ser *ad hoc* (informales) o burocráticas (formales)⁴. Para significar el control de territorios por parte de rebeldes, refiere en este contexto al abanico de posibilidades de organización, autoridad y responsabilidad que se crea entre guerrilleros y civiles⁵.

De acuerdo con Arjona el gobierno rebelde -o el orden social durante la guerra- puede tomar una de dos formas. La primera es la *rebelocracia*, o el gobierno de los rebeldes, y esta se da cuando los grupos armados intervienen ampliamente en los asuntos civiles, regulando el comportamiento más allá de las esferas de la fiscalidad y la seguridad. Un claro ejemplo se da cuando los combatientes regulan la conducta pública y privada, estableciendo un sistema de justicia para adjudicar disputas y hacer cumplir contratos, así como para

¹ Stasis Kalyvas, *La lógica de la violencia en la guerra civil*, (Madrid, Akal, 2006), 35-36.

² *Ibidem*

³ Ana Arjona, Nelson Kasfyr y Zacariah Mampilly, *Rebel Governance in Civil War* (Cambridge: University Press, 2015).

⁴ Zacariah Mampilly, *Rebel Rulers: Insurgent Governance and Civilian Life During War* (New York: Cornell University Press, 2011), 4.

⁵ El texto original en inglés es el siguiente: “to not only the structures that provide certain public goods but also the practices of rule insurgent adopt. These can be either *ad hoc* (informal) or bureaucratic (formal) (...) the range of possibilities for organization, authority, and responsiveness created between guerrillas and civilians”. *Ibidem*.

proporcionar bienes públicos⁶. La segunda es la *aliocracia*, o el gobierno de otros. En este caso los grupos armados sólo intervienen en los asuntos civiles recaudando impuestos y regulando las conductas relacionadas con la seguridad, mientras que otros actores, ya sean las autoridades civiles, las instituciones estatales o los líderes tradicionales, regulan el resto de los aspectos de la vida local⁷.

Sobre la base de estas reflexiones, es claro que del lado de los grupos armados no es fortuita la organización de instituciones o la formación de alianzas con actores locales, ya que la regulación de los territorios es una prioridad para alcanzar sus objetivos estratégicos, militares y políticos. Del lado de las comunidades, algunos trabajos permiten ver que hay un importante espacio para la resistencia y la acción colectiva, lo cual, aunado a ciertas condiciones, puede incidir en la dinámica del conflicto armado y por supuesto, en la construcción de paz⁸.

1.2. Resistencia comunitaria y autonomía civil

Parece relevante la búsqueda de una respuesta a la manera en que los civiles pueden conservar su autonomía (o autogobierno), a pesar de los grupos armados, y al mismo tiempo, protegerse a sí mismos. Esta cuestión, a su vez, se vincula a otra cuestión más amplia acerca de la capacidad que tienen los civiles para la cohesión social y la cooperación en contextos de guerra⁹. Esta idea se emparenta con el argumento de Ana Arjona en la distinción analítica entre *rebelocracia* y *aliocracia*. El capital social es lo que explica que los civiles superen el temor, manejen sus propias comunidades y lidien con la presión de los grupos armados de manera perdurable.

El argumento de Kaplan, es que bajo ciertas condiciones, los civiles pueden recurrir a procesos sociales para reducir la violencia perpetrada en su contra:

“este argumento se basa en la sociedad civil [...] al considerar por qué los civiles no involucrados en el conflicto armado logran o no logran organizar modos de resistencia contra la opresión estatal o contra un movimiento insurgente potencialmente perjudicial (...) mi argumento es que la cohesión social les ofrece a los civiles más oportunidades para superar el miedo, romper la “ley del silencio”, revivir la comunicación e implementar estrategias colectivas de protección (...) La violencia se puede mitigar mediante soluciones *institucionales* que buscan evitar la participación de la población civil en el conflicto,

⁶ “...where armed groups intervene broadly in civilian affairs, regulating behavior beyond the spheres of taxation and security. For example, combatants may regulate public and private conduct, establish a justice system to adjudicate disputes and enforce contracts, and provide public goods”, Ana Arjona, *Rebelocracy: Social Order in the Colombian Civil War*, (Cambridge: University Press, 2016), 10.

⁷ “...where armed groups only intervene in civilian affairs by collecting taxes and regulating conducts related to security, while others – such as civilian authorities, state institutions, or traditional leaders – regulate the remaining aspects of local life”. *Ibidem*.

⁸ Cfr. Oliver Kaplan, *Resistir la guerra: o como se protegen a sí mismas las comunidades*, Traducción Enrique Valenzuela Gruesso, (Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2020).

⁹ *Ibid*, 20.

manejar el orden interno de las comunidades, limitar la incursión de los grupos armados y exigirles rendir cuentas de sus actos”.¹⁰

Esta teoría sobre la toma de decisiones de civiles en las guerras civiles se divide en dos partes, una asociada a las condiciones para la autonomía y la cohesión social, y la otra a los mecanismos civiles generadores de protección. En relación con la primera cuestión podemos destacar tres datos relevantes.

En primer lugar, el papel que juegan desde la asistencia técnica actores externos como el gobierno, las iglesias y las ONG es clave para que las comunidades se organicen. En segundo lugar, en línea con el argumento descrito anteriormente, las comunidades cohesionadas y organizadas despliegan dos tipos de estrategias para lidiar con los diversos riesgos que conlleva para su integridad una guerra civil. Estas son las armas de los débiles, básicamente para resolver las disputas y divisiones al interior de las comunidades; y las armas de los no tan débiles, como las protestas, entre otro tipo de acciones públicas no violentas. La elección de las estrategias está determinada por una interacción entre las preferencias civiles, la cohesión social y el contexto previo y potencial de amenazas¹¹. En tercer lugar, el conjunto de las primeras dos condiciones descritas, a saber, la fortaleza de la organización civil y las estrategias seleccionadas, sumado a los incentivos del grupo armado¹², van a determinar los resultados significativos sobre los niveles de violencia.

Desde el punto de vista de los mecanismos, siguiendo a Kaplan, estos se pueden agrupar de acuerdo con su nivel de formalización y con la profundidad de la cooperación:

“Primero, algunos mecanismos de cohesión y solidaridad más parecen una coordinación *ad hoc*, por cuanto son menos premeditados o duraderos. Estos pueden hacer parte de una armonía social preexistente, lo que implica que hay menos conflictos entre vecinos para explotar o que el conocimiento compartido entre los pobladores les permite protestar de manera colectiva y espontánea contra la agresión y resistir los intentos de dominación por parte del grupo armado.

¹⁰ *Íbid*, 26.

¹¹ *Íbid*, 27.

¹² Aun cuando este trabajo desplaza la atención hacia los civiles y su acción, señala Kaplan, “...sus resultados no se pueden desligar de los grupos armados, cuyos objetivos e incentivos, preferencias y opciones, son claves para explicar la violencia ejercida en contra de las comunidades. En parte, los grupos armados coaccionan o cometen abusos contra las poblaciones porque sus acciones tienen pocas consecuencias, porque poseen escasa información o porque no han considerado otras formas de lograr sus objetivos. (...) Los móviles del actor armado dan un idea sobre cuándo es probable que los esfuerzos ciudadanos sea exitosos y sugieren un amplio pero delimitado conjunto de condiciones de conflicto y perfiles de opciones o preferencias del grupo armado. La capacidad de las comunidades para disminuir la violencia y aumentar la sobrevivencia de los civiles debería ser mayor en zonas en donde, pese a tener incentivos para ejercer la violencia, los grupos armados tienen preferencias relativamente más flexibles y con la imposición de costos reducidos pueden ser persuadidos a cambiar su conducta (...). En contraste, es probable que los civiles sean menos capaces de evitar la violencia en los casos en los que los grupos armados están resueltos a matar o ganar, como en los genocidios (...)” *Íbid*, 29. En términos del mismo autor, estas condiciones de oportunidad para la autonomía le añaden una dosis de realismo a la discusión, al no postular el éxito de los civiles como inevitable.

Segundo, existen organizaciones y mecanismos formales basados en una cooperación profunda y sostenida y orientada hacia la protección. Los civiles pueden promover entre los pobladores normas e ideas contra la cooperación con los grupos armados (una denominada cultura de paz), desarrollar procesos locales de resolución de conflictos (para evitar recurrir a actores externos para mantener el orden), desarrollar sistemas de alerta temprana para eludir los combates, dialogar con los actores armados, investigar a los sospechosos de colaborar con el enemigo y vincularse a organizaciones no gubernamentales externas (ONG) y a organizaciones intergubernamentales internacionales (OGI) para “salir a la luz pública”, denunciar la agresión y avergonzar a los actores armados¹³”.

II. La dinámica del conflicto armado en el sur del Tolima

2.1. La violencia en el sur del Tolima

El departamento del Tolima, ubicado en la zona transandina de Colombia, es ampliamente reconocido en diversas representaciones de la guerra colombiana, porque en el extremo sur de su territorio, en Marquetalia, nació la guerrilla de las FARC¹⁴. Sin embargo, en esta zona caracterizada por la carencia de instituciones gubernamentales, la desigualdad social, el desarrollo desequilibrado y la pobreza generalizada¹⁵, no solo nació la guerrilla, sino que fue desde mediados del siglo pasado un laboratorio para la práctica de los manuales norteamericanos de contrainsurgencia, en lo tocante a la relación orgánica entre civiles y militares para enfrentar a las guerrillas comunistas¹⁶.

Esta región ha sido escenario de varios periodos de intensa violencia. En los años 1930 y 1940 se desarrollaron conflictos entre colonos y hacendados por la tierra. Una década después, campesinos liberales y comunistas se refugiaron en las montañas del sur y del oriente del departamento, en donde constituyeron organizaciones de autodefensa para enfrentar a los terratenientes y a los conservadores en el gobierno¹⁷. Luego de las amnistías ofrecidas por la dictadura militar (1953-1958) y el primer gobierno de la transición a la democracia (1958-1962), los campesinos liberales se convirtieron en la primera línea de defensa del

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ En los relatos de los fundadores de esa guerrilla, así como en diversos trabajos académicos y en el reciente informe de la Comisión de la Verdad, se ubica el nacimiento de esta guerrilla en el sur del Tolima, en la vereda de Marquetalia, municipio de Planadas.

¹⁵ Centro de Estudios Regionales, CERE-UT, *Análisis de la complejidad socio-ecológica del Tolima: identificación de los vínculos entre paisaje, socioeconomía y conflicto armado*. Informe de investigación CERE, n°1, (Universidad del Tolima, Ibagué, noviembre de 2020), 16.

¹⁶ Andrés Tafur-Villarreal, “Víctimas y disputas: el saldo de la violencia paramilitar y contrainsurgente en el Tolima (Colombia)”, *El diario de la educación*, (2020).

¹⁷ La denominación de campesinos liberales, o “limpios”, y campesinos comunistas, o “comunes”, tiene que ver con su militancia en los partidos liberal y comunista.

establecimiento contra los campesinos comunistas, caracterizados por las élites frentenacionalistas como el enemigo interno¹⁸.

La alianza entre los campesinos liberales y la Fuerza Pública se legalizó en 1965, cuando el presidente Guillermo León Valencia (1962-1966) expidió el Decreto 3398, “por el cual se organiza la defensa nacional”, en el que señalaba que “la movilización y la defensa civil (...) corresponden a la Nación entera” y obligaba a los particulares a participar en la defensa del país. El mismo año, Valencia ordenó la operación militar a Marquetalia -una de las denominadas “Repúblicas independientes”¹⁹-, zona de control de los comunistas, quienes, tras la arremetida del Ejército, se convirtieron en las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC. La naciente guerrilla se definía como una organización armada cuyo objetivo era la toma del poder por las armas, sobre la base de un programa de gobierno revolucionario que incluía una reforma agraria. Se conformó en seis núcleos en distintas regiones del país, cuyo Bloque Sur correspondía a un área de operaciones en los departamentos de Tolima, Huila, y Valle del Cauca.

El gobierno de Carlos Lleras Restrepo (1966-1970), tercero en la sucesión frentenacionalista, convirtió en legislación permanente la autodefensa civil anticomunista, a través de la Ley 48 de 1968. En la jerga del *Reglamento de guerrillas y contraguerrillas del Ejército (1968)*:

“La junta de autodefensa es una organización de tipo militar que se hace con personal civil seleccionado de la zona de combate, que se entrena y equipa para desarrollar acciones contra grupos guerrilleros que amenacen el área o para operar en coordinación con tropas en acciones de combate (...) la junta de autodefensa debe tener un control directo de la unidad militar de la zona de combate y para ello el comandante designa un oficial o un suboficial encargado de transmitir las órdenes correspondientes y de entrenar la agrupación”.²⁰

De acuerdo con el Observatorio de Paz y Derechos Humanos de la Universidad del Tolima (2020), entre 1965 y 1982, el Tolima, y en particular el sur, vivió un periodo de tregua, producto del relativo equilibrio entre los actores armados. Los grupos de autodefensa conformados a partir de las estructuras de limpios establecieron controles sobre la población civil y mantuvieron a los

¹⁸ El Frente Nacional fue un pacto político de los partidos liberal y conservador, que acordaron compartir el poder político de manera exclusiva durante 16 años, periodo durante el cual se distribuyeron de manera equitativa los cargos de la rama ejecutiva y judicial. Del pacto frentenacionalista fueron excluidas terceras fuerzas y facciones críticas dentro de los dos partidos tradicionales. Cfr. Déborah Presta Novello, *El conflicto de Colombia. Acción de las Organizaciones internacionales*, (Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020).

¹⁹ Esa era la manera como los operadores políticos en el nivel nacional se referían a las zonas que, desde su punto de vista, se mantenían bajo el control de los comunistas. Aparte de la RI de Marquetalia en el sur del Tolima, se hablaba de las de Riochiquito, en el Cauca; la del Pato, entre Huila y Caquetá, y Guayabero, entre el Meta y el Guaviare.

²⁰ Juan Esteban Ugarriza y Nathalie Pabón, *Militares y guerrillas. La memoria histórica del conflicto armado en Colombia desde los archivos militares, 1958-2016*, (Bogotá, Universidad del Rosario, 2018), 126.

comunistas -ahora convertidos en la guerrilla de las FARC- confinados a las zonas más aisladas de la región.

De manera que, en esta región el paramilitarismo nacía a la par con la guerrilla que debía confrontar. Veinte años después, en todo el sur del Tolima operaban tres grupos de paramilitares, bien articulados con la Fuerza Pública, que serían la base para la creación del Bloque Tolima de las Autodefensas Unidas de Colombia en la década de 1990²¹. La guerrilla de las FARC, por su parte, consolidarían su presencia casi hegemónica en la zona, catalogada por la prensa y los analistas del conflicto armado como su retaguardia o su *santuario*²².

La guerrilla aprovechó las ventajas que el territorio le ofrecía para realizar su despliegue, utilizarlo como refugio, llegar al reabastecimiento de sus cuadrillas y, muy importante, convertir esta zona en una red de importantes corredores que la conectan con otros departamentos desde la Amazonía hasta el Pacífico. Este hecho promovió que fuera sede del Estado Mayor del Comando Conjunto Central y, después de la muerte de Manuel Marulanda Vélez, fundador y máximo comandante durante cuatro décadas, refugio del número uno de la organización, Guillermo León Sáenz, alias Alfonso Cano²³.

2.2. Un clima de baja institucionalidad y alta ilegalidad

Cuando un grupo armado accede y se consolida en un territorio, es importante destacar de qué manera se desarrollaron los hechos, ya que esto marca fuertemente su relación con las comunidades y las dinámicas regionales. En muchas partes del territorio nacional, las FARC lograron forjarse un apoyo desde los tiempos en que propiciaron la colonización armada. En el sur del Tolima, este grupo guerrillero utilizó un discurso marxista y labores de entrega hacia la causa revolucionaria y de reivindicación de derechos, combinando aspectos ideológicos y políticos con estrategias militares. En los inicios de su presencia en esta zona se consolidaron como una institucionalidad paralela, apoyaron las luchas sociales asociadas a la tenencia de la tierra y fortalecieron su influencia gracias a la construcción de relaciones de cooperación con la población local. Esta relación compleja era indispensable para asegurar el control sobre los corredores estratégicos²⁴.

Debido a la notable incapacidad del Estado en el territorio, la gestión política, económica y social de los municipios del sur del Tolima se ha visto altamente permeada por intereses clientelistas y criminales. Los grupos armados ilegales han

²¹ Centro Nacional de Memoria Histórica, *De los grupos precursores al Bloque Tolima. Informe N. 1 Serie sobre los orígenes de los grupos paramilitares de las regiones*, (Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2017).

²² El Espectador catalogó el Cañón de las Hermosas en el sur del Tolima como “La segunda Casa Verde de las FARC”. María del Rosario Arrázola, *La nueva Casa Verde de las FARC*, El Espectador, 17 de octubre de 2009.

²³ Fundación ideas para la paz (FIP), *Institucionalidad socavada. Análisis transversal*, (Bogotá, 2015), 19.

²⁴ *Ibid.*, 21.

logrado incidir directamente en las decisiones territoriales a través, principalmente, de dos maneras. En el caso de las FARC, por medio del quiebre del orden público y el ejercicio de su poder de veto sobre las autoridades públicas municipales, así como la presión sobre comunidades y tomadores de decisión para incidir en la inversión hacia zonas y poblaciones bajo su dominio. En el caso de los paramilitares, a través de su inserción en el aparato municipal con el propósito de manejar directamente el gobierno local, y así garantizarse la captura de las rentas públicas²⁵.

En este tipo de regiones la desconfianza entre las personas de las comunidades produjo distorsiones entre los conceptos de legalidad e ilegalidad. La consolidación de economías criminales ha sido posible gracias a la reproducción de la ilegalidad. El clima que se gestó históricamente fue impulsado a su vez por la desconfianza en la capacidad punitiva de las instituciones, lo cual generó una visión viciada de los beneficios que acarrear los comportamientos delictivos y el poco riesgo de sanción penal. Además, esta situación de ilegalidad se vuelve más compleja y grave al coexistir grupos armados con capacidad para imponer sus propias reglas, una ausencia de rechazo social y moral de dicha ilegalidad, y la existencia de acuerdos entre agentes institucionales y grupos ilegales²⁶.

Para el caso de las FARC, su presencia histórica y casi hegemónica en el territorio, posibilitó redes de relaciones estrechas con la población civil -muchos guerrilleros y milicianos eran de la propia región-, lo que construyó una percepción del Ejército Nacional como una fuerza de ocupación. Esto promovió una desconfianza de la población hacia la Fuerza Pública, que no deja de estar motivada por la propia actitud hostil y estigmatizante de su comandancia hacia los civiles, el consumo de droga y alcohol intrafilas, su actitud permisiva con los paramilitares, prácticas como las capturas masivas y crímenes altamente cuestionados como las ejecuciones extrajudiciales²⁷.

Esta relación con la población, unida a la débil presencia institucional, le permitió a la guerrilla hacerse con el control de la región y construir instituciones para la regulación de la economía ilegal, la convivencia y la seguridad. Los civiles, en línea con los aportes teóricos citados anteriormente, constituyeron de esta manera un factor elemental en el desarrollo de la guerra, entendida como una

²⁵ Red RINDE, *Fortalecimiento de la descentralización. El gran reto de Colombia 2010-2014*, (Noviembre 2013), 8.

²⁶ Adolfo Eslava, *Oro como fortuna. Instituciones, capital social y gobernanza de la minería aurífera colombiana*. (2014, Medellín, Universidad EAFIT), 16.

²⁷ Las capturas masivas fueron una de las estrategias más polémicas de la política de seguridad del gobierno de Álvaro Uribe, basadas en la detención indiscriminada de líderes comunitarios a quienes se señalaba de ser colaboradoras de la guerrilla. Las ejecuciones extrajudiciales, divulgadas en prensa como “falsos positivos”, son crímenes de lesa humanidad atribuidos a las fuerzas militares colombianas y que comprometieron el asesinato de civiles para presentarlos como guerrilleros dados de baja en combate. Para el caso del Tolima, Cfr. Colectivo de Abogados José Albeiro Restrepo, Observatorio Surcolombiano de Derechos Humanos y Universidad del Tolima, *Más que estadísticas. Las ejecuciones extrajudiciales en el departamento del Tolima, 2002 - 2015*. (Bogotá: Colectivo de Abogados José Albeiro Restrepo, 2021)

confrontación por el control del territorio, la población y sus recursos. Además de proveer seguridad, establecer reglas para la explotación de los bienes comunes y regular la convivencia de los pobladores, el grupo armado logró convertirse en el garante del orden social, como un *estado paralelo*, orientado hacia el control y la administración²⁸.

Es importante mencionar, en todo caso, que la guerrilla no siempre se relacionó con los civiles sobre la base de acuerdos, sino que en varios casos se impuso por la fuerza o uso de manera desproporcionada su poder de fuego en contra de poblaciones a las que estigmatizó por su supuesta colaboración con los paramilitares y el Ejército²⁹. Este es el caso de los corregimientos de Puerto Saldaña, en el municipio de Rioblanco, y de Santiago Pérez, en Ataco, en donde el grupo guerrillero desarrolló, con sevicia, operaciones de tierra arrasada que terminaron en asesinatos selectivos, masacres y el desplazamiento masivo de la población civil³⁰.

Pese a la persistencia de todos los fuegos, y de que la capacidad de autonomía civil se viera altamente comprometida en los territorios en los que la guerrilla, los paramilitares y la Fuerza Pública se enfrentaron violentamente, las comunidades resistieron, protestaron y en algunos casos, lograron establecer mecanismos de resistencia y autonomía que les permitieron construir acuerdos para su protección³¹.

III. Caso de estudio: resistencia comunitaria en el Cañón de las Herosas

3.1. Contextualización

El Cañón de las Herosas se encuentra en una zona de amortiguamiento del Complejo de Páramos del Parque Nacional Natural que lleva su mismo nombre, ubicado sobre el flanco oriental de la Cordillera Central, transversal a los

²⁸ Sobre el orden social fariano en el sur del Tolima, se pueden ver los trabajos de Andrés Aponte, *Grupos armados y construcción de orden social en la esquina sur del Tolima, 1048-2016*, (CINEP, EDUCAPAZ, Universidad Javeriana, Bogotá, 2019); Observatorio de Paz y Derechos Humanos, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, *Contextos explicativos del desplazamiento forzado en el sur del Tolima. Impactos sobre el territorio y la territorialidad 1958-2018*, (CODHES, Bogotá, 2020); y Juan Esteban Ávila y Geraldine Navarro, *Construcción de Estado, guerra civil y orden social en el corregimiento de las Herosas, Chaparral-Tolima 1991-2016*, (Universidad del Tolima, Ibagué, 2022).

²⁹ Cfr. Déborah Presta Novello, “Crisis humanitaria en la Triple Frontera Amazónica: retos de desarrollo sostenible”, (*Anales de Derecho*, 39, Universidad de Murcia, 2022).

³⁰ Sobre el desplazamiento forzado en el sur del Tolima, ver el caso particular de Santiago Pérez en Andrés Tafur Villareal y Alejandro Mejía Baldión, “Limitantes y posibilidades para la reparación transformadora de los daños comunitarios generados por el conflicto armado y el desplazamiento forzado de población. El caso del Sujeto de Reparación Colectiva de Ataco, Tolima”, en Angela Marcela Olarte Delgado y Marcela Gutiérrez Quevedo (editoras), *Cátedra Unesco Derechos Humanos y Violencia: Gobierno y gobernanza*, (Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021).

³¹ Varios trabajos recientes se han concentrado en la visibilización de estas experiencias de resistencia y autonomía comunitaria en el sur del Tolima. Ver, entre otros, John Jairo Uribe Sarmiento, Iokiñe Rodríguez Fernández y Jairo Baquero Melo, *Paces desde abajo. Desafíos y oportunidades de otra paz*, (Ed. Universidad del Rosario, 2022).

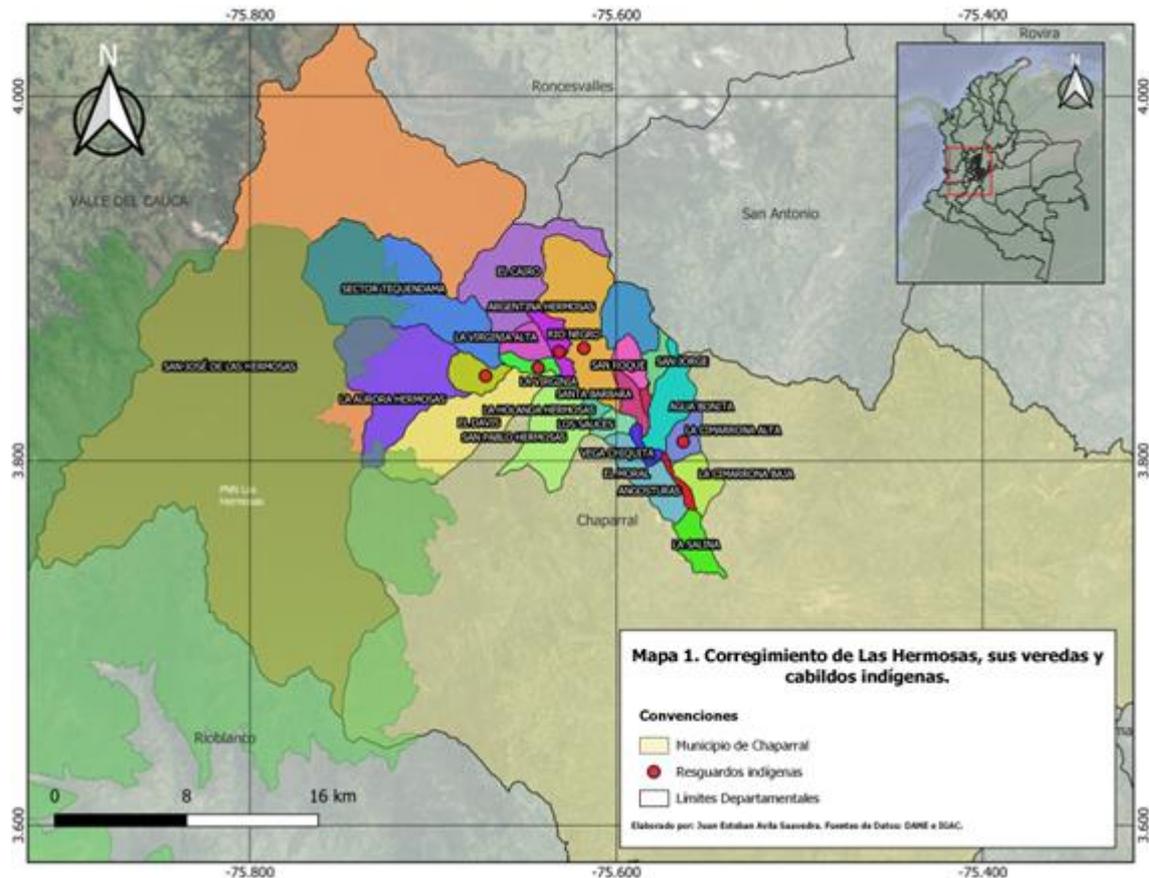
departamentos de Valle del Cauca y Tolima. Hacia el oriente, en el Tolima, una parte importante de las zonas rurales de los municipios de Rioblanco y Chaparral, se encuentran sobre la zona de amortiguamiento del Parque. Allí se concentraron varios de los síntomas más recurrentes en el diagnóstico de la guerra civil en Colombia: pobreza y desigualdad, precariedad-debilidad institucional, control social y territorial de grupos armados, disputas por rentas ilegales derivadas del cultivo y el tráfico de drogas ilícitas, e impactos sobre la territorialidad y el territorio, que han afectado gravemente a la población civil.

El corregimiento de las Hermosas, en el corazón del Cañón, cuenta con una extensión aproximada de 46.701 hectáreas, está dividido en 28 veredas³² y cuatro cabildos indígenas (Pijao Cimarrona Alta, Rionegro, El Escobal y Amoyá Virginia Hermosas)³³. De acuerdo con los datos del municipio, la población del corregimiento alcanza los 7.000 habitantes³⁴ (Mapa 1).

³² Agua Bonita, Alemania, Alto Waterloo, Argentina Hermosas, Aurora Davis, Cimarrona Alta, Cimarrona Baja, Davis Janeiro, El Cairo, El Escobal, El Jardín, El Moral, El Porvenir, El Recreo, Holanda Hermosas, La Angostura, La salina, La Virginia, Los Sauces, Río negro, San Jorge, San Jorge P. Alta, San José de las Hermosas, San Pablo Hermosas, San Roque, Santa Bárbara, Sector Tequendama, Vega Chiquita, Virginia parte Alta. Gobernación del Tolima, Departamento Administrativo de Planeación, *Chaparral en cifras (2000-2010)*, (Ibagué, 2011) 18.

³³ Alcaldía Municipal de Chaparral Tolima, *Plan de Desarrollo 2012-2015*. (Chaparral, 2012), 13-14.

³⁴ No existe información actualizada sobre los aspectos demográficos de las veredas del corregimiento de las Hermosas, por lo que para obtener una información orientativa se recurre a informes como: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos -ILSA., *Las Hermosas, no2. Hidroeléctrica del Río Amoyá y luchas por el territorio*, 1-119, 49.



De acuerdo con el Plan de Desarrollo del Corregimiento, su proceso de poblamiento se desarrolló paulatinamente a partir de la década de 1930, con un mayor crecimiento entre 1960 y 1970, impulsado principalmente por los procesos de colonización, el desplazamiento producido por distintas violencias y la expansión de la producción cafetera a nivel nacional³⁵. En esta misma época sus habitantes crearon las primeras organizaciones comunitarias, entre ellas el Comité de Cafeteros y las Juntas de Acción Comunal (JAC), desde las cuales promovieron la construcción de obras de infraestructura como carreteras y escuelas, ante la poca iniciativa estatal.

La articulación entre poblamiento y población cafetera hizo que las comunidades estuvieran expuestas a las fluctuaciones de los mercados internacionales. La crisis del café experimentada por el país entre finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa del siglo pasado fue un punto de inflexión en las dinámicas del conflicto en la zona. La pérdida de los medios de subsistencia abrió paso a la intromisión de economías ilícitas que fueron generando nuevos arreglos sociales y creando nuevos modos de vida asociados a la ilegalidad y la bonanza económica.

³⁵ Asociación de las Herosas con Desarrollo al Futuro. *Plan de Desarrollo Sustentable del corregimiento las Herosas 2015-2020*, Pontificia Universidad Javeriana, (Chaparral, Tolima, Noviembre de 2014), 1-71, 37.

3.2. Bonanza de la amapola y gobernanza rebelde

Coincidente con la crisis cafetera, a inicios de la década de 1990 Colombia experimentó el boom de la amapola. Debido a sus necesidades medioambientales, este cultivo se concentró en las zonas altas, principalmente en el norte del Cauca y el sur del Tolima. En Las Herosas, la amapola encontró condiciones geográficas apropiadas y brazos para su cultivo. Rápidamente, las intenciones de control territorial por parte grupos armados ilegales asociados al mercado de la mancha³⁶ agudizaron la violencia y convirtieron la región en un espacio de disputa, tanto por las rentas ilícitas como por su posicionamiento geográfico.

El grupo de Carlos Cárdenas, *Los Magníficos*, una estructura paramilitar local, se posicionó en el Cañón y se benefició del cultivo de la amapola aproximadamente desde 1988. Este grupo surgió a mediados de la década de los ochenta y actuó a través de dos patrullas: la primera estaba integrada por las familias de los Cruz y los Aleyes y la segunda, por la familia Osorio Devia. De acuerdo con la Sentencia de la Sala de Justicia y Paz sobre el Bloque Tolima de las AUC, el hacendado y ganadero de la zona de San José de las Herosas en Chaparral, Carlos José Cárdenas Oviedo alias el “pájaro”, se trasladó al Magdalena Medio como resultado de la confrontación entre limpios y comunes a mediados de los años setenta³⁷.

Posteriormente, el Ejército presuntamente organizó las autodefensas en la región a través de tres grupos representativos, como lo fueron los liderados por Ernesto Caleño, Silvio Olivera y Carlos Cárdenas, con el objetivo de combatir a la guerrilla³⁸. De la misma manera que otros grupos de autodefensa:

“Los civiles armados brindaban información al Ejército, en este caso a la Sexta Brigada y al Batallón Caicedo del municipio de Chaparral, sobre la ubicación de la guerrilla en la zona, acompañaban operaciones militares como guías y el líder del grupo - Carlos Cárdenas - facilitaba sus predios para la instalación de bases del Ejército³⁹”.

La disputa por el Cañón -y por las rentas del cultivo de amapola- llevó a las FARC a confrontar a Cárdenas entre 1986 y 1991, suceso conocido por la población civil como “La guerra de las gallinas⁴⁰”. La guerrilla derrotó

³⁶ La mancha o el látex, es el componente activo de la heroína y la morfina que se produce con amapola.

³⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 2016, diciembre 7, sentencia priorizada de Atanael Matajudíos Buitrago y otros exintegrantes del Bloque Tolima, 166.

³⁸ Centro Nacional de Memoria Histórica, *De los grupos precursores...*, *Op.Cit.*, 247.

³⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, *Doc.Cit.*

⁴⁰ Este episodio es recordado de esa manera debido a que, cuando los actores armados (guerrilla, paramilitares y Ejército) dieron el orden de que la población civil debía abandonar el corregimiento, “...las familias se desplazaron junto con sus animales, especialmente las gallinas, que en muchos casos tuvieron que dejar en el camino, dado que los carros en los que se transportaron no tenían la capacidad para abordar a toda la población con sus animales ...” Centro de Estudios Regionales, CERE-UT, *Análisis de la complejidad...*, *Op.Cit.*

militarmente a los paramilitares en 1991. Desde ese momento el Cañón se convirtió en una zona de control absoluto de las FARC:

“La consolidación de la presencia guerrillera en la región estuvo acompañada por el fortalecimiento de sus estrategias de dominio y control territorial a través de la imposición de un orden social y político funcional a sus necesidades militares. La guerrilla impuso normas de conducta, reguló las relaciones económicas y sociales, y controló la presencia de propios y extraños en la región. A la *rebelocracia* fariana en el Cañón, la población la denominó -no sin sarcasmo- como *Fiscalía* o *Juzgado 21* [en alusión al frente 21 de las FARC que operaba en la subregión], porque hacía lo que el Estado no: garantizar la seguridad, cobrar impuestos, administrar justicia y regular la convivencia de manera eficiente y efectiva a través de castigos, multas y ajusticiamientos”.⁴¹

Siguiendo a Mampilly, en Las Herosas se resumen las principales condiciones para poder hablar de un *gobierno rebelde efectivo*, a saber: una fuerza capaz de vigilar a la población civil, que establece mecanismos de resolución de disputas, que tiene la capacidad para brindar otros servicios y/o bienes públicos más allá de la seguridad y que genera espacios de retroalimentación para fomentar la participación civil en asuntos *gubernamentales*. También se constatan manifestaciones instrumentales de poder tales como normas, valores, prácticas y creencias, que son clave para la consolidación del dominio⁴².

El descenso de la confrontación generado por la victoria del Frente 21 de las FARC sobre los paramilitares y su hegemonía en el Cañón se vio progresivamente desafiado por la entrada de la Fuerza Pública al territorio a principio de los 2000. La prensa nacional registraba las operaciones de la siguiente manera:

“Esa advertencia se había empezado a materializar en agosto de 2004 con la operación Libertad I, que pretendía recuperar a “sangre y fuego” los territorios del sur del Tolima (Chaparral y Planadas, principalmente). Los conocidos históricamente por haber sido el refugio del Frente 21, las compañías Joselo Lozada y Mariana Campos, y las columnas móviles Héroes de Marquetalia y Daniel Aldana de la guerrilla de las Farc. La arremetida contra la insurgencia arrasó y los campesinos quedaron en medio de una guerra fratricida. El Plan Patriota desplegó en esa zona al Ejército Nacional con todo su aparato. Bajo el mando de la Quinta División aterrizaron las brigadas Sexta y Novena, la Brigada Móvil N° 8, los batallones de contraguerrilla N° 6, 31, 34, 66, 67, 68 y 69, y el Comando de la Fuerza Aérea.”⁴³

A partir de aquí podemos ver cómo, con la entrada de la Fuerza Pública, el gobierno fariano en las Herosas va cediendo paso, así como en todo el sur del Tolima. A los mecanismos de control y regulación efectuados por la guerrilla se sumaron los que llevó a cabo el Ejército, que se caracterizaron por la imposición de restricciones y estrictos controles a la movilidad y la provisión de alimentos hacia el Cañón, y una política de detenciones y judicializaciones de líderes

⁴¹ Andrés Tafur Villarreal, “Frente al Cañón. Guerra y construcción de paz en Las Herosas: un análisis de la resistencia comunitaria, 2005-2010”, (Trabajo fin de máster, Universidad de los Andes, 2021), 44.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Edison Arley Bolaños, *Un nuevo aire en el cañón de Las Herosas*, El Espectador, 12 de febrero de 2017.

comunitarios del corregimiento y comerciantes del municipio de Chaparral. Como consecuencia del desafío a la *rebelocracia* fariana, la violencia selectiva e indiscriminada se intensificó, lo cual produjo graves impactos humanitarios para la población civil⁴⁴.

Además de la militarización, la estrategia de pacificación contempló la entrada en el año 2006 de la empresa estatal de energía ISAGÉN⁴⁵, para la construcción del megaproyecto hidroeléctrico del río Amoyá, en el corazón del Cañón de las Hermosas⁴⁶.

Antes de ISAGÉN, la propietaria del proyecto fue Generadora Unión a través de una filial suya, Hidroger S.A E.S.P, la cual socializó el proyecto durante 2005 con la anuencia de las FARC. Uno de los compromisos más importantes establecidos por la empresa -antes de que le vendiera el megaproyecto a ISAGÉN- fue que se contratara los servicios de seguridad del megaproyecto con los propios pobladores, para evitar la entrada del Ejército a la zona. Sin embargo, este y varios de los compromisos asumidos por Hidroger durante la etapa de socialización del megaproyecto fueron desconocidos por ISAGÉN, una vez inició la etapa de construcción del mismo.

A pesar de los acuerdos pactados con la empresa y la constante búsqueda de garantías de convivencia en el territorio y protección de la población civil, en el año 2006 el Ejército ingresó a la zona y el conflicto se agudizó. En las actas de la Mesa de la Transparencia quedaron registradas las denuncias de los líderes comunitarios en relación con la detonación de artefactos cerca de la población civil, que produjeron daños en la infraestructura del corregimiento y expusieron la vida de la población civil gracias a la detonación de artefactos explosivos de mortero en cafetales, minas, enfrentamientos, ajusticiamientos, ejecuciones extrajudiciales, detenciones y judicializaciones arbitrarias, ametrallamientos desde

⁴⁴ De acuerdo con el Informe de Riesgo 039-06, del Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo: "...La intensificación de los operativos del Ejército Nacional "Libertad II" en las estribaciones de la cordillera central, territorios catalogados como santuarios de la guerrilla; el ingreso de un nuevo grupo armado ilegal autodenominado "Conquistadores del Tolima"; y las acciones defensivas de las FARC configuran el escenario actual de riesgo en el municipio de Chaparral (...) Se prevé la agudización de la confrontación armada y en consecuencia la posibilidad de que ocurra homicidios selectivos, de configuración múltiple, accidentes por minas y/o armas trampas, enfrentamientos con interposición de población civil, utilización de métodos y medios para generar terror e intimidación en la población civil, la destrucción de bienes civiles y/o la afectación de bienes indispensables para la supervivencia, desplazamientos y reclutamientos forzados". Defensoría del Pueblo, Informe de riesgo 039-06, septiembre 15 de 2006.

⁴⁵ ISAGÉN fue creada en 1995 como una empresa de servicios públicos constituida en forma de sociedad anónima, mixta, especializada en la generación y comercialización de energía. La participación de la Nación pasó de 76,9% en el 2005 a 57,6% en el 2014, y fue finalmente vendida a la multinacional canadiense Brookfield en el año 2016.

⁴⁶ Así lo percibió la comunidad desde el inicio de las operaciones: "...Desde esa vez que empezó lo de ISAGÉN fue que hicieron ese despliegue del Ejército, ahí en el Naranjal. Fue donde tiraron esos soldados ahí, donde bombardearon para hacer las bases, que eso lo limpiaron fue a punta de bombas". Centro de Estudios Regionales, CERE-UT, *Análisis de la complejidad...*, Op.Cit., 81.

helicópteros, daños en cultivos, muerte de animales, o bombardeos indiscriminados, entre otros.

3.3. Mecanismos de resistencia civil

A pesar de la afectación negativa en las comunidades del Cañón de las Hermosas, el conflicto tuvo como impacto positivo la formación de una conciencia organizativa. Como rechazo a la militarización y al accionar violento de los actores, la población organizó marchas y generó espacios de diálogo, como la Mesa de transparencia -MT- y el Observatorio de Derechos Humanos para la Protección del Medio Ambiente, dos escenarios concebidos por las y los líderes comunitarios como una ventana de oportunidad para tener interlocución con los actores armados, en particular la Fuerza Pública⁴⁷.

La MT tuvo la vocación de convertirse en un mecanismo permanente para hacer llegar los diferentes casos de vulneración de derechos humanos y construir herramientas para la prevención de este tipo de actos⁴⁸. Instalado este espacio, rápidamente fue posible llegar a acuerdos sobre la necesidad de desescalar las acciones militares que afectaban directamente a la población civil⁴⁹.

Como escenario paralelo a la MT se constituyó el Observatorio de los Derechos Humanos para la Protección del Medio Ambiente, cuyo propósito era documentar las denuncias que recogían los líderes en cada vereda. A continuación, levantada la documentación, las organizaciones garantes apoyaban la construcción de un documento que se presentaba en la MT. Una vez convocado este espacio de interlocución se procedía a leer el documento elaborado en el Observatorio de los Derechos Humanos y, seguidamente, cada uno de los entes a quienes correspondía la responsabilidad de lo señalado en el documento daban una respuesta o planteaban una solución.

De acuerdo con los habitantes de las Hermosas, inicialmente la MT solo permitió la intervención de aproximadamente dos o tres líderes, lo que infundía

⁴⁷ En principio, se acordó que la MT operaría cada cuatro meses, o cuando las circunstancias lo ameritaran, con participación de autoridades institucionales, civiles y militares; la comunidad, representada por ASOHERMOSAS, una organización de segundo nivel que aglutinaba a todas las Juntas de Acción Comunal de las veredas del corregimiento; la ONG Reiniciar, que acompañó todo el proceso en calidad de garante; la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH, responsable del monitoreo; y la dirección regional de la Defensoría del Pueblo, que tenía a su cargo la secretaría técnica y brindaba apoyo a las comunidades en la construcción de los documentos del Observatorio. La logística era asumida por ISAGEN, que no participaba en el desarrollo de la Mesa.

⁴⁸ Sandra Carolina Bautista Bautista, “Alternativas analíticas en el campo de la movilización social en Colombia: la acción colectiva de alto riesgo. Lecturas a propósito de la protesta campesina en el Tolima”, *Revista Estudios Políticos*, Universidad de Antioquia, Núm41 (2012), 57-79.

⁴⁹ “...Y entonces en esa Mesa de Transparencia exponíamos el tema de la limitación al paso de alimentos y eso fue un alivio pero lo logramos hasta que nos dejaban pasar los alimentos, y nos dejaron pasar (...), entonces ya eso nos daba como el poder, el saber cómo eran las cosas y llegábamos y arreglábamos en la Mesa de la Transparencia y que listo...”. Centro de Estudios Regionales, CERE-UT, *Análisis de la complejidad...*, Op.Cit., 111.

temor a la comunidad en términos de la comunicación, no solo por las autoridades a quienes se dirigían, sino también por la presión de la guerrilla (quienes los acusaban de ser informantes). Con el tiempo, la comunidad logró ampliar la participación en este espacio que reconocen como propio, y de manera simultánea aumentar su empoderamiento, logrando así construir acuerdos que les permitieran exigir las garantías de sus derechos. Sumado a lo anterior no solo se amplió la participación en la MT, sino también los temas que allí se abordaban, direccionando la MT hacia un espacio más integral en búsqueda del desarrollo de la región.

En línea con la teoría de la autonomía civil en las guerras civiles de Kaplan, las capacidades desplegadas por la población campesina en las Hermosas, inicialmente en términos de *acción colectiva de alto riesgo* a través de las movilizaciones y las protestas, y, posteriormente, a través de plataformas organizativas más estables orientadas a la interlocución con los actores armados, se pueden interpretar como mecanismos civiles de resistencia, funcionales a la protección de la población.

Los primeros, basados en la cohesión y la solidaridad, menos premeditados o duraderos. Y los segundos, caracterizados por la emergencia de organizaciones y mecanismos formales basados en una cooperación profunda y sostenida y orientada hacia la protección. Este es el caso de la experiencia de la Mesa de la Transparencia y el Observatorio de Derechos Humanos para la Protección del Medio Ambiente.

Desde el punto de vista del balance de estos dos mecanismos, particularmente de la Mesa de la Transparencia, se propone un análisis a partir de la consecución de sus objetivos mediatos (detener las victimizaciones, promover la convivencia) y finales (cesar la violencia, y reparar los daños ocasionados por el conflicto) en el corto y mediano plazo.

En el corto plazo, de acuerdo con los líderes entrevistados en este trabajo, la MT garantizó efectivamente la protección de los derechos humanos. Al asegurar el diálogo y la rendición de cuentas de las autoridades civiles y militares *de igual a igual* con los líderes sociales, fue notable el descenso de las victimizaciones, particularmente por violaciones al principio de distinción del Derecho Internacional Humanitario. Esto, según defensores de derechos humanos, tendría que ver con el importante grado de visibilización que tenía la Mesa⁵⁰.

Desde el punto de vista de la convivencia, aunque en el corto plazo la Mesa de la Transparencia *per sé* no podía transformar la dinámica de una guerra que la sobrepasaba, en el mediano y largo plazo, constituyó un modelo de diálogo social

⁵⁰ "...al sentir los actores, principalmente los actores estatales, que habría digamos un espacio de observación de denuncia permanente, por supuesto habría un poco más de control y de cuidado y de vigilancia por parte de la Fuerza Pública en su actuación..." Andrés Tafur Villareal, "Frente al Cañón. Guerra...", *Op.Cit.*, 83-84.

y construcción de paz, que es reconocido por los defensores de derechos humanos, para quienes, la posibilidad de hablar en medio del conflicto entre actores fue clave⁵¹. Frente a los objetivos finales, en el mediano plazo, la MT no logró su propósito, básicamente porque la reparación no dependía de ella misma, sino de las entidades estatales que eran convocadas al espacio y que, para algunos líderes, fueron menores ante las expectativas de las comunidades⁵².

Conclusiones

Tanto el territorio como la población del corregimiento de las Hermosas en Chaparral (Tolima) fueron afectados de diversas maneras por la presencia de actores armados y las confrontaciones derivadas de esta. A su vez, esta zona fue el epicentro de iniciativas oficiales y no oficiales de paz, las cuales produjeron efectos contradictorios. A lo largo de este artículo se pueden identificar dos modelos de pacificación durante la guerra: el modelo estatal, desde arriba, y el modelo comunitario, desde abajo.

El intento de pacificación llevado a cabo por el modelo estatal lo identificamos en la construcción de un proyecto de paz en el marco de una estrategia de *ocupación integral* del territorio, que vinculó la acción cívico militar con el desarrollo del megaproyecto de la hidroeléctrica sobre el río Amoyá. Esta estrategia no solo no logró pacificar el territorio, sino que tampoco consiguió resolver los problemas particulares que pretendía atender, ya que el Ejército no pudo diezmar a la guerrilla. La salida de este grupo del Cañón se dio a finales del 2016, en el marco del Acuerdo Final de Paz con las FARC.

Por otra parte, el megaproyecto hidroeléctrico sobre el río Amoyá, presentado a la comunidad como la fórmula para resolver la pobreza y el abandono de la zona, fue visto por los pobladores y por algunos líderes políticos como un negocio lucrativo para la empresa, que eventualmente apoyó a las organizaciones con algunos recursos, pero que no representó ninguna ventaja comparativa concreta para la región ni para la población.

⁵¹ “...En términos de construcción de paz, el mayor aporte fue digamos mitigar los efectos más nefastos de la guerra en esa región, y tal vez mostrar un modelo de una especie de potencial democracia directa, ¿no?, para ese tipo de comunidades que en el sistema de manejo de poder colombiano están absolutamente marginalizados...” *Ibid.*, p. 85

⁵² Según algunos de los testimonios: “...Eso nos dio buen resultado, cuando yo hablo que eso nos dio muy buen resultado porque todo lo que se hizo y fue bueno, es para todo mundo acá, porque se logró que esa situación, la detención de tantos líderes se mermara un poco, se le diera las soluciones a eso. Hubo una cosa que nunca pudo pasar que se le diera una respuesta a las violaciones que ya habían sucedido. Eso lo pedíamos muchas veces lo presentábamos en todos los espacios y nunca se le pudo dar una solución...” Observatorio de Paz y Derechos Humanos, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, *Contextos explicativos del desplazamiento...*, *Op.Cit.*, 97.

“...En ese aspecto no se pudo hacer nada [...], muchas de las muertes en veces de gente inocente que uno conocía no se pudo dar ninguna solución, agresiones o por ejemplo bombardeos que hicieron mataron unos semovientes, dañaron una escuela, no se le pudo dar solución a eso, eso es un archivo grandísimo...” Centro de Estudios Regionales, CERRE-UT, *Análisis de la complejidad...*, *Op.Cit.*, 97.

Desde abajo, hemos evidenciado como la comunidad fortaleció sus espacios organizativos para poder mediar entre todos los actores. Desde la Mesa de Transparencia, la propia sociedad civil, en un principio a través de sus líderes, pero después de forma masiva, posicionó las violaciones de derechos humanos de lado y lado y mandó un mensaje de neutralidad a los actores armados, el cual le permitió ganar un espacio de interlocución con las autoridades estatales que anteriormente no tenía.

Esta pacificación desde abajo, por supuesto ha tenido sus limitaciones. Los impactos y huellas que dejan las dinámicas de conflicto armado en la población son muy difíciles de cambiar. La cultura que se crea alrededor de los roles violentos genera costumbres, hábitos y concepciones muy opuestas a los comportamientos que se generan cuando hay un tejido social fuerte. No obstante, los resultados promovidos por estos mecanismos de resistencia civil representan una puerta de esperanza en etapas de posconflicto y procesos de construcción de paz como el que vive el país.

Bibliografía

Alcaldía Municipal de Chaparral Tolima, *Plan de Desarrollo 2012-2015*, Chaparral, 2012.
<https://repositoriocdim.esap.edu.co/handle/123456789/15588?show=full>

Aponte, Andrés. *Grupos armados y construcción de orden social en la esquina sur del Tolima, 1048-2016*. CINEP, EDUCAPAZ, Universidad Javeriana, Bogotá, 2019.

Arjona, Ana. *Rebelocracy: Social Order in the Colombian Civil War*. Cambridge: University Press, 2016.

Arjona, Ana, Kasfyr, Nelson y Mampilly, Zacariah. *Rebel Governance in Civil War*. Cambridge: University Press, 2015.

Arrázola, María del Rosario. *La nueva Casa Verde de las FARC*, El Espectador, 17 de octubre de 2009. <https://www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/la-nueva-casa-verde-de-las-farc-article-167236>

Asociación de las Hermosas con Desarrollo al Futuro. *Plan de Desarrollo Sustentable del corregimiento las Hermosas 2015-2020*, Pontificia Universidad Javeriana, Chaparral, Tolima, Noviembre de 2014.
https://www.academia.edu/42705739/Plan_de_Developmento_Sustentable_del_Corregimiento_de_Las_Hermosas_2015_2030

Ávila, Juan Esteban y Navarro, Geraldine. *Construcción de Estado, guerra civil y orden social en el corregimiento de las Hermosas, Chaparral-Tolima 1991-2016*. Universidad del Tolima. Ibagué. 2022.

Arley Bolaños, Edison. *Un nuevo aire en el cañón de Las Herosas*, El Espectador, 12 de febrero de 2017, <https://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/un-nuevo-aire-en-el-canon-de-las-herosas-article/>

Bautista Bautista, Sandra Carolina. “Alternativas analíticas en el campo de la movilización social en Colombia: la acción colectiva de alto riesgo. Lecturas a propósito de la protesta campesina en el Tolima”. *Revista Estudios Políticos*, Universidad de Antioquia, Núm41 (2012).

Centro de Estudios Regionales, CERE-UT, *Análisis de la complejidad socio-ecológica del Tolima: identificación de los vínculos entre paisaje, socioeconomía y conflicto armado*. Informe de investigación CERE, n°1, Universidad del Tolima, Ibagué, noviembre de 2020.

Centro de Estudios Regionales, CERE-UT, *Dinámicas de la violencia del conflicto armado en las Herosas – Chaparral, Tolima (1986-2016)*. Informe de investigación CERE, n°3, Universidad del Tolima, Ibagué, enero 2021.

Centro Nacional de Memoria Histórica, *Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949-2013*, Bogotá, mayo 2014. <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/farc/guerrilla-poblacion-civil.pdf>

Centro Nacional de Memoria Histórica, *De los grupos precursores al Bloque Tolima. Informe N. 1 Serie sobre los orígenes de los grupos paramilitares de las regiones*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2017.

Defensoría del Pueblo, Informe de riesgo 039-06, septiembre 15 de 2006

Fundación ideas para la paz (FIP), *Institucionalidad socavada. Análisis transversal*, Bogotá, 2015. <https://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/571e341292cb8.pdf>

Gobernación del Tolima, Departamento Administrativo de Planeación, *Chaparral en cifras (2000-2010)*, Ibagué, 2011.

Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos - ILSA., *Las Herosas, no2. Hidroeléctrica del Río Amoyá y luchas por el territorio*, 1-119. <https://issuu.com/ilsaenred/docs/tolima>

Kalyvas, Stasis, *La lógica de la violencia en la guerra civil*, Madrid, Akal, 2006.

Kaplan, Oliver. *Resistir la guerra: o como se protegen a sí mismas las comunidades*, Traducción Enrique Valenzuela Grueso. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2020.

Mampilly, Zacariah. *Rebel Rulers: Insurgent Governance and Civilian Life During War*. New York: Cornell University Press, 2011.

Observatorio de Paz y Derechos Humanos, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, *Contextos explicativos del desplazamiento forzado en el sur del Tolima. Impactos sobre el territorio y la territorialidad 1958-2018*. CODHES, Bogotá, 2020.

Presta Novello, Déborah, *El conflicto de Colombia. Acción de las Organizaciones internacionales*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

Presta Novello, Déborah, “Crisis humanitaria en la Triple Frontera Amazónica: retos de desarrollo sostenible”. *Anales de Derecho*. 39. 2022.

Red RINDE, *Fortalecimiento de la descentralización. El gran reto de Colombia 2010-2014*, Noviembre 2013. https://www.rimisp.org/wpcontent/files_mf/1399570773Estadodelartedescentr

Tafur-Villarreal, Andrés. “Víctimas y disputas: el saldo de la violencia paramilitar y contrainsurgente en el Tolima (Colombia)”. *El diario de la educación*. 2020.

<https://eldiariodelaeducacion.com/educacion-por-la-paz/2020/12/30/victimas-y-disputas-el-saldo-de-la-violencia-paramilitar-y-contrainsurgente-en-el-tolima-colombia/>

Tafur-Villarreal, Andrés y Mejía Baldión, Alejandro. “Limitantes y posibilidades para la reparación transformadora de los daños comunitarios generados por el conflicto armado y el desplazamiento forzado de población. El caso del Sujeto de Reparación Colectiva de Ataco, Tolima”, en Olarte Delgado, Angela Marcela y Gutiérrez Quevedo, Marcela (editoras), *Cátedra Unesco Derechos Humanos y Violencia: Gobierno y gobernanza*. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2021.

Tafur-Villarreal, Andrés. “Frente al Cañón. Guerra y construcción de paz en Las Herosas: un análisis de la resistencia comunitaria, 2005-2010”. Trabajo fin de máster, Universidad de los Andes 2021. <http://hdl.handle.net/1992/55082>

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 2016, diciembre 7, sentencia priorizada de Atanael Matajudíos Buitrago y otros exintegramentes del Bloque Tolima.

Ugarriza, Juan Esteban y Pabón, Natalhie. *Militares y guerrillas. La memoria histórica del conflicto armado en Colombia desde los archivos militares, 1958-2016*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2018.

Uribe Sarmiento, John Jairo, Rodríguez Fernández, Iokiñe y Baquero Melo, Jairo. *Paces desde abajo. Desafíos y oportunidades de otra paz*. Ed. Universidad del Rosario. 2022.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA

LA RATIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*
WILLIAM JESÚS OBLITAS VILLALOBOS**

Introducción

La presente investigación se concentra en el análisis del Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante NCPCONST), que a la fecha ha cumplido más de un año de vigencia y aplicación en los diversos órganos jurisdiccionales de la justicia constitucional peruana (Poder Judicial y Tribunal Constitucional); ante su publicación en el diario oficial El Peruano¹ se interpusieron dos demandas de inconstitucionalidad, que fueron acumuladas y declaradas infundadas a través de una Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC).

Tal como lo indica el profesor Carnelutti “(...) *después de haber remontado el curso del tiempo hurgando en el pasado, el juez tiene que dirigirse a futuro;*

*Profesor de la Universidad de Lima y de la Universidad Privada Antenor Orrego – UPAO (Perú). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de derecho constitucional, de derecho procesal constitucional y de derechos humanos. Congresista de la República para el período 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 04 de marzo de 2021, que origina el Nuevo Código Procesal Constitucional. ORCID: 0000-0002-9784-137X. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com

**Profesor de la Universidad Privada Antenor Orrego - UPAO (Perú). Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Doctorando por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa (Italia). Pasante en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y en la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC). Ex Promotor Legal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ex asesor de la Segunda Vicepresidencia del Congreso de la República. Consultor jurídico en materia constitucional y procesal constitucional. Excoordinador y defensor de procesos judiciales emblemáticos del Estado. Investigador inscrito en RENACYT. Autor de diversos artículos de investigación jurídica y de filosofía del derecho; ponente nacional e internacional. ORCID: 0000-0001-9541-6794. Correo electrónico: wilioblitas_unfv@hotmail.com

¹Constitución Política. “*Artículo 109. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte*” (resaltado nuestro).

después de haber establecido lo que ha sido, tiene que establecer lo que será”². Justo en la lógica expuesta por el autor antedicho es que en este artículo nos encargaremos de analizar las demandas de inconstitucionalidad que confrontó el NCPCONST una vez publicado, los fundamentos con lo que se reafirma su constitucionalidad, y también los votos en minoría que pretendieron mellar su vigencia.

Efectivamente, en nuestro país, el 23 de julio del 2021 se llevó a cabo la publicación de la Ley N.º 31307, la misma que aprobó el NCPCONST. Según lo que se ha expuesto de ella, incluso por parte de los mismos impulsores que le dieron creación en el legislativo, esta norma parte de la necesidad de impulsar un procedimiento más eficaz que en la norma derogada, de regular lo que ya era marcada jurisprudencia existía, y de recoger figuras jurídicas modernas que vienen siendo utilizadas a nivel internacional y nacional.

Claro está que el NCPCONST también ha sido objeto de críticas tanto académicas como políticas. Dicho código, a la fecha, tiene un año de vigencia y aplicación, sobre lo cual también se brindará una opinión fundamentada en el presente trabajo de investigación, aun estando a que nuestro artículo se centrará en fallo del TC sobre su constitucionalidad.

Entonces, resaltamos que lo central en este artículo es describir y analizar los pronunciamientos que han existido sobre el NCPCONST, y, de forma dependiente, emitiremos un criterio sobre si la voluntad innovadora con la que se creó viene llevándose a cabo.

I. La formulación, aprobación y publicación del NCPCONST

El NCPCONST se origina en el procedimiento parlamentario, el mismo que cualquier otra norma legal requiere cursar; utilizando para ello los mecanismos previstos en la Constitución y el Reglamento del Congreso, bajo la deliberación y sustento técnico que estos exigen. Tal como lo informó el mismo Congreso de la República de Perú en su momento: *“La Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso aprobó el Proyecto de Ley N.º 7271, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional (CPC), que establece importantes modificaciones dirigidas a optimizar la administración y la accesibilidad a la justicia constitucional en nuestro país”³*.

Pero, este Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR habría tenido anteriormente su matriz por abril del 2020 cuando la Comisión de Constitución y Reglamento del

²CARNELUTTI, Francesco (S/F). *Cómo se hace un proceso*. Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redón (Traducción.). (Juris Editorial): 25.

³Recuperado de: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/damos-cuenta/nuevo-codigo-procesal-constitucional-listo-para-su-debate-en-el-pleno-del-congreso/>

Congreso de la República tuvo la buena iniciativa de crear un Grupo de Trabajo⁴ que tenía por objetivo estudiar el entonces vigente código procesal constitucional y proponer posibles modificaciones a su texto⁵.

Para la elaboración de las reformas del entonces Código Procesal Constitucional (en adelante CPCONST), hoy derogado, se recogió las propuestas que sobre ello hiciera el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; teniendo ello como base, es que se comenzó a invitar a diferentes juristas a fin de que puedan sustentar sus propuestas de reformas procesales sobre tal plexo normativo; esto se llevó a cabo en un plazo de seis meses de trabajo, aproximadamente.

Terminado el plazo mencionado, con las participaciones de los especialistas, el Grupo de Trabajo adscrito a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso efectuó un Informe Final donde se justificaban las reformas normativas del antiguo CPCONST, hoy derogado. Pero, a su vez, el precitado Informe presentado no solamente recomendaba los cambios normativos, sino que también proponía la posibilidad de la creación de un NCPCONST. Esto último no de forma expresa sino en atención a que, debido a las modificaciones propuestas se estaba generando un viraje en muchos aspectos del anterior código, además que las modificaciones que se proponían eran cuantiosas.

Casi un año después de haber creado el grupo de trabajo que presuponía las modificaciones al CPCONST derogado, es que se presentó ante el pleno el Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, el mismo que posteriormente dio vida al NCPCONST. Dicho proyecto fue aprobado por el Pleno del Congreso, y fue exonerado de la segunda votación que se exige sobre la misma. Acto seguido, la autógrafa fue remitida a la Presidencia de la República y su Consejo de Ministros (en adelante Poder Ejecutivo) a fin de que proceda a promulgarla o en su defecto a presentar observaciones.

La autógrafa mencionada fue observada por el Poder Ejecutivo mediante el Oficio N.º 404-2021-PR, en fecha 2 de julio del 2021; siendo que en sus

⁴Cabe precisar que los miembros que integraron el Grupo de Trabajo encargado de la revisión y presentación de propuestas de reformas al Código Procesal Constitucional, adscrito a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, fueron los entonces congresistas: Carlos Mesía Ramírez, Carlos Almerí Veramendi y Luis Andrés Roel Alva. Y que, a partir del Informe Final presentado por este Grupo de Trabajo se sentaron las bases del Proyecto de Ley N.º 07271/2020-CR que origino el Nuevo Código Procesal Constitucional.

⁵En este sentido, citamos lo expuesto por Luis Valdez Farias, quien fue uno de los presidentes de la Comisión de Constitución y Reglamento, que aprobó el dictamen del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que luego fue derivado para su debate y aprobación ante el Pleno del Congreso de la República: “(…), la reforma del Código Procesal Constitucional se vuelve pertinente puesto que alcanza herramientas procesales necesarias para atender las exigencias de estos nuevos tiempos, brinda una nueva oportunidad para generar un cambio en la jurisprudencia, propicia un dinamismo a las corrientes regionales sobre los nuevos procedimientos constitucionales”. En: VALDEZ FARÍAS, Luis Alberto “Prologo”. En: MESÍA RAMÍREZ, Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés. *Las Reformas al Código Procesal Constitucional*, (Lima: Jurista Editores), 2021: 25.

fundamentos los vamos a exponer más adelante con el fin de absolver adecuadamente.

Consecutivamente, el Pleno del Congreso de la República tomó conocimiento de la observación realizada por el Poder Ejecutivo, y procedió a votar la aprobación por insistencia de dicho Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR; con ello, la norma fue publicada bajo el número de Ley N.º 31307, la denominación de Ley que aprueba el NCPCONST, del 23 de julio de 2021⁶.

Lo resaltante en este extremo, es que el NCPCONST, pasó desde un grupo de trabajo, hasta la absolución de las observaciones planteadas por el Poder Ejecutivo, siendo que dentro de ello se ha valorado la creación del grupo de trabajo, de los aportes de juristas sobre la rama, de los alcances que brindaron las instituciones, como de la crítica que ayudó a pulir muchos extremos de la propuesta final, y que incluso ahora viene colaborando para repotenciar la ejecución de la vigente norma.

En el Estado peruano es difícil originar una norma que albergue tanto consenso. Ello por varias razones, algunas de índole gremial, hasta por razones subjetivas. Sin embargo, bajo decisión política y al amparo de la participación plural y tolerante sobre la crítica, es que al final pudo ser aprobada la norma que hoy está vigente y tiene un año de vigoroso nacimiento.

II. Principales modificaciones que establece el NCPCONST y las Observaciones planteadas por el Poder Ejecutivo

Después de casi veinte años de vigencia del derogado CPCONST, se daba rienda a la creación de la norma que lo supliría, esta se encontraba enmarcada dentro del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR; en palabras de uno de sus coautores se indicó que el proyecto traía bastantes cambios productivos, como por ejemplo lo que se mencionaba sobre la garantía del amparo, citamos:

“En los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad puede recurrir a la defensa pública. Se busca así garantizar el acceso a la defensa especializada en materia constitucional, tal como ya se aplica en las ramas penal, civil y de familia”⁷.

Asimismo, en el NCPCONST se positiviza el principio “*pro-homine*” en los procesos constitucionales⁸, el cual sería, de acuerdo con los promotores de esta reforma, por las siguientes motivaciones:

⁶Recuperado de: <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/debusqueda2/039B514B3F63B2DA0525868E005EA078?opendocument>

⁷Recuperado de: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/damos-cuenta/nuevo-codigo-procesal-constitucional-listo-para-su-debate-en-el-pleno-del-congreso/>

⁸Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

“La modificación planteada procura efectuar una precisión en caso de discrepancia entre una norma convencional y una norma constitucional, precisando que se tendrá que aplicar aquella que resulta ser más favorable a la persona y sus derechos humanos. Ello encuentra su sustento en la larga línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el cual en distintas sentencias ha establecido el principio pro homine (...)”⁹.

Otro aspecto fundamental que motivaba la nueva norma es la positivización del control de convencionalidad, figura originada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el año 2002¹⁰, la cual ha variado el ámbito procesal convencional y constitucional de forma muy sugerente. Es por ello que con el NCPCONST se ha brindado un gran respaldo respecto a dicha institución y su ejecución en el ámbito local peruano¹¹.

De igual forma, la posibilidad de interponer el proceso constitucional de hábeas corpus de forma oral cuando la situación lo amerite como también que las demandas en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales se puedan interponer en el idioma o lengua originaria¹². Al respecto, citamos a dos de

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos” (resaltado nuestro).

⁹MESÍA RAMIREZ, Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés, *Las Reformas al Código Procesal Constitucional*, (Lima: Jurista Editores), 2021: 57 y 58.

¹⁰Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú/ Caso La Cantuta vs. Perú*.

¹¹Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos” (resaltado nuestro).

¹²Artículo 2° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

“En los procesos de habeas corpus, la demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

En los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, la demanda se presenta por escrito y deberá contener cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación del juez ante quien se interpone;*
- 2) el nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;*
- 3) el nombre y domicilio del demandado;*
- 4) la relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;*
- 5) los derechos que se consideran violados o amenazados;*
- 6) el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;*
- 7) la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.*

En ningún caso, la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del juzgado o sala correspondiente.

En los lugares donde predominan el quechua, el aimara y demás lenguas aborígenes, la demanda escrita o verbal podrá ser interpuesta en estos idiomas”.

los autores del Proyecto de Ley que dio origen a este nuevo cuerpo procesal, que exponen lo siguiente: “*A partir de esta modificación se procura respetar las diferencias lingüísticas y culturales de todos los ciudadanos del Perú, dando mayores posibilidades a la población rural y a la población indígena y originaria de poder solicitar tutela en sede constitucional*”¹³.

También, se estableció la defensa pública gratuita brindada por el Estado para las personas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad (entiéndase a personas que se encuentran en el sector económico de pobreza y pobreza extrema), y cuyos derechos se encuentren afectados y deban defenderse a través de los procesos constitucionales¹⁴. En este sentido, citamos a los precitados promotores de la reforma que dicen lo siguiente:

*“Se ha establecido que es necesario precisar que en los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, el demandante pueda recurrir a la defensa pública y de ser posible a la defensa especializada constitucional. (...) Así, todo esto procura que exista un real y concreto acceso a la justicia de parte de aquellas personas que no cuenten con los recursos económicos necesarios, evitando, de este modo, que la imposibilidad de poder contratar un abogado privado se transforme en una causal de vulnerabilidad del derecho al acceso a la justicia constitucional”*¹⁵.

En igual sentido argumentativo, podemos afirmar que el NCPCONST trae consigo la propuesta de evitar las declaratorias de improcedencia, tanto de las demandas como de los medios impugnatorios¹⁶. Esta modificación se ampara en la

¹³MESÍA RAMIREZ, Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés, *Las Reformas al Código Procesal Constitucional*, (Lima: Jurista Editores), 2021: 66 y 67.

¹⁴Artículo 4° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

En los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad, puede recurrir a la defensa pública, y, si la hubiere, a la especializada en defensa constitucional y derecho procesal constitucional.

¹⁵MESÍA RAMIREZ, Carlos y ROEL ALVA, Luis Andrés, *Las Reformas al Código Procesal Constitucional*, (Lima: Jurista Editores), 2021: 67-69.

¹⁶Artículo 2° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

En los procesos de habeas corpus, la demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

En los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, la demanda se presenta por escrito y deberá contener cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación del juez ante quien se interpone;
- 2) el nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
- 3) el nombre y domicilio del demandado;
- 4) la relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;
- 5) los derechos que se consideran violados o amenazados;
- 6) el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
- 7) la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

En ningún caso, la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del juzgado o sala correspondiente.

En los lugares donde predominan el quechua, el aimara y demás lenguas aborígenes, la demanda escrita o verbal podrá ser interpuesta en estos idiomas.

materialización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, específicamente en relación con el derecho al acceso a la justicia. En este mismo tenor, el profesor Sergio Díaz Ricci menciona que:

“(…) uno de los desafíos actuales del derecho constitucional es, ya no tanto la organización de derechos y la limitación del poder que está aceptablemente expresada en el Derecho Convencional, sino en proveer de instrumentos procesales para una eficaz tutela judicial de estos derechos”¹⁷.

Respecto a lo anterior, sobre el evitar el rechazo liminar de las acciones e impugnaciones procesales, el profesor Luis Castillo Córdova menciona que *“(…) el principio pro homine impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho”¹⁸.*

Igualmente, un cambio singular más era el que en los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo contra resoluciones judiciales, ya no había necesidad de emplazar a los magistrados que habrían firmado la resolución materia de evaluación, sino que bastaba cumplir con el mandato constitucional de que sea el Procurador Público el que represente al Estado en juicio, en este caso el Procurador Público del Poder Judicial¹⁹. Sobre este caso conocemos que al aplicar el principio de celeridad que las garantías constitucionales requieren, y siendo que la notificación a los jueces obstruye muchas veces el trámite adecuado de las demandas, es que se propone la ausencia de dicho acto, siendo que se considera innecesario e irrelevante para la resolución de la causa.

A su vez, tratando de proponer información objetiva a nuestros lectores, es que procedemos a mencionar las principales objeciones que el Poder Ejecutivo realizó sobre esta norma cuando la misma era autógrafa; cabe precisar que dichos argumentos fueron absueltos oportunamente, citamos:

¹⁷DÍAZ Ricci, Sergio, Principios básicos de una codificación procesal constitucional, en: VELANDIA CANOSA, Eduardo (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I. VC Editores, Volumen 2, 2011: 81.

¹⁸CASTILLO CÓRDOVA, Luis, El título preliminar del código procesal constitucional. En: CASTILLO CÓRDOVA, Luis (Coord.) *Estudio y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Parte I. Gaceta Jurídica, 2009: 62.

¹⁹Artículo 5° del Nuevo Código Procesal Constitucional.

“La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del procurador público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaren, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.

En los procesos constitucionales contra resolución judicial no se notifica ni se emplaza con la demanda a los jueces o magistrados del Poder Judicial.

El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado” (resaltado nuestro).

- Los cambios normativos se basaban en lo siguiente: artículos repetidos entre la norma derogada y la presente serían 100; artículos nuevos serían 25; artículos modificados serían 15.
- No constaría el presente caso de una nueva propuesta ya que de acuerdo con la Real Academia Española (en adelante RAE) la acepción de nuevo es “distinto o diferente”.
- La propuesta vulneraría al debido proceso ya que dispone la ejecución inmediata de la sentencia impugnada; sobre ello, el Legislativo estaría afectando la separación de poderes respecto del Poder Judicial.
- Se afectaría el principio de igualdad ya que se brinda gratuidad a la parte demandante, mas no a la parte demandada.
- Se afecta el derecho a la defensa, ya que en el artículo 5° del nuevo plexo normativo procesal se indica que no se debe notificar con la demanda a los jueces o magistrados del Poder Judicial, sino que basta y suficiente con la participación de la Procuraduría Pública. Entre otros.

Al respecto, debemos referir que estas observaciones del Poder Ejecutivo sirvieron para que con posterioridad se planteara la demanda de inconstitucionalidad en contra del NCPCONST por algunos impulsores, pero, es de indicar que, las mismas fueron absueltas en su oportunidad, y que, con posterioridad se han ido desvaneciendo ante la imposición de la realidad en los procesos judiciales, o la ausencia de contenido vigente demostrado en congresos y conferencias sobre la especialidad.

Un ejemplo de lo expuesto es que se trata de sustentar que el código es nuevo o no. Se aduce que no cumple con el parámetro de la RAE; pero si ese fuese el criterio, no existiría nuevas normas por aprobar ya que a exigencia de quienes observan, todas tendrían que ser de absoluto estreno. Esto resulta ingenuo y no atiende a la importancia que supone el cambiar o modificar un dispositivo legal, por lo que no podría recogerse un significado tan estrecho y de poca especialización para los cambios normativos.

De otro lado, el sustento de que no debería brindarse defensa gratuita a las personas que mantienen la condición de vulnerabilidad y pobreza es una perversa y superficial fundamentación, ya que justamente esas condiciones son el baremo necesario para brindar o no defensa pública, condiciones objetivas y fundadas para poder brindar gratuidad de acceso a la justicia a los presuntos afectados con los actos afectantes.

De igual forma, lo que corresponde al rol de la Procuraduría Pública del Poder Judicial en las demandas constitucionales de hábeas corpus y amparo contra resoluciones judiciales. En relación con esto, se ha acreditado que deviene en innecesario y afectante al principio de celeridad el estar notificando a los magistrados del Poder Judicial, cuando en muchos casos a estos incluso es imposible notificarles debido a que han dejado de laborar en el Poder Judicial o han variado de jurisdicción, entre otras razones.

Entre estas y otras fundamentaciones se ha brindado para poder absolver las objeciones del Poder Ejecutivo en su oportunidad, las brindamos a fin de dar claridad sobre la creación del NCPCONST, y lo que el TC ha valorado también.

También, en cuanto al tema de haber seguido el debido procedimiento parlamentario para poder dar creación a dicha norma, se ha confirmado que efectuó una suficiente deliberación, se recogió la información técnica necesaria y se discutió el dictamen que exige la ley.

Por otro lado, y respecto de temas de fondo, debemos mencionar que las afectaciones que indican como, por ejemplo, la presunta afectación al derecho a la defensa de los jueces en los casos de los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo contra resoluciones judiciales, la misma es garantizada plenamente por el Procurador del Poder Judicial; o, sobre la presunta afectación a la igualdad al regular que al demandante se le debe brindar defensa pública, pues este mandato lo que realiza es cumplir con una garantía constitucional, y promover la defensa de los derechos fundamentales.

III. Las demandas de inconstitucionalidad en contra del NCPCONST

El NCPCONST ha sido sometido a un proceso de inconstitucionalidad analizado y resuelto por el TC peruano; y, más exactamente, por un alto tribunal que venía aplicando durante más de siete años (la mayoría de ellos) el código derogado; siendo que incluso algunos miembros de la composición de dicho colegiado mantenían una posición preconcebida de forma negativa sobre el nuevo cuerpo procesal.

Se conoce que han sido tres demandas de inconstitucionalidad las que ha superado el NCPCONST, dos (2) de ellas han sido acumuladas y vistas en el Pleno mediante la Sentencia N.º 954/2021²⁰, siendo sus objetantes, el Colegio de Abogados de la Libertad y el mismo Poder Ejecutivo de aquel entonces, los que deseaban su inaplicación²¹.

Las principales razones por las que se deseaba la inconstitucionalidad del NCPCONST se sintetizaron en la ponencia que elaboró la entonces magistrada Ledesma Narváez, la misma precisaba que para la creación del NCPCONST había vicios en el procedimiento parlamentario – inconstitucionalidad formal –, referida a la ausencia de dictámenes de la comisión respectiva ante la observación de la

²⁰Las normas presuntamente violentadas serían las siguientes:

- Constitución Política del Perú:
Artículos 2º, incisos 2 y 4; 43º, 45º, 103º, 105º, 106º, 139º, incisos 2, 3, 6 y 14; 158º, 200º, incisos 1, 2, 3 y 6; 201º, 202º y 203º, inciso 2.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos:
Artículos 7º, inciso 6, y 25º.

²¹STC. N.º 00025-2021-PI/TC (Colegio de Abogados de la Libertad) y N.º 00028-2021-PI/TC (Poder Ejecutivo).

autógrafa por parte del Poder Ejecutivo; quiso incluso aplicar lo que denominó una “*vacatio sententiae*”, que constituía en brindar un plazo (15 de junio del 2022) al Congreso de la República para que pueda llevar a cabo el procedimiento legislativo de aprobación con los dictámenes correspondiente; ante todo ello, adhirió, que no era necesario evaluar las cuestiones de fondo hasta que no se vea por subsanado tal presunto vicio.

3.1. El voto estimatorio de la Sentencia de los Expedientes N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC.

Conforme hemos expresado en la introducción de nuestra ponencia, el NCPCONST fue sometido a un proceso de inconstitucionalidad en particular, a partir de dos demandas de inconstitucionalidad, el mismo que vamos a explicar a continuación y se resaltaré el pronunciamiento final que tuvo el TC sobre el particular.

Para empezar, debemos indicar que, de acuerdo con el Reglamento del Tribunal Constitucional peruano, para declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad (es decir, declarar inconstitucional e inválida la norma jurídica impugnada) se requiere la votación de cinco (5) magistrados a favor. En el presente caso la votación quedó empatada con tres magistrados a favor y tres en contra.

Ahora bien, en relación con la posición que sostenía que el NCPCONST era inconstitucional y, por ende, postularon la estimación de la demanda, los entonces magistrados del TC, Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, sostuvieron en el séptimo considerando de los fundamentos de su ponencia, que:

“(…) Y, en cuanto a la inconstitucionalidad formal, este Tribunal ha tenido oportunidad de establecer que una ley puede incurrir en una infracción constitucional por la forma en tres supuestos [cfr. Sentencia 0020-2005-AI acumulados, fundamento 22]:

(i) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación. Se configura este supuesto si, por ejemplo, el Poder Ejecutivo expide un decreto legislativo sin que se haya dictado la ley que lo autoriza para dicho efecto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 104 de la Constitución.

(ii) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho. Así, por ejemplo, existen determinadas materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas (vgr. de conformidad con el artículo 106, la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución), razón por la cual en caso de que una ley ordinaria se ocupe de dicha regulación, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad formal.

(iii) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo. Ello tendría lugar, por ejemplo, si el Poder Legislativo expidiera decretos de urgencia, pues la posibilidad de dictar dichas fuentes normativas ha sido reservada al

*Presidente de la República, conforme a lo previsto en el artículo 118, inciso 19 de la Constitución*²².

A su vez, estos magistrados que proponían la estimación de la demanda indicaron que lo que analizan en la demanda de inconstitucionalidad del NCPCONST es que la infracción sería por el primer ítem antes descrito (quebrantamiento del procedimiento legislativo expedido para tal fin).

Entonces, cabe resaltar que en la inconstitucionalidad formal del NCPCONST, lo que cabe estudiar es si dicho plexo ha sido expedido guardando el procedimiento que para tal efecto regula el NCPCONST. Al respecto, en este voto en minoría lo que se menciona es que el problema radicaría no es el origen de la autógrafa, sino que el defecto procedimental surge cuando el Poder Ejecutivo mediante el Oficio N.º 404-2021-PR, de fecha 2 de julio de 2021, remite al Congreso sus observaciones formuladas a la autógrafa de ley, siendo que, presuntamente era obligatorio que se formule un nuevo dictamen por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

En ese tenor, es que, una vez recibida la observación de la autógrafa, la Junta de Portavoces celebrada el 12 de julio del 2021 habría acordado exonerar del dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo. Para apoyar su fundamento, los magistrados referidos mencionan en su Voto Singular que el artículo 73º del Reglamento del Congreso indica que el procedimiento legislativo tiene las siguientes etapas:

“El procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas:

- a) Iniciativa legislativa;*
- b) Estudio en comisiones;*
- c) Publicación de los dictámenes en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano;*
- d) Debate en el Pleno;*
- e) Aprobación por doble votación; y,*
- f) Promulgación.*

*Están exceptuados de este procedimiento los proyectos con trámite distinto, previsto en el presente Reglamento o los que hubieran sido expresamente exonerados del mismo, por acuerdo de la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso. Esta excepción no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas sobre materia tributaria o presupuestal*²³.

De acuerdo con lo que aducen los magistrados que suscriben el voto estimatorio, de la lectura sistemática del Reglamento del Congreso, en el trámite de las autógrafas observadas (como en el caso del NCPCONST), no se puede

²²STC. N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC. Voto de los Magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, fundamento jurídico 7.

²³STC. N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC. Voto de los Magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, fundamento jurídico 19.

exonerar del dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento. Al respecto, el considerando 26 del voto singular de estos ex magistrados reza lo siguiente:

“Sin embargo, como puede advertirse de lo ya expuesto, la Junta de Portavoces del Congreso de la República haciendo un ejercicio indebido de su facultad reconocida en el citado artículo 31-A, inciso 2), así como en contravención directa de los artículos 73 y 79 del Reglamento del Congreso, e indirecta del artículo 105 de la Constitución, exoneró a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley del NCPCONST del respectivo dictamen que, de conformidad con la normatividad reglamentaria y constitucional referida, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso debía emitir”²⁴.

Tal como el lector puede advertir hasta aquí, si incluso se aceptara la propuesta de los magistrados precitados, se puede inferir que no se afecta la Constitución Política (requisito esencial del proceso de inconstitucionalidad), sino que se estaría presumiblemente violentando el Reglamento del Congreso (que tiene la jerarquía normativa “*infraconstitucional*”); pero, para salvar tal vacío, es que los vocales referidos aducen que si bien no hay una vulneración de forma directa, de manera indirecta sí se estaría afectando la Constitución; al respecto, citamos tal sustento:

“En tal sentido, se produce una afectación indirecta de la Constitución ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa. En la Sentencia 0041-2004-AI, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de centrar su análisis en un vicio de esta índole, estableciendo que el requisito de ratificación de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad Provincial, previsto en el artículo 40 de la Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)–, constituye un requisito de validez de tales ordenanzas:

“En un Estado descentralizado como el peruano, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer –sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles–, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74° de la Constitución.” b) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Es el caso, por ejemplo, de las leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados derechos fundamentales. c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal es el caso de la Ley de Bases de la Descentralización. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ordenanzas regionales”²⁵.

²⁴STC. N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC. Voto de los Magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, fundamento jurídico 26.

²⁵STC. N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC. Voto de los Magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, fundamento jurídico 28.

Entonces, para los magistrados mencionados, un presupuesto claro para declarar la inconstitucionalidad del NCPCONST sería el hecho de que la observación por parte del Poder Ejecutivo de la Autógrafa del NCPCONST no habría provocado un nuevo dictamen de parte de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, siendo que sería inconstitucional que la Junta de Portavoces haya exonerado de ello de acuerdo con el artículo 105° de la Constitución Política del Perú²⁶.

Innegablemente que el argumento de los magistrados de minoría deviene en artificioso ya que el mismo utiliza dos figuras como la inconstitucionalidad formal y, a su vez, la afectación indirecta de una norma constitucional por parte del NCPCONST. Este esfuerzo argumentativo será materia de nuestro análisis al desarrollar el voto desestimatorio sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el nuevo código.

3.2. El voto desestimatorio de los Expedientes N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC.

A diferencia de los magistrados que argumentan su voto estimatorio, tenemos a los entonces magistrados del TC, Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada, quienes sostenían que se debía declarar infundada las demandas de inconstitucionalidad, efectuando una fundamentación puntual sobre las razones de su decisión.

En este sentido, su ponencia para desestimar las demandas de inconstitucionalidad, se sustentó en lo expresado literalmente en el artículo 79° del Reglamento del Congreso de la República, exponiendo que dicho plexo es literal al mencionar que una autógrafa observada por el Poder Ejecutivo pase por el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento, solo si en un primer momento no se habría emitido sobre ella el dictamen correspondiente, lo que no es cumplible en el presente caso del NCPCONST. Para ser más preciso, nos remitimos al fundamento contenido en el párrafo segundo del voto singular de los magistrados mencionados:

“El artículo 79 del Reglamento del Congreso regula el trámite de la autógrafa de ley observada por el presidente de la República. En su último párrafo, establece que ella debe pasar necesariamente a comisión si fue exonerada inicialmente de dicho trámite. En este caso no ocurrió esto. El 21 de mayo, el Pleno del Congreso aprobó el NCPCONST con 94 votos; posteriormente, el 10 de junio, aprobó una aclaración sobre el texto sustitutorio con 101 votos. Empero, el 18 de mayo —antes de que se efectuaran tales votaciones—, la Comisión de Constitución y Reglamento recomendó su aprobación alcanzando un texto que consolidaba tres proyectos distintos. Así, al haber pasado ya por una comisión dictaminadora, la autógrafa observada del NCPCONST podía ser exonerada de dicho

²⁶Artículo 105° de la Constitución Política

“Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia” (resaltado nuestro).

*trámite por la Junta de Portavoces, con votos que representaran 3/5 partes del Congreso. Ello ocurrió el 12 de julio*²⁷.

Como puede advertirse, en un solo párrafo, y con la lectura literal y expresa de la norma se objeta la posición de los magistrados que optaban por estimar la demanda de inconstitucionalidad; es más, en esta votación se expone que la aprobación de la norma sobre las observaciones del Poder Ejecutivo fue ampliamente superada por la votación requerida por ley, citamos:

*“Cabe subrayar que el tercer párrafo del mismo artículo 79 del Reglamento del Congreso dice que las observaciones corren “en el expediente que dio origen a la ley observada”. No dice que el procedimiento tenga que reiniciarse totalmente, como cree la ponencia. En realidad, como garantía de la debida deliberación de la autógrafa observada, el artículo 79 establece que la insistencia sea aprobada por más de la mitad de los congresistas. En este caso, este requisito fue ampliamente satisfecho, pues la insistencia fue aprobada el 14 de julio por 80 votos. Estos representaban 62% del Congreso. Mal puede concluirse, por tanto, que hubo un déficit de deliberación en la aprobación por insistencia del NCPCONST. No lo hubo. Esta aprobación satisfizo todos los requisitos establecidos para ello por el Reglamento del Congreso”*²⁸.

A su vez, los magistrados que opten por desestimar la inconstitucionalidad mencionan que la ponencia se equivoca al aducir que el trámite para las autógrafas observadas se encuentra dentro del artículo 73° del Reglamento del Congreso, cuando es claramente conocido que la norma a aplicar es el artículo 79° de dicho plexo normativo parlamentario, en donde expresamente se regula sobre las observaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo a las autógrafas.

Entonces, el voto de desestimación de la demanda (suscrito por los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Tobaoda), objetando los parámetros de la ponencia, advirtieron que se habría citado bajo edición, ya que la obligación de que la observación del Poder Ejecutivo pase a comisiones se daría cuando inicialmente habría exonerado, hecho que aquí no se habría dado²⁹.

Cabe indicar que con lo expuesto se habrían culminado las demandas de inconstitucionalidad contra todo el NCPCONST; por lo tanto, la solidez y fuerza constitucional de dicha norma queda ratificada al haberse absuelto estos expedientes mediante la sentencia materia de comentario, de forma clara y expresa.

Sin perjuicio de lo expuesto en la presente ponencia, existe una demanda de inconstitucionalidad planteada por la Procuraduría Pública del Poder Judicial, que está pendiente de ser votada por los miembros del TC, pero es solo contra 6 disposiciones del reciente NCPCONST (artículos 5°, 6°, 23°, 26°, 29° y 37°), mas no contra toda la norma que aprueba este cuerpo procesal; dicha causa actualmente

²⁷STC. N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC, primer párrafo.

²⁸STC. N.º 00025-2021-PI/TC y N.º 00028-2021-PI/TC, segundo párrafo.

²⁹Párrafo tres: *“Cabe subrayar que el tercer párrafo del mismo artículo 79 del Reglamento del Congreso dice que las observaciones corren “en el expediente que dio origen a la ley observada”. No dice que el procedimiento tenga que reiniciarse totalmente, como cree la ponencia (...)”*

se encuentra aún por resolverse, pero no incidirá en la constitucionalidad de toda la norma³⁰; es más, quizá le dediquemos otro artículo a dicha demanda ya que la misma se sustenta en similares (por no decir iguales) argumentos de los que expidió el Poder Ejecutivo al momento de observar la autógrafa, los mismos que a la fecha han sido evaporados por la misma aplicación del NCPCONST.

Conclusiones

El origen del NCPCONST se debió a diversas propuestas y trabajos preexistentes que comprendían la necesidad de efectuar modificaciones a las reglas procesales que rigen los procesos constitucionales, con tal objeto incluso tiempo atrás se habría formado una comisión para tal desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para tal cometido. Debido a ello, es que se creó un Grupo de Trabajo en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República para que evaluara la modificación al entonces CPCONST. En el progreso de dicho esfuerzo, debido a la cantidad de normas a modificar y al nuevo viraje y modernización que se deseaba plantear sobre el derogado código, es que se acordó la redacción del NCPCONST, el mismo que fue aprobado por el Parlamento y, si bien observado por el Poder Ejecutivo, posteriormente aprobado por insistencia por el Congreso de la República peruano y convertido en ley.

Los cambios que produjeron con el NCPCONST fueron varios, algunos de ellos adherir el control de convencionalidad, la gratuidad de los demandantes en caso de vulnerabilidad, resaltar el principio de celeridad procesal respecto al emplazamiento único al Procurador Público del Poder Judicial en los casos de demandas constitucionales de hábeas corpus y amparo contra resoluciones judiciales; el evitar el rechazo liminar de la demanda, entre otros. Sobre ello, en cuanto las observaciones del Poder Ejecutivo, estas han servido de sustento para plantear las demandas de inconstitucionalidad que ha afrontado y vencido el NCPCONST, estas se basan en una crítica al número de cambios o temas presupuestales, lo cual, como bien sabemos, está bajo un criterio infraconstitucional, siendo que en el tiempo dichas observaciones se han diluido, y las que aún resuenan vienen siendo absueltas en eventos, conferencias, congresos.

Las dos demandas de inconstitucionalidad que se plantearon contra el NCPCONST fueron acumuladas, y las mismas tuvieron una resolución por parte del Tribunal Constitucional, el voto del magistrado ponente se reducía a proponer la presunta inconstitucionalidad formal del NCPCONST, indicando que se habría afectado el artículo 105° de la Constitución y el artículo 73° del Reglamento del Congreso, ello debido a que indebidamente se habría exonerado de dictamen las observaciones de parte del Poder Ejecutivo sobre la Autógrafa del NCPCONST; para ello recomendaron utilizar la inconstitucionalidad indirecta (la cual no afecta directamente una norma constitucional sino una de desarrollo constitucional).

³⁰STC. N.º 00030-2021-PI/TC.

El voto de los tres magistrados que desestima la demanda, y con lo cual se evita llegar a los cinco votos de siete magistrados que se necesita para aprobar la inconstitucionalidad de la demanda, efectúan una argumentación literal del artículo 79° del Reglamento del Congreso de la República, ya que, bajo la lectura de dicho dispositivo, se establece de forma directa que cuando se trate de autógrafas observadas se puede exonerar de dictamen siempre y cuando anteriormente haya existido uno, como en el presente caso. Debido a ello, es que se opta por desestimar la demanda y se mantiene la vigencia del NCPCONST.

Cabe precisar que la constitucionalidad del NCPCONST fue ratificado cuando con posterioridad el Congreso de la República emitió la Ley N.º 31583, la misma que ha precisado algunas de las reglas procesales del novísimo cuerpo procesal, ratificando la esencia de las reformas procesales establecidas por este nuevo plexo normativo. Con ello se confirma la constitucionalidad de tal norma, siendo que en el tiempo se viene aplicando y ejecutando, superando así la crítica sobre el particular; a su vez, cabe precisar que, la jurisprudencia, la doctrina y el propio Congreso de la República (como en este último caso ha sucedido), va a ir repotenciando los alcances de dicha norma y actualizando su fuerza aplicativa.

REVOCATION OF ART. 305 OF THE MILITARY CRIMINAL PROCESS CODE IN FRONT OF THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF THE RIGHT TO SILENCE

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA*

Introduction

The present legal reflection, relevant in the military criminal doctrine and jurisprudence, deals with the protection and interpretation of the Brazilian Judiciary Power regarding the fundamental right to silence, especially its applicability in controversial issues in the *praxis* of Federal Military Justice.

Compelled by the Supreme Court, the Superior Military Court was forced to change his precedents to safeguard the right to silence of defendants and also witnesses who, when were questioned in the police phase or inquired by a judge confess a crime or made prove against themselves, since the article 305 of the Military Criminal Procedure Code, the Decree no. 1,002, of 10/21/1969, established:

“Before starting the interrogation, the judge will observe the accused that, although he is not obliged to answer the questions put to him, his silence may be interpreted on detriment of his own defense”.

In fact, in its final part the device contained a strong subjective charge, with an anti-guarantee bias that came up against postulates fundamentalized and standardized as rigids by the Political Charter. Certainly, the grammatical interpretation of the military procedural text deviated from the constitutional precept inscribed in item LXIII of article 5th of the Constitution, which ensures to the prisoner and to the accused the right of non-self-incriminating: *Litteris*: “*the prisoner will be informed of his rights, including the right to remain silent, being assured to him family assistance and a lawyer.*”

*Justice of the Brazilian Superior Military Court. PhD in Constitutional Law from the Federal University of Minas Gerais. Doctor *honoris causae* at Inca Garcilaso de la Vega Faculty - Lima, Peru. Master in Legal and Political Sciences at Portugal Catholic University - Lisbon, Portugal. Constitutional and Military Law Professor. Author of books and legal articles published in Brazil and abroad. Correo electrónico: bethgr@gmail.com

I. The Supreme Court Jurisprudence about the constitutional right to silence in the context of military criminal proceedings: the repeal of article 305 of the Military Procedural Code

The Federal Military Justice had long argued about the affront of art. 305 of the Military Criminal Procedural Code to the right to silence highlighted by the maximum text, in view of its commandment to construe unconstitutional interpretation of the accused's refusal to speak in interrogation, which, according to the law, could possibly be unfavorable to him.

The matter was brought to the analysis of the Judiciary Power in the judgment of Appeal n°. 2008.01.05099-3 / RJ, in the Superior Military Court, according to the protocol of the 97th Judgment Session of 12/9/2009¹. The matter challenged by the Federal Public Defender in preliminary seat required the declaration of unconstitutionality by material distortion in face of the Lex Magna.

The STM, by majority, accepted and declared its revocation, considering that to keep silent is a guarantee of all defendants, and under no circumstances should be interpreted at their disadvantage.

At the same time, in *Habeas Corpus* n° 103.686 / RJ², the Brazilian Supreme Federal Court was urged to express its opinion on the matter and, although it did not explicitly confirm the revocation of the procedural precept appreciated in the Appeal as the judgment remained restricted to appreciate the *meritum causae* of the *writ*, did not oppose to the declaration of the Superior Military Court, reason why it was tacitly endorsed.

It is essential to note that the Supreme Federal Court, as an appeal and constitutional Tribunal, placed on the top of the Brazilian Judiciary Branch, had been standing in defense of this guarantee for decades, both in the context of ordinary and in the military criminal proceedings.

¹“APPEAL. BODILY INJURY. REPEAL OF ART. 305 OF CPPM IN FACE OF THE FEDERAL CONSTITUTION, 1988. EFFECT INTER PARTES. POSSIBILITY. PRESCRIPT OCCURRENCE. MINOR CODEFENDANTS. –The effect of the lapse of time to impose a punishment has been observed in the case of the codefendants that were minor at the time of the offense. - In view of the incompatibility with the constitutional dictates, it was declared the repeal of art. 305 of the Military Criminal Procedure Code by the Federal Constitution, since the accused's silence, during the interrogation cannot under any circumstances be interpreted to his detriment, according to the provisions of art. 5th, LXIII, of the Constitution. Inter party effect. - The doctrine and the jurisprudence understand that it must be considered as an interruptive cause for the calculation of the prescription not the date contained in the Sentence itself but that of its publication. - The conviction of the older age defendant at the time of the crime was maintained with authorship and materiality of the crime regarding the commission of bodily injuries remaining. Concession of “sursis”. - PRELIMINARY ACCEPTED. - APPEL PARTIALLY PROVIDED. - UNANIMOUS DECISION”. (SUPERIOR MILITARY COURT. Appeal n° 2008.01.050993-3 / RJ. Rapporteur: Justice Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Publication: 12/16/2009).

²FEDERAL COURT OF JUSTICE. Habeas Corpus n° 103.686/RJ. Rapporteur: Justice Dias Toffoli. Published in DJe 9/3/2012.

However, in doing so, it restricted the nullity of the criminal proceeding to a previous and case-by-case analysis of the damage demonstration, according to the brocade “pas de nullité sans grief”, since the lack of warning or the signature of the declaration regarding the guarantee is not capable to nullify the evidence produced, especially of the interrogation if the defendant has been assisted by a legally constituted defense. Precedent of the Supreme Federal Court.³

In this sense the *Pretorium Excelsior* implicitly had settled for a long time the right to silence, consequence of non-self-incrimination, as a fundamental guarantee which configures the defendant's subjective right in the criminal process; then the agent's secrecy cannot be interpreted in an unfavorable way to his / her prejudice.

In an emblematic leading case, the Supreme Court highlighted its importance, as well as the impossibility of detrimental hermeneutics on the part of the magistrate against the defendant who falls silently⁴.

For this reason, the presumption of innocence sculpted in item LVII of article 5th of the Brazilian Constitution supports the criminal process not only during the formation of the evidence set and the “*persecutio criminis*”, but also until the verdict of guilt or innocence. As a result, the presumed indicted can remain silent

³“PENAL. CRIMINAL PROCEDURE. APPEAL IN HABEAS CORPUS. PROCESSUAL NULLITIES. MILITARY CRIMINAL PROCESS. INTERROGATION. AMPLE DEFENSE AND CONTRADICTORY. PRESENCE OF THE DEFENDER. ABSENCE OF WARNING ABOUT THE RIGHT TO SILENCE. DEFENSES THAT PRESENT THEIR VERSION OF THE FACTS. ABSENCE OF PROOF OF DAMAGE. LAWYER CHANGE WITHOUT DEFENDANTS CONSENT. FACT THAT CANNOT BE ATTRIBUTED TO THE JUDICIARY POWER. “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.” ABSENCE OF ABUSE OF POWER, ILLEGALITY OR TERATOLOGY ABLE TO DISCONSTITUTE THE SOVEREIGNLY OF THE STARE DECISIS. APPEAL NOT PROVIDED. 1. The guarantees of ample defense and contradictory remain observed, so cannot be successful the argument that the lack of warning in the interrogation about the defendants' right to remain silent would be a cause of nullity apt to annul the entire criminal process, in the cases in which that the health of the act is corroborated by the presence of a defender during the act, and by the choice made by the defendants to, instead of using the right to silence, externalize their own version of the facts, contradicting the accusations that were made to them, as defensive strategy consent. 2. The lack of warning about the right to silence does not lead to the automatic annulment of the interrogation or testimony, and it is necessary to observe the other circumstances of the specific case to verify whether or not there was an illegal constraint. (Precedents: HC 88.950 / RS, Rapporteur: Justice Marco Aurélio, Trial on 9/25/2007, HC 78.708 / SP; Rapporteur: Justice Sepúlveda Pertence, Trial on 3/9/1999; RHC 79.973 / MG, Rapporteur: Justice Nelson Jobim, Trial on 5/23/2000.) 7. Appeal not provided.” (RHC 107915 / SP - SÃO PAULO - APPEAL IN HABEAS CORPUS - Rapporteur: JUSTICE LUIZ FUX - Judgment: 10/25/2011).

⁴In verbis: “The right to silence, which ensures a non-production prove or evidence against the defendant is a pillar of the system for the protection of individual rights and materializes one of the expressions of the principle of the dignity of the human person. [...]. The prisoner's right - strictly speaking, the accused's right - to remain silent is an expression of the principle of non-self-incrimination. [...] Thus, it is a law applicable not only at the time of imprisonment, but it permeates the entire criminal process. As noted by Justice Pertence in a magnificent vote on HC 78.708, of which he was the rapporteur (DJ of 4/16/1999), “the right to information of the faculty to remain silent has gained constitutional dignity - from its most eloquent contemporary statement in *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966), transparent historical source of its consecration in the Brazilian Constitution - as an irreplaceable instrument of the real effectiveness of the relevant guarantee against self-incrimination - “*nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam*” -, that the planetary persistence of police abuses continues to lose its topicality”. SUPREME FEDERAL COURT. Habeas Corpus nº 80.949. Rapporteur: Justice Sepúlveda Pertence. Published in the DJe of 12/14/2001.

or even lie to prevent the production of evidence or prove against himself, and such prerogative, under no circumstances, can cause him legal damages.

Furthermore, the ample defense provided by the art. XI, n. 1 of the Universal Declaration of Human Rights ensures that:

“(...) every man accused of a criminal act has the right to be presumed innocent until his guilt has been proven in accordance with the law, in a public trial in which he has been assured of all the guarantees necessary for his defense”.

The principiology of the Brazilian Fundamental Law promulgated in 1988, established among judges and jurists the doctrinal consensus that the muteness of the defendant cannot result in a negative judgment of value by the judge, because everyone has the right to be silent in their own benefit.

The vertical incompatibility of art. 305 of the Procedure Military Code against the Brazilian Constitution handled with the juridical phenomenon of the reception of the *infra* constitutional norms. Since the law is material and formally compatible with the *Lex Magna*, it is accepted by the legal order. However, if the hierarchical non-conformity of the past legal rule is verified the revocation is configured according to the brocade *“lex posterior derogate lex priori”*. Have been said that the proposition of an Action of Unconstitutionality in the Supreme Court regarding the normative acts prior to its validity is not allowed. Consequently, the Military Court had to consider that the article 305 was materially non-conforming to the supervening Political Charter, as settled by the Supreme Court, revoking it. In other words, the incompatibility between the previous law and the later Constitution is solved in the Brazilian system by the revocation of the first and not by the judicial declaration of its unconstitutionality⁵.

In the end, considering the conflict of rules over time and the normative hierarchy, the effective affront of art. 305 to the Brazilian Charter was evident, that is why the Federal Military Court, based on strong jurisprudence declared by the Supreme Tribunal, was compelled to revoke it from the current procedural rules.

II. The guarantee of the right to silence in the inquisitorial and judicial phase to witnesses and defendants

In the same vein, also to safeguard the constitutional guarantee under analysis, the Supreme Federal Court decided to confirm the right to silence for witnesses and not only for the accused in the context of military criminal proceedings. Thus, they should be warned of the right to remain silent before their

⁵By the way, the SUPREME FEDERAL COURT decision in the Action of Unconstitutionality n° 74-8 / RN, supports the “revocation” explained above. Rapporteur: Justice Celso de Mello. Published in DJ 25/09/1992. RTJ 143/3.

Other decisions: SUPREME FEDERAL COURT. Appeal in Habeas Corpus n° 122279/RJ. Rapporteur: Justice Gilmar Mendes. Published in DJe 30/10/214; SUPREME FEDERAL COURT. Habeas Corpus n° 79812. Rapporteur: Justice Celso de Mello. Published in DJ 16/02/2001.

inquiries during the inquisitorial phase and the judicial process in order to preserve themselves from non-self-incrimination.

It should be noted that the position was not the one adopted by the jurisprudence of the Superior Military Tribunal, a Court with jurisdiction to process and prosecute military crimes, committed by the military or civilian, within the scope of the Armed Forces (Army, Navy and Air Force). It is a federal criminal specialized Justice, which integrates the Brazilian Judiciary since de Constitution of 1934.

In fact, the Military Court used to reject all preliminaries argued by the defendants' defenses. The parties systematically pleaded for the nullity of all criminal proceedings promoted by the Military Prosecutor's Office, due to the criminal denunciation being based solely and exclusively on a testimonial hearing provided without the warning of the constitutional guarantee of silence.⁶ Absurdly, the witnesses heard in a military police investigation and under the commitment to tell the truth, without any warning of having the right to be silent, worse, under penalty of to commit the crime of false testimony, reported facts that violated their own rights and ended up being denounced for possible offenses.

In this context, the Public Defender's Office insistently postulated the procedural nullity, which was not accepted by the Military Justice, as quoted below:

*"I - Preliminary of procedural nullity. The assumption of defect in the phase of the Police Inquiry as a result of subpoena and the first statements as a witness, of those who came to confess the crime, does not hold, since the statements were signed by free will and be ratified in later inquiries as indicted as well as in the interrogation in Court. Preliminary rejected, unanimously"*⁷.

⁶SUPERIOR MILITARY COURT. Habeas Corpus nº 135-73.2010.7.00.0000/RN. Rapporteur: Justice Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Published: 03/03/2011; SUPERIOR MILITARY COURT. Habeas Corpus nº 132-21.2010.7.00.0000/RN. Rapporteur: Justice Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Published: 18/02/2011; SUPERIOR MILITARY COURT. Habeas Corpus nº 16-10.2013.7.00.0000. Rapporteur: Justice Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Published: 15/03/2013.

⁷"DEFENSE APPEAL. ART. 172 OF THE PENAL MILITARY CODE. PRELIMINARY: INCOMPETENCE OF MILITARY JUSTICE. PROCEDURAL NULLITY. UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 172 OF MILITARY CODE. REJECTION. MERIT: ATYPICITY. ABSOLUTION. DISMISSAL OF THE APPEAL. I - Preliminary of incompetence of the Federal Military Justice to prosecute and judge civilians. The matter has already been pacified within the scope of the STM and the Supreme Court in order to recognize the competence of the specialized penal justice to judge military crimes perpetrated by civilians if the conditions of article 92, item I, of the Military Penal Code are verified, as well the art. 124, "caput", of the Federal Constitution. Preliminary rejected, unanimously. II - Preliminary of procedural nullity. The assumption of defect in the phase of the Police Inquiry as a result of subpoena and the first statements as a witness, of those who came to confess the crime, does not hold, since the statements were signed freely, with no defect of will. which came to be ratified in later inquiries as indicted as well as in the interrogation in court. Preliminary rejected, unanimously. III - Preliminary of unconstitutionality of article 172 of the CPM. The crimes foreseen in the military penal legislation were compatible with the article 124 of the Federal Constitution, as already declared by the Highest Court and by precedents of the Superior Military Court, adding in this case the literally of article 142, § 3 of the Magna Carta. In this case, the use of uniforms and patents are prerogative of members of the Armed Forces. Unanimous rejection. IV - On merit, the thesis of lack of intention to demonstrate the atypical nature of the conduct is not supported by

The dispute was sent, in an appeal to the Supreme Federal Court, for involving constitutional rights and the guarantee to remain silent in criminal proceedings and was recognized its extension to both legal situations: defendants and witnesses⁸.

In this regard, even though the witness in Tribunal is legally obliged to declare the truth under penalty of perjury, certainly is not an absolute rule. Principles and values must be considered as a way of achieving practical agreement and harmonization with the constitutional standards, so laws must be interpreted and applied in this exact juridical measure.

As stated, the *Lex Fundamentalis* was responsible for expanding the list of obligations in the context of criminal proceedings. The validity of the Political Charter, a result of a National Constituent Assembly legitimately elected by the Brazilian people, dispelled divergences by establishing a long list of civil and criminal assurances. Thus, no one will be deprived of the defense for being silent for their own benefit, nor will silence matter in prior condemnation.

Obviously, the exercise of non-self-incrimination is not restricted to the interrogation of a person formally accused, it is legally acceptable to spread such a prerogative throughout the investigative and procedural *iter* within the parameters of the due legal process, in which it is ensured not only to the accused, but to any person who may be damaged by eventual declarations - even the one impelled to testify as a witness. It's evident, the "*nemo tenetur se detegere*" protects the witness with identical breadth and spectrum since its scope is to prevent the facilitation of his own conviction by the interrogation or production of evidence against himself. It is a basic principle of the full exercise of guarantees peculiar to the Democratic Rule of Law.

The STM jurisprudence violated explicitly a right protected by a *magna* clause, which functions as a true rule to the postulate of probationary freedom that prevailed in the Brazilian criminal process. In essence, remain silent is related to: 1) absence of duty to collaborate with the investigation or criminal procedural instruction; 2) the right not to declare against oneself; 3) the right not to confess; and 4) the right not to speak the truth.

law. The kind of deceit required by art. 172 of the Penal Code is generic, not specific, as it does not require any intentional complement to improve the crime of improper use of uniform. Appeal devoid. Unanimous Decision." (SUPERIOR MILITARY COURT. Appeal n°. 0000107- 80.2013.7.03.0303 / RS. Rapporteur: Justice José Coêlho Ferreira. Published: DJe 04/08/2016.

⁸HABEAS CORPUS. CRIMINAL PROCEDURE. NULLITY. INOBSERVANCE TO THE RIGHT TO SILENCE. "NEMO TENETUR DETEGERE". FLAGRANT ILLEGALITY. MISUSE OF MILITARY UNIFORM. ORDER GRANTED I - It is solid the jurisprudence in the Supreme Federal Court that the investigated or accused person may remain silent, avoiding self-incrimination. II - The testimony of the patient, heard as a witness in the inquisitorial phase, was collected without observing her right to remain silent. II - Order granted." (SUPREME FEDERAL COURT. Habeas Corpus n° 136.331 / RS. Reporting by Justice Ricardo Lewandowski. Judgment published on 6/13/2017). Available at: file:///C:/Users/User/Downloads/FTS%20Right%20ao%20sil%20C3%AAnccio%20(2).pdf. Accessed on 3/25/2021.

According to modern constitutional doctrine, the evidential production and the search for truth finds limits in the individual guarantees of a man and must be guided by the moral rules of society, which govern the activities of the State and citizens.

In this scenario, must be mentioned not only the prohibited, inadmissible, or illegitimate evidence/ prove that violates procedural norms and constitutional principles but also the illicit one which offends the same provisions.

At last, in relation to the duty of warning the right to silence as a norm that guides public agents, it is necessary to register the Miranda Warnings, which impose imperative rules on the police officer who carries out the arrest of the citizen such as: the duty (functional obligation and requirement for regular imprisonment) to read all his rights, under penalty of damage to the collection of eventual evidential material. According to the US Supreme Court, reference for Brazilian jurisprudence, the mere absence of this formality would be sufficient to invalidate the statements made by the prisoner including in relation to confession as well as the resulting or derived evidence.

It is important to emphasize that only the criminal evidence/prove produced in Court by the criminal prosecution body under the aegis of the constitutional guarantee of the contradictory and a proper judicial defense can have sufficient legal effectiveness to legitimize the issuance of a condemnatory decree. Consequently, the elements obtained in police investigations, unilateral and inquisitive - although sufficient to offer the accusation by the Public Prosecutor's -, are not enough to justify a condemnatory sentence by Judiciary.

Conclusion

In conclusion, the right to silence and non-self-incrimination provided for the Federal Constitution, are also internationally recognized in International Human Rights Agreements and Treaties adopted by Brazil⁹; as a result, these guarantees are mandatorily imposed on the national courts. For sure, the adequacy of Criminal Science to reality is an arduous mission for the judges, requiring new understanding and punctual hermeneutic methods to correct distortions. An evolutionary exegesis must contemplate previously unpredictable legal situations.

The Brazilian Military Justice safeguarding the right to silence, measure imposed by the Federal Constitution, established an equitable and egalitarian judicial appreciation, and gave an efficient and fair response to the society.

⁹The American Human Rights Convention (San José of Costa Rica Pact) was internalized in the Brazilian legal positivity by Decree n° 678, on November 6, 1992, and is in force with the status of *supra* legal norm. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Access: April 4th, 20121.

RESEÑAS

RODRÍGUEZ CEDEÑO, V., PASTOR PALOMAR, A., BETANCOURT CATALÁ, M., JESÚS IMBRODA, B., HERNÁNDEZ DE DEFFENDINI Y MOYA SÁNCHEZ. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS SITUACIONES SOBRE VENEZUELA, UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS, 2021-EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA, 2022, 91 PP.

FERNANDO VAL GARIJO*

Uno de los desarrollos más interesantes del Derecho internacional en el siglo XXI está siendo sin duda el establecimiento y funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI). Creada por el Estatuto de Roma adoptado en 1998, y operativa desde el 1 de julio de 2002, la CPI tiene como misión la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, así como contribuir a la prevención de la comisión de dichos crímenes, que son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cabe afirmar que, con el establecimiento de la CPI, una buena parte de la comunidad internacional (los 123 Estados partes en el Estatuto de Roma, como mínimo) ha asumido como propia la tarea de poner fin a la impunidad de los citados crímenes, que figuran entre los peores que los seres humanos pueden cometer contra otros seres humanos, y que demasiadas veces a lo largo de la historia han quedado impunes.

La CPI, en tanto que jurisdicción penal internacional, tiene ante sí una tarea éticamente ineludible en este tiempo histórico, y a la vez jurídicamente muy compleja desde el punto de vista técnico. Esta complejidad no es casual ni gratuita, y responde al reto inmenso al que se enfrenta la CPI: enjuiciar a los presuntos autores de los mencionados crímenes conforme a los exigentes estándares procesales del juicio justo, así como contribuir decisivamente a la reparación de las víctimas. Ahora bien, los crímenes de la competencia de la CPI se caracterizan por su tendencia a la multiplicidad de autores (son crímenes que se cometen desde el seno de organizaciones y grupos, siendo uno de esos grupos el Estado) y a la victimización masiva (múltiples víctimas que sufren gravísimos daños en su

*Profesor de la UNED, España.

dignidad, su integridad y sus bienes). Además, crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra, y los crímenes de lesa humanidad se cometen en situaciones extremas como un conflicto armado (internacional o interno) o un contexto de grave quiebra del orden constitucional y del Estado de Derecho, que provoca violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos las cuales, por su gravedad, cruzan el umbral que las convierte en crímenes internacionales. Esta complejidad sustantiva tiene su reflejo en la complejidad procesal que caracteriza el ejercicio de sus competencias por parte de la CPI, ejercicio que va desde el examen preliminar de situaciones amplias y generales en las que se hayan podido cometer crímenes de la competencia de la CPI, a la investigación de situaciones generales y, finalmente, al enjuiciamiento de casos individuales en los que el Fiscal de la CPI ejerce la acción penal contra personas físicas concretas, únicas responsables penalmente de la comisión de los crímenes de la competencia de la CPI.

Sirva todo lo anterior como contexto jurídico imprescindible y sucinto para mejor valorar y comprender la obra objeto de esta reseña. *La Corte Penal Internacional y las situaciones sobre Venezuela* es una breve obra colectiva que se adentra, de la mano de especialistas, en las complejidades inherentes a las decisiones procesales que la CPI ha adoptado y debe aún adoptar en relación con las situaciones Venezuela I y Venezuela II. Un primer dato que destaca al revisar el elenco de autores es que la mayoría de ellos tiene una trayectoria en la que coexisten, o han coexistido, la vertiente académica y la práctica profesional del Derecho internacional. Ello augura que las contribuciones a la obra colectiva combinen eficazmente la perspectiva y metodología académicas con el realismo y conocimiento directo de los problemas que proporciona la práctica. Un augurio, o promesa implícita al lector, que el libro cumple.

En la contribución que abre esta obra colectiva, Víctor Rodríguez Cedeño analiza las situaciones Venezuela I y Venezuela II en el marco, poco conocido fuera de los especialistas en la CPI, del Examen Preliminar. Este autor parte en su análisis del diferente origen de ambas situaciones, ya que el Examen Preliminar de la situación Venezuela I trae causa de la remisión de un grupo de Estados por la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad en el país desde 2014, mientras que la situación Venezuela II es una auto-remisión, es decir, una remisión efectuada por el propio Estado de Venezuela a la vista de los efectos de las “medidas coercitivas unilaterales” impuestas “primordialmente por Estados Unidos” que presuntamente constituirían crímenes de lesa humanidad. El autor examina diversos aspectos relacionados con estas situaciones, como el valor de los informes y documentos emitidos por órganos internacionales, o la legalidad de las sanciones impuestas por Estados Unidos a funcionarios de la administración venezolana, y al Estado de Venezuela como tal, para concluir con buen criterio que resulta pertinente la apertura de una investigación formal en la situación Venezuela I, y que es necesario concluir el Examen Preliminar, sin pasar a la fase de investigación, respecto de la situación Venezuela II.

En el segundo capítulo del libro, Soranib Hernández de Deffendini examina la situación Venezuela I a la luz del principio de complementariedad. El principio de complementariedad es uno de los principios estructurales que rigen el funcionamiento de la CPI, y su relación con las jurisdicciones internas. En esencia, configura a la CPI como una jurisdicción de último recurso, llamada a ejercer sus competencias en caso de que los Estados con competencia sobre los crímenes en cuestión no estén dispuestos a, o no puedan, ejercer su jurisdicción. La autora evalúa los factores a tener en cuenta para determinar si en el caso de Venezuela se dan la falta de capacidad o de voluntad estatales que pueden hacer que la CPI decida ejercer sus competencias sobre la situación, lo que más tarde se podrá concretar en casos individuales. Tras un análisis ceñido a la realidad venezolana, la autora no llega a conclusiones definitivas sobre la falta de capacidad o voluntad de perseguir crímenes de lesa humanidad por parte de este Estado, sino que más bien proporciona un posible templete o guía ponderada para determinar si la CPI debe o no poner en marcha su jurisdicción en la situación Venezuela I.

Antonio Pastor Palomar dedica su contribución a estudiar la comisión de crímenes de lesa humanidad en la situación Venezuela I. Es este un capítulo que combina algunos elementos jurisdiccionales con muchos otros de carácter sustantivo. El autor realiza un interesante análisis que parte de su regulación y persecución jurídico-internacional, de la cual pasa a la perspectiva estatal para, finalmente, tomar en consideración la cada vez más restringida posibilidad de la jurisdicción universal. A continuación, este capítulo proporciona un estudio de los elementos de los crímenes de lesa humanidad que se sustenta en el suelo firme de la jurisprudencia internacional. Y finalmente, a la hora de examinar los crímenes de lesa humanidad en la situación Venezuela I el autor considera separada y cuidadosamente la relevancia de los informes de diversos organismos internacionales (Naciones Unidas y OEA) a la hora de establecer y calificar los hechos. Las conclusiones del autor son a la vez sólidas y nítidas: existe un fundamento jurídico-fáctico suficiente para abrir una investigación en esta situación, algo que redundará de modo indudable en interés de la justicia.

Un cuarto capítulo de esta obra colectiva, elaborado por Blas Jesús Imbroda Ortiz, se centra en asunto decisivo de las pruebas y evidencias en el proceso ante la CPI con un enfoque centrado por completo en la situación Venezuela I, aunque sin renunciar a traer a colación actuaciones de la Fiscalía de la CPI en otras situaciones (República Democrática del Congo, Kenia, Mali, República Centroafricana y Costa de Marfil) que proporcionan un necesario contexto a la situación Venezuela I. De nuevo en esta obra colectiva se acude a los informes de diversos organismos internacionales, esta vez para ilustrar al lector acerca de las pruebas de la comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela. Las conclusiones del autor van en línea con las de contribuciones precedentes, abogando por dar el paso desde el Examen Preliminar a la investigación formal de la situación, algo que por cierto la CPI hizo en noviembre de 2021.

Un capítulo especialmente atractivo a primera vista, por ser poco tratado por los especialistas en la materia, es el aportado por Milagros Betancourt Catalá, dedicado al papel que juega la CPI en la prevención de los crímenes internacionales. La autora parte de que la CPI está llamada a cumplir una doble función, sancionatoria y preventiva, y contempla desde este último punto de vista normas claves dentro del sistema de la CPI como el principio de complementariedad y la obligación de los Estados de cooperar con la Corte Penal Internacional, si bien el lector habría deseado una mayor elaboración en el análisis de cómo esta última obligación incide en la función preventiva que desempeña la CPI. También habría sido deseable una mayor concreción a la hora de tratar los obstáculos a la prevención que encuentra la CPI.

El libro se cierra con una contribución de perfiles muy técnicos y especializados, a cargo de Thairi Moya Sánchez, que dedica su capítulo a la normativa venezolana y la responsabilidad del superior a la luz del Estatuto de Roma. La autora parte de la regulación internacional de la responsabilidad del superior, para luego analizar este problema a la luz del Derecho venezolano. La importante conclusión a que llega es que en Venezuela no existe “una norma clara y precisa que permita configurar la responsabilidad de los superiores”, tanto en el ámbito civil como en el militar, a lo que se suman lagunas jurídico-penales en cuanto a la autoría y participación de los superiores en la comisión de crímenes. La modernización que en esta materia promueve y exige el Estatuto de Roma sigue pues pendiente en Venezuela, Estado parte en dicho tratado internacional.

La Corte Penal Internacional y las situaciones sobre Venezuela es una obra necesaria y útil, que muestra un interesante equilibrio entre la perspectiva académica y el enfoque práctico de los problemas que se abordan. Las distintas contribuciones ponen de relieve algunos de los aspectos clave de las situaciones sobre Venezuela, especialmente de la situación Venezuela I, y al hacerlo se aprecian algunas de las muchas consecuencias que tiene el ejercicio de su jurisdicción por parte de la CPI. Estamos convencidos de que la CPI todavía debe tomar muchas decisiones importantes relativas a Venezuela y a los máximos responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad en ese país. Esta obra colectiva es una buena introducción a las situaciones sobre Venezuela, con cuya lectura es posible comprender mejor los aspectos complejos del ejercicio de la jurisdicción de la CPI, como son el Examen Preliminar y la Investigación en su aplicación a este Estado. La doctrina en español sobre la CPI, y los profesionales del Derecho, tienen en este libro una interesante referencia sobre una situación del máximo interés a nivel nacional, regional y global.

***AÑAÑOS BEDRIÑANA, KAREN G. LOS
DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO,
EDITORIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA
(EUG), COLECCIÓN EIRENE, GRANADA,
2021, 284 PP.***

MARÍA FERNANDA SÁNCHEZ DÍAZ*

La trayectoria de la Doctora Karen Añaños Bedriñana nos permite considerar su trabajo en el campo de los derechos humanos como un marco de referencia para la investigación, así como su vasto perfil académico y profesional tanto en su natal Perú, como en España y en Estados Unidos de Norteamérica.

Por lo anterior, la Doctora Añaños nos presenta un excelente libro que nos traslada hacia la complejidad que presenta el reconocimiento constitucional de los derechos humanos en Latinoamérica, un territorio que ha presentado complejas situaciones que limitan la eficacia de los derechos humanos ya positivizados, donde se encuentran diversas complejidades por la forma de gobierno, que en muchos de los casos atenta contra los derechos humanos, un claro ejemplo de ello es la desigualdad que impera en los países Latinoamericanos, generada en gran parte por la pobreza, la desigualdad, la falta de una educación de calidad, deficientes sistemas de salud, la discriminación, el acceso a la justicia, entre muchos otros derechos que prácticamente se han vuelto inexistentes o inalcanzables.

Además, la autora nos lleva cronológicamente por lo que ha significado la lucha por la protección de los derechos humanos, teniendo como antecedente un hecho terrible como fue la Segunda Guerra Mundial que dio pie a un documento fundamental, siendo éste la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mismo que buscó que los crímenes de guerra, el genocidio, las torturas, entre otros hechos que se perpetraron en ese periodo no se repitan.

*Profesora de Carrera de Tiempo Completo de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores (SIN) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), México. ORCID: 0000-0002-7519-5258.
Correo electrónico: mafernandasanchezdiaz@gmail.com

En este contexto, podemos considerar esta obra como un marco de referencia para el estudio y análisis de los derechos humanos, haciendo comparaciones necesarias de los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, como son el europeo y el americano, presentándose en el primero de ellos un gran avance en la materia, y en el segundo, todavía no ha logrado sensibilizar a los países, a sus gobernantes y también a sus habitantes para que se comprometan con la cultura de los derechos humanos.

Se observa el trabajo de documentación realizado por la autora, que le permiten contar con el marco de referencia teórico suficiente que genere un análisis profundo de la problemática, de los grandes retos que enfrenta la cultura del reconocimiento y protección de los derechos humanos en un continente donde aún nos estamos encontrando con países donde se gobierna a través de las dictaduras, a través de estados de excepción y que han prácticamente destruido todo lo alcanzado en materia de derechos humanos y que nos generan un gran reto para la toda la humanidad.

La demanda por el respeto y ejercicio de los derechos humanos nos ha llevado a exhibir las grandes desigualdades que se dan en el Continente Americano, particularmente en la región latinoamericana, donde la autora aborda las intenciones que han surgido en la región para un proceso de integración similar al de la Unión Europea como un mecanismo para el progreso de los derechos. Si bien en América se cuenta con la Organización de Estados Americanos, ésta dista mucho de alcanzar los avances que ha permitido la unión de la región europea, particularmente por cuanto hace a los países que conforman el norte de América (Estados Unidos, México y Canadá) frente a los que conforman el centro y sur del Continente que presentan una mayor integración Latinoamericana.

En la obra podemos observar los avances en materia de protección de derechos humanos que ha generado el Sistema Jurisdiccional Europeo donde la autora refiere que el Tribunal de Justicia ha ayudado en la consolidación de Europa, particularmente por cuanto hace a las sentencias que ha emitido y que han tenido un impacto positivo para los ciudadanos en aspectos como la libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios, la igualdad de trato y de derechos sociales, y un avance fundamental como el derecho a la ciudadanía de la Unión, ciudadanía que también ha sido planteada en Latinoamérica como un instrumento para fortalecer el desarrollo económico y social de los países, con una migración más permisiva.

La autora nos lleva de la mano de una forma clara y precisa respecto del funcionamiento de la cooperación internacional en Europa y en América, siendo en este último en donde los acuerdos que se han logrado alcanzar distan mucho de enfocarse en la eficacia de los derechos humanos, teniendo en este sentido alianzas con un mayor enfoque económico y comercial.

Esta obra promueve la sensibilización sobre lo que significa el reconocimiento de los derechos humanos, mismo que se ha alcanzado en un gran número de países, sin embargo, en muchos de los casos se llega a quedar como letra muerta, se queda como un simple anhelo de los constitucionalistas de cada país que no es capaz de materializarse a nivel nacional y con mayor trabajo a nivel internacional-regional.

La autora realiza una crítica bastante profunda por cuanto hace a la instrumentación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo que resulta importante reconocer que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que comprende a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, representan la instancia de protección internacional de los derechos humanos, siendo en el caso de la Corte Interamericana el organismo vinculante más importante que tenemos a nivel regional para la resolución de violaciones a derechos humanos perpetradas en los Estados Parte, cuyas sentencias sirven como jurisprudencia a nivel regional, independientemente de que no sea un juicio en el cual estén involucrados todos los países que reconocen su carácter vinculatorio, ello ha permitido avanzar en temas tan complejos y delicados como es la violencia de género, la tortura y la desaparición forzada de personas, por citar solamente algunos casos, al menos es la situación específica de México, donde gracias a la sentencia “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México” del 16 de noviembre de 2009, así como la sentencia del caso Radilla Pacheco vs. México, han permitido cambios sustanciales en la procuración e impartición de justicia, por un lado la obligatoriedad de tipificar delitos como el feminicidio, mismo que se ha convertido en un problema muy grave en la región, así como también la base para el reconocimiento del principio *pro persona* en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tras la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

Los Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, así como los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por los Estados, han permitido avanzar en la consolidación de la cultura de los derechos humanos, tanto a nivel de promoción, protección y eficacia de los mismos. Los derechos humanos reconocidos a nivel convencional han permitido incrementar el catálogo de derechos humanos de las Constituciones de los países.

Esta protección internacional de los derechos humanos, además de considerar la vía jurisdiccional, también establece como vía para la eficacia de los instrumentos internacionales, es decir, del cumplimiento por parte de los Estados firmantes, un mecanismo que ha sido incómodo para muchos países, como lo llega a esbozar la autora al referirnos al sistema de los órganos de supervisión que permiten conocer de manera más precisa cómo han ido avanzando, o incluso retrocediendo, según sea el caso, los Estados Parte en los compromisos adquiridos con la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales.

Como bien advierte la autora, entre las obligaciones a que se someten los Estados Parte se encuentra la de adecuar su normatividad local a los instrumentos internacionales, lo que en el caso de México, por poner un ejemplo, esta adecuación-armonización del marco legal nacional con el internacional ha ido avanzando en la formalidad, sin embargo, aún falta que ésta se materialice, aspecto que debería rendir frutos pronto, dada la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, en donde se reconoce el marco jurídico internacional de derechos humanos al mismo nivel que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que se logró avanzar en lo referente al control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, generando la obligación para los impartidores de justicia, de realizar un análisis constitucional y convencional para cada caso en particular y proteger en todo momento los derechos humanos inaplicando cualquier norma que vaya en contra de ellos.

Es importante destacar la documentación consultada por la autora que sirve para sustentar la investigación, contando en este sentido con una extensa base bibliográfica como son los cuarentaiséis libros revisados y analizados, así como contar con un aparato crítico de doscientas veinticuatro referencias bibliográficas que permiten asegurar que la autora consultó la bibliografía especializada en el tema.

Definitivamente, al leer esta maravillosa obra, nos encontramos con un libro de gran utilidad para todas las personas que están inmersas en el mundo jurídico, pero también para quienes buscan una aproximación al mismo; particularmente si tomamos en consideración que los derechos humanos están presentes en nuestra actividad diaria; sin embargo, debemos actuar, con obras como la presente, para que los Estados entiendan que el enfoque de derechos humanos debe ser transversal en todo el actuar del gobierno y de la sociedad. No podemos trasladar la responsabilidad de los derechos humanos solamente a las naciones, se requiere que la sociedad mundial se comprometa a fortalecer la cultura por el respeto de los derechos humanos. En este sentido, tenemos que entender que al vivir en un contexto cada vez más globalizado es fundamental el compromiso y la voluntad de las naciones para transformar la forma en como vemos, entendemos y actuamos en lo referente a los derechos humanos.

***CACCIAVILLANI, PAMELA ALEJANDRA.
CELEBRAR LO IMPOSIBLE. EL CÓDIGO
CIVIL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA
PROPIEDAD: CÓRDOBA ENTRE FINALES
DEL SIGLO XIX Y COMIENZOS DEL XX,
MAX PLANCK INSTITUTE FOR LEGAL
HISTORY AND LEGAL, 2021, 283 PP.***

FEDERICO GALLEGOS VÁZQUEZ*

El libro que la profesora Cacciavillani nos presenta es un completo estudio sobre uno de los hechos menos conocidos en la actualidad, pero que mayor trascendencia tuvo en los últimos años del siglo XIX en todas las naciones hispanoamericanas, y que hoy en día aparecen en el debate social y político, con un desconocimiento de causa o falta de recuerdo intencionado.

La profesora Cacciavillani propone una reflexión sobre la incidencia normativa del Código Civil Argentino en la sociedad de su época, el modo en que fue puesto en práctica en la provincia de Córdoba, en materia de propiedad, particularmente, en lo que se refiere al conflicto que surgía entre la nueva normativa, las formas del derecho previo a la codificación y las normas emanadas en el ejercicio de la autonomía provincial. Siendo el objeto central de su análisis la propiedad comunal indígena; el impacto que el Código Civil Argentino, y su noción del dominio, tuvieron en el espacio provincial cordobés durante el proceso de desmantelamiento de aquel tipo de propiedad, estudiando las relaciones reales y formas comunales de propiedad, los derechos de propiedad en el contexto de la codificación y la relación de los indígenas con la tierra, tanto en el periodo hispano como en el independiente.

Partiendo del presupuesto de que el tránsito del antiguo régimen a un orden liberal no fue un proceso lineal ni unidireccional, sino que los retrocesos y pervivencias fueron rasgos característicos, la profesora Cacciavillani sostiene que, la sanción del Código Civil Argentino y su posterior entrada en vigor fueron condiciones necesarias pero no suficientes para transformar la tradición precedente; el codificado creó un sistema de normas basadas en un concepto de dominio individual, absoluto, pleno, libre y circulante, contrario a la existencia de la propiedad comunal indígena. Estas leyes, nacidas del proceso codificador fueron

*Profesor Contratado Doctor. Universidad Rey Juan Carlos.

herramientas indispensables para forjar el nacimiento del Estado Nacional, para así establecer y consolidar los nuevos derechos nacionales. No obstante, algunas instituciones tradicionales continuaron vigentes.

La investigación de la profesora Cacciavillani se centra en la construcción jurídica de la propiedad privada en la provincia de Córdoba a finales del siglo XIX, caracterizada por una falta generalizada de títulos de propiedad previos y numerosas situaciones de tenencia no formalizada de la tierra, especialmente tras la entrada en vigor del Código Civil de 1871 y las leyes provinciales de 1881 y 1885, que fueron el instrumento jurídico mediante el que se determinó el procedimiento legal tendente a dismantelar la propiedad de las comunidades indígenas existentes en el entonces territorio de la provincia de Córdoba.

Se estudian las problemáticas del surgimiento de un concepto absoluto, exclusivo y perpetuo de dominio, las condiciones que esa nueva concepción de propiedad encontró en el ámbito provincial en materia registral y la materialización de dicha noción, así como las nociones consagradas en la legislación codificada durante el proceso de disolución de las comunidades indígenas de Córdoba, la persistencia de la propiedad comunal indígena en la órbita provincial durante el proceso codificador argentino y los conflictos en torno a esta forma de propiedad.

Siguiendo este enfoque, el Código Civil Argentino fue el instrumento jurídico responsable de la consagración de un nuevo paradigma teórico de propiedad, en el que se omitieron, aunque persistieran en su existencia, formas de propiedad forjadas durante el periodo anterior, como la propiedad comunitaria de las comunidades indígenas, cuya desarticulación tuvo un gran impacto en la sociedad de la época.

Fue en la década de 1880, con la llegada al poder de Juárez Celmán, cuando se produjo la quiebra de las comunidades indígenas, especialmente con las leyes provinciales de 1881 y 1885, si bien, ya desde mediados de este siglo XIX se fueron dictando diferentes instrumentos jurídicos con la intención de abrogar materialmente esta forma de propiedad. La élite dirigente cordobesa se agrupó en torno a Juárez Celmán, para, valiéndose de la regulación establecida en el Código Civil, avanzar a través del ordenamiento sobre las formas tradicionales de propiedad, y hacerse así con unas tierras que desde siglos habían estado en manos de las comunidades indígenas. En los decretos del Poder Ejecutivo se refleja el interés gubernamental por las tierras ocupadas por las comunidades de las antiguas reducciones indígenas situadas en Soto, San Marcos, Cosquín, Pichanas, Quilino y La Toma.

El libro se divide en seis capítulos a partir de dos bloques temáticos integrados cada uno de ellos por tres capítulos. En el primer bloque, siguiendo como eje de estudio el modelo de propiedad consagrado en el Código Civil Argentino de 1871, se analizan las consecuencias de los vicios normativos en materia registral y en la materialización del derecho de dominio sobre el territorio.

El capítulo uno se centra en el estudio de la nueva concepción de la propiedad, impuesto por la codificación, así como dos arquetipos de aquella: la plenitud y la uniformidad, en contraste con la realidad social; entrando a analizar el Código Civil argentino en su propuesta en materia de propiedad y su postura frente a los derechos reales existentes en la cultura jurídica previa, en especial se estudian los derechos reales omitidos por el codificador, especialmente, la situación en la que quedaron las comunidades indígenas, cuyas formas de propiedad no se recogían.

En los capítulos dos y tres se estudian las condiciones de operatividad del nuevo modelo de propiedad, los ámbitos en que la propuesta del codificador se vio condicionada, como la materialización del derecho de propiedad, como fue la falta de exigencia de medición previa como requisito para la transferencia del dominio. La base del capítulo tres se encuentra en la adopción del título y el modo, así como el rechazo del codificador a la adopción de un sistema registral de la propiedad, proponiendo la autora, una breve reflexión sobre el impacto del registro en el contexto de desmantelamiento de la propiedad comunal en Córdoba; advirtiendo, en este contexto provincial, la irrupción de un registro anterior al Código, que lo desafió y que convivió con él, afectando considerablemente a la pretensión de un régimen homogéneo de propiedad.

La segunda parte del trabajo se centra en el territorio provincial de Córdoba, en materia de propiedad, constatando el impacto de las nuevas ideas en dicho ámbito, estudiando también la conformación y aplicación del nuevo marco jurídico en el contexto de un tipo de propiedad de origen hispano que logro pervivir durante la irrupción e instauración del nuevo concepto de propiedad, emanado de la codificación y del nacimiento de los estados nacionales, los “pueblos de indios”, denominados “comunidades indígenas” a finales del siglo XIX.

En los capítulos cuatro y cinco, se entra en el territorio de la provincia de Córdoba de finales del siglo XIX para divisar los rasgos de la política de la propiedad local, advirtiendo la impronta que dejaron las comunidades indígenas dentro de la agenda del gobierno provincial. Se tratan diferentes instrumentos jurídicos provinciales dictados durante el siglo XIX, que tuvieron como horizonte el desmantelamiento de la propiedad de los grupos originarios, en especial las leyes de 1881 y 1885, así como la resistencia que los miembros de las comunidades indígenas desplegaron ante su aplicación. Finalmente, el capítulo seis analiza la aplicación concreta de las mencionadas leyes de 1881 y 1885.

El trabajo de la profesora Cacciavillani trae al debate jurídico actual, una cuestión histórica trascendente, el desmantelamiento de la propiedad comunal indígena en el siglo XIX y la aparición de un nuevo escenario en el que el Código ha perdido su función de epicentro y en el que han emergido nuevos desafíos jurídicos, que en toda Hispanoamérica ha brotado con fuerza desde finales del siglo XX y comienzos del XXI, dando lugar a lo que Grossi calificó como “el resurgimiento del cadáver de la propiedad colectiva”, y que en países como

Argentina se plasma en reformas legislativas, como la del artículo 75 de la constitución de 1994, el Anteproyecto de Unificación de los códigos Civil y Comercial de 2012 y la ley 26160 de 2006 así como el Proyecto de Ley sobre Instrumentación de la Propiedad Comunal Indígena.

PANDO BALLESTEROS, MARÍA DE LA PAZ Y MANJARRÉS RAMOS, ELÍZABETH, EDITORAS. EL DERECHO A LA PAZ Y SUS DESARROLLOS EN LA HISTORIA, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2022, 241 PP.

LUIS MANUEL CUEVAS QUINTERO*

En tiempos difíciles y turbulentos qué podemos leer y con qué significación y sentido. Rafael Alberti escribió a propósito de esta situación varios poemas para celebrar frente a la violencia, la paz. El Mensaje de Juan Panadero al Congreso Mundial por la Paz, dice en una visión amplia: “Paz en todos los hogares./ Paz en la tierra, en los cielos,/ bajo el mar, sobre los mares./ Paz en la albura extendida/ del mantel, paz en la mesa/sin ceño de la comida./ En las aves, en las flores,/ en los peces, en los surcos/ abiertos de las labores./ Paz en la aurora, en el sueño./ Paz en la pasión del grande/ y en la ilusión del pequeño./ Paz sin fin, paz verdadera./ Paz que al alba se levante/ y a la noche no se muera...” Y, en *La primavera ha venido*, la voz poética resalta los poderes de la palabra y de la lectura como campos constructivos de una paz deseable que implica además la invitación a leer, el derecho de leer y aprender en un horizonte de libertades y respeto, de aprender en el mundo. “*La primavera ha venido/ dejando en el olivar/un libro en cada nido./ Vivir leyendo, leyendo/ mientras la paz en el mundo/no se nos vaya muriendo./ Paz, paz, paz para leer/ un libro en el alba/ y otro en el atardecer.*”

Entonces, en tiempos difíciles se hace necesario apostar por una comprensión de la paz y de su correlato normativo, los derechos cada vez más progresivos e impulsados por el principio prejurídico de la libertad como condición inherente e histórica del ser humano y de su responsabilidad no solo se reflejan ante los otros sino ante el planeta en los términos de la justicia. El libro colectivo: *El derecho a la paz y sus desarrollos en la historia*, coordinado por las profesoras e investigadoras María de la Paz Pando Ballesteros y Elizabeth Manjarrés Ramos, invita a leer y da respuestas a esta necesidad de desplazar los acentos de la crítica y de construir espacios alternativos y urgentes en los campos de paz y de derechos. Reúne una serie de voces de varios investigadores que “democratizan” los actos

*Profesor e investigador Sistema Nacional de Investigadores CONACYT-México, Maestría en Gestión de la Convivencia en la Escuela. Violencia, Derecho Humanos y Cultura de Paz, Universidad Pedagógica Nacional, Unidad Ajusco, Ciudad de México. ORCID: 0000-0003-1468-408X. Correo electrónico: mcuevas@upn.mx; luismanuelvenezuela@hotmail.com

reflexivos del escribir y decir sobre esa “palabra escurridiza” que es la paz, base fundante de la convivencia y alternativa humana a la que se agrega la perspectiva global sistémica frente a la polemología y el paradigma de la violencia como partera de la historia y como rectora de los cambios que transforman la vida social y las relaciones entre culturas.

El libro pone sobre la mesa once estudios dentro de un campo que cuestiona el modelo de centrar la reflexión histórica con referencia a la violencia. Frente al paradigma de la polemología se confronta el de la irenología. No es un secreto que en nuestros sistemas educativos se privilegia la implantación de imaginarios bélicos, nuestras historias están llenas de esos hechos y acontecimientos, revoluciones, estallidos de violencia y guerras que esconden un *epos* y *pathos* que celebra el heroísmo y permite reflexionar -si se evita la celebración oculta del código bélico fuertemente atrayente en su pulsión tanática-. Sobre los desbordes materiales y emotivos de los conflictos, como aprecia Peter Englund en *La belleza y el dolor de la batalla*, los temas bélicos son en la perspectiva polemológica un motor dominante y si se quiere determinista, impregnan los currículos de enseñanza de la historia y le dan un horizonte inexorable. La pedagogía de la guerra y la didáctica, encuentran en estos modos de enseñar un deslizamiento de sus valores que apoyándose en la noción de guerras justas impide ver otras alternativas que, en contraposición, dan alternativas a la solución de conflictos y a las demandas sociales y culturales de existencia en contextos de tensión. La cultura de paz en este contexto implica un trabajo fuerte de imaginación moral y los improbables como diría Lederach. Esto impulsa un trabajo sobre las condiciones de historicidad que la sostienen y que hoy son cada vez más pertinentes en una revisión de la escritura de la historia que traza una nueva frontera y dibuja una cartografía descentrada cómo es posible observar en los textos que convocaron las Dras. Pando y Manjarrés.

Una perspectiva realista y centrada en argumentos poderosos, puede constituirse en un campo muy riguroso y sólido para sostener la idea del papel de la violencia en la historia y esto por supuesto es innegable en algunos procesos históricos de gran magnitud. Por ejemplo, en el campo de la historia contemporánea y en la más reciente, las guerras, como la segunda guerra mundial y la propia guerra fría, además de los conflictos étnicos, nacionalistas y religiosos como se observan en la Ex Yugoeslavia, Ruanda, Afganistán y actualmente en la guerra que libra Rusia contra Ucrania; anulan todo derecho humano. Esta situación, ha motivado a la comunidad internacional a dar respuestas que vayan más allá de las nociones tradicionales de soberanía y frontera a una visión transnacional y, a qué dudar, de ampliación de la esfera en cuanto a los derechos humanos dentro de una perspectiva cosmopolítica supranacional y encarnados a la vez en los lugares.

En efecto, una serie de instituciones como la ONU, la Corte Penal Internacional e instrumentos de aplicación de justicia como la Responsabilidad de Proteger. Nos permiten hablar de pliegues de interpretación y explicación. Un

primer pliegue investiga otros modos de contener, prevenir la violencia y gestionar la paz en torno a un bien común que conecta las escalas de los lugares con las visiones cosmopolitas de la “paz perpetua” que deja de ser solo un sueño kantiano para volverse una realidad concreta. Un segundo pliegue modifica nuestro lugar de enunciación académica y amplifica la mirada crítica a través del reconocimiento de otras formas de la violencia y gestión de paz. Las acciones de apoyo mutuo y solidaridad no-violenta habían quedado sumergidas por el discurso hegemónico de la polemología, lo que cuestiona el libro que reseñamos.

La visibilidad que propone la irenología, se ofrece como alternativa que permite reconocer un campo cuya característica más notable es la polifónica. Los sujetos envueltos en los conflictos y sus víctimas hablan y luchan por ser escuchados en los espacios de justicia y de gestión del entendimiento entre las partes, buscando siempre la convivencia y resolución de conflictos mediante la no violencia y las acciones de reclamo pacifistas que como vemos en una revisión de la historia, son factor de cambio.

Junto a este campo humano, se agrega otro pliegue de análisis con una perspectiva más amplia que registra los derechos de la naturaleza y una suerte de ecología profunda que apunta a lo que Bruno Latour llamaría La Tierra, sus redes y sus modos de existencia, consideradas como un gran sistema de vida y de relaciones entre actores humanos y no humanos. La perspectiva subalterna, decolonial y de surgimiento de una “ecología de saberes” como se señala en el texto, está abierta a las voces plurales y cuestionadoras de ciertas formas de construcción epistemológica que monopolizaban los términos de la paz y su abordaje, así como la construcción de la idea de una violencia inherente y determinante de la condición humana. Esto permite desplazar el trabajo de la escritura de la historia a un campo más activo, historia activa tal vez. Marrou aprecia, a propósito de un pasaje de Hegel, que la captación fiel y objetiva de lo histórico no implica una entrega pasiva, sino que hace un trabajo de intervención con categorías que amplían y modifican las explicaciones. La historia para este historiador es “...encuentro de lo otro, comprensión del otro en la experiencia del presente”. No otra cosa hacen los investigadores convocados en este libro suman y abren espacio a la gama de alteridades y a los cuestionamientos de discursos y categorías que monopolizan la idea de la paz y su praxis y junto con ella, el magma del derecho y su respuesta a lo global en imaginarios compartidos.

El giro irenológico es visible en todo el texto, los once trabajos operan sobre la historia de la paz y de los derechos humanos ampliados en sus perspectivas y en la toma de conciencia del trabajo del historiador. Conviene mencionarlos para poder hacernos una idea de la heterogeneidad de enfoques y de la diversidad que termina por tejer un horizonte común que va desde las relaciones internacionales a temas situados en el mundo social más concreto y antes desatendido. Por ejemplo, las emociones, la perspectiva decolonial, el género, la interculturalidad y las necesidades entre ellas como la alimentación y la paz ambiental; se corresponden con un descentramiento y una ampliación hacia el derecho ambiental

en un marco que conviene recuperar con Paul Taylor y su “The Ethics of Respect for Nature”. Estos once trabajos polifónicos son a saber:

Saber y poder para la paz. Semblanza de Gaspar de Bracamonte y Guzmán, plenipotenciario en las paces de Westfalia (1648), Ana M. Carabias Torres. La paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social, Enrique Cabero Morán. De la paz entre los europeos o la esencia primera del europeísmo, Guillermo Á. Pérez Sánchez. La deslegitimación del discurso franquista sobre la paz desde la Revista Cuadernos para el Diálogo María de la Paz Pando Ballesteros. La tragedia de las guerras chechenas: la Unión Europea y las organizaciones internacionales a la búsqueda de la paz, Ricardo Martín de la Guardia. Justicia transicional, memoria y paz, Celma Tavares. Las mujeres y la paz: el legado y los procesos recientes, Montserrat Huguet. Aportes del pensamiento y del feminismo de(s)colonial a los Estudios para la Paz, Elizabeth Manjarrés Ramos. La educación intercultural como herramienta para la paz y la tolerancia entre los pueblos, Pedro Garrido Rodríguez. Relaciones entre paz y seguridad alimentaria: un análisis de hechos y derechos, Lucía Vallecillo Graziatti y, por último, la Paz ambiental desde una perspectiva compleja de Bernardo A. Hernández Umaña.

Juntar todas estas voces en un proyecto común fue posible en el marco del Grupo de Investigación Reconocido por la Universidad de Salamanca “Historia de los Derechos Humanos” (*vid.* la página web <https://girhdh.blogspot.com/>). El resultado ha sido un libro heterogéneo y polifónico como debe ser en una perspectiva dialógica. Enlaza una revisión de hechos, procesos y conceptos abriendo fronteras interdisciplinarias de investigación en materia de derechos humanos sin perder el foco de atención sobre las condiciones de historicidad. El horizonte de expectativas es, indudablemente, la búsqueda de una mejor comprensión de la paz o de lo que en la historia moderna y la historia del tiempo presente desde Kant suponemos como paz universal. En el anhelo de trascendencia del respeto hacia las personas, las naciones y culturas; la interescala es visible y no se trata solo de Europa sino de los otros continentes que también construyen sus perspectivas de comprensión de su situación en un marco cosmopolítico que tiene como valor la paz y el derecho. El giro que se advierte en el texto puede considerarse en el marco de la cultura de paz y la historia transversal que recupera los momentos perdidos y las voces sumergidas amén de las demandas de reconocimiento. Dentro del marco de las ciencias sociales, tesis como las de Galtung, Lederach, Dag Hammarskjöld, Hans Küng entre otras y, en el campo de la acción política con iconos que van de Ghandi a Malala; confluyen abiertamente con todos los movimientos sociales ambientalistas, feministas y culturalistas cuyas causas no son otras que la injusticia y la necesidad de resolver de formas no violentas los conflictos y los desacuerdos. El giro de la paz confronta y complementa de forma dialéctica la visión dominante en algunas concepciones de la historia, esta se fundamenta en el valor de cambio de la violencia o en su concepción como un motor dominante de los cambios. Se plantea, por otro lado, la búsqueda de un mejor consenso y el fortalecimiento de la comprensión de la paz

como un factor importante en la historia, una cuestión que ayuda a observar el texto y que deja restos para trabajar.

Como se aprecia, la consideración de la historia dentro de una dimensión movida por la guerra, el desarrollo y resolución de conflictos en la escalada de la violencia y su desborde que afecta otros aspectos de las relaciones humanas y no humanas; marca un modo de abordar las relaciones, pero no es un absoluto que marca unívocamente el abordaje de los conflictos. Este pensamiento polemológico muy poderoso como hemos señalado, arranca en su fase moderna con las revoluciones burguesas y fue tipificado por Marx en su conocida frase de la violencia como partera de la historia. Interpelada esta forma de abordar las situaciones, el cuestionamiento que aporta este libro, no se detiene en señalar o describir problemas sino en enfocar y poner acentos que quedan ocultos e invisibilizados en determinadas tecnologías del poder y de construcción de un discurso que olvida lo que Trevor-Roper llamó momentos perdidos de la historia. Es decir, situaciones que pudieron cambiar el curso de las cosas y que evitan asumir como dados los acontecimientos, hechos o procesos históricos. En este campo las otras voces merecen ser consideradas dentro de un paradigma más cosmopolita y enfocado en la historia progresiva de los derechos humanos restituyendo la operación historiográfica a una dimensión crítica centrada en los sujetos, los actores sociales y el ambiente.

Si bien esta reseña no es lugar para profundizar sobre cada uno de los capítulos, es importante resaltar el horizonte de trabajo que se abre en un contexto de cambios cuyas velocidades pueden ser lentas o rápidas. La paz se transforma en una categoría fluida que permite mirar no solo los tradicionales conflictos armados sino también, los conflictos ambientales, de género, diversidad cultural, dimensiones espaciales, del campo y la ciudad, la naturaleza y en general la vida en el planeta y el geosistema. Toda una complejidad que invita a fortalecer la visión cosmopolita en un marco de derechos humanos sobre la que se debe trabajar de forma incesante pues es un bien común frágil de los más importantes, merecedor de una pedagogía para las libertades.

No es casual que hoy día nuestras relaciones con el pasado autoricen a recuperar pensamientos que surgieron en otras partes del mundo, permitiendo considerar junto a los discursos tradicionalmente hegemónicos, otros surgidos sobre la experiencia de los conflictos coloniales e imperialistas de la que se extrae una experiencia colectiva y solidaria de la dignidad humana y el buen vivir como una ética posible. Por ejemplo, y viene al caso recordar, que Benito Juárez en 1867 dijo: “Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”.

Este libro invita a leer la historia de un modo diferente, al poner sobre la mesa la interculturalidad con respecto a la categoría de la paz situada en experiencias múltiples, supone un giro donde se inscribe una apuesta a superar lo que llaman el “desfase historiográfico” de una historia que solo consideraba el motor de la

violencia en el proceso civilizatorio. Sin negar esta presencia, el texto apuesta a una paz positiva que crea puentes para el diálogo y con ello, otra escritura de la historia con sus diferencias.

VERA ESQUIVEL, GERMÁN. DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL, ARA EDITORES, PERÚ, 2022, 301 PP.

JONATÁN CRUZ ÁNGELES*

El título de esta obra, de forma muy acertada, promete ser, sin lugar a duda, el de un Manual de referencia en lengua española en su campo: el Derecho Internacional Ambiental. Una obra inteligible, cuyo contenido es del interés de todos los públicos; tanto de aquellos expertos más duchos en la cuestión como de todo tipo de operadores jurídicos e, incluso, podría darse el caso, de personas *lego* en Derecho, que pretenden introducirse o, simplemente, muestran interés o requieren de información en la materia y se ven tentados por esta propuesta de estudio tan sugerente. Y es que, no es una tarea nada sencilla, la de saber cómo transmitir la sapiencia y el conocimiento, conduciendo al lector a través de distintos sujetos de estudio de la parte general de nuestra doctrina especializada. De esta forma, el autor, consigue articular, con éxito, una introducción a cuestiones propias del Derecho Internacional Ambiental, a lo largo de todo el volumen. Como resultado, se presenta una propuesta sólida, muy bien fundamentada, con todo lujo de detalles, proporcionando a sus destinatarios una experiencia rica en contenido, así como una lectura que se hace ligera y, ante todo, sumamente formativa.

Su autor, el Dr. Vera, en tanto que profesional y académico, con años de dilatada experiencia en destacados puestos en el Servicio Exterior de su país, se presenta, indiscutiblemente, como el candidato ideal para esta tarea. Este diplomático de origen peruano, Licenciado en Relaciones Internacionales, Magíster en Política internacional por la Universidad Libre de Bruselas (ULB), Magíster en Derecho Internacional por la Universidad de Hull y Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia del Perú, nos muestra cómo el Derecho Internacional Ambiental se ha consolidado como una rama independiente más de nuestra Ciencia, tras varias décadas de evolución y desarrollo, desde que pudiesen comenzar a constatar y registrarse sus primeros antecedentes.

La estructura de la obra está dividida en dos grandes secciones: la primera de éstas es una parte general y la segunda representa una parte específica. A modo introductorio, la parte general se encarga de (re)construir un estudio sustantivo e histórico de esta disciplina. Esta parte se inicia con las definiciones del Derecho Internacional Ambiental. A continuación, se centra en la definición de los principales sujetos y actores, fuentes clásicas del Derecho Internacional y principios aplicables tanto generales como particulares o específicos que operan en la materia.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Jaén. ORCID ID: 0000-0002-8648-5525. Correo electrónico profesional: jangeles@ujaen.es

Así, en la parte general, en el capítulo primero, se aborda el tema de la definición del Derecho Internacional Ambiental como aquel que regula la conducta de los Estados y de las Organizaciones Internacionales y de sus relaciones entre sí, así como algunas de sus relaciones con las personas naturales o jurídicas en lo relativo a la protección del medio ambiente. Del mismo modo, en este capítulo se estudian sus características en tanto que Derecho interdisciplinario, en el que el *soft law* ha sido de gran relevancia, basándose en relaciones de cooperación y con carácter predominantemente convencional.

El capítulo segundo se dedica íntegramente al análisis de los actores del Derecho Internacional Ambiental. Este epígrafe parte del estudio de los sujetos tradicionales del Derecho Internacional con el objetivo de mostrarnos cuál es la incidencia, o cómo participan en el desarrollo de este Derecho, la comunidad científica, las grandes empresas y las organizaciones no gubernamentales (ONGs) en la actualidad.

A continuación, en el capítulo tercero, se revisan las fuentes del Derecho aplicables en este ámbito de estudio. Para ello, se sigue la estructura clásica del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, se parte del estudio de los tratados internacionales, así como de la *consuetudine*, para introducir los principios generales del Derecho. Y, como no podía ser de otro modo, se contemplan como medios auxiliares, la jurisprudencia y la doctrina especializada. De este modo, el autor ilustra, una a una, todas y cada una de estas categorías de fuentes del Derecho Internacional clásico, con ejemplos representativos del Derecho Internacional Ambiental.

Seguidamente, en el capítulo cuarto, se enumeran y estudian los Principios más representativos del Derecho Internacional Ambiental, en tanto que principios especiales de esta rama del Derecho Internacional. Entre éstos, debemos destacar los siguientes: (1) el principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daños al medio ambiente de otros Estados en áreas fuera de la jurisdicción nacional, (2) el principio de prevención, (3) el principio precautorio, (4) el principio de buena vecindad y cooperación internacional, (5) el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, (6) el principio de desarrollo sostenible y/o (7) el principio de “quien contamina paga”.

A modo de cierre de la parte general del estudio, en el quinto capítulo, se aborda la Historia del Derecho Internacional Ambiental y, de forma más específica, la historia de las negociaciones ambientales internacionales. En este apartado, se analizan de forma muy exhaustiva, especialmente, cinco hitos determinantes que coinciden con sendas Conferencias de las Naciones Unidas. La primera de éstas es la Conferencia de Estocolmo de 1972, que expresa la común convicción sobre lo que era el estado del medio ambiente en ese momento, es decir, en la década de los setenta del siglo pasado. Este instrumento recoge toda una serie de principios ambientales que son de gran importancia. Asimismo, en el periodo

post Estocolmo (1972-1992) se destaca la redacción del Informe Brundtland: Buscando “Nuestro Futuro Común”, que define el concepto de “desarrollo sostenible”, mostrando una serie de preocupaciones, así como tareas pendientes y plantea un plan de acción común.

La segunda Conferencia es la de Río de Janeiro de 1992, cuya Declaración recoge la mayor cantidad de principios ambientales existentes hasta la actualidad (2022). Lo que la convierte en un instrumento internacional esencial e imprescindible para todos aquellos que deseen estudiar íntegramente esta materia, aunque sea considerado como de *soft law*. En esta década (1992-2002) encontramos también otros instrumentos dignos de estudio tales como la Agenda 21 por un desarrollo mundial sostenible, la Declaración sobre los bosques, la Convención sobre Diversidad Biológica o la Convención Marco sobre Cambio Climático. Este periodo post Río de Janeiro se caracteriza por el gran optimismo que embargaba, como común denominador, a todos los participantes.

La tercera es la Conferencia de Johannesburgo de 2002, de la que surgirá una Declaración Política que denuncia cómo el medio ambiente sigue deteriorándose. Como resultado, el por aquel entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, propone la iniciativa WEHAB centrada en cinco esferas, consideradas como cruciales: (1) agua y saneamiento, (2) energía, (3) salud, (4) productividad agrícola y (5) diversidad biológica y ordenación de ecosistemas. Además, se propone un Plan de Aplicación con el ánimo de “reconocer la libertad de las generaciones futuras para mantener la vida en este planeta” (p. 112), identificándose, principalmente, tres objetivos: la erradicación de la pobreza, la modificación de las pautas insostenibles del consumo y producción; y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el Desarrollo Social y Económico. Desde entonces (2012), se puede afirmar que la agenda ambiental internacional ha estado dominada predominantemente por el tema del cambio climático global. Considerándose tres momentos a destacar en el decenio 2012-2022 en la materia: el Informe Stern, las propuestas de Al Gore y la Cumbre de Copenhague sobre el cambio climático.

La cuarta Conferencia es la de Río+20, que permitió conocer el estado de los consensos mundiales sobre el tema ambiental donde la energía. El uso de los recursos naturales como el petróleo y el agua se encontraban en un momento relevante. Después de esta Cumbre se crea una Comisión para redactar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), así como se diseña un conjunto de objetivos que los países deben alcanzar para mejorar el nivel de vida de sus poblaciones.

Y, en último lugar, la quinta Cumbre es la del Acuerdo de París de 2015. Un instrumento internacional fundamental que entró en vigor en 2020, en el que se deja claro que los líderes y países del mundo han enviado un mensaje a los mercados, poniendo de relieve la necesaria transición hacia una economía baja en carbono, requiriendo a los Estados realizar un inventario de forma periódica (cada

cinco años) informando acerca de sus avances en la reducción de gases efecto invernadero, así como se propone un programa de ayuda financiera a los países en desarrollo para el cumplimiento de sus metas.

En la segunda parte de la obra, es decir, la parte específica, el autor se centra en sectores importantes del Derecho Internacional Ambiental, *véanse*: la protección de la capa de ozono, el cambio climático y la biodiversidad. Asimismo, el libro también contiene un capítulo especial sobre la Amazonia. A modo de añadidura, se analiza la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de Derecho Internacional Ambiental. Todo ello, para concluir con el planteamiento de un análisis muy interesante y original acerca del estudio de los derechos humanos desde la óptica del Derecho Internacional Ambiental.

Así pues, esta parte se inicia con el sexto capítulo, relativo al estudio de la protección internacional de la capa de ozono. El estudio de este tema es muy relevante porque este caso nos muestra cómo el Derecho Internacional Ambiental ha podido resolver de manera adecuada un problema de magnitud global, al limitar la emisión de gases que agotan la capa de ozono, a través de una regulación jurídica adecuada – desde la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono (1985), sus protocolos y enmiendas, así como sus últimos desarrollos- y la denominada “diplomacia del ozono” (p. 140).

El séptimo capítulo está dedicado al estudio de la problemática internacional del cambio climático, uno de los temas ambientales más álgidos de nuestra época. En este acápite encontramos un estudio del fenómeno del cambio climático, del Derecho aplicable a este fenómeno y del escenario internacional en el que se encuentra la solución de este problema ambiental global, haciendo especial énfasis en el Acuerdo de París adoptado en el año 2015 y su desarrollo posterior. Además, el autor plantea cuál es el posicionamiento de su país (Perú) en la materia.

En el octavo capítulo el autor se refiere al importante tema de la diversidad biológica. Este es, indudablemente, uno de los temas de mayor relevancia a nivel internacional. Este apartado plantea un estudio de la Convención sobre la Diversidad Biológica y de los Protocolos de Cartagena y de Nagoya, en tanto que sus documentos complementarios. Asimismo, en este apartado también se analiza el contenido de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (Convención CITES, por sus siglas en inglés); y, por último, se aborda el tema de la biodiversidad marina y la protección del medio ambiente marino. Un tema, de rabiosa actualidad, que está siendo, todavía objeto de negociaciones con la esperanza de poder llegar a aprobar una nueva Convención sobre Derecho del Mar en la sede de las Naciones Unidas. Ello se debe a que estas rondas de negociaciones se han visto paralizadas y, posteriormente, entorpecidas o retrasadas a causa y/o como resultado de la pandemia COVID-19.

El capítulo noveno aborda un tema muy interesante y sectorial: la protección de la Amazonia en Derecho Internacional. En este epígrafe se estudia la situación alarmante que se vive en el Amazonas, abordándose una serie de problemas que le afectan, tales como (1) la pérdida de la diversidad biológica, la deforestación, la tala y la minería ilegal; (2) el cambio climático; (3) la contaminación generada por la industria de las drogas; y (4) la protección de los pueblos indígenas amazónicos. Asimismo, se señala de forma específica qué tratados y declaraciones no vinculantes constituyen la legislación y/o corpus normativo más relevante en la materia.

En el capítulo décimo el autor presenta de una forma muy clara y precisa el contenido de siete casos relativos a la temática del medio ambiente que han sido resueltos o se encuentran pendientes de resolución ante la Corte Internacional de Justicia. Éstos son: (1) el caso del Canal de Corfú -Reino Unido y Albania, 1947-; (2) el caso de los Ensayos Nucleares -Australia y Nueva Zelanda contra Francia-; (3) el caso relativo al Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros -Hungria y la República Eslovaca, 1997-; (4) el caso de las plantas de celulosa (“papeleras”) en el río Uruguay -Argentina contra Uruguay-; (5) el caso de la fumigación aérea con herbicidas -Ecuador y Colombia-; (6) el asunto de la Caza de Ballenas en el Antártico -Australia contra Japón-; y (7) el caso de determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza -Costa Rica contra Nicaragua- y la construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan -Nicaragua contra Costa Rica-. El estudio de estas sentencias o casos es muy significativo ya que nos muestra al Derecho Internacional Ambiental “*in the making*”, es decir, el Derecho que aplica la Corte Internacional de Justicia y los principios ambientales que utiliza para fundamentar sus sentencias.

Por último, en el capítulo undécimo, se aborda el tema de la protección del medio ambiente en tanto que derecho humano de tercera generación. Se trata de un tema transversal del Derecho Internacional Ambiental, en el que se destacan algunos asuntos tan relevantes como el concepto del derecho humano a un medio ambiente sano y equilibrado y su inclusión en más de cien constituciones a nivel mundial. Entre éstas se hace especial referencia a la española, la brasileña y la peruana. Todo ello invitando al lector a reflexionar acerca de cuestiones todavía sin resolver por esta rama cada vez más madura del Derecho Internacional como pudiese(n) ser el tratamiento jurídico de los refugiados ambientales, los nuevos desarrollos y aplicaciones del principio de la libre determinación de los pueblos o el papel de las ONGs, así como de las organizaciones económicas internacionales (véase el Banco Mundial) en relación con el derecho al desarrollo (sostenible).

En definitiva, todo este amplio abanico de conocimiento(s), en su conjunto, ordenado y sistematizado hacen que esta obra destaque tanto por su alta calidad científica como por su alto nivel de rigor y originalidad, invitando al lector a reflexionar acerca de cuestiones tan trascendentales como la siguiente: ¿qué nivel de responsabilidad tienen todos y cada uno de los sujetos y actores implicados en la tarea, misión u objetivo de proteger el medio ambiente?, lo que, en última

instancia, nos lleva a plantearnos: realmente, ¿son compatibles los conceptos de “desarrollo” y “sostenibilidad” (tal y como los concebimos en la actualidad)? Para tratar de dar respuesta a estos interrogantes, *inter alia*, les invito a consultar este tratado científico.

DOCUMENTACIÓN

DOCUMENTACIÓN

DEBORAH PRESTA NOVELLO*

Documentos:

- 1) Protección social de emergencia frente a los impactos de la pandemia de Covid-19 en América Latina y el Caribe: evidencia y aprendizajes sobre sistemas universales, integrales, sostenibles y resilientes de protección social, CEPAL, 2022
- 2) Cosmovisión Andina: una aproximación a la vida de las mujeres indígenas y Kichwas en Cotacachi, Ecuador desde la cosmovisión andina, Banco Mundial, 2022
- 3) Informe del Secretario General. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, 2022
- 4) Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe, OCDE, 2022
- 5) Un crecimiento débil y crisis global frenan la recuperación del empleo en América Latina y el Caribe, OIT, 2022
- 6) El estado de la generación distribuida solar fotovoltaica en América Latina y el Caribe, UNEP, 2022

1) PROTECCIÓN SOCIAL DE EMERGENCIA FRENTE A LOS IMPACTOS DE LA PANDEMIA DE COVID-19 EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: EVIDENCIA Y APRENDIZAJES SOBRE SISTEMAS UNIVERSALES, INTEGRALES, SOSTENIBLES Y RESILIENTES DE PROTECCIÓN SOCIAL (COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL-)

En el presente documento se abordan las medidas de protección social no contributiva de emergencia anunciadas en los países de América Latina y el Caribe en 2020 y 2021 como respuesta a la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19). La rápida reacción de los gobiernos de la región y las innovaciones llevadas a cabo fueron clave para llegar a un amplio porcentaje de la población afectada y contener los efectos adversos en la pobreza y la desigualdad de las medidas tomadas para contener la pandemia. Este proceso permitió extraer lecciones fundamentales para avanzar hacia mecanismos que permitan brindar protección social de emergencia eficiente. Con ello, se espera aportar a la discusión

*Investigadora posdoctoral de la Universidad de Lleida (España). Beca Margarita Salas para jóvenes doctores. Ministerio de Universidades de España, financiado por la UE (NextGenerationEU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5990-7588>. Correo electrónico: deborah.presta@udl.cat

sobre posibles vías para fortalecer sistemas universales, integrales, sostenibles y resilientes de protección social.

3 de octubre de 2022

URI: <https://hdl.handle.net/11362/48199>

Documento disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/48199>

2) COSMOVISIÓN ANDINA: UNA APROXIMACIÓN A LA VIDA DE LAS MUJERES INDÍGENAS Y KICHWAS EN COTACACHI, ECUADOR DESDE LA COSMOVISIÓN ANDINA
(BANCO MUNDIAL)

El presente documento es un acercamiento a la vida de las mujeres indígenas en Cotacachi que muestra su realidad durante las distintas etapas de su vida, en donde se expresa cómo la comunidad y la familia perciben los cuerpos de las mujeres, en el tiempo y el espacio. Para esto se realizaron 3 entrevistas a profundidad a mujeres adultas Kichwa hablantes de 75, 47 y 36 años de edad. Estas entrevistas exploran las vivencias y relacionalidad de las mujeres en su niñez, adolescencia, juventud y adultez. Además, contemplan elementos sobre la carga global de trabajo, la maternidad, los cuidados, las violencias y el acceso a sus derechos.

Se parte de la idea que la cosmovisión andina es la interpretación del mundo natural por medio de la acumulación del conocimiento ancestral y de las prácticas cotidianas. Por ello, es necesario comprender la connotación de la palabra Runa y el nivel de significación que posee dentro de su cosmovisión, para así entender la interpretación del mundo andino.

28 de septiembre de 2022

URI:

<https://documents1.worldbank.org/curated/en/099115009142235940/pdf/P1753230dbaf480510a38701deb493df93c.pdf>

Disponible en: <https://documentos.bancomundial.org/es/publication/documents-reports/documentdetail/099115009142235940/p1753230dbaf480510a38701deb493df93c>

3) INFORME DEL SECRETARIO GENERAL. MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN COLOMBIA
(CONSEJO DE SEGURIDAD, NACIONES UNIDAS)

Este informe abarca el periodo comprendido entre el 28 de junio y el 26 de septiembre de 2022. Contempla los principales acontecimientos en el país, destacando en este período la asunción de la presidencia por Gustavo Petro, así como la vicepresidencia por Francia Márquez el 7 de agosto de 2022. Asimismo, resume el estado de implementación del Acuerdo Final de paz, considerando dicha implementación como una oportunidad para que el nuevo Gobierno aborde desigualdades históricas y los factores que hacen que persista la violencia en Colombia.

A través del redactado del informe, se hace referencia a las tareas de la Misión de Verificación en los ámbitos de reincorporación, garantías de seguridad y sanciones propias. También contempla las cuestiones transversales de género, asuntos étnicos, niños y niñas, y jóvenes.

27 de septiembre de 2022

URI: https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/sp_n2260317.pdf

Documento disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/3989426?ln=es>

4) USO ESTRATÉGICO Y RESPONSABLE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL SECTOR PÚBLICO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

(ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS -OCDE-)

Esta publicación versa sobre cómo los gobiernos pueden utilizar la inteligencia artificial (IA) para diseñar mejores políticas, tomar decisiones más acertadas y específicas y mejorar la comunicación con los ciudadanos y la calidad de los servicios públicos. La región de América Latina y el Caribe (ALC) está tratando de aprovechar el potencial de la IA para promover la transformación digital del sector público. La OCDE, en colaboración con CAF, Banco de Desarrollo de América Latina, preparó este informe para entender la línea base de acciones estratégicas y capacidades para la IA en el sector público; identificar los enfoques y acciones específicas para usar esta tecnología en la construcción de gobiernos eficientes, eficaces y receptivos; e impulsar la colaboración en la búsqueda de una visión regional para la IA en el sector público. Este informe incorpora un balance de las estrategias y compromisos de cada país en torno a la IA en el sector público, incluyendo su alineación con los Principios de IA de la OCDE. También incluye un análisis de los esfuerzos realizados para crear capacidades clave de gobernanza y poner en marcha los facilitadores críticos de la IA en el sector público. Concluye con una serie de recomendaciones para los gobiernos de ALC.

14 de septiembre de 2022

URI: <https://doi.org/10.1787/5b189cb4-es>

Documento disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/uso-estrategico-y-responsable-de-la-inteligencia-artificial-en-el-sector-publico-de-america-latina-y-el-caribe_5b189cb4-es

5) UN CRECIMIENTO DÉBIL Y CRISIS GLOBAL FRENAN LA RECUPERACIÓN DEL EMPLEO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO -OIT-)

En un contexto de recuperación parcial de los indicadores laborales, la agresión rusa a Ucrania ha complicado el panorama de los mercados de trabajo en la región. La ralentización del crecimiento económico hace más dificultosa la recuperación plena del empleo y aumenta el riesgo de informalización, a la vez que la aceleración inflacionaria impacta negativamente sobre los ingresos reales laborales y familiares. Ello se suma a los perdurables efectos distributivos de la pandemia

en una región caracterizada por niveles de desigualdad muy elevados. La pérdida de poder adquisitivo puede aumentar la pobreza laboral, incluso entre quienes tienen un empleo formal.

Para enfrentar y revertir este panorama se requiere de un conjunto integrado y de alto alcance de diferentes tipos de políticas. En especial políticas de sostenimiento del empleo formal de modo de prevenir tránsitos hacia la informalidad, conjuntamente con estrategias que apunten la creación de nuevos empleos formales y con el reforzamiento de las instituciones laborales. El diálogo tripartito adquiere un rol clave para permitir transitar este sendero atendiendo las necesidades y posibilidades de trabajadores y empleadores.

1 de septiembre de 2022

URI: https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_854764/lang-es/index.htm

Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_854764.pdf

6) EL ESTADO DE LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA SOLAR FOTOVOLTAICA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

(PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE -UNEP-)

Este reporte tiene como propósito visibilizar el desarrollo regional y nacional de la generación solar distribuida en América Latina y El Caribe (ALC). Para su ejecución se consideró la información de 11 mercados que cuentan con marcos regulatorios específicos para dicha actividad y un exitoso desarrollo desde su implementación. Los mercados relevados son: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay. El desarrollo de los recursos energéticos distribuidos presenta una oportunidad para que los países de la región alcancen sus objetivos de reducción de emisiones gases de efecto invernadero y cumplan con sus Contribuciones Nacionales Determinadas (NDC, por sus siglas en inglés). El despliegue de estas nuevas tecnologías también fomenta el crecimiento económico mediante la generación de empleo y la atracción de inversiones, a la vez que refuerza y flexibiliza los sistemas energéticos.

1 de septiembre de 2022

URI: <https://wedocs.unep.org/20.500.11822/40538>

Disponible en: <https://www.unep.org/es/resources/informe/el-estado-de-la-generacion-distribuida-solar-fotovoltaica-en-america-latina-y-el>

Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)