



EQUIPO EDITORIAL

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:

Harold Bertot Triana

UNIE Universidad

Karen Giovanna Añaños Bedriñana

Universidad de Granada

COORDINADORAS:

Jacqueline Hellman

Universidad Complutense de Madrid

Deborah Presta Novello

Universidad de Lleida

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

Ana 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 Cuningham

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)

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO EDITORIAL:

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)

Montserrat Huguet Santos

Profesora Titular de Historia Contemporánea, Universidad Carlos III de Madrid

Francesco Seatzu

Catedrático de Derecho internacional, Universidad de Cagliari (Italia)

Luis Alonso Rico Puerta

Corte Suprema de Justicia (Colombia)

Antonio Blanc Altemir

Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad de Lleida

Fanny Castro-Rial Garrone

Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Jorge Urbaneja Cillán

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

REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

REIB

Vol. 17 No. 1

2023

Junio

La Revista Electrónica Iberoamericana REIB se encuentra indexada en: Scopus (aceptada); ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences); 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; InDICES-CSIC (Información y Documentación de la Ciencia en España); MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas); DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas), EuroPub (Directory of Academic and Scientific Journals); entre otros.

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

**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**



Índice

EDITORIAL	7
TRIBUNA	9
Reflexiones en torno a las tensiones entre la soberanía nacional y la jurisprudencia internacional....	10
EDUARDO ANDRADE SÁNCHEZ	
ARTÍCULOS	16
El «derecho a la verdad» en la región latinoamericana. Escenarios políticos y jurídicos desde los derechos humanos	17
ALFONSO CHACÓN MATA	
La Declaración de Sharm el-Sheikh. Reflexiones y aproximaciones a la luz de la paz ambiental desde una perspectiva compleja y Latinoamericana	50
BERNARDO ALFREDO HERNÁNDEZ-UMAÑA	
El derecho a la vivienda digna como un derecho social y programático. Una de las reformas constitucionales pendientes en el Perú.....	72
LUIS ANDRÉS ROEL ALVA	
Las personas LGBT en prisiones: la protección de sus derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	95
JESSICA BAUTISTA TINCO	
La protección de la cultura y el derecho a la educación intercultural bilingüe en Pichari (VRAEM) de Perú.....	120
KAREN AÑAÑOS BEDRIÑANA	
GISELA HERRERAS GUTIÉRREZ	
Alfabetización digital crítica en la enseñanza del Derecho.....	155
ADALBERTO HERNÁNDEZ SANTOS	
LISETT D. PÁEZ CUBA	
JORDI PLANELLA	
TERESA DÍAZ DOMÍNGUEZ	
CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA	175
Análisis de la sentencia emitida el 30 de marzo del año 2023 relativa al asunto ciertos activos iraníes (República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América)	176
JACQUELINE HELLMAN	
Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	188
JULIA ESPÓSITO	
MATÍAS LAUTARO ACACIO	
El hacinamiento de penales en el Perú. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 5436-2014-PHC/TC).....	198
JENNY ELIZABETH JUSTO CALLO	

RESEÑAS.....	208
Celador Angón, Óscar, Entidades Locales y Libertad Religiosa, Editorial Dykinson, 2023, Madrid, 214 pp.....	209
JOSE ANTONIO RODRÍGUEZ GARCÍA	
Gasol Varela, Claudia G. (Dir.), Pérez, Natalia A. (Coord.). Fuentes Del Derecho Internacional: Casos y Prácticas, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2022, 448 pp	214
ALEXIS RODRIGO LABORÍAS	
Añaños Bedriñana, Karen G. Los Derechos Humanos en El Derecho Constitucional Latinoamericano, Editorial Universidad de Granada (Eug), Colección Eirene, Granada, 2021, 284 pp	218
JENNY ELIZABETH JUSTO CALLO	
Anguita Osuna, José Enrique, La seguridad interior en la Unión Europea. Del Acuerdo de Schengen 1985 a la Estrategia para una Unión de la Seguridad 2020, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 390 pp	222
JULIO GUINEA BONILLO	
Born, Gary, International Arbitration: Law and Practice, Editorial Wolters Kluwer Law and Business, 579 pp.....	225
JOSÉ PABLO PINCHEIRA ADOLFSEN	
Bertot Triana, Harold, Estudios sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cavilaciones al hilo de temas actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2023, 383 pp	230
CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA	
DOCUMENTACIÓN.....	234
Documentación	235
DÉBORAH PRESTA NOVELLO	

EDITORIAL

La región está experimentando una cierta revitalización a lo largo de 2023, por lo menos en lo que se refiere a las reuniones multilaterales que se han celebrado o se van a celebrar. En enero de este año tuvo lugar en Buenos Aires la Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), cuyo aspecto más destacado sería el retorno de Brasil a este foro de concertación política y cooperación latinoamericana-caribeña. Sin embargo, poco se avanzó en medidas tangibles que situaran a esta instancia en un lugar privilegiado dentro de la escena internacional, en la medida en que demostrase su plena capacidad de representar los intereses comunes de América Latina y el Caribe. Los textos adoptados en la Cumbre de Buenos Aires siguen adoleciendo de un carácter retórico y, en razón de la dispersión y división política que existe en la región, no resulta posible avanzar en componentes de integración. Se precisa que en el seno de CELAC se realice una profunda reflexión que conduzca a considerar esta instancia como un marco de mera cooperación y, sobre todo, como una herramienta útil para articular las distintas iniciativas de colaboración y de integración que siguen existiendo en América Latina y el Caribe. Una de las tareas que se le podían encargar a este foro regional sería la determinación clara de los ámbitos en los que cabe la cooperación entre los países que participan y, también, apuntar las medidas y comportamientos que llevarán a una cooperación real entre estos países. En el mes de marzo tuvo lugar la Cumbre Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo y que ha recibido un análisis detallado y significativo en el trabajo, publicado por la Fundación Carolina, de los Dres. Sagrario Morán y Cástor Díaz, quienes han puesto de relieve la capacidad que demuestra este foro “para sobrevivir en un entorno político y económico en el que el multilateralismo y los esquemas de integración se ven frecuentemente abocados al fracaso”. La Comunidad iberoamericana de Naciones (CIN) se fortalece de esta manera y supera algunos de los momentos en los que se puso en cuestión su propia existencia. La Cumbre de Santo Domingo ha sabido articular aquello que verdaderamente preocupa a los países iberoamericanos y ha evitado discusiones en torno a muchos de los temas delicados que hoy inquietan en la región. Sobre la base de la defensa de los contenidos de la Agenda 2030, y siguiendo así la línea marcada en anteriores Cumbres, los líderes de Iberoamérica están comprometidos en alcanzar resultados palpables en las reuniones de este tipo y, por ello, en Santo Domingo se han producido acuerdos y compromisos de distinto tipo, pero todos ellos orientados a mejorar el contexto de diálogo y convivencia en el área iberoamericana. En particular, se ha avanzado mucho con la elaboración de la Carta Medioambiental Iberoamericana, que ha fijado los valores, principios y criterios que deben guiar el comportamiento de los países de la región en materia medioambiental, en la línea de los propósitos de la Agenda 2030; asimismo, destaca la aprobación de una Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales, que entronca con los principales campos de cooperación de la CIN, en concreto, el sector cultural y en el reconocimiento de derechos; y, por último, se ha apuntalado una Ruta Crítica

para Alcanzar una Seguridad Alimentaria Incluyente y Sostenible en Iberoamérica, que dibuja el camino para una más estrecha y profunda cooperación en todos los niveles en los que intervienen los países iberoamericanos en esta materia. La Cumbre de Santo Domingo merece una valoración muy positiva. Finalmente, quedamos a la espera de los resultados de la próxima Cumbre CELAC-UE que se celebrará en Bruselas en el mes de julio. Es una buena noticia el mero hecho de que, después de 2015, se pueda celebrar esta reunión entre los países de la UE y los países de CELAC. Desde luego, se presenta una inigualable oportunidad, que no debe desaprovecharse, para hacer un balance de las relaciones entre las dos regiones y comprobar si sigue existiendo la voluntad de afianzar la Asociación Estratégica Birregional. Pero más allá, se precisa que se produzcan algunos avances en esta Cumbre y que deberían plasmarse fundamentalmente en el campo de lo económico, singularmente en la revisión y puesta al día de los acuerdos de cooperación y de asociación entre los esquemas de integración de uno y otro lado del Atlántico y entre los países latinoamericanos y la UE. Hoy más que nunca la economía, lo digital, el medioambiente y las infraestructuras pueden potenciar el conjunto de la región en la que confluyen lo iberoamericano y lo latinoamericano-caribeño.

TRIBUNA

REFLEXIONES EN TORNO A LAS TENSIONES ENTRE LA SOBERANÍA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

*Reflections on the tensions between national sovereignty and international
jurisprudence*

EDUARDO ANDRADE SÁNCHEZ*

Resulta indispensable examinar con detenimiento la facultad que pueda tener la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH, Corte o Tribunal) para juzgar en abstracto las disposiciones jurídicas que emite un Estado en ejercicio de su soberanía. En este sentido procede revisar el contenido del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con el objeto de establecer hasta qué grado compromete la soberanía de un Estado.

Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Esta disposición está redactada a partir de la hipótesis de que un Estado Parte, al inicio de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) no contara con disposiciones legislativas o de otro carácter que garantizaran el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1; caso en el que se comprometía a adoptarlas con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención. En esas condiciones hay que diseccionar el compromiso originalmente establecido de adoptar tales medidas y hasta dónde esto supone una limitación absoluta para la

*Profesor e investigador de El Colegio de Veracruz. Abogado y Doctor en Ciencia Política. Ha sido diputado, Senador de la República; Procurador de Justicia y Magistrado del Tribunal Superior del Estado de Veracruz. Ha desempeñado elevados cargos administrativos en el gobierno de su país. Desde 1976 es profesor de Teoría del Estado, Ciencia Política y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y autor de libros de texto sobre estas materias además de otras 13 obras sobre temas constitucionales, penales, políticos y electorales e infinidad de artículos jurídicos. Twitter @DEduardoAndrade. Correo electrónico: eduardoandrade1948@gmail.com

capacidad decisoria del Estado en el marco de “sus procedimientos constitucionales”. Un examen racional del tema debería implicar la búsqueda del equilibrio entre los dos aspectos en tensión.

Evidentemente, si solo se entendiera que el compromiso tenía un sentido primigenio que se agotaba al cumplir con la hipótesis referente a no tener las disposiciones aplicables, quedaría abierta una puerta a la arbitrariedad o a la evasión de las obligaciones mediante normas futuras. Esto resultaría inaceptable desde el punto de vista de la lógica jurídica, de los principios generales aplicables e incluso de las normas internacionales como la derivada de la Convención de Viena en cuanto a la prohibición de recurrir al derecho interno para incumplir. Pero, por otro lado, tampoco podría llegarse a la irracionalidad en el otro extremo, de sostener que el Estado queda eternamente impedido para la emisión de normas que considere necesarias, a fin de atender problemas internos. De ahí que deba interpretarse ese artículo 2, en relación con los demás artículos de la Convención y los principios generales del Derecho Internacional.

Entonces, podría afirmarse que, la Corte tiene competencia para establecer la concordancia de un precepto que se considere violatorio del deber establecido en el artículo 2, pero con dos condiciones: 1) Que su aplicación implique una violación de DDHH específica sobre la que deba pronunciarse la Corte para imponer, de ser el caso, una sanción al Estado responsable para dar satisfacción a los afectados; 2) Reconocer las particulares condiciones existentes en cada país, aplicando el criterio que los europeos han denominado “margen de apreciación nacional”.

En este sentido, otra cuestión a revisar es la diferencia entre la emisión de la norma en abstracto y su aplicación a casos concretos. Una distinción que parece sutil, pero es indispensable realizar, consiste en determinar qué entendemos por “violación de derechos humanos”. Esto requiere establecer si una norma por sí misma, una vez emitida, viola un derecho humano o si genera únicamente una infracción a un deber expreso de la CADH, aunque no se haya aplicado. Podría sostenerse que la sola posibilidad de violentar un derecho humano a partir de la aplicación de una norma que lo posibilita es materia de la jurisdicción de la Corte, pero ahí podría encontrarse un elemento de diferenciación para hacer compatible el ejercicio de la autodeterminación estatal con la vigilancia que debe ejercer este Tribunal sobre las violaciones a derechos fundamentales.

Con ese propósito también sería útil diferenciar entre las obligaciones adquiridas expresamente respecto de la no emisión de determinadas normas — como ocurre en el caso de la pena de muerte— del compromiso de adoptar las disposiciones que permitan cumplir con el tratado y, consecuentemente, se hace necesario atender el problema ya detectado de la expansión que está teniendo la jurisprudencia de la Corte y que ha empezado a producir reacciones adversas en diferentes naciones. Valdría la pena, pues, encontrar un punto de equilibrio que impida a la Corte realizar valoraciones de disposiciones emitidas por los Estados dentro de un margen de racionalidad y proporcionalidad aplicado a los asuntos

que debe resolver internamente y lograr que desarrolle en mayor medida la doctrina del margen de apreciación nacional.

Para el debido balance del orden internacional, conviene mantener incólume el principio de autodeterminación nacional. Reconocer la jurisdicción de la Corte no implica renunciar a la soberanía. En una conferencia que impartí en marzo de 2023 puse como ejemplo el precepto de la Constitución mexicana que atribuye a la Nación “la propiedad originaria de las tierras y las aguas del territorio nacional” y añade que aquella constituye la propiedad privada mediante la transmisión que de dicha propiedad hace a los particulares. Pues bien, el académico David Chacón Hernández en un artículo publicado por la CoIDH estima que la propiedad originaria de la Nación es un “obstáculo al cumplimiento de las autonomías étnicas y los derechos humanos”. Si la CoIDH emitiera un criterio de esta naturaleza ¿debería derogar México el art. 27 que es una columna esencial de su diseño constitucional? El progresivismo como estrategia aparentemente protectora de los derechos humanos, termina por ser un atentado a la seguridad jurídica, creando obligaciones que no fueron originalmente pactadas. En virtud de esa técnica interpretativa se abre el camino hacia la indefinición, convirtiendo los tratados en un territorio desconocido que hace imposible prever la naturaleza de las obligaciones que se pretenderán imponer en el futuro a los Estados firmantes.

Varios juristas latinoamericanos han denunciado el activismo judicial de la Corte que en sus sentencias está creando obligaciones no asumidas originalmente por los Estados signatarios de la CADH. Preocupa que una institución diseñada para garantizar el respeto al Derecho empiece a ser cuestionada por la emisión de sentencias que imponen a los Estados demandados obligaciones no sustentadas en los términos de la Convención. Esa práctica puede resultar “inconvencional”, es decir, violatoria de la Convención de cuyo cumplimiento está encargado ese organismo.

No parece aceptable que en razón del surgimiento jurisprudencial de “nuevos derechos” un pueblo renuncie a su soberanía. La Carta Fundamental de México dice en su art. 39 que “la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”; norma muy similar a la contenida en el art. 2 de la Constitución española. Es inquietante conceder que ese poder primigenio quede subordinado a la decisión de un pequeño número de juzgadores de varios países que, pese a los méritos académicos que puedan tener, no cuentan con la legitimidad que otorga la representación democrática de una nación.

La jurisprudencia interamericana no debe pasar por encima de las especificidades de cada país que explican la adopción de ciertas medidas, como en México es el caso del arraigo y la prisión preventiva oficiosa. Es verdad que desde un punto de vista teórico puro se trata de instituciones cuestionables y, en ese sentido la Corte puede tener razón, pero no tiene derecho de imponer su criterio.

La capacidad soberana de decisión se expresa en la Constitución que solo puede ser modificada por voluntad del Poder Constituyente. Pretender que este quede supeditado a una decisión ajena derribaría la columna que sustenta todo el edificio constitucional.

La aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana por parte de un Estado, implica un propósito de buena fe que busca corregir cualquier desviación o abuso cometidos por alguna de sus autoridades que atente contra los derechos humanos de sus habitantes, pero de ninguna manera como una entrega de la soberanía popular a un organismo internacional que no puede extender sus competencias por voluntad propia violando el principio de autodeterminación de los pueblos reconocido por el Derecho Internacional y que se expresa en las decisiones soberanas que toma su Poder Constituyente, las cuales no pueden quedar sometidas a la determinación arbitraria y excesiva de una autoridad jurisdiccional con la atribución de resolver conflictos concretos pero no de dictar el texto de las constituciones nacionales. Convertir a la Corte en supervisora del Poder Constituyente de un Estado y de sus poderes constituidos excede el poder que los propios suscriptores de la Convención le otorgaron para vigilar su cumplimiento.

Una cuestión fundamental en relación con la naturaleza y el alcance de la jurisdicción de un órgano judicial en materia de DDHH es definir cuál es la conducta que da lugar a la controversia. La manera más segura de compatibilizar la determinación de la responsabilidad de un Estado y exigirle la reparación por violaciones cometidas por sus agentes, con el respeto a su autodeterminación y a la facultad soberana de decidir el contenido de su Constitución y sus leyes, consiste en ajustar el examen realizado por el Tribunal a los hechos denunciados como violatorios y contrastarlo con las disposiciones que está abocado a aplicar que, en el caso, son las contenidas en la CADH.

La Convención no debe entenderse como supraconstitución. El problema más complejo del llamado “control de convencionalidad” es pretender convertir a la Convención en parámetro de validez de las normas jurídicas de un Estado. Ese compromiso no está contenido en la Convención y lleva demasiado lejos las atribuciones jurisdiccionales diseñadas para combatir los actos que produzcan una violación real y efectiva de derechos humanos ocurridas en casos concretos.

El control que está facultada a realizar la Corte tiene que constreñirse a sancionar al Estado cuyos agentes violan derechos humanos y hacerle reparar las faltas concretamente cometidas. Es un exceso extender el poder del Tribunal sobre los órganos constitucionales del Estado. Pretender darle esa función socava principios democráticos y constitucionales fundamentales. En una democracia constitucional los poderes constituidos no pueden atar las manos al poder constituyente. No pueden comprometer para siempre la voluntad de un pueblo mediante un tratado.

No es razonable exigir a un Estado soberano que realice un procedimiento cuyo cumplimiento no es posible imponer por medios coactivos, salvo que se

violen derechos humanos o se abandone el principio democrático. ¿Cómo se obligaría a los legisladores democráticamente electos a votar algo con lo que no están de acuerdo? ¿Es posible forzarlos a actuar contra su voluntad? Si la respuesta es no en ambos supuestos, tenemos que reconocer que imponer a un Estado la obligación de cambiar su Constitución es irracional por ser imposible su cumplimiento. El eventual uso de la fuerza para contener violaciones masivas de derechos humanos que en los hechos afectan a miles de personas, se ha justificado en situaciones extremas, pero resulta inimaginable que en condiciones de normalidad democrática se impusiera a un pueblo una sanción de tal naturaleza que lo forzara a aceptar la decisión de un tribunal internacional para modificar su orden jurídico. Pensar en acciones como un severo bloqueo económico o una intervención armada, conduciría a la paradoja de violar derechos humanos para supuestamente protegerlos.

La insuficiencia de medidas coactivas para imponer el cumplimiento de sus sentencias debería hacer reflexionar a la Corte sobre la necesidad de centrarse en hacer eficaces las acciones concretas que permitan reparar las violaciones efectuadas y actualizar las indemnizaciones a cargo del Estado responsable, pero no insistir en la pretensión de imponer cambios constitucionales o legales, cuya realización pueda resultar imposible.

La jurisprudencia internacional debe tener presente que una determinación que incida en la redacción de las decisiones políticas fundamentales deja de ser un acto estrictamente jurídico para trascender al ámbito político. La cuestión ineludible al respecto es: ¿Está realmente legitimado un cuerpo de siete juristas, por muy elevado que sea su conocimiento jurídico a imponer su criterio a todo un pueblo, por encima de los cuerpos democráticos-representativos que este ha facultado constitucionalmente para tomar decisiones en su nombre?

Debe considerarse que la Convención de Viena recogió nociones tradicionales relativas a la naturaleza de los tratados que imponían obligaciones exigibles por parte de un Estado a otro, los cuales no preveían el cuestionamiento del Derecho interno por parte de los ciudadanos obligados por sus normas. Al respecto son reveladoras algunas de las consideraciones a partir de las cuales se redactó esa Convención:

Reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales:

Teniendo presentes los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.

El conjunto de principios que informan a la Convención de Viena no autoriza a ningún órgano jurisdiccional internacional a prevalecer sobre los fundamentos jurídicos de los regímenes constitucionales y sociales de los Estados sean cuales fueren estos, debiendo respetarse su soberanía, su autodeterminación y su independencia sin hacerles objeto de injerencias en sus asuntos internos. La salvaguarda en paralelo de los principios de respeto universal a los derechos humanos y libertades fundamentales entraña el compromiso de cumplir con las obligaciones que los Estados pacten a ese respecto y eventualmente las medidas que deban poner en práctica para satisfacer los términos de las sanciones que les imponga la jurisdicción internacional en cada caso concreto en el cual el Estado sea responsable de violaciones sufridas por víctimas específicas. Hasta ahí debe llegar la acción judicial para no violentar los principios que protegen a los regímenes constitucionales y sociales que cada Estado adopte.

ARTÍCULOS

EL «DERECHO A LA VERDAD» EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA. ESCENARIOS POLÍTICOS Y JURÍDICOS DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

The «right to the truth» in the Latin American region. Political and legal scenarios from a human rights perspective

ALFONSO CHACÓN MATA*

Resumen: El presente artículo analiza la relación entre el *derecho a la verdad* y su desenlace y/o implicaciones en los derechos humanos, en el contexto de la región latinoamericana, para ello, se emplea el enfoque didáctico. En ese sentido, se pretende ahondar más que desde una perspectiva que permita al lector formarse un criterio elemental de esta temática, por cuanto, somos conscientes que este tópico presenta mayores grados de problematicidad y análisis, sobre todo, si nos referimos al continente americano. En consecuencia, se plantea el escenario sociopolítico que ha vivido Latinoamérica, desde tiempos pasados, y como éste ha impedido el surgimiento y consolidación de una cultura democrática en los diferentes países de la región. Por último, se presenta algunos aportes que, desde los diferentes órganos del sistema interamericano de derechos humanos, como son: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han suscitado en el marco de la consolidación del derecho a la verdad como herramienta en contra de la impunidad.

Palabras clave: Derecho a la Verdad; Derechos Humanos; Impunidad; Justicia Transicional; Comisiones de la Verdad; Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Abstract: This article analyses the relationship between the right to the truth and its outcome and/or implications for human rights in the context of the Latin American region, using a didactic approach. In this sense, the aim is to delve deeper than from a perspective that allows the reader to form an elementary criterion of this subject, as we are aware that this topic presents greater degrees of problematicity and analysis, above all, if we refer to the American continent. Consequently, the socio-political scenario that Latin America has experienced in the past, and how this has prevented the emergence and consolidation of a democratic culture in the different countries of the region, is presented. Finally, it presents some of the contributions made by the different bodies of the Inter-American human rights system, such as the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights: The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-

*Profesor asociado en la Escuela de Administración de Negocios y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y la Maestría en Diplomacia de la Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, Costa Rica. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y Magister en “Derecho del Trabajo y Seguridad Social” de la Universidad Estatal a Distancia y Magister en “Protección Internacional de los Derechos Humanos” por la Universidad de Alcalá, España. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5571-6962>. Correo electrónico: achaconm@yahoo.com

American Court of Human Rights, have arisen in the framework of the consolidation of the right to truth as a tool against impunity.

Keywords: Right to Truth; Human Rights; Impunity; Transitional Justice; Truth Commissions; Inter-American Human Rights System.

Sumario: Introducción. I. Cultura democrática y procesos de transición política en América Latina. 1.1. Los fundamentos de una cultura democrática en el continente. 1.2. Procesos de transición política y vigencia del Estado de Derecho. II. El Derecho a la verdad como antídoto a las prácticas de Impunidad. 2.1. Alcances prágmatyos y doctrinales del Derecho a la verdad: ¿antídoto contra la impunidad. 2.2. La justicia de Transición en las sociedades pos-conflictivas. 2.3. Las Comisiones de la Verdad y su incidencia en el ámbito de las graves violaciones a los derechos humanos. III. El Derecho a la Verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Un camino hacia el ejercicio de las responsabilidades del pasado? 3.1. Las Comisiones de la Verdad en América Latina. 3.2. El Derecho a la Verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Conclusiones y reflexiones finales.

Introducción

Cuando se analizan fenómenos como el de la violación a los derechos humanos y el correlativo deber de derecho a la verdad –que ocupan la finalidad de este estudio –, de manera aislada y no sistémica, se puede incurrir en un enorme error de apreciación político/jurídico. Nos referimos al hecho que, si no se aprecian tales variables de manera conjunta, se tornaría hasta imposible determinar el desfase prevaleciente, entre lo que establece el rango de protección de las provisiones en materia de derechos humanos y lo que ocurre en la realidad.

Lo cierto del caso es que el «Derecho a la verdad» en el caso del contexto latinoamericano, tiene íntima relación con el flagelo de la impunidad y las matrices autoritarias del poder. En la búsqueda de la consabida lucha por la verdad, se pretende la realización de la justicia y la obtención de la reparación de las víctimas y sus familiares. La impunidad suele ser un vallado poderoso que el sistema político victimario propicia a través de diferentes mecanismos ideológicos –que pasan desde la visión hegemónica y autorizada de la historia oficial-, hasta completar todo un entramado legal/institucional, que impide el juzgamiento de los responsables por sendas violaciones a los derechos humanos¹.

Pareciera que el mundo contemporáneo, incluido nuestro continente latinoamericano por supuesto, no desea profundizar sobre grietas histórico-sociales que urgen de un derecho a la verdad, y con ello preguntarse concienzudamente aspectos tales como ¿Qué pasó en una determinada coyuntura de violación a los derechos humanos y quiénes produjeron esas acciones? ¿Qué

¹Cfr. Kai Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional: Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, primera edición colombiana (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1997).

tipo de implicaciones están teniendo tales hechos en una sociedad desgarrada por el olvido y la impunidad? En nuestro caso intentamos retrotraer este debate a lo largo del presente artículo, aunque somos conscientes como bien dice MARES, que “El populismo, las verdades alternativas y la polarización se han convertido en las características políticas clave de nuestra época”². Por ello, nos interesa dejar por sentado en este análisis que la ausencia de ejercicio democrático en América Latina ha sido detonante para desarrollar las más insulsas prácticas violatorias de los derechos humanos hacia amplios colectivos, como una constante muy presente en su historia política³.

Además, deseamos demostrar que el derecho a la verdad se torna en un imperativo absoluto de cualquier sociedad que desee romper barreras del pasado. Este consabido derecho, podría ejecutarse en el marco de un sistema judicial eficiente y ágil, que destaque la independencia del juez y su rol de juzgamiento objetivo de las acciones políticas de los gobernantes en turno. Sin embargo, por las razones que vamos a exponer en este mismo espacio, la citada eficiencia es una carencia connatural al sistema político de nuestras sociedades en el contexto latinoamericano.

Por lo anteriormente expuesto, se ha intentado a través de mecanismos tales como las denominadas “comisiones de la verdad” -que detallaremos de manera breve en este ensayo-, constituir un mecanismo propicio para buscar un sendero hacia la verdad; como una práctica posible y no quimérica. Es así, que el derecho a la verdad deja de ser ficción en la medida en que el Estado de Derecho, permite un enfoque alternativo al entramado institucional de dictar justicia, y con ello surgen los canales de control civil y ciudadano, que se instauran en un determinado país para revisar de manera alternativa, las flagrantes violaciones o no de los derechos humanos.

Ante las dificultades que se presentan para descifrar los alcances de la verdad histórica del pasado, como bien lo dice GILLY, “Los grupos sociales procuran las soluciones que su idea de la historia les sugiere para las dificultades y conflictos que enfrentan en cada caso”⁴. Las dificultades más propicias para sabotear los alcances de hurgar sobre el derecho a la verdad dentro del continente latinoamericano pasan por el lastre de su penosa carencia de matrices democráticas, a pesar del advenimiento de gobernantes electos en sufragio que podría considerarse como un desplazamiento de las enquistadas capas militares,

²David Mares, “Relaciones entre Estados Unidos y América Latina, 2016-2021: Bajo la Presión de los Retos Mundiales, Regionales y Nacionales”, en *América Latina: ¿Hay voluntad política para construir un futuro diferente?*, primera edición, editado por Altmann-Borbón, Josette; Rojas-Aravena, Francisco (San José: Universidad para la Paz-Flacso, 2022), 80.

³Cfr. Alejandro González Poblete, “La superación de la impunidad como requisito del Estado de Derecho”, en *Presente y futuro de los derechos humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, primera edición, editado por González Volio, Lorena (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, 1998).

⁴Adolfo Gilly, “La historia como crítica o como discurso del poder”, en *Historia ¿Para qué?*, primera edición, editado por Pereira, Carlos (México: Siglo XXI editores, 2005), 22.

que gobernaron a placer en la etapa del conflicto bipolar, bajo la Doctrina de la Seguridad Nacional desde mediados del siglo pasado. De los alcances de la consabida transición político/democrática y su impacto en la consolidación de una anhelada cultura igualmente democrática, vamos a realizar algunas aprehensiones en el punto siguiente.

Consideramos que las líneas que prosiguen buscan darnos una retrospectiva histórico-social de hechos y escenarios que han marcado el devenir continental, hacia una sombra de flagelo de la impunidad. Por último, deseamos dejar por sentado igualmente en este artículo, que, en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, igualmente se han adoptado algunas resoluciones y medidas para sustentar este derecho a la verdad. Para ello, procedemos a detallar seguidamente, los alcances que nos interesaría mostrar para fundamentar o anterior, a lo largo de las siguientes líneas.

I. Cultura democrática y procesos de transición política en América Latina

Las violaciones continuas a los derechos humanos en el continente, como bien lo aduce Juan E. Méndez, tiene dimensiones legales, éticas y políticas, y es imperativo que las tres sean reconocidas y asumidas⁵. Empero, podemos resumir tales falencias entre otras razones, con un problema de *Gobernanza Política* según lo ha acuñado la doctrina politológica en la contemporaneidad. La gobernanza, nacida en la segunda mitad de los noventa y sujeta a una notable evolución semántica, según lo descrito por Mayntz, se refiere a un estilo de gobierno que se aleja del tradicional modelo de regulación jerárquico del Estado, así como del mercado, y que se caracteriza por un mayor grado de interacción y de cooperación entre el Estado, los actores no estatales y las redes entre organizaciones⁶.

Cuando se habla de gobernanza se está aludiendo a instituciones, reglas y procesos mediante los cuales los actores políticos y sociales desempeñan prácticas de intercambio, coordinación, control y adopción de decisiones en los sistemas democráticos; y se caracteriza por las siguientes variables: (a) supera la exclusividad de las instituciones y actores estatales en la gestión de los asuntos públicos; (b) reconoce la pluralidad de actores sociales con posibilidad de intervenir en dicha gestión; (c) e implica interdependencia entre ellos de modo que induce su cooperación y participación en la adopción de decisiones públicas

⁵Juan E. Méndez, “Responsabilización por los abusos del pasado”, en *Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez*, coordinado por González Volio, Lorena (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998), 76.

⁶Citado por Isabel Wences y José María Sauca, “Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento”, en *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*, primera edición, editado por Wences, Isabel; Conde, Rosa; y Bonilla, Adrián (San José: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2014), 22.

y en la asunción de responsabilidades de carácter colectivo o interés general⁷. Si hacemos un breve repaso de los citados atributos en el devenir histórico pasado y presente del continente latinoamericano, nos vamos a encontrar sin duda alguna, con sendos déficits democráticos en mayor o menor medida.

Estos déficits democráticos, se han explicado a través de diferentes corrientes epistemológicas surgidas al calor de los mismos teorizadores latinoamericanos y sus respectivos contextos. Así, se ha querido explicar y detallar con determinados constructos, fenómenos tan dispares y excluyentes en América Latina tales como el colonialismo; la estructural dependencia externa; la riqueza de unos pocos sobre el empobrecimiento de las grandes mayorías; la exclusión de los marginados en general. Es así como hemos tenido entre otras corrientes explicativas, la Teoría de la Dependencia⁸, la Filosofía de la Liberación⁹, o la Teoría Decolonial¹⁰ más contemporáneamente, sin ánimo de ser exhaustivos en esta materia.

Asimismo, y en paralelo, uno de los problemas vitales que se ciernen históricamente no solo sobre el ejercicio del poder desde un gobierno democrático en América Latina, sino desde la vigencia que puede tener sobre los gobernados, se encuentra íntimamente relacionado con la ausencia de una cultura democrática y, por ende, la dificultad imperiosa para crear espacios democráticos fecundos, basados en una “normalización” devenida de las carencias existentes. Sobre tales tópicos, cifraremos nuestro siguiente abordaje.

1.1. Los fundamentos de una cultura democrática en el continente

Para empezar, concebimos que este tipo de cultura es una manifestación connatural al ejercicio continuado en el espacio y tiempo de la democracia en sus formas plenas: económico, social y cultural¹¹. Desde la óptica de SABSAY, luego de varios lustros en que la mayoría de los países latinoamericanos atravesaron experiencias autoritarias de variado color y/o matices, la situación se revierte a partir de los últimos años de la década de los setenta e inicios de los ochenta, con el retorno de gobiernos de corte representativo, dejando de lado las figuras militares en el poder. Al respecto, nos dice lo siguiente:

⁷Ibid, 23.

⁸Cfr. Darcy Ribeiro, *El Dilema de América Latina: estructuras de poder y fuerzas insurgentes*, décima edición (México: Siglo Veintiuno Editores, 1982).

⁹Cfr. Enrique Dussel, *Praxis Latinoamericana y Filosofía de la Liberación* (Bogotá: Editorial Nueva América, 1994), 31; Cfr. Pablo Richard, “Para entender la Teología de la Liberación”, en *Teología de la liberación: documentos sobre una polémica*, editado por Boff, Leonardo, et al., Cuadernos DEI N° 9, cuarta edición (San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 1987), 95.

¹⁰Walter Mignolo, “El Pensamiento Decolonial: Desprendimiento y Apertura”, <https://es.scribd.com/doc/146404609/El-Pensamiento-Decolonial-Walter-Mignolo> (acceso, 06 de diciembre del 2022).

¹¹Cfr. Ezequiel Raimondo y Fabián Echegaray, “Repensando la Democracia desde el Ajuste: Una Perspectiva Crítica”, *Revista Nueva Sociedad* 113 (1991): 84-90.

“(…) Nuestros países enfrentan un enorme desafío, la voluntad de consolidar el régimen democrático de gobierno, en un contexto que se caracteriza por la presencia de una gran cantidad de dificultades de variada índole. Se trata de instaurar el Estado de Derecho en países donde la tradición democrática, si bien ha sido muy declamada, fue vivida de manera cabal en muy escasas oportunidades. Ello ha producido como consecuencia lógica una cultura política en la cual el autoritarismo juega un rol muy significativo”¹².

La cultura política desde la perspectiva del citado autor se encuentra conexas a la realización de un Estado de Derecho, -situación en la que coincidimos plenamente- pero además de ello se nutre de un insumo retroalimentativo: la observancia y el respeto de los derechos humanos. No obstante, lo anteriormente expuesto, si bien en el contexto escrito de estas líneas se cernía una importante performance por la caída de los gobiernos militares y la vuelta a la democracia representativa; dudamos de la consolidación del régimen democrático en la coyuntura presente, y los síntomas endémicos han sido muchos: carencia de estructuras democráticas; inadecuada gobernanza política; desigualdad abismal etc. Además, si hablamos en clave más contemporánea en las primeras décadas de la presente centuria, nos vamos a encontrar que el protagonismo del mercado es visto en la narrativa neoliberal como “natural” y como un estado inexorable de la humanidad. Por ello, el proyecto neoliberal busca redefinir la forma y las funciones del Estado¹³.

Lo cierto del caso es que este nefasto legado de *cultura autoritaria* ha sido señalado igualmente como una seria dificultad para la proyección e influencia social masiva, de una nueva cultura política de carácter democrático, capaz de redefinir tanto al interior del sistema político e institucional, las dimensiones de la transición democrática. También, la adopción de matrices político-democráticas, debe estimular la conciencia individual del ciudadano, forjando un deber de sujeto activo en la elaboración y construcción de las nuevas políticas democráticas; siendo beneficiario y titular de las facultades de control y/o evaluación del Estado¹⁴.

En efecto, no podemos pensar en la convivencia dentro de un régimen democrático, sino existen los pilares básicos del mismo: respeto y tolerancia, entronizados en un anclaje institucional que refuerce tales variables. Así que, la cultura política es un espectro amplio; resultado de una práctica o vivencia concreta, la cual debe ser construida y dimensionada al interior de aquellos estados que profesan o dicen al menos, adherirse a un régimen de derecho.

¹²Daniel Alberto Sabsay, “Constitución y Elecciones en América Latina”, en *Elecciones y Democracia en América Latina*, Memoria del Primer Curso Anual Interamericano (21 al 15 de setiembre de 1987), editado por Nohlen, Dieter; Garber, Larry; Sabsay, Alberto, et al. (San José: Centro Interamericano de Asesoría y promoción Electoral – CAPEL, 1988), 89-90.

¹³David Díaz Arias, *Chicago Boys del Trópico: Historia del Neoliberalismo en Costa Rica (1965-2000)*, (San José: Comisión Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2021), XXII.

¹⁴Rodolfo Cerdas Cruz, *El precio de una herencia: fuerzas armadas, democracia y derechos humanos en Centroamérica* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996), 14.

La ausencia de esta “cultura política”, ha propiciado históricamente que el aparato estatal se ha prestado para cometer los ilícitos contra los particulares con una serie de actos desmedidos. Para mostrar con tan solo un par de ejemplos, tenemos que la *Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala*, adujo en sus conclusiones que las fuerzas del Estado y grupos paramilitares afines fueron los responsables del 93% de las violaciones documentadas por la comisión, incluyendo el 92% de las ejecuciones arbitrarias y el 91% de las desapariciones forzadas¹⁵. Si tomamos tan solo un dato del Cono Sur, en Argentina, el primer gobierno post-dictadura a finales del siglo pasado, emitió el *decreto 158/83 publicado el 15/12/1983*, que sometió a los integrantes de las Tres Juntas Militares que gobernaron el país entre 1976 y 1982 a un juicio sumario ante el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas. Los considerandos de este decreto decían:

“Que la Junta Militar usurpó el gobierno de la Nación el 24 de marzo de 1976, y los mandos orgánicos de las Fuerzas Armadas que se encontraban en funciones a esa fecha concibieron e instrumentaron un plan de operaciones contra la actividad subversiva y terrorista, basado en métodos y procedimientos manifiestamente ilegales. (...) **Que entre los años 1976 y 1979, aproximadamente, miles de personas fueron privadas ilegítimamente de su libertad, torturadas y muertas como resultado de la aplicación de esos procedimientos de lucha, inspirados en la totalidad “doctrina de la seguridad nacional”** (énfasis nuestro)¹⁶.

La carencia de la cultura democrática se asemeja a lo que Wences & Sauca han definido como una omisión a la “cultura de la legalidad”. La cultura de la legalidad de los miembros de una colectividad se refiere “a la relación que existe entre la generalidad de los destinatarios de las normas y el ordenamiento jurídico vigente en su colectividad”¹⁷. Esta relación entiende en la legalidad algo más que una simple “cultura jurídica” -entendida en estos términos, aluden a ideas y valores de una colectividad, diseñado en un conjunto de saberes por los juristas y los académicos-, y apuesta a referenciar y hasta si se quiere solventar la *justicia como deuda en nuestras sociedades*, con la finalidad de darles un talante más democráticas.

En resumen, el andamiaje institucional/legal debería estar volcado hacia el cumplimiento de objetivos democráticos muy variados y necesarios, en aras de consolidar valores endógenos en la construcción de una fecunda cultura

¹⁵Alejandro Rodríguez Barillas y María José Ortiz, *Impunidad*, primera edición (Ciudad de Guatemala: Siglo Veintiuno Editores, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2004), 2.

¹⁶Jonathan M. Miller; María Angélica Gelli y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos: Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, Tomo I (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991), 38.

¹⁷Wences y Sauca, “Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento” ..., *op. cit.*, 35. Otras expresiones colindantes con la de “cultura de la legalidad” son las de “cultura constitucional” y “constitución cultural”. Si la Constitución es más que un texto jurídico o más que un conjunto de reglas normativas, en tanto que constituye la expresión de un determinado grado de desarrollo cultural y “de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”, Häberle, 1998: 25.

democrática. Este modelo constructivo pasa por acciones concretas, pero de difícil emprendimiento; entre otras tales como transparencia y rendición de cuentas, organización y participación política, reconocimiento de derechos sin distinción a la ciudadanía, libertades públicas permitidas, respuesta legal del Estado de Derecho a los abusos cometidos en el pasado y en el presente. Lo cierto del caso es que en América Latina seguimos buscando este <deber ser>, ante crudas realidades que nos golpean en torno a la senda del ejercicio democrático correcto.

1.2. Procesos de transición política y vigencia del Estado de Derecho

Otro aspecto digno a destacar es el relativo a los procesos de transición política y como los mismos no han impactado hacia la consolidación una verdadera y efectiva vivencia democrática en el continente. Analizar esta arista es desde nuestro criterio, totalmente esencial para entender la modalidad de “reinserción democrática” que hayan tenido los diferentes países, subyugados por el poder de corte militar¹⁸.

Lo cierto del caso es que coincidimos con Dobles Oropeza, cuando aduce que el dilema de los gobiernos de “transición” ha sido dirimir el debate entre:

“una lógica ético-simbólica” y universalista, asentada en la doctrina universal de los derechos humanos, o una lógica político-estatal que no busca legitimarse sobre la base de criterios fundantes, sino que, defensivamente, subordina la justicia a la consolidación de un régimen democrático “tutelado” y sus procedimientos”¹⁹.

Nos recalca el autor, que, en el caso de la segunda variante, insistir en demasía en el señalamiento y el castigo a los represores puede ser una seria molestia, ya que antes de la justicia está la “tranquilidad” que permita llevar a cabo tareas institucionales juzgadas imprescindibles.

Ante el posible panorama de neutralizar el castigo y fomentar la impunidad institucionalizada, nos vamos a encontrar que un aspecto fundamental en los procesos de transición es el inherente a la importancia del control civil. Se hacen

¹⁸Mario Fernández Baeza, “Sistemas Electorales y Procesos de Transición a la Democracia en América Latina”, en *Elecciones y Democracia en América latina*, editado por Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral - CAPEL (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988), 127.

¹⁹Ignacio Dobles Oropeza, “Memoria del dolor en América Latina: reconciliación, perdón, justicia”, en *Psicología de la Liberación en el contexto de la globalización neoliberal. Acciones, reflexiones y desafíos*, coordinado por Dobles Oropeza, Ignacio; Baltodano Arróliga, Sara; Leandro Zúñiga, Vilma; Primera edición 2007/primer reimpresión 2013 (San Pedro de Montes de Oca: Editorial UCR, 2013), 77; Cfr. Carolina Mora Chinchilla, *Globalización y democracia: América Latina en la búsqueda de una mejor representatividad política*, Serie Cuadernos de Historia de Cultura N° 6, Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, Universidad de Costa Rica, primera edición, tercera reimpresión (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2007).

conjeturas en torno a que la entrega del poder militar a la sociedad civil sea un hecho efectivo, pues según palabras de Richard H. Kohn.

“Para la democracia, el control civil -es decir, el control de los militares por oficiales civiles elegidos por el pueblo- es fundamental. El control civil permite a la nación fundar sus valores y propósitos, sus instituciones y prácticas, en la voluntad popular y no en las preferencias de los líderes militares, cuya visión, por definición, se enfoca en la necesidad del orden interno y la seguridad externa”²⁰.

La institución militar se cuenta entre las instituciones menos democráticas de la experiencia humana. Las costumbres y procedimientos castrenses colisionan por naturaleza con la libertad individual y civil, los valores más altos de las sociedades democráticas. La institución armada es autoritaria mientras la sociedad democrática es consensual o participativa. La primera es jerárquica, la segunda es esencialmente igualitaria. Una insiste en la disciplina y la obediencia, subordina necesidades y deseos personales al grupo y a una misión o meta; la otra es individualista, intenta alcanzar el mayor bien para el mayor número de personas estimulando la satisfacción de sus necesidades y deseos tanto individuales en el mercado como en sus vidas personales, cada quien apoyado en su propio talento e ingenio. Una enfatiza el orden, la conformidad, la armonía y la homogeneidad; la otra tolera, incluso celebra, el desacuerdo y la diversidad de perspectivas²¹. En el caso de la jurisprudencia de la corte interamericana se ha analizado la influencia negativa del poder castrense y la manera de provocar la mayoría de los quebrantos a los derechos humanos lesionados, hasta el punto de que los gobiernos sentenciados asumen su responsabilidad, por la poca o nula acción para revertir la primacía de las prácticas lesivas militares sobre la ciudadanía²².

Por otra parte, el fenómeno de la transición política como tal, ha sido objeto de una serie de importantes estudios, los cuales han contribuido a un análisis sistematizado de la citada transición, en los diferentes países de América Latina²³. Siguiendo a Rojas Aravena, este autor ha esbozado una clasificación de

²⁰Richard H. Kohn, “Los Fundamentos Olvidados del Control Civil sobre los Militares en Gobiernos Democráticos”, en *Relaciones Cívico-Militares Comparadas: Entendiendo los mecanismos de control civil en pequeñas democracias (América Latina)*, compilado por Casas Zamora, Kevin (San José: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, 1997), 39.

²¹*Ibid*, 40.

²²Esta postura puede colegirse en fallos como los siguientes, entre otros: Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Excepciones, fondo y sentencia. Sentencia 27 de noviembre de 1998. Serie C, número 42; Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999, Serie C No. 51; Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C No. 48; Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte Vs Perú*, Fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000, Serie C No 68; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

²³Entre otros, Cfr. Dirk Kruijtit y Edelberto Torres-Rivas, (coords.), *América Latina: Militares y Sociedad*, Vol I y II (San José: Flacso, 1991); Cfr. Luis Guillermo Solís Rivera y Francisco Rojas Aravena, *De la*

los diferentes procesos de transición, suscitados en el continente latinoamericano. Así a manera de ejemplo, los procesos en la subregión centroamericana se caracterizaron por el tránsito desde guerras civiles hacia formas políticas abiertas, por medio de *acuerdos de paz* que conllevan la opción democrática. En el área andina, en particular en Perú y en Colombia, se ha buscado mantener la institucionalidad democrática básica y generar espacios de apertura en medio de conflictos armados de importancia. Ello condiciona los márgenes de acción y participación. Las cuasi guerras civiles han significado involuciones importantes en las libertades democráticas. La *transición por colapso* corresponde al caso argentino. El camino de la intervención militar caracteriza la *democratización por intervención* en Granada, Panamá y Haití. En el caso del Cono Sur tenemos fundamentalmente *transiciones concertadas*; Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay se ubican en esta experiencia²⁴.

Los procesos de “normalización” acaecidos con esta transición, suponen la vuelta a un estado de prevalencia del orden constitucional y el renacimiento de los regímenes democráticos, con una serie de garantías que dejan atrás las duras etapas de dictadura y censura previa, electos en comicios justos que reseñen la voluntad popular de corte mayoritaria. Sin embargo, en la realidad esta consabida *normalidad*, no ha significado mayor margen democrático en los sistemas políticos del continente; pero escapa de los alcances de este estudio profundizar más sobre ello²⁵.

II. El Derecho a la Verdad como antídoto a las prácticas de Impunidad

El denominado “Derecho a la Verdad”, tiene su origen desde hace mucho tiempo, siendo un derecho que ha sido reclamado a lo largo de la historia por las víctimas, sus familiares y, en ciertos contextos, por la sociedad misma. Se le atribuye al capitán Alfred Dreyfus, hace más de una centuria de años en Francia haber invocado el derecho a la verdad, como aquel que permitiría el triunfo de la “razón humana sobre la razón de Estado” y la reparación de una injusticia. Hacía estas reflexiones, cuando suplicaba al Senado permitir su derecho a la verdad”, en torno a la apertura de una investigación sobre los hechos por los cuales había sido injustamente condenado²⁶.

Guerra a la Integración: La Transición y la Seguridad en Centroamérica, primera edición (San José: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, FLACSO-Chile, 1994).

²⁴Ver en igual sentido el artículo de José Zalaquett, “Procesos de transición a la democracia y políticas de Derechos Humanos en América Latina”, en *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, editado por González, Lorena (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998), 118 y ss.; Cfr. Méndez, “Responsabilización por los abusos del pasado”, *op. cit.*

²⁵Cfr. Manuel Alcántara, “Sobre el concepto de países en vías de consolidación democrática en América Latina”, *Revista de Estudios Políticos* 74, (1991): 113-130.

²⁶Comisión Colombiana de Juristas, *Derecho a la verdad y Derecho Internacional*, primera edición (Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2012), 16.

Por su parte Gandhi, nos había dicho desde tiempos memoriales en su resistencia pacífica contra el colonialismo inglés en la India a mediados del siglo pasado, que la devoción a la verdad (satya), “es la única justificación de nuestra existencia. Todas nuestras actividades deberían estar centradas en la verdad, que debería ser nuestro aliento de vida”²⁷.

De esta forma, se ha analizado en líneas precedentes, los alcances concretos de la impunidad y como el sustrato político latinoamericano, ha permitido las prácticas en este sentido. Mal hubiésemos hecho en querer descifrar los alcances de la impunidad, sin realizar un ejercicio previo de ambientación doctrinal y si se quiere hasta regional de este concepto en la praxis latinoamericana. Hacia ese imperativo, se centrarán la siguiente discusión de este trabajo.

2.1. Alcances pragmáticos y doctrinales del Derecho a la Verdad: ¿antídoto contra la impunidad?

Partimos de la premisa de que el derecho a la verdad tiene un sustrato histórico y que atañe a la necesidad de que:

“Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes”²⁸.

La verdad histórica trasciende a la verdad judicial teniendo en cuenta de que la investigación en casos de violaciones de derechos humanos es muy compleja, como quiera que la violación conlleva la desaparición de las pruebas que permiten identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron. Esta necesidad de tener viva la memoria histórica con respecto a las atrocidades del pasado, nos lleva concomitantemente al “Deber de Recordar” y que recoge el principio tercero de la experta de las Naciones Unidas, cuando aduce que:

“El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para

²⁷Mahatma Gandhi, *Reflexiones sobre la Verdad*, Prólogo y selección de textos de Miguel Grinberg (Buenos Aires: Longseler S.A., 2004), 24.

²⁸Organización de las Naciones Unidas Comisión de Derechos Humanos, “PRINCIPIO 2”; *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la verdad”, documento A/HRC/5/7 de 7 de junio de 2007; *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la verdad”, documento A/HRC/12/19 de 21 de agosto de 2009; *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Seminario de experiencias en materia de archivos como medio de garantizar el derecho a la verdad”, documento A/HRC/17/21 de 14 de abril de 2011.

facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”.

Para la década de 1970 en nuestro continente, producto de la práctica de desaparición forzada, el concepto del *derecho a la verdad* comenzó a recibir una atención cada vez mayor por parte de los órganos internacionales de derechos humanos y de los procedimientos especiales. La cuestión del derecho a la verdad de las víctimas de violaciones de derechos humanos y de sus familiares empezó a ser abordada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos inicialmente desde la óptica de la práctica de la desaparición forzada y con fundamento en el Derecho Internacional Humanitario, y en particular en el artículo 32 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949²⁹.

Este deber ineludible de esclarecimiento de la memoria histórica a través de recordar en el imaginario colectivo de una determinada sociedad se complementa con el “derecho de las víctimas a saber”³⁰. Una de las maneras de efectivizar el saber de lo sucedido, presenta una posibilidad legal-institucional a través de los tribunales competentes de dictar justicia a lo interno; o sino a través de otros mecanismos exógenos que los ramificaríamos en la jurisdicción internacional del derecho (sistemas regionales de protección de los derechos humanos), o sino a través de las denominadas “Comisiones de la Verdad”.

A manera de breve reflexión, la doctrina especializada en esta temática ha destacado que una vez que el Estado investigue, juzgue y castigue a los perpetradores de las violaciones a los derechos humanos, quiénes han adquirido un derecho específico como familiares directos o causahabientes, deben exigir al poder punitivo una serie de obligaciones, que consisten básicamente en lo siguiente: 1) derecho de las víctimas a recibir justicia; 2) el derecho a conocer la verdad; 3) el derecho a recibir compensaciones y otras formas de restitución no monetarias³¹; y 4) el derecho a instituciones nuevas, reorganizadas y responsables³².

²⁹Comisión Colombiana de Juristas, *op. cit.*, 21.

³⁰PRINCIPIO 4. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A SABER Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, ONU, Comisión de Derechos Humanos.

³¹El Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de la Organización de las Naciones Unidas, se ha referido a la reparación, de la siguiente manera: “4. Los programas de reparación son, en el mejor de los casos, procesos administrativos que, entre otras cosas, eluden algunas de las dificultades y los gastos asociados a los litigios. Para los demandantes, los programas de reparación por vía administrativa son comparativamente más favorables que los procesos judiciales cuando se trata de violaciones masivas, pues ofrecen resultados con mayor rapidez, entrañan menos gastos y tienen normas de prueba menos estrictas, procedimientos no contenciosos y una mayor probabilidad de obtener algún tipo de reparación. Aunque ello no sea motivo para impedir el acceso a los tribunales con fines de obtener reparación, sí es una razón para crear programas administrativos”; Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Informe del Relator Especial sobre la

Un autor como Jorge Cuervo, estima que en términos generales son cuatro tipos de derechos que tienen las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, que se derivan de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Esos derechos son: el derecho a saber (derecho a la verdad), derecho a la justicia, derecho a obtener una reparación y garantías de no repetición³³. Más concretamente sobre el “derecho a la verdad”, este autor nos dice que tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva. La primera consiste en el derecho de la víctima a conocer qué fue lo que pasó, por qué se dieron los hechos, cuáles fueron las motivaciones de quienes cometieron las violaciones; y de haber constituido la violación en una desaparición forzada, que se entregue el cuerpo o los restos de la víctima. En su faceta colectiva se refiere al derecho que tiene la sociedad en su conjunto de saber que pasó, de entender cómo fue posible una situación de violencia que afectó el mínimo de convivencia, sobre todo con el fin de tomar medidas hacia el futuro para tratar de evitar que este tipo de situaciones se vuelva a repetir³⁴.

Por otra parte, el papel del movimiento de derechos humanos en el marco del ejercicio de la lucha contra la impunidad, y el esclarecimiento de la verdad, puede llevar a diferentes niveles de análisis. Desde la perspectiva de un autor en estudio, sería un error, que lo encasillen en una posición tildada de legalista o moralista y que se le considere, no sólo como contrario a contemporizar, sino intransigente y hasta ingenuo acerca de la realidad política, vengativo u opuesto a la reconciliación: “Por el contrario, debemos estar listos para tomar una posición objetiva y realista sobre las medidas políticas al proponer medidas de responsabilización”³⁵. En consecuencia, se hace propicio aducir que el “Derecho a la verdad”, es el derecho que tienen las víctimas y la sociedad en su conjunto de saber qué pasó en relación en relación con las violaciones de derechos humanos o las graves infracciones al derecho Internacional Humanitario. En esa medida tiene una dimensión individual e inmediata sobre el hecho mismo de la violación, y una dimensión colectiva e inmediata sobre las circunstancias históricas que hicieron posible y pueden explicar las violaciones. Tal y como señala Tatiana Rincón, existe una verdad histórica y una verdad procesal o judicial³⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha referenciado que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tienen el *derecho a conocer la verdad*, por lo que aquéllos y

promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/69/518, Español Original: inglés, 14 de octubre de 2014.

³²Méndez, *op. cit.*, 81.

³³Jorge Iván Cuervo, “Estándares Internacionales de Verdad, Justicia y Reparación. La Aplicación de la Ley 975 de 2005 o Ley de “Justicia y Paz”, en *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales A propósito de la ley de justicia y paz*, editado por Cuervo R. Jorge, Bechara Gómez, Eduardo y Hinestroza Arenas, Verónica (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 25.

³⁴*Ibid.*

³⁵Méndez, *op. cit.*, 76.

³⁶Cuervo, *op. cit.*, 22.

la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido³⁷. Este derecho se entiende desde una perspectiva sumamente amplia, siendo tan solo una de ellas, las denominadas “comisiones de la verdad”, a cuyo estudio y caracterización, nos vamos a avocar seguidamente.

2.2. La Justicia de Transición en las sociedades pos-conflictivas

Otro de los mecanismos contemporáneos que se han utilizado en las sociedades latinoamericanas, para hacer prevalecer el derecho a la verdad, ha consistido en los mecanismos de “Justicia Transicional” (JT). Para caracterizar a esta modalidad de justicia, acudimos a Cassese, quien considera que el déficit democrático en nuestras sociedades modernas puede paliarse a través de dos maneras: la primera vía, consiste en acudir a mecanismos de legitimación alternativos. Entre éstos se pueden citar, en primer lugar, los comités compuestos por representantes de las Administraciones nacionales o de la sociedad civil, que, con su propia actividad, se introducen en el proceso de decisiones globales; en segundo término, las organizaciones no gubernamentales, que actúan en estrecho contacto con las instituciones globales, bien sea a través de la evaluación y el análisis, el incentivo o impulso, o el control. El segundo modo de atenuar el déficit democrático en el ámbito global reside en el recurso a la técnica de lo que se conoce como *Countervailing Powers* o contrapeso entre poderes. En este último caso, el ordenamiento global se apoya sobre ordenamientos nacionales, los cuáles ceden y delegan parte de su soberanía para adoptar decisiones y foro regulatorio común; como sería el caso de la Unión Europea actualmente³⁸.

Lo cierto del caso, es que en América latina se han concebido *mecanismos de legitimación alternativos*, que pretenden reconstruir una historia desdeñable de violación de los derechos humanos, dirimiendo quiénes serían los responsables políticos de tales prácticas, contando para este propósito con la anuencia de la sociedad política en sentido lato: interesados o afectados, y público en general. Se le ha denominado a esta práctica de investigación ciudadana como *justicia transicional* (JT), en el entendido que es aquella surgida de la misma sociedad civil y se cimienta en su deseo por conocer la verdad de lo sucedido, así como sus verdaderos responsables³⁹.

³⁷Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C No. 91, párrs. 76 y 77. Esta línea jurisprudencial la desarrollaremos en los puntos 5.4 a 5.7 del presente trabajo.

³⁸Cassese, Sabino. *El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado*. Global Law (Sevilla: Editorial Derecho Global, 2000), 49-50.

³⁹Coincidente con esta visión investigativa sobre *Justicia Transicional*, tenemos que desde un punto de vista pragmático, se ha dicho por parte de Solís Umaña, que la Justicia en cuestión, “es el nombre de un área extensa de investigación, de alta complejidad por tratarse de asuntos de derecho, política y economía para las sociedades en su paso de la guerra y el caos humano e institucional a la paz y la estabilidad”, en Mario Solís Umaña, *Justicia situacional: racionalidad, normatividad y teoría crítica* latinoamericanista, primera edición (San José: Editorial Costa Rica, 2016), 220.

La justicia de transición, al contrario de lo que pudiera parecer, no consiste en una clase especial o adulterada de «justicia», sino que comprende toda una serie de medidas destinadas a que esta, entendida en un sentido amplio, sea efectivamente implementada en aquellas sociedades que hayan salido de un conflicto armado o de un período dictatorial⁴⁰. Se ha externado por parte de un autor, que la justicia transicional es la justicia que se provee en el tránsito de una sociedad autoritaria a una sociedad democrática o a la finalización de un conflicto armado, y por ello:

“La justicia transicional contribuye a la superación del conflicto en la medida en que logre conciliar las exigencias de justicia, verdad y reparación en un horizonte de reconciliación y de sostenibilidad de los acuerdos de paz o de consolidación democrática”⁴¹.

Uno de los aspectos más problemáticos de la expresión *Justicia Transicional*, reside en su amplitud según nos lo hace notar la Profesora Ubeda De Torres, ya que con ella se pretende hacer referencia a todos los procesos de transición que tienen lugar en sociedades que han sufrido algún tipo de represión o de violencia en el pasado; es decir, estamos ante un término “comodín”, en el que se incluyen todas las regiones, ya se trate de América, Europa, África o Asia⁴². Por su parte, Carvajal se refiere a la JT como aquella que “plantea la necesidad de castigar a los responsables de los crímenes contra la humanidad y otros delitos pasados, en tanto que tal acción tiene un efecto disuasorio”⁴³. Para Teitel, el referido término de justicia se circunscribe a la visión de la justicia en períodos de cambio político, es decir, a la forma de respuesta legal ante el régimen represivo predecesor⁴⁴.

Desde nuestra perspectiva, la justicia transicional tiene tres dimensiones constitutivas que la caracterizan y, por ende, le otorgan un significado concreto y aplicativo:

(i) La primera es la dimensión fáctica, que estaría constituida por la toma de conciencia de una serie de hechos objetivamente acaecidos, y como los mismos impactan a seres determinados y sus familias. Es decir, el reconocimiento explícito de una fractura a la libre convivencia y respeto hacia los demás por flagrantes violaciones a los derechos humanos, es el primer presupuesto para actuar en busca de mecanismos cuasi-judiciales y resolutorios, que investiguen, sistematicen los hallazgos con sus pruebas y emitan sendas

⁴⁰Esther Beceiro; María Lourdes Fernández, Jorge Rodríguez y Carlos Villán Durán, *Una Comisión de la Verdad como Mecanismo de Recuperación Histórica de la Memoria en Guipúzcoa*, primera edición (Gipuzkoa: Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2016), 13.

⁴¹Cuervo, *op. cit.*, 15.

⁴²Amaya Ubeda De Torres, “Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad: ¿avance o retroceso en el Derecho Internacional contemporáneo?”, *Revista de Ciencias Jurídicas* 108, (2005):18.

⁴³Álvaro Carvajal Villaplana, *Derechos humanos, crímenes contra la humanidad y Justicia Global*, primera edición (San José: Antanacsis editores, 2012), 80; Cfr. Richard Bilder, “La Situación de los Derechos Humanos Internacionales: Panorama”, en *Los derechos humanos internacionales: el derecho y la práctica*, editado por Tuttle, James, traducción al español de la edición en inglés revisada por Carlos Villegas García, primera edición (México: Noema editores, 1981).

⁴⁴Ruti Teitel, “Theoretical and international framework: transitional justice in a new era”, *Fordham International Law Journal* 26(4), (2003): 893.

recomendaciones, con supuestas responsabilidades atribuibles; (ii) La dimensión reparativa o resarcitoria, persigue una vez investigados los antecedentes nefastos de violaciones a los derechos humanos, que se pueda reparar desde el punto de vista de justicia, todos los graves daños personales y familiares. Funciona como catalizadora y evidencial de lo sucedido, y en algunos casos se remiten los antecedentes a la esfera judicial, para obtener reparaciones en esta vía. Sin embargo, la sola exposición en público es una manifestación que reivindica los graves hechos que se investigaron; y finalmente, (iii) La dimensión simbólica, está más enfocada en generar lo que los psicólogos sociales llaman como “matrices de aprendizaje”, asociada a la apropiación y construcción dialéctica de nuestro mundo interior con el mundo exterior⁴⁵.

En el caso de sociedades conflictivas por la observancia de los derechos humanos, se hace por razones obvias más difícil la socialización y por ende la construcción adecuada de la personalidad. Por ello, el tratamiento del conflicto por violación a derechos humanos debe tener un componente real que simbolice ante la sociedad, la necesidad de garantizar la no-repetición de estos actos.

Por último, los mecanismos de justicia transicional comprenden una gama de enfoques judiciales y no judiciales adoptados por las sociedades para dar respuesta al legado de las violaciones generalizadas de los derechos humanos cuando pasan de un periodo de conflicto y violencia a otro de paz, democracia y estado de derecho. Los principales objetivos de la justicia transicional son los siguientes: en primer lugar, implantar procesos de rendición de cuentas y reconocimiento que puedan reconciliar a todas las partes del conflicto y a la población afectada; y segundo, evitar y desincentivar una recaída en el conflicto en un esfuerzo por crear una atmósfera de paz sostenible⁴⁶.

2.3. Las Comisiones de la Verdad y su incidencia en el ámbito de las graves violaciones a los derechos humanos

En sociedades fracturadas por conflictos políticos y sociales que han generado una ausencia del ejercicio del catálogo de garantías y derechos fundamentales, se han instaurado las denominadas “comisiones de la verdad”. Diremos a manera de preámbulo, que, por este tipo de comisiones, nos vamos a referir a órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), ha definido las comisiones de la verdad como:

⁴⁵María Gracia Iglesias, “Militar la memoria: Apropiación de menores y derecho a la identidad”, en *Psicología de la Liberación en el contexto de la Globalización Neoliberal: Acciones, reflexiones y desafíos*, primera edición, editado por Dobles Oropeza, Ignacio; Baltodano Arróliga, Sara y Lenadro Zúñiga, Vilma (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2013), 104.

⁴⁶Megan Bastick; Karin Grimm & Rahel Kunz, *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for Security Sector* (Geneva: Center for the Democratic Control of Armed Forces, 2007), 35.

“...órganos de investigación oficialmente autorizados, de carácter temporal y no judicial, [los cuales] disponen de un plazo relativamente corto para tomar declaraciones, realizar investigaciones y estudios y celebrar audiencias públicas, antes de ultimar su labor con la publicación de un informe”⁴⁷.

Generalmente, las Comisiones de la Verdad surgen en vista de la probada ineffectividad del Poder judicial para sancionar las numerosas violaciones a los Derechos Humanos. En los países sometidos a regímenes autoritarios, el Poder Judicial usualmente se convierte en un apéndice del poder ejecutivo y no tiene capacidad para juzgar independientemente los crímenes de los agentes del Estado. Por su parte y haciendo referencia nuevamente, del informe de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con respecto a los principios de la lucha contra la impunidad, tenemos que se detallan dos principios sumamente esclarecedores, en torno a las Comisiones de investigación, siendo las de la verdad, una especie de éstas. El primero es el Principio 6 (“Establecimiento y función de las Comisiones de la Verdad”), y el segundo es el Principio 7, relativo a las garantías de “Independencia, imparcialidad y competencia”.

Un aspecto muy importante de las denominadas “Comisiones de la Verdad”, radica en que estas instancias se ven abocadas a establecer paralelamente, la *verdad individual* (o sea el conocimiento de lo ocurrido en casos determinados) y la *verdad global*, es decir; el análisis de las estructuras y metodologías de la represión ilegal y del contexto político, económico, social y cultural en el que se cometieron las violaciones⁴⁸. Es por ello, que las violaciones individuales deben apreciarse en paralelo, con un enfoque sistemático, organizado y dirigido con la aquiescencia de quienes detentan el poder, cuya dinámica ha provocado toda una praxis política, negadora de los derechos humanos sin distinción: ya sean singulares o colectivos.

El ex Relator de “*Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*” de las Naciones Unidas, el Sr. Pablo De Greiff, ha establecido que las Comisiones de la Verdad han formulado recomendaciones importantes acerca de la reforma de los sistemas judiciales y sus repercusiones, en el Estado de Derecho. Incluso han emitido inquietudes con respecto al desarrollo socioeconómico y estructural de una determinada sociedad (p.e. los informes de países como Guatemala, Perú, Sudáfrica, Sierra Leona y Kenia), teniendo efectos tangibles en la institucionalidad futura⁴⁹.

⁴⁷Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad”, Naciones Unidas: Nueva York y Ginebra, 2006, 2.

⁴⁸Rodolfo Mattarollo, “Las comisiones de la verdad”, en *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos -IIDH, 2001), 135.

⁴⁹Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/68/345, ... *cit.*, párrafos 44 al

III. El Derecho a la Verdad en el sistema interamericano: ¿Un camino hacia el ejercicio de las responsabilidades del pasado?

La posibilidad de solventar y sanar las sociedades desgarradas pasa por la medición de los logros de los mecanismos institucionales que se opten para cumplir dicho objetivo. En ese sentido, nos vamos a centrar someramente en el papel de las Comisiones de la Verdad en el continente, así como las diferentes formas de abordaje que se han concebido en el “Derecho a la Verdad” dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

3.1. Las Comisiones de la Verdad en América Latina

Hemos reseñado anteriormente, algunas generalidades de las Comisiones de la Verdad (punto 2.3), por lo que, para el contexto regional, en algunos de los casos la búsqueda de la verdad surge como un proceso legal, o formal, "encargado" por los gobiernos, bajo la presión de los grupos defensores de los derechos humanos, a un grupo de expertos; tal como se hizo en Argentina, Chile y El Salvador. En estos países, las Comisiones de la Verdad se crearon, tras exigencias masivas, por mandato legal, después de negociaciones y acuerdos políticos⁵⁰. Finalmente, quienes deben velar por la justicia se hacen cómplices del terror oficial, y a manera de ejemplo, en el Perú, con el gobierno del presidente Fujimori este sometimiento del poder judicial al poder ejecutivo en 1995 con las leyes de Amnistía a los militares violadores de los derechos humanos, como por ejemplo la Ley N 26479, que llegó a extremos desconocidos en Latinoamérica⁵¹.

Según nos hemos venido refiriendo en líneas anteriores, los procesos de transición política hacia la democracia y la consecuente “normalización” de los sistemas políticos, abre un espacio de discusión y de detección de violaciones masivas a los derechos humanos, en muchos lugares del continente americano. Un autor como González elabora una distinción entre las comisiones de la verdad concebidas en transición *pos-autoritaria* y las que se generaron en el marco de *conflictos pacificadores*. Es así como las primeras comisiones de la verdad se crearon en momentos de transición posautoritaria como, por ejemplo, las del cono sur de América, y en contrapartida, las primeras comisiones creadas en un entorno de posconflicto como resultado de las negociaciones de paz, se establecieron en El Salvador (1992) y en Guatemala (1994).

46; *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, “Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”, Pablo de Greiff, A/69/518, Español Original: inglés, 14 de octubre de 2014.

⁵⁰Esteban Cuya, “Las Comisiones de la Verdad en América Latina”, <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>

⁵¹Véase Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Sentencia Fondo, Sentencia del 14 de marzo del 2001, Serie C N° 75.

A manera de rápido recuento, algunas de las Comisiones de la Verdad, han presentado una serie de particularidades, que se hace imperioso destacar, y a este objetivo nos avocamos seguidamente. En Argentina, con la vuelta a la democracia representativa, se instauró la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas (también conocida como Comisión Sábato). El informe se tituló “*Nunca Más*” y fue emitido en 1985. La comisión llevo a cabo su trabajo entre 1983 y 1984 y cubrió el periodo entre 1976-1983. Entre sus principales hallazgos identificó mecanismos sistemáticos de violación de los derechos humanos y estableció al menos 8.961 desaparecidos por la dictadura militar.

Por su parte, en Chile se presentan dos informes rendidos por dos comisiones diferentes. La primera es la “*Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación*” (también conocida como Comisión Rettig). La comisión trabajó durante 1990-1991 y cubrió el periodo entre el 11 de septiembre de 1973 el 11 de marzo de 1990. El Informe Final fue publicado en 1991 y documentó crímenes perpetrados durante la dictadura de Augusto Pinochet. El informe incluye información respecto a 2,279 víctimas de la dictadura. La segunda, es la denominada “*Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*” (también conocida como Comisión Valech). La comisión se creó en 2003 y cubrió el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. Su mandato incluyó establecer quiénes sufrieron de tortura y privación de libertad por razones políticas y proponer medidas de reparación. El Informe Final se presentó en 2004. Una segunda Comisión Valech, llamada oficialmente *Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión, Política y Tortura*, fue creada por la presidenta Michelle Bachelet, mediante el Decreto Supremo N° 43 publicado el 5 de febrero de 2010. La Comisión culminó sus funciones el 17 de agosto de 2011, haciendo entrega de su informe, el 18 de agosto de ese año⁵².

⁵²Para contrastar lo actuado en ambas comisiones, haciendo énfasis en sus aspectos distintivos, tenemos el siguiente relato: “Una de las máximas que se adscribe a la creación de las comisiones de la verdad es que no existe una fórmula única de comisión, pues un país que considere su creación ha de guiarse por «las circunstancias en las que se encuentre en el momento de la constitución de la comisión».18 Es por ello que si una comisión no se constituye atendiendo a las necesidades del país en el que va a desempeñar sus funciones, difícilmente podrá respetar en su totalidad el derecho a la verdad tanto de víctimas como de la sociedad. El caso que mejor ejemplifica esta afirmación se dio en Chile. Tras la salida del dictador Pinochet del poder, se creó en 1990 una comisión de la verdad (Comisión Rettig), cuyo mandato estaba centrado en la investigación de «las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte». Es decir, dejaba fuera de toda investigación aquellos hechos que no concluyeron con el fallecimiento de la víctima; ello impidió que la comisión investigara las torturas que no llegaron a causar la muerte de quienes las sufrieron. El reconocimiento de este vacío propició la constitución en el año 2003 de la Comisión Valech, cuyo mandato precisó: “... sólo en la medida que se conozca en forma completa la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos en Chile, se reconozca a sus víctimas y se repare el injusto mal causado, el país podrá avanzar en forma efectiva por el camino de la reconciliación y el reencuentro. Es por ello que el mandato de esta segunda comisión estaba dirigido a cubrir las carencias de las que adoleció la Comisión Rettig. El art. 1 del decreto de creación de esta nueva comisión determinaba que su labor iba estar orientada a: “... determinar, de acuerdo a los antecedentes que se presenten, quiénes son las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones

Siguiendo siempre en el Cono Sur, tenemos que la *Comisión de la Verdad para Impedir la Impunidad*, se creó para los hechos sucedidos en el Ecuador en el 2007 y cubrió el periodo entre el 3 de mayo de 2007 y septiembre de 2009. La comisión emitió su informe en junio de 2010 el cual establece que se perpetraron graves violaciones de derechos humanos durante la administración de León Febres Cordero en base a una política estatal e identificó a 456 personas que fueron víctimas de distintos crímenes incluidos tortura, violencia sexual, ejecuciones extrajudiciales entre otros.

En Colombia, se gesta una iniciativa puntual a través de la *Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia*, creada en 2005, veinte años después de los sucesos del 6 y 7 de noviembre de 1985, en los que el grupo guerrillero Movimiento 19 de abril (M-19), ingresó de forma violenta al edificio de la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado con la intención de tomar como rehenes a los magistrados y presentar una demanda armada contra el presidente del momento, Belisario Betancur. Como consecuencia de la toma al Palacio y de la reacción desproporcionada de las fuerzas armadas, las cifras finales del hecho revelan casi un centenar de muertes, incluyendo las de once magistrados, así como la desaparición forzada de doce personas, además de por lo menos dos casos de tortura y de centenares de sobrevivientes lesionados⁵³.

La Comisión presentó en 2006 un informe preliminar de los hechos y posteriormente, en 2007, uno complementario. Actualmente, se tiene todo un proceso derivado del arreglo suscrito el 2 de noviembre del 2016, entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), consistente en el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de Paz Estable y Duradera”. Con él se puso fin a más de cincuenta años de conflicto armado en el país e inclusive, se ha creado una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como el componente principal de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

La *Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú*, fue establecida en junio de 2001 y su mandato le permitió investigar asesinatos, secuestros, desapariciones forzadas, tortura y otros graves daños, violaciones a los derechos colectivos de poblaciones andinas y nativas y otros crímenes y graves violaciones cometidos en contra de las personas. Su mandato cubrió el periodo entre mayo de 1980 y noviembre de 2000 y su trabajo duró 23 meses. Entre otras cosas a la CVR se le permitió entrevistar y compilar información de cualquier persona, solicitar cooperación de funcionarios públicos, obtener asistencia de expertos y llevar a cabo audiencias públicas. El informe final se presentó en agosto de 2003 y determinó que hubo cerca de 69.280 víctimas en el periodo analizado, un número mucho más alto al que se había estado manejando anteriormente.

políticas, por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990”; Beceiro y otros, *op. cit.*, 18.

⁵³Tania Galaviz Armenta, “La infraestructura para la paz y la justicia transicional en Colombia”, *Reflexiones, Revista Facultad Ciencias Sociales-Universidad de Costa Rica* 2(97), (2018): 123-136.

En Uruguay, la *Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron*, emitió su informe final en 1985 el cual cubrió el periodo entre 1973-1982. Fue una iniciativa que se gestó en una comisión del congreso, con las implicaciones y limitaciones políticas, que conlleva este tipo de actos políticos. Por su parte, Paraguay instituye la *Comisión de Verdad y Justicia* en 2003, como consecuencia de la voluntad del pueblo paraguayo manifestada con la petición de la sociedad civil al Parlamento Nacional –en particular de las asociaciones de víctimas de la dictadura y los organismos de derechos humanos, agrupados en la Mesa de la Memoria y archivos de la represión, cuando cayó la dictadura de Stroessner y se concretó con el acuerdo del Parlamento Nacional y del Poder Ejecutivo, que derivó en la sanción de la Ley 2225/03. La Comisión de Verdad y Justicia buscó establecer en forma oficial la verdad y la justicia histórica sobre los hechos de violación de los derechos humanos ocurridos en Paraguay, básicamente durante la dictadura de Stroessner (1954-1989)⁵⁴.

En Centroamérica contamos con las experiencias de El Salvador, Guatemala, Panamá y Honduras. Para el primer país citado, el informe final se tituló “*De la locura a la esperanza*” y fue emitido en marzo de 1993. Incluye información sobre distintas ejecuciones extrajudiciales emitidas por agentes estatales, asesinatos perpetrados por escuadrones de la muerte, desapariciones y masacres, entre otros. Cubre el periodo entre enero de 1980 y julio de 1991⁵⁵. En Guatemala, se crea la “*Comisión para el Esclarecimiento Histórico*”, trabajando entre agosto de 1997 y febrero de 1999 y cubrió el periodo entre 1962 y 1996. El Informe Final se tituló “*Guatemala: memoria del silencio*” y registró más de 42.000 víctimas de violaciones a los derechos humanos, así como actos de genocidio perpetrados por fuerzas estatales en contra de la población maya⁵⁶. Panamá establece la denominada “*Comisión de la Verdad; 2001-2002*”, por orden presidencial y con el objetivo de investigar violaciones de los derechos humanos en el periodo comprendido entre 1968-1989, documentado mediante 110 casos de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones.

⁵⁴Cfr. Organización de los Estados Americanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Tercer informe de la Comisión sobre Paraguay”, OEA/Ser./L/VII.110/doc.52.9, 9 de marzo del 2001.

⁵⁵“El proceso de paz en El Salvador se inició formalmente el 4 de abril de 1990 con los Acuerdos de Ginebra. En éstos, se estableció el marco general para el desarrollo de los diálogos entre el FMLN y representantes del Gobierno, bajo los auspicios de la Secretaría General de la ONU. A lo largo de las conversaciones que tuvieron una duración de dos años, las partes firmaron siete acuerdos, cada uno correspondiente a un tema diferente. El proceso de paz terminó con la firma del Acuerdo de Chapultepec, en México, en enero de 1992 (Le Vine, 1997, 227 a 234). La Comisión de la Verdad en El Salvador –cvs- fue establecida en el marco del Acuerdo de México, celebrado en abril de 1991, un año después del inicio formal de las conversaciones de paz”; Eduardo Bechara Gómez, “Verdad, Justicia y Reparación en Contextos de Conflictos Armados Internos. La Experiencia de América Central”, en *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales A propósito de la ley de justicia y paz*, editado por Cuervo, Jorge; Bechara Gómez, Eduardo y Hinestroza Arenas, Verónica (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 238.

⁵⁶En el caso de Guatemala, la URNG y el Gobierno acordaron, por medio del acuerdo de Oslo, firmado el 23 de junio de 1994, conformar una Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y Hechos de Violencia que han causado Sufrimiento a la Población Guatemalteca (en adelante CEH).

Finalmente, en Honduras para el año 2010, el presidente de ese momento, Porfirio Lobo, formó una Comisión de la Verdad, encargada de investigar los sucesos que originaron el golpe de Estado que derrocó a Manuel Zelaya. La Comisión buscaba esclarecer las causas y situaciones del golpe de Estado que sumió a esta nación centroamericana en su peor crisis política de las últimas dos décadas. El Informe Final que fue entregado en Julio de 2011, está dedicado al pueblo hondureño que sufrió las consecuencias de la crisis y en manera especial a la Niñez y Juventud, para que tomen y se apropien de la verdad, la justicia y caminen hacia la reconciliación.

3.2. El Derecho a la Verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano contemporáneo, nace con el advenimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA), en el marco de la Conferencia de Bogotá en el año 1948. El “derecho a la verdad” ha sido un concepto que ha evolucionado durante los últimos años en el sistema interamericano, por lo que deseamos en este apartado, realizar un rápido recuento de algunos alcances que ha temido este tópico en tres espacios distintos: las resoluciones emanadas de la Asamblea General de la OEA; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la “Carta Democrática”.

Con respecto a la asamblea, debemos empezar diciendo que a través del Protocolo de Cartagena (1985), cuya adopción modifica la Carta de la Organización de Estados Americanos⁵⁷, se acentúa la noción de democracia representativa y su necesidad de vigencia en la reunión. Los procesos de impunidad y violaciones al deber de verdad, se visualizan como ajenos a esta concepción democrática, y en ese sentido, basta con tan solo observar algunas referencias: el artículo primero del protocolo que reforma el preámbulo, establece que *“Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”*; a la vez que el artículo segundo, establece como uno de sus propósitos esenciales *“Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”* (inciso b). Finalmente, el artículo tercero, enuncia como uno de los principios de los Estados americanos, el de *“La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”* (inciso d).

Precisamente, en esa década de los ochenta del siglo pasado, se daba el proceso de transición democrática en el continente y por ello había que afianzar,

⁵⁷La Carta de la OEA, ha sufrido a la fecha cuatro enmiendas o protocolos: el primero fue el Protocolo de Buenos Aires (1967); el segundo el Protocolo de Cartagena de Indias (1985); la tercera enmienda se realiza bajo el Protocolo de Washington (1992) y finalmente, el Protocolo de Managua (1993).

un prototipo de modelo aspirativo, capaz de representar el nuevo ideal de convivencia político, y que mitigara la corrupción y las severas violaciones a los derechos humanos.

En el marco de la Resolución 1080, de la Asamblea General de la OEA de 1991, en combinación con el “*Compromiso de Santiago*”, se instrumentaliza la promoción en el continente americano de la democracia de corte representativa. Aquellos instrumentos establecen un procedimiento, aplicable en las dos situaciones siguientes: a) hechos que “ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático”; b) hechos que ocasionen una interrupción del “legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo”⁵⁸.

Diversas resoluciones, en el Sistema Interamericano, hacen referencia al deber de los Estados de preservar los archivos y otras fuentes relativas a graves violaciones a los derechos humanos, con el fin de facilitar el conocimiento de tales violaciones. Así, por ejemplo, en la resolución 2267 (XXXVII-0/07), “El derecho a la verdad”, la Asamblea General de la OEA, mostró su convencimiento de que,

“los Estados deben, dentro de sus propios marcos jurídicos internos, preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario para facilitar el conocimiento de tales violaciones, investigar las denuncias y proporcionar a las víctimas acceso a un recurso efectivo, de conformidad con el derecho internacional, a fin de evitar, entre otros motivos, que estas violaciones vuelvan a ocurrir en el futuro”⁵⁹.

La tendencia a ir incorporando otras resoluciones en el mismo sentido sea el de instar a las naciones de la OEA a luchar por la defensa de la institucionalidad y la búsqueda de la verdad, es patente en la Asamblea General a lo largo de los años⁶⁰. Por otra parte, la AG/RES. 2800 (XLIII-O/13) denominada el “El Derecho a la Verdad”, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2013, contiene como puntos de resolución, entre otros, los siguientes:

⁵⁸Al respecto, véase la reseña elaborada sobre la aplicación de la Resolución N° 1080, en Antônio Cançado Trindade, “Democracia y derechos humanos: El régimen emergente de la protección internacional de la democracia y del Estado de Derecho”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editado por Nieto Navia, Rafael (San José: Corte IDH, Organización de Estados Americanos-Unión Europea, 1994), 519.

⁵⁹Organización de los Estados Americanos, Asamblea General de la OEA, Resolución 2267 (XXXVII-0/07), “El derecho a la verdad”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007. https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2267_XXXVII-O07.doc.

⁶⁰Véanse al respecto, las siguientes resoluciones de la Asamblea General de la OEA: AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006; AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2595 (XL-O/10), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010; AG/RES. 2662 (XLI-O/11), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 y AG/RES. 2725 (XLII-O/12), Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012.

“Reconocer la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad que le asiste a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, así como a sus familias y a la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre tales violaciones de la manera más completa posible, en particular, la identidad de los autores, las causas, los hechos y las circunstancias en que se produjeron, para contribuir a acabar con la impunidad, promover y proteger los derechos humanos”⁶¹.

Asimismo, alienta a los Estados Miembros a que creen mecanismos judiciales específicos, cuando sea necesario, y a que respeten sus decisiones; así como alentar a la creación de otros mecanismos extrajudiciales o *ad hoc*, como las comisiones de la verdad y la reconciliación (punto 2).

En segundo lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁶² según nos lo relata el profesor Cassel, tuvo su primer acercamiento doctrinal al tema de la impunidad, en el año de 1986. Después del retorno de la democracia a Argentina, la Comisión Interamericana publicó directrices generales sobre la responsabilidad de los gobiernos democráticos de investigar y remediar las violaciones de derechos humanos bajo regímenes anteriores. Además de pronunciarse en contra de las “auto-ammistías”, la Comisión advirtió que tanto la sociedad como las familias de las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad⁶³.

La CIDH, ha venido considerando desde un inicio, que el “derecho a la verdad”, se trata del derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos, derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales, conforme al Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera, por lo menos por parte de la Comisión, que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la

⁶¹Asamblea General de la OEA, Resolución 2800 (XLIII-O/13), punto 1 en Organización de Estados Americanos (OEA), Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones, La Antigua, Guatemala, del 04 al 06 de junio del 2013, Actas y Documentos, Volumen I: Textos certificados de las Declaraciones y Resoluciones, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C.

⁶²Para la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), fue necesario esperar hasta 1959, para que se dispusiera la creación de un grupo de expertos encargados de supervisar los derechos contenidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Los eventos políticos de la época (entre los que destacan la revolución cubana, la convulsionada situación de la República Dominicana y la proliferación de grupos guerrilleros de tendencia comunista en el hemisferio) impulsaron la idea del establecimiento de un organismo regional de derechos humanos.

⁶³Douglass Cassel, “Lucha contra la impunidad ante el sistema interamericano de derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, 361; *Cfr.* Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986”, ... *cit.*, en la sección “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los Derechos Humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 203.

verdad se basa no solo en el Artículo 25, sino también en los artículos 1(1), 8 y 13 de la Convención.

En el Caso 10.580 promovido contra Ecuador, la Comisión abordó el tema del derecho a la verdad por primera vez desde un caso en concreto, en el año 1995, con motivo del caso de la desaparición de Manuel Bolaños. Se denunció que miembros del Cuerpo de Infantería de Marina del Ecuador habían puesto bajo custodia al señor Bolaños para examinar sus documentos de identificación y que nunca volvió a saberse de él. Tras la desaparición del señor Bolaños, su familia interpuso recursos de *habeas corpus* ante los tribunales competentes. Este recurso fue rechazado y casi dos años después de la desaparición del señor Bolaños, sus familiares recibieron información de que había fallecido mientras se encontraba bajo custodia de la Infantería de Marina y que se había iniciado una investigación en torno a su muerte. La Comisión constató numerosas infracciones en el caso, entre ellas la violación del derecho de los familiares a conocer la verdad acerca de lo ocurrido al señor Bolaños, de las circunstancias de su detención y fallecimiento y de la ubicación de sus restos⁶⁴.

Por otra parte, el informe realizado por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre un grupo de casos de Chile en 1998 constituyó la primera ocasión en que la Comisión reconoció que este derecho pertenece a los miembros de la sociedad en general, así como a las familias de las víctimas de violaciones de derechos humanos. En este grupo de casos, los peticionarios sostuvieron que la constante aplicación de la “Ley de Amnistía en Chile”, violaba los derechos de las víctimas de la represión durante el régimen de Pinochet. Conforme a la ley, se perdonaban los crímenes cometidos entre 1973 y 1978, impidiéndose la investigación y sanción de los delitos y acordándose impunidad a sus responsables. La Comisión consideró que el Estado había violado, entre otros, el derecho de las familias de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad acerca de lo ocurrido en Chile. También señaló que “[t]oda sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”⁶⁵.

Otro antecedente que merece invocarse por parte de la Comisión Interamericana es el relativo al *Caso Ignacio Ellacuría y otros*, jesuitas activistas en derechos humanos que realizaban labor pastoral en El Salvador, en el que se concluye que:

«El derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos que ocurrieron en El Salvador, así como el derecho

⁶⁴Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe N° 10/95, ... *cit.*

⁶⁵Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe N° 25/98, *Caso Alfonso René Chanfeau Oracye y otros c. Chile*, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.595, 11.657 y 11.705, 07 de abril de 1998.

a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado debe satisfacer respecto de las familias de las víctimas y a la sociedad en general. Tales obligaciones surgen fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1 (1), 8 (1), 25 y 13 de la Convención»⁶⁶.

Finalmente, estimamos que la *Carta Democrática* adoptada en el marco del vigésimo octavo período de sesiones extraordinarias de la Asamblea General de la OEA, en Lima, Perú, el 11 de setiembre del 2001, refiere algunas particularidades en torno al caso en cuestión. Concretamente, se sigue haciendo una apelación de las bondades de la democracia representativa, como un antídoto en contra de la inobservancia de los derechos humanos y la institucionalidad para la defensa y participación de la ciudadanía, en su amplia acepción⁶⁷. En consecuencia, se aboga por la fórmula de más democracia y menos paso a la impunidad, como antídoto para prevenir y mitigar todos aquellos fenómenos que constriñen una vida institucional y ciudadana saludable.

Dentro de nuestro sistema regional de protección a los derechos humanos, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que los Estados pueden establecer *comisiones de la verdad*, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad, que tienen un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen⁶⁸. Finalmente, la Corte ha establecido estas comisiones no sustituyan la obligación del Estado de establecer la *verdad* a través de procesos judiciales⁶⁹.

⁶⁶Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe No. 136/99, *Caso Ignacio Ellacuría y otros c. El Salvador*, 22 de diciembre de 1999, párrafo 221.

⁶⁷“El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional” (Artículo 2), y “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (Artículo 3).

⁶⁸Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C N° 166, párr. 128.

⁶⁹*Cfr.* Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252, párrafo 298; *Cfr.* Corte IDH, *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C No. 258, párrafo 176.

Conclusiones y reflexiones

A lo largo de estas líneas, hemos intentado analizar que implica o significa el “derecho a la verdad” y, sobre todo, cuál ha sido su aplicación fáctica en el continente latinoamericano, desgastado y ensombrecido por la ausencia de matrices democráticas. Se ha recurrido a fuentes bibliográficas clásicas explicativas de la condicionante sociopolítica en el continente, para tratar de secuenciar una historia que no ha presentado grandes cambios, en lo que a convivencia y procesos democráticos concierne.

El derecho a la verdad sin duda alguna es el reflejo de luz que se requiere para combatir la impunidad y la ausencia de una cultura de legalidad, por lo que se ha hecho necesario recomponer, y hasta repensar otras formas de solución endógena de los conflictos, por las violaciones profusas a los derechos humanos. En ese sentido, la justicia transicional y las comisiones de la verdad han sido importantes iniciativas, que buscan acercarse a la realidad de los hechos ocurridos, generando responsabilidad hacia los infractores y esclarecimiento de lo sucedido, hacia las familias que han perdido seres queridos.

No se debe obviar que, en el seno del sistema regional interamericano de protección de derechos humanos, igualmente se viene construyendo fuentes jurídicas de derecho internacional, con las resoluciones de órganos tan importantes como la Asamblea General y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En definitiva, nos quedamos con la última idea en perspectiva, que aun cuando la realidad imperante en el continente latinoamericano no es lo mejor; debe mirarse con esperanza los antecedentes vertidos que conforman el derecho a la verdad. Se trata de un refuerzo moral que tienen nuestros Estados y activistas de derechos humanos, para asirse de nuevas herramientas en la lucha contra la impunidad.

Bibliografía

Alcántara, Manuel. “Sobre el concepto de países en vías de consolidación democrática en América Latina”. *Revista de Estudios Políticos* 74, (1991): 113-130.

Ambos, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional: Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, primera edición colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1997.

Bastick, Megan; Grimm, Karin & Kunz, Rahel. *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for Security Sector*. Geneva: Center for the Democratic Control of Armed Forces, 2007.

Bechara Gómez, Eduardo. “Verdad, Justicia y Reparación en Contextos de Conflictos Armados Internos. La Experiencia de América Central”. En *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales A propósito de la ley de justicia y paz*, editado por Cuervo, Jorge; Bechara Gómez, Eduardo y Hinestroza Arenas, Verónica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Beceiro, Esther; Fernández, María Lourdes; Rodríguez, Jorge y Villán Durán, Carlos. *Una Comisión de la Verdad como Mecanismo de Recuperación Histórica de la Memoria en Guipúzcoa*”, primera edición. Gipuzkoa: Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2016.

Bilder, Richard. “La Situación de los Derechos Humanos Internacionales: Panorama”. En *Los derechos humanos internacionales: el derecho y la práctica*, editado por Tuttle, James, traducción al español de la edición en inglés revisada por Carlos Villegas García, primera edición. México: Noema editores, 1981.

Cançado Trindade, Antônio. “Democracia y derechos humanos: El régimen emergente de la protección internacional de la democracia y del Estado de Derecho”. En *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, editado por Nieto Navia, Rafael. San José: Corte IDH, Organización de Estados Americanos-Unión Europea, 1994.

Carvajal Villaplana, Álvaro. *Derechos humanos, crímenes contra la humanidad y Justicia Global*, primera edición. San José: Antanacsis editores, 2012.

Cassel, Douglass. “Lucha contra la impunidad ante el sistema interamericano de derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, 357-410.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5787/20.pdf>

Cassese, Sabino. *El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado*. Global Law. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2000.

Cerdas Cruz, Rodolfo. *El precio de una herencia: fuerzas armadas, democracia y derechos humanos en Centroamérica*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

Comisión Colombiana de Juristas. *Derecho a la verdad y Derecho Internacional*, primera edición. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2012.

Cuervo, Jorge Iván. “Estándares Internacionales de Verdad, Justicia y Reparación. La Aplicación de la Ley 975 de 2005 o Ley de “Justicia y Paz”. En *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales A propósito de la ley de justicia y paz*, editado por Cuervo R. Jorge, Bechara Gómez, Eduardo y Hinestroza Arenas, Verónica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Cuya, Esteban. “Las Comisiones de la Verdad en América Latina”. <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>

Díaz Arias, David. *Chicago Boys del Trópico: Historia del Neoliberalismo en Costa Rica (1965-2000)*. San José: Comisión Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2021.

Dobles Oropeza, Ignacio. “Memoria del dolor en América Latina: reconciliación, perdón, justicia”. En *Psicología de la Liberación en el contexto de la globalización neoliberal. Acciones, reflexiones y desafíos*, coordinado por Dobles Oropeza, Ignacio; Baltodano Arróliga, Sara; Leandro Zúñiga, Vilma. Primera edición 2007/primer reimpresión 2013. San Pedro de Montes de Oca: Editorial UCR, 2013.

Dussel, Enrique. *Praxis Latinoamericana y Filosofía de la Liberación*. Bogotá: Editorial Nueva América, 1994.

Fernández Baeza, Mario. “Sistemas Electorales y Procesos de Transición a la Democracia en América Latina”. En *Elecciones y Democracia en América latina*, editado por Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

Galaviz Armenta, Tania. “La infraestructura para la paz y la justicia transicional en Colombia”. *Reflexiones, Revista Facultad Ciencias Sociales- Universidad de Costa Rica* 2(97), (2018): 123-136.

Gandhi, Mahatma. *Reflexiones sobre la Verdad*. Prólogo y selección de textos de Miguel Grinberg. Buenos Aires: Longseler S.A., 2004.

Gilly, Adolfo. “La historia como crítica o como discurso del poder”. En *Historia ¿Para qué?*, primera edición, editado por Pereira, Carlos. México: Siglo XXI editores, 2005.

González Poblete, Alejandro. “La superación de la impunidad como requisito del Estado de Derecho”. En *Presente y futuro de los derechos humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, primera edición, editado por González Volio, Lorena. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, 1998.

Gracia Iglesias, María. “Militar la memoria: Apropiación de menores y derecho a la identidad”. En *Psicología de la Liberación en el contexto de la Globalización Neoliberal: Acciones, reflexiones y desafíos*, primera edición, editado por Dobles Oropeza, Ignacio; Baltodano Arróliga, Sara y Lenadro Zúñiga, Vilma. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2013.

Kohn, Richard H. “Los Fundamentos Olvidados del Control Civil sobre los Militares en Gobiernos Democráticos”. En *Relaciones Cívico-Militares Comparadas: Entendiendo los mecanismos de control civil en pequeñas democracias (América Latina)*, compilado por Casas Zamora, Kevin. San José: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, 1997.

Kruijtit, Dirk y Torres-Rivas, Edelberto (coordinadores). *América Latina: Militares y Sociedad*, Vol I y II, San José: Flacso, 1991.

Mares, David. “Relaciones entre Estados Unidos y América Latina, 2016-2021: Bajo la Presión de los Retos Mundiales, Regionales y Nacionales”. En *América Latina: ¿Hay voluntad política para construir un futuro diferente?*, primera edición, editado por Altmann-Borbón, Josette; Rojas-Aravena, Francisco. San José: Universidad para la Paz-Flacso, 2022.

Mattarollo, Rodolfo. “Las comisiones de la verdad”. En *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, 2001.

Méndez, Juan E. “Responsabilización por los abusos del pasado”. En *Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez*, coordinado por González Volio, Lorena, 73-104. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

Mignolo, Walter D. “El Pensamiento Decolonial: Desprendimiento y Apertura”. <https://es.scribd.com/doc/146404609/El-Pensamiento-Decolonial-Walter-Mignolo>

Miller, Jonathan M.; Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana. *Constitución y derechos humanos: Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991.

Mora Chinchilla, Carolina. *Globalización y democracia: América Latina en la búsqueda de una mejor representatividad política*. Serie Cuadernos de

Historia de Cultura N° 6, Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, Universidad de Costa Rica, primera edición, tercera reimpresión. San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2007.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad”, Naciones Unidas: Nueva York y Ginebra, 2006.

Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la verdad”, documento A/HRC/5/7 de 7 de junio de 2007.

Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho a la verdad”, documento A/HRC/12/19 de 21 de agosto de 2009.

Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Seminario de experiencias en materia de archivos como medio de garantizar el derecho a la verdad”, documento A/HRC/17/21 de 14 de abril de 2011.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General, Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, “Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”, Pablo de Greiff, A/68/345, Español, Original: inglés, 23 de agosto del 2013.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General, Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, “Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”, Pablo de Greiff, A/69/518, Español Original: inglés, 14 de octubre de 2014.

Organización de los Estados Americanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “Informe anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986”, OEA/Ser.L/V/II.68. Doc. 8 rev.1, 26 septiembre 1986.

Organización de los Estados Americanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe N° 10/95, *Caso 10.580, Manuel Bolaños vs Ecuador*, 12 de septiembre de 1995.

Organización de los Estados Americanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe N° 25/98, *Caso Alfonso René Chanfeau Oracye y otros c. Chile*, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.595, 11.657 y 11.705, 07 de abril de 1998.

Organización de los Estados Americanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe N° 136/99, *Caso Ignacio Ellacuría y otros c. El Salvador*, 22 de diciembre de 1999.

Organización de los Estados Americanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Tercer informe de la Comisión sobre Paraguay”, OEA/Ser./L/VII.110/doc.52.9, 9 de marzo del 2001.

Raimondo, Ezequiel y Echeagaray, Fabián. “Repensando la Democracia desde el Ajuste: Una Perspectiva Crítica”. *Revista Nueva Sociedad* 113 (1991): 84-90.

Ribeiro, Darcy. *El Dilema de América Latina: estructuras de poder y fuerzas insurgentes*, décima edición. México: Siglo Veintiuno Editores, 1982.

Richard, Pablo. “Para entender la Teología de la Liberación”. En *Teología de la liberación: documentos sobre una polémica*, editado por Boff, Leonardo, et al., Cuadernos DEI N° 9, cuarta edición. San José: Departamento Ecueménico de Investigaciones, 1987.

Rodríguez Barillas, Alejandro y Ortiz, María José. *Impunidad*, primera edición. Ciudad de Guatemala: Siglo Veintiuno Editores, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2004.

Sabsay, Daniel Alberto. “Constitución y Elecciones en América Latina”. En *Elecciones y Democracia en América Latina*, Memoria del Primer Curso Anual Interamericano (21 al 15 de setiembre de 1987), editado por Nohlen, Dieter; Garber, Larry; Sabsay, Alberto, et al. San José: Centro Interamericano de Asesoría y promoción Electoral – CAPEL, 1988.

Solis Rivera, Luis Guillermo y Rojas Aravena, Francisco. *De la Guerra a la Integración: La Transición y la Seguridad en Centroamérica*, primera edición. San José: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, FLACSO-Chile, 1994.

Solis Umaña, Mario. *Justicia situacional: racionalidad, normatividad y teoría crítica latinoamericanista*, primera edición. San José: Editorial Costa Rica, 2016.

Teitel, Ruti. “Theoretical and international framework: transitional justice in a new era”. *Fordham International Law Journal* 26 (4), (2003): 893-906.

Úbeda De Torres, Amaya. “Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad: ¿avance o retroceso en el Derecho Internacional contemporáneo?”. *Revista de Ciencias Jurídicas* 108, (2005): 13-29.

Wences, Isabel y Sauca, José María. “Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento”. En *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*”, primera edición, editado por Wences, Isabel; Conde, Rosa; y Bonilla, Adrián. San José: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2014.

Zalaquett, José. “Procesos de transición a la democracia y políticas de Derechos Humanos en América Latina”. En *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, editado por González, Lorena, 108-132. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

LA DECLARACIÓN DE SHARM EL-SHEIKH. REFLEXIONES Y APROXIMACIONES A LA LUZ DE LA PAZ AMBIENTAL DESDE UNA PERSPECTIVA COMPLEJA Y LATINOAMERICANA

The Declaration of Sharm el-Sheikh. Reflections and approaches in the light of environmental peace from a complex and Latin American perspective

BERNARDO ALFREDO HERNÁNDEZ-UMAÑA*

Resumen: El presente artículo de investigación toma como punto de partida la Declaración de Sharm el-Sheikh, que pretende una integración de la diversidad biológica, con todos los sectores que se implican por lograr una armonía con la naturaleza. A nivel metodológico, ha sido elaborado sobre la base del método analítico, utilizando la herramienta de revisión documental y la hermenéutica jurídica. En particular, este estudio analiza diferentes aspectos que se problematizan en torno a la pregunta ¿Invertir en la diversidad biológica para la gente y el Planeta? Además de resaltar la relación naturaleza – cultura que las Naciones Unidas ha manifestado, abriendo camino para reflexionar acerca de la paz ambiental como alternativa conciliadora entre hombre y naturaleza, desde el pensamiento complejo y una perspectiva Latinoamericana, concretamente a partir del Buen Vivir / Vivir Bien Andino y la sentencia T-622/2016 de la Corte Constitucional de Colombia, que integra la conocida Jurisprudencia de la Tierra. Finalmente, se presentan algunas reflexiones que abrirán nuevas posibilidades de debate académico en la configuración de la paz ambiental; en lo político con tomadores de decisiones y en lo jurídico; la elaboración de nuevos marcos legislativos y decisiones judiciales, que seguramente repercutirán en beneficio de la Comunidad de la Vida.

Palabras clave: buen vivir; vivir bien; declaración de Sharm el-Sheikh; diversidad biológica; jurisprudencia de la Tierra; paz ambiental; pensamiento complejo.

Abstract: This research article takes as its starting point the Sharm el-Sheikh Declaration, which aims to integrate biodiversity, with all sectors that are involved in achieving harmony with nature. At the methodological level, it has been elaborated on the basis of the analytical method, using the document review tool and legal hermeneutics. In particular, this study analyzes different aspects that are problematized around the

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor e investigador del grupo de investigación Política, Derecho y Territorio (PODET) de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia y Miembro Asociado del Instituto Universitario de Investigación de la Paz y los Conflictos e Investigador del Grupo de Investigación STAND de la Universidad de Granada. Correo electrónico: bernardo.hernandez@unad.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7388-9507>. Este artículo se ha escrito en el marco de la Estancia de Investigación Postdoctoral en el periodo 2021-2023 que el profesor investigador Bernardo Alfredo Hernández-Umaña Ph.D., realiza en el Instituto Universitario de Investigación de la Paz y los Conflictos (IPAZ) de la Universidad de Granada, España.

question: ¿Investing in biodiversity for people and planet? In addition to highlighting the nature-culture relationship that the United Nations has manifested, opening the way to reflect on environmental peace as a conciliatory alternative between human and nature, from the complex thinking and a Latin American perspective, specifically from the Good Living / Living Well Andean and judgment T-622/2016 of the Constitutional Court of Colombia, which integrates the well-known Earth Jurisprudence. Finally, some reflections are presented that will open new possibilities of academic debate in the configuration of environmental peace; in the political with decision makers and in the legal; the elaboration of new legislative frameworks and judicial decisions, which will surely have an impact on the benefit of the Community of Life.

Keywords: Biodiversity; complex thinking; Earth jurisprudence; environmental peace; good living - living well; Sharm el-Sheikh Declaration.

Sumario: Introducción. I. ¿Invertir en la diversidad biológica para la gente y el Planeta? II. La armonía entre la naturaleza y la cultura en el seno de las Naciones Unidas; III. La Paz Ambiental como alternativa conciliadora entre el hombre y la naturaleza desde una perspectiva compleja y Latinoamericana. Conclusiones y recomendaciones. Referencias bibliográficas.

Introducción

En el marco de la decimocuarta reunión de la Conferencia de las partes en el convenio sobre la diversidad biológica llevado a cabo entre el 17 y 29 de noviembre de 2018, en la ciudad de Sharm El-Sheikh, Egipto, los ministros y otros jefes de delegación, aprobaron la declaración que ha tomado el nombre del lugar en donde ocurrió este encuentro y que es conocida como la Declaración de Sharm El-Sheikh.

Esta declaración hace evidente el particular interés y la necesidad por integrar la diversidad biológica, en todos los sectores clave que constituyen la base de la salud y el bienestar humano, el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, la cual está amenazada y supone un riesgo debido al incremento de la población mundial, las modalidades de consumo, la producción insostenible y la acelerada urbanización. Es por ello, que tiene sentido problematizar lo que señala el subtítulo de la declaración aludida, ¿invertir en la diversidad biológica para la gente y el planeta? Desafío que implica la incorporación no solo del enfoque económico sino también social, cultural que respeta a la naturaleza y los derechos humanos¹.

¹Entre otras cosas, a pesar del significativo avance de la Organización de las Naciones Unidas ONU, “El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible: resolución 48/13” adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 8 de octubre de 2021, que reconoció El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible (<https://bit.ly/3zHg80s>) y que posteriormente lo hizo la Organización de las Naciones Unidas ONU, A/76/L.75” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 22 de julio de 2022 (<https://bit.ly/3mk6zS9>). Ahora el verdadero reto es pasar del discurso a la acción.

No obstante, los obstáculos –sustituir un modelo de desarrollo extractivista, esclavista, excluyente– para la puesta en marcha de las diferentes iniciativas a las que se comprometieron los ministros y jefes de delegación en dicha declaración, todavía siguen sin ser materializadas, las cuales se refrendan cada vez que hay un encuentro de líderes mundiales, como por ejemplo ocurrió recientemente del 7 a 19 de diciembre de 2022 con la Conferencia de Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, conocida como la COP15 llevada a cabo en Montreal, Canadá y presidida por China. Donde se logró un acuerdo importante para mitigar la pérdida de la biodiversidad hasta 2030 y ha definido un nuevo marco de acción, que a su vez se convierte en un verdadero desafío, el cual requiere voluntades políticas y de otros factores reales de poder.

En razón a lo anterior, este artículo analiza la relación que existe entre la Declaración de Sharm El-Sheikh y la paz ambiental como categoría de análisis en construcción que apunta al regreso del camino olvidado, pero ya transitado por la humanidad, es decir, a los saberes ancestrales, en aras del restablecimiento de la relación naturaleza y humanidad. Y finalmente, a nivel metodológico, esta investigación ha sido elaborado sobre la base del método analítico, utilizando la herramienta del análisis documental y la hermenéutica jurídica como parámetro en el desarrollo del estudio. Para tener una visión holística, ha sido necesario delimitar, sistematizar, comparar e interrelacionar, lógicamente todos los elementos que a continuación se presentan.

I. ¿Invertir en la diversidad biológica para la gente y el Planeta?

Se mencionaba al inicio del artículo que la Declaración de Sharm El-Sheikh ha sido un documento con marcado interés por establecer una ruta que integre la diversidad biológica, en los diferentes sectores que tienen una relación estrecha con la salud y el bienestar humano que se está viendo amenazado, ante el desborde de múltiples factores que impactan negativamente en la pervivencia de la vida humana.

En este orden de ideas, se han identificado cinco aspectos por destacar de la Declaración de Sharm El-Sheikh, que tienen relación con la pregunta del epígrafe ¿Invertir en la diversidad biológica para la gente y el Planeta? y el análisis que se presentará en torno a la paz ambiental más adelante, pero que por ahora servirán de antesala.

a. El primero de ellos es *la relación discursiva pero no materializada*. Al referirse a este aspecto se identifica una visión antropocéntrica instrumental² que todavía persiste en las consideraciones y motivaciones de esta declaración. Si el

²Cfr. Héctor Alimonda, “La colonialidad de la naturaleza. Una aproximación a la Ecología Política Latinoamericana”, en *La Naturaleza Colonizada. Ecología política y minería en América Latina*, coord. por Héctor Alimonda (Buenos Aires: CLACSO, Ediciones CICCUS, 2011), 21-58.

ser humano no estuviera en riesgo, al afectarse los sectores estratégicos para su pervivencia, no se estaría hablando de procurar una relación armónica con la naturaleza en estos momentos. Tampoco se estaría diciendo que, al salvar el Planeta, se protegería la vida de éste y de todas las formas de vida que la habitan con un discurso *mesiánico*. Toda vez que lo que se terminaría no sería la vida de lo no humano, pues ésta tiene tal capacidad de adaptación y resiliencia creándose otras formas de vida, que superaría la limitada capacidad racional humana.

A pesar de ello, hace más de una década se está hablando en diferentes escenarios académicos de la relación biocultural que permite actualmente reconocer el lugar y el papel que tiene la naturaleza con el ser humano hacia una paz ambiental, lamentablemente sin tener tanto eco en las instancias decisorias como se desearía, pero poco a poco gana espacio como en las últimas declaraciones que se han venido haciendo por las Naciones Unidas y se verán en el segundo epígrafe.

b. El segundo aspecto es *el no cuestionamiento del modelo de desarrollo hegemónico*. El mismo que está socavando la misma existencia de la vida, como la conocemos en el Planeta. Este es un punto bastante importante, que se tensiona con los factores reales de poder y no supone un cambio de dirección en las políticas económicas que designan el discurso del desarrollo sostenible. Además, en términos de sostenibilidad solamente se plantea para los humanos principalmente, dejando en segundo lugar la de las demás formas de vida que sirven a la satisfacción de necesidades humanas tan básicas, como el oxígeno que se respira, el agua que se bebe y los frutos que da la Tierra para la alimentación, entre otros beneficios que se obtienen de la naturaleza.

La aproximación a un eventual cambio en la manera de asumir la relación entre ser humano y naturaleza se ha manifestado en esta declaración, con la proposición de una herramienta de planificación espacial integrada³, que apunta a la reducción y mitigación de los efectos negativos del modelo de desarrollo hegemónico que ha impactado violentamente con la pérdida de diversidad biológica y la alteración de la vida en esta era del Antropoceno⁴.

c. El tercer aspecto de significativa importancia que se menciona en la Declaración es *la educación y concienciación para hacer las paces con la Naturaleza*. Un desafío mayor que implica la deconstrucción en los imaginarios sociales que se afirman en mantener prácticas violentas y coloniales, que explotan, esclavizan y excluyen no solo a los seres humanos sino también a la naturaleza.

³ Que, con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en 2019 se ha venido desarrollando. Barbara Pollini, Razan Nimirb y Lera Miles. *Análisis espacial: Una herramienta para la planificación integrada del uso de la tierra para REDD+*. Resumen informativo preparado a nombre del Programa ONU-REDD. UNEP-WCMC (Cambridge: ONU, 2019). <https://bit.ly/3KFPwDK>

⁴ Quienes empezaron a utilizar este término. Cfr. Paul J. Crutzen y Eugene F. Stoermer, "The 'Anthropocene'", *Global Change Newsletter*, 41 (2000), 17-18. <https://bit.ly/3nRJIDx>

Por ello, para hacer las paces con la naturaleza, la educación tiene un papel fundamental en la transformación del desarrollo de personalidades, que integren una concienciación no solo de conservación de lo no humano para el beneficio humano, sino también que implique el reconocimiento de otras subjetividades⁵ que contribuyan a la reflexión crítica, de cara a la superación de los sometimientos y la vulneración de sus derechos con miras a considerar una paz ambiental.

d. El cuarto aspecto referido en la citada Declaración, es *la participación*. Toda vez que permitir e invitar aquellos⁶ que han sido excluidos⁷ en diferentes escenarios de deliberación y toma de decisiones, que en la mayoría de los casos ha sido sin tenerseles en cuenta a lo largo de la historia, como en efecto ha ocurrido con los pueblos indígenas⁸, comunidades étnicas y campesinas, mujeres, niños y jóvenes entre otros, quedando en manos de unos pocos centros de poder los destinos de una humanidad avasallada y sometida, con las consecuencias que ahora tiene que padecer la mayoría de la población del mundo, se constituye en un acto de justicia socioambiental, y que entre otras cosas se ha convertido en uno de los ejes articuladores del Acuerdo de Escazú⁹ para el ámbito regional en América Latina y el Caribe.

Por lo tanto, el desafío se encuentra en lograr la articulación de escenarios para promover la participación y deliberación que contribuya en la toma de decisiones conscientes del efecto que se causa, cuando solamente se piensa en el beneficio de lo humano, sin considerar la vida misma. Y ello comporta un llamado a trabajar mancomunadamente entre diferentes actores de este sistema mundo¹⁰, en la medida de lo posible, por llevar a cabo acciones tendientes al restablecimiento de una vida en armonía con la naturaleza.

⁵ Para dar marcha a este reconocimiento es necesario deconstruir paradigmas en la tradición liberal del Derecho, tema que todavía sigue generando desacuerdos a pesar de la evidencia científica, por ejemplo, la declaración de Cambridge sobre la Conciencia animal. Cfr. Declaración de Cambridge sobre la Conciencia Animal. “Lectura del apartado final de la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia Animal”, *Francis Crick Memorial Conference*, 7 de julio de 2012. <https://bit.ly/3mgtUUT>
Cfr. Bernardo Alfredo Hernández-Umaña, Claudia Marcela Rodríguez-Rodríguez y José María Enríquez-Sánchez, “Reflexiones para repensar el nuevo constitucionalismo latinoamericano. La Naturaleza importa”, *Folios*, (57), (2023): 197-211. <https://doi.org/10.17227/folios.57-16795>

⁶ De los pueblos indígenas, comunidades locales, mujeres, jóvenes y sociedad civil.

⁷ Por los gobiernos de turno, las autoridades locales y el sector académico que ha prestado sus servicios a los intereses del sector empresarial y financiero en muchos casos.

⁸ Por ejemplo, la consulta previa para los pueblos originarios e indígenas. Cfr. Organización Internacional del Trabajo, OIT, “Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, 27 Junio 1989, C169. <http://bit.ly/3GoOIk2>

⁹ Cfr. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe” (LC/PUB.2018/8/Rev.1), Santiago, 2022. <https://bit.ly/3MkZxY0>

¹⁰ Cfr. Enrique Dussel, “Sistema mundo y transmodernidad. Modernidades coloniales”, en *Modernidades coloniales: otros pasados, historias presentes*, coords. por Saurabh Dube, Ishita Banerjee Dube y Walter Mignolo (México: El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2004), 201-226.

e. Y finalmente el quinto aspecto que tiene relevancia en la mencionada Declaración, es la *Jurisprudencia de la Tierra*, sin mencionarlo expresamente, se manifiesta como un compromiso por integrar los diferentes marcos legislativos – normativos, políticas públicas y sean referentes en la adopción de decisiones que procuran el respeto por la naturaleza y su relación con los seres humanos.

En este orden de ideas, es importante señalar que al hacer referencia a la Jurisprudencia de la Tierra debe reconocerse el trabajo de Thomas Berry¹¹, quien identificó la necesidad de configurar estructuras legales y políticas que replantearan la relación naturaleza – ser humano con miras a que se tuviera un funcionamiento integral.

Lo anterior ha dado lugar en los últimos cincuenta años a una serie de diferentes desarrollos constitucionales, legislativos y pronunciamientos judiciales en todo el mundo¹², que han avanzado hacia el reconocimiento como sujeto de derechos¹³ a la naturaleza y a los animales, convirtiéndose en un desafío para la perspectiva antropocéntrica que no comprende que para hacer la paz con la naturaleza primero debe reconocérsele como sujeto de derechos, toda vez que no es un objeto.

Así las cosas, si realmente se quiere invertir en la diversidad biológica para la gente y el Planeta, entonces debe haber un giro en la perspectiva –del antropocentrismo al biocentrismo– que verdaderamente integre a la naturaleza y al ser humano en esta *Comunidad de la Vida*.

¹¹ Cfr. Thomas Berry, *The dream of the Earth* (San Francisco: Sierra Club, 1988).

¹² La página web del Earth Law Center tiene información actualizada de los casos en los que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se ha hecho en diferentes lugares del Planeta. Cfr. Earth Law Center. <http://bit.ly/3UdcHrS>

¹³ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, “El derecho de la Naturaleza. Fundamentos”, en *Los derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus derechos*, ed. por Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011), 35-73; Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido: Los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el Sumak Kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (México: Akal, 2019); Cfr. Rubén Martínez Dalmau, “Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, eds. por Liliana Estupiñán Achury, Claudia Storini, Rubén Martínez Dalmau y Fernando Antonio Carvalho Dantas (Bogotá: Universidad Libre, 2019), 31-47; Cfr. Antonio Carlos Wolkmer, María de Fátima Wolkmer y Debora Ferrazzo, “Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América latina”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, eds. por Liliana Estupiñán Achury, Claudia Storini, Rubén Martínez Dalmau y Fernando Antonio Carvalho Dantas (Bogotá: Universidad Libre, 2019), 71-108; Cfr. Silvia Bagni, “The rights of nature in colombian and indian case-law”, Traslator Ariza Charris, *Análisis Jurídico-Político*, 4(7), 99-123. doi: <https://doi.org/10.22490/26655489.5519>

II. La armonía entre la naturaleza y la cultura en el seno de las Naciones Unidas.

Es menester recordar que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 71/232 del 21 de diciembre de 2016¹⁴, denominada “Armonía con la Naturaleza” y dio lugar a que el Secretario General presentara el informe A/72/175 del 19 de julio de 2017¹⁵, sobre la aplicación de dicha resolución y se convocara a un diálogo interactivo sobre la Armonía con la Naturaleza para conmemorar el Día Internacional de la Madre Tierra ese mismo año.

En este sentido, Naciones Unidas en diferentes escenarios ha venido tomando posición durante los últimos años a favor del cuidado, protección y armonía con la Naturaleza basando su accionar en la comprensión de que ésta, no es proveedora de recursos ilimitados para el usufructo egoísta del ser humano, sino la base de la vida misma. Lo cual sintoniza de forma transversal con la Agenda 2030¹⁶ y con lo expresado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992, SCDB 2021)¹⁷ y su posterior desarrollo en el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (2010, SCDB 2021)¹⁸; y, más recientemente la promulgación de la Declaración de Sharm El-Sheikh: Invertir en la diversidad biológica para la gente y el planeta (2018)¹⁹, como la punta de iceberg en el desarrollo de las relaciones entre la naturaleza y los seres humanos, los seres y el universo, y la diversidad biológica y cultural como un todo de la interrelación entre la naturaleza y la cultura, toda vez que todavía continúa considerándose desde una perspectiva instrumental y antropocéntrica, como importante, la participación justa y equilibrada en los

¹⁴ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, ONU, “Armonía con la Naturaleza: Resolución A/RES71/232”. Armonía con la Naturaleza, Naciones Unidas, Nueva York, 21 de diciembre de 2016. <https://bit.ly/3KFUEIO>

¹⁵ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, ONU, “Armonía con la Naturaleza: Informe A/72/175”, Informe del Secretario General, Naciones Unidas, Nueva York, 19 de julio de 2017. <https://bit.ly/43dm71c>

¹⁶ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, ONU, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución A/RES/70/1”, aprobada por la Asamblea General, Nueva York, 25 de septiembre de 2015. <https://bit.ly/418f0ic>

¹⁷ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, ONU, “Convenio sobre la Diversidad Biológica – CDB”. Adoptado el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro 1992. <https://bit.ly/3UgSZLX>; Cfr. Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, SCDB, “2011-2020. Decenio de Las Naciones Unidas sobre la Biodiversidad. SCDB”, ONU-PNUMA, Montreal-Quebec, 2021. <http://bit.ly/43ev5F9>

¹⁸ Cfr. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2010. <https://bit.ly/3nOVYPC>

¹⁹ Cfr. Declaración de Sharm El-Sheikh: Invertir en la diversidad biológica para la gente y el planeta 2018 <https://bit.ly/435Yr8F>

beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, entre otras cosas que en esos instrumentos se han contemplado²⁰.

En contraste, con lo anterior es necesario rescatar la intencionalidad de la Resolución 71/232 y en sentido amplio lo consignado en el informe A/72/175 del Secretario General, en razón a la “armonía con la Naturaleza”, toda vez que en estos documentos se resalta la denominada “jurisprudencia de la Tierra”, que integra el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, y hace un llamado a todas aquellas personas comprometidas con esta causa a iniciar acciones en los diferentes estamentos y lugares en los que se desarrollen, permitiendo tener una visión del mundo centrada en la Tierra como base de la vida.

De hecho, no es una cuestión menor la preocupación mundial por el deterioro, los efectos del cambio climático, la pérdida de la diversidad biológica y la degradación que el planeta como ecosistema viviente está padeciendo a causa de acciones irresponsables que olvidaron la relación de interdependencia entre humanidad y naturaleza, viéndose ahora las consecuencias de dichas decisiones que solo han aumentado la ilusión del capital, pero que a todas luces dista de la emergente realidad que nos convoca a regresar a nuestros orígenes.

Es por ello, que el citado informe A/72/175, reitera el llamado a atender las prácticas y usos que han realizado durante tiempos ancestrales los pueblos y comunidades que están en el 20% del territorio del planeta y representan a 5.000 culturas indígenas, toda vez que sirven de inspiración para comprender y hacer una armónica relación con la naturaleza. Dado que el bienestar del ser humano está inescindiblemente vinculado con el de la Madre Tierra. Entonces, es ahí donde cobra sentido que el derecho que la Tierra tiene a un medio ambiente saludable, también le sea garantizado al ser humano para que pueda ver protegidos sus derechos humanos.

De esta forma, uno de los aspectos que se quieren destacar es el de las cosmovisiones andinas del Buen Vivir / Suma Kawsay en Ecuador y el Vivir Bien / Suma Qamaña en Bolivia, consagrados en las Constituciones Políticas de ambos países, 2008²¹ y 2009²² respectivamente, y que en otras investigaciones publicadas²³ se refería la importancia de comprender su significado y acción, al

²⁰ Cfr. Karen Añaños Bedriñana, “Mecanismos para la protección de la propiedad intelectual de la medicina tradicional de los pueblos Indígenas en Latinoamérica”, *Revista Electrónica Iberoamericana* 2(15), (2021): 117-118.

²¹ Cfr. Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Quito.

²² Cfr. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, El Alto de La Paz.

²³ Cfr. David Choquehuanca, “Hacia la reconstrucción del Vivir Bien”, *América Latina en Movimiento* 452, febrero 2010. <https://bit.ly/3Gn5tfm>; Cfr. Luis Maldonado, “El Sumak Kawsay / Buen Vivir/Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador” en *Sumak Kawsay Yuyay Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*, ed. por Antonio Luis Hidalgo Capitán, Alejandro Guillén García y Nancy Deleg Guazha (Huelva, Centro de Investigación en Migraciones (CIM) de la Universidad

igual que la sagrada relación ontológica de ser y existir con la naturaleza. Que, al margen de las contradicciones de los gobiernos de turno con algunas prácticas extractivas del medio natural, desestimulara y fuera criticada por quienes²⁴ toman con distancia y desconocimiento verdadero el sentir de esta relación simbiótica entre ser humano y naturaleza. Y, otros tantos, que en los escenarios del desarrollismo y el crecimiento económico²⁵, apuntan por mantener el statu quo de dichos patrones, a pesar del análisis de Zurbriggen y Travieso²⁶ que siguen sin revisar las causas estructurales de la desigualdad entre humanos y las razones de los conflictos socioambientales en sus respectivas tipologías de las violencias²⁷. Por ello, se considera imprescindible abordar el estudio acerca de la paz ambiental.

III. La Paz Ambiental como alternativa conciliadora entre el hombre y la naturaleza desde una perspectiva compleja y Latinoamericana.

Con el desafío de construir una paz entre los hombres, se ha olvidado, de igual forma, el hacer la paz con la naturaleza. Hoy por hoy, se habla de la paz ambiental como una categoría en construcción, sin embargo, dicha concreción depende del lugar de enunciación del cual se refiera. Puede ser desde una mirada antropocéntrica o una biocéntrica. En la primera, se concibe a partir de una perspectiva residual. Es decir que en el centro de las relaciones conflictivas solo están los seres humanos que, entre otras cosas, generan guerras entre elites de poder por mantener sus privilegios, empero, también van en contra del pueblo

de Huelva, 2014), 193-210. <https://bit.ly/401SWFj>; Cfr. Bernardo Alfredo Hernández-Umaña, “El Vivir Bien boliviano: una apuesta por la complementariedad de los opuestos, el tercero incluido y la relacionalidad”, en *Buenos (con)vivires en Ecuador y Bolivia*, ed. por Bernardo Hernández-Umaña y Carmen Duce Díaz, (Valladolid y Bogotá: Universidad de Valladolid y Universidad Santo Tomás, 2020a), 63-74. Cfr. Alberto Acosta, “El Buen Vivir en el camino post-desarrollo, una lectura desde la Constitución de Montecristi”, *Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS Policy Paper 9* (2010): 5-43. <https://bit.ly/414VNxV>; Cfr. Karen Añaños Bedriñana y Bernardo Alfredo Hernández Umaña, “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra lectura, desde el Buen Vivir”, *Revista de Paz y Conflictos* 12(1), (2019): 251-264. doi: <https://doi.org/10.30827/revpaz.v12i1.9507>; Cfr. Karen Añaños Bedriñana, Bernardo Alfredo Hernández Umaña y José Antonio Rodríguez Martín, “Living Well” in the Constitution of Bolivia and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Reflections on Well-Being and the Right to Development”, *International Journal of Environmental Research and Public Health* 17(8): (2020a): 2870-2895. doi: <https://doi.org/10.3390/ijerph17082870>

²⁴ Cfr. José María Enríquez Sánchez y Gabriela Carolina Chiriboga, “La propuesta política del Buen Vivir en Ecuador”, en *Buenos (con)vivires en Ecuador y Bolivia*, edit. por Bernardo Alfredo Hernández-Umaña y Carmen Duce Díaz (Valladolid y Bogotá: Universidad de Valladolid y Universidad Santo Tomás, 2020), 15-30.

²⁵ Cfr. Douglass North, Daron Acemoglu, Francis Fukuyama y Dani Rodrik, “Governance, Growth, and Development Decision-making”, World Bank, Washington, D.C., 2008. <https://bit.ly/40JjqMI>

²⁶ Cfr. Cristina Zurbriggen y Emiliano Travieso, “Hacia un nuevo Estado desarrollista: desafíos para América Latina”, *Perfiles Latinoamericanos*, 47(24), (2016): 259-281. <https://doi.org/10.18504/pl2447-004-2016>

²⁷ Cfr. Johan Galtung, *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization* (Oslo: PRIO, 1996).

como lo expresa Pablo Font en su último libro²⁸ y derivadamente de los efectos colaterales de estas, es que tienen en cuenta al ambiente natural. Al verse reducida la posibilidad de maniobra y retroacción para frenar los desenlaces que el modelo de desarrollo hegemónico extractivista impone. Es lo que Vandana Shiva²⁹ llama el mal desarrollo, porque es cruel, explota, excluye y esclaviza al hombre por el hombre y a la naturaleza.

Además, como consecuencia de dicho accionar se generan conflictos armados entre los pueblos y las naciones del mundo como lo señala Pere Ortega³⁰, y parte de esta radiografía la señala el último informe de Global Witness³¹ registrando 200 asesinatos de defensores y defensoras de la tierra y el medioambiente a causa de la ocupación de territorios, que son usufructuados para continuar con los extractivismos que alimentan una economía de mercado del usar y tirar, meramente instrumental que enajena consciencias y mantiene en el sin sentido del sufrimiento a seres humanos y naturaleza, con la explotación forestal, minería y agroindustria a gran escala produciendo el desplazamiento de campesinos, pueblos indígenas y afrodescendientes. Aunado a ello, el funcionamiento de grupos armados al margen de la ley y al servicio de poderes paraestatales en algunas oportunidades transnacionales también, contribuyen al mantenimiento de dispositivos y mecanismos que obstaculizan la gestión de los conflictos dejando la resolución de estos en un *statu quo*.

De otra parte, Tobías Ide³² señala los riesgos que la paz ambiental traería consigo en seis puntos que se mencionarán a continuación: a) que se le diera prioridad a los asuntos ambientales por encima de las cuestiones sociales, políticas y económicas que mantienen la violencia estructural que es una de las que conduce a los conflictos (armados); b) paralelamente, podrían generarse desplazamientos forzados que continuarían fragmentando a la sociedad, incrementando la pobreza y los desequilibrios socioambientales en los territorios; c) agrega que de no garantizarse una justa distribución y reparto de la tierra entre los pueblos indígenas y ancestrales se estaría causando una discriminación en relación a quienes han llegado a ocupar y explotar muchos de los territorios de los que no son legítimos tenedores ni dueños; d) las bondades del extractivismo que prometen progreso y bienestar, de la mano con las facilidades otorgadas dentro de la legalidad y la indiferencia manifiesta ante las actividades ilegales

²⁸ Cfr. Pablo Font Oporto, *La batalla por el colapso. Crisis ecosocial y élites contra el pueblo* (Granada: Comares, 2022).

²⁹ Cfr. Vandana Shiva, *Abrazar la vida Mujer, ecología y supervivencia*, Trad. Instituto del Tercer Mundo-Montevideo por AE. Guyer y B. Sosa Martínez (Madrid: horas y HORAS, 1995).

³⁰ Cfr. Pere Ortega, *Economía (de guerra)*, (Barcelona: Icaria Editorial, 2018).

³¹ Véase el último informe de Global Witness. *Informe: Una década de resistencia. Diez años informando sobre el activismo por la tierra y el medio ambiente alrededor del mundo*, Septiembre 2022, Londres. <http://bit.ly/414rMhF>

³² Cfr. Tobías Ide. *La construcción de la paz ambiental. Documento de trabajo 1-2021* (Bogotá: Instituto Colombo-Alemán para la Paz – ICAPAZ, 2021). <https://bit.ly/3zDc2qs>

Cfr. Tobías Ide “The dark side of environmental peacebuilding”. *World Development* (127) [104777], (2020): 1-9. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2019.104777>

para la explotación de recursos naturales en los territorios, conlleva más pobreza, desigualdad, violaciones de derechos humanos y conflictos socioambientales que implican la participación de grupos armados al margen de la ley al querer hacerse por el control territorial y sacar provecho de los mismos; e) también menciona que todos estos desequilibrios en la balanza de la paz ambiental, comportan una pérdida de la confianza ciudadana con el Estado, toda vez que el papel que este último debe desempeñar lo están haciendo organizaciones que pertenecen al tercer sector y; f) por último manifiesta su inconformidad con la idea de la cooperación ambiental, pues argumenta que no es más que un dispositivo para hacer más eficiente la extracción y depredación de los recursos naturales.

Dicho esto, se reitera que los supuestos que plantea Ide, cobran relevancia para el desarrollo de lo que se explicará en lo que sigue de este artículo, en dos sentidos: el primero, tiene que ver con que todavía no se define la categoría de paz ambiental, aún sigue siendo descriptiva, con ausencia de un fundamento epistemológico que contribuya a la configuración de un marco teórico que permita su conceptualización. Para una buena práctica también se necesita una buena teoría. y; el segundo aspecto, tiene relación con el primero, en tanto depende del lugar de enunciación del cual se está haciendo tal caracterización, en este caso como se ha presentado, se hace desde la perspectiva antropocéntrica.

De otro lado, en el escenario biocéntrico, la paz ambiental, se refleja en las prácticas y saberes ancestrales de los pueblos indígenas, que han hecho presencia e integrado plenamente la relación naturaleza y ser humano, en especial, del Buen Vivir³³/Vivir Bien³⁴ andino, que para el primer caso es conocido como “vida en plenitud”, que se concibe en el sistema comunitario³⁵ y; en el segundo, también se comparte como “la vida en plenitud”, explicándose como buena existencia en armonía y equilibrio, con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia y con toda forma de existencia en permanente respeto. De esta forma, quien sabe existir, bajo esta cosmovisión, entiende que, antes de vivir en comunidad, debe primero estar en armonía, consigo mismo, para luego saber convivir. En esa línea, como lo menciona Fernando Huanacuni³⁶ no se puede estar bien, si los demás están mal, o si se daña a la Madre Naturaleza. Toda vez que el deterioro de una especie es el deterioro del conjunto³⁷.

³³ En Ecuador, “Buen vivir”, traducido en quechua (*Kichwa*), se le conoce como *Sumak Kawsay*.

³⁴ En Bolivia, “Vivir Bien”, en lengua aymara, significa *Suma Qamaña*. Vivir Bien, en lengua guaraní, significa *Nandareko*, y en quechua, *Sumak Kawsay*.

³⁵ Cfr. Luis Macas, “Sumak Kawsay. La vida en plenitud”, en *Sumak Kawsay Yuyay Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*, ed. por Antonio Luis Hidalgo Capitán, Alejandro Guillén García y Nancy Deleg Guazha (Huelva: Centro de Investigación en Migraciones – CIM de la Universidad de Huelva, 2014), 169-176. <https://bit.ly/40ISWFj>

³⁶ Cfr. Fernando Huanacuni, *Buen Vivir / Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas* (Lima: Editorial CAO, 2010).

³⁷ Cfr. Simón Yampara, “Cosmovivencia Andina. Vivir y convivir en armonía integral – Suma Qamaña”, *Bolivian Studies Journal / Revista de Estudios Bolivianos*, (18), (2011): 1-22. <https://doi.org/10.5195/bsj.2011.42>

Cfr. Choquehuanca. *Hacia la reconstrucción del Vivir Bien. América Latina en Movimiento*, ...

De este modo, cabe aclarar que el Vivir Mejor no es igual al Vivir Bien. El primero, funciona en la lógica del imperialismo cultural de Occidente que representa la competencia, el poderío, la acumulación material y la exclusión, que a su vez produce sociedades desiguales, desequilibradas, consumistas, individualistas, insensibilizadas, y antropocéntricas³⁸. Mientras, que el paradigma del Vivir Bien implica vivir en comunidad, en hermandad y, especialmente, en complementariedad. Es una vida comunal, armónica y autosuficiente. En esencia, Vivir Bien significa complementar y compartir sin competir, vivir en armonía entre las personas y con la naturaleza. Todo esto, es la base para la defensa de la naturaleza, de la vida misma y de toda la humanidad, pues existe una integración³⁹ entre ser humano y naturaleza y, por tanto, existe una interdependencia entre el todo y todos⁴⁰, estos mismos argumentos se emplearon en el informe consagrado en el documento A/72/175 del Secretario General de las Naciones Unidas.

Señalado lo anterior, se mencionan algunos aspectos considerados como relevantes a fin de que la paz ambiental empiece a tener un fundamento epistemológico y posterior conceptualización. En este sentido, partiéndose de la premisa que para hablar de paz ambiental, implica hacer un giro biocéntrico que también conlleva al replanteamiento del modelo hegemónico de desarrollo⁴¹ y, por tanto, es importante recordar a Teilhard de Chardin⁴² con la complejidad de la consciencia que al organizarse permite el desenvolvimiento de las relaciones que se configuran en la Tierra y en el macrocosmos y, también, a Edgar Morin⁴³ con el pensamiento complejo y sus tres principios; a) dialógico⁴⁴, b) recursivo organizacional⁴⁵ y c) hologramático⁴⁶ que constituyen un insumo relevante en el

Cfr. Xavier Albó, "Suma Qamaña = convivir bien. ¿Cómo medirlo?" en *Vivir Bien: ¿Paradigma no capitalista?* coord. por Ivonne Farah y Luciano Vasapollo (La Paz: Plural Editores, 2011), 133-144.

³⁸ Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Montevideo: Ediciones Trilce / Universidad de la República, 2010). <https://bit.ly/3MjdvK3>

³⁹ Cfr. Añaños Bedriñana y Hernández Umaña, "Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra lectura, desde el Buen Vivir", ...

⁴⁰ Cfr. Huanacuni, *Buen Vivir / Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, ...

⁴¹ Cfr. Bernardo Hernández Umaña, "Una mirada desde el desarrollo complejo", en *Progreso y bienestar. De las ideas sobre el progreso social a las políticas públicas de bienestar (y su declive)*, ed. por José M. Enríquez, Carmen Duce, Luis, Miguel, Andrea Leiva, Hernando Sáenz (Bogotá / Valladolid: Ediciones USTA / Ediciones Universidad de Valladolid, 2020b), 87-97.

⁴² Pierre Teilhard de Chardin, *El fenómeno humano*, Trad. Prólogo y notas de M. Crusafont Pairó, Sexta edición (Madrid: Taurus Ediciones, 1955).

⁴³ Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo* (Barcelona: Gedisa, 2007).

⁴⁴ Este principio se explica con la relación que se establece entre los opuestos/diferentes, por eso es dialógico, que en nuestro caso se aplica para la interacción que debe comprenderse, hacerse y mantenerse para el logro de una armonía entre humanidad y Naturaleza, lo cual lleva implícito el reconocimiento de esta última por parte del ser humano.

⁴⁵ Aquí se configura una comprensión de causa-efecto, de la misma manera que lo hace el búmeran, todo aquello que se hace al otro regresa de la misma manera o amplificado, de la misma manera como estamos viendo las consecuencias de las acciones humanas en la Tierra.

entramado de esta configuración que inevitablemente convoca al reconocimiento de la otredad, siguiendo los pasos de Todorov⁴⁷, pero también ampliando dicho reconocimiento a los seres vivos no humanos, en sintonía con los supuestos del Buen Vivir / Vivir Bien andinos, que hacen un llamado a revisar las acciones, pensamientos, sentimientos y palabras con las que reconocemos y reconocemos al otro⁴⁸, para vivir en comunidad, dentro de lo común y en unidad⁴⁹. Esta, noción se desarrollado más en otros escenarios, y es lo que hemos llamado paz compleja⁵⁰.

Además, es menester articular la dialéctica del medio de François Ost⁵¹, que propone la necesidad de establecer los vínculos y los límites entre humanidad y naturaleza, distinguiendo sin separar y uniendo sin confundir. Lo cual, conlleva una comprensión que incluye y reconoce la diferencia desde una perspectiva dialéctica que intenta acercar los opuestos como lo hace Morin⁵² con su principio dialógico. Pero, también se debe agregar que Vandana Shiva⁵³, hace su aporte a esta configuración que intenta mostrar en provecho de las relaciones entre humanidad y naturaleza, se trata de la unidad dialéctica, esto es en el entramado de lo masculino y lo femenino, que define como el principio femenino, vinculado con la fuente creadora y, por tanto, con la Madre Tierra, matizado desde su cosmogonía india.

En consecuencia, todos estos aspectos mencionados, apuntan al entendimiento de las relaciones inescindibles de interdependencia entre seres vivos no humanos y humanos, a los que debe prestársele la correspondiente atención, lo cual implica, por supuesto, que la paz compleja tenga una mirada ampliada en la paz ambiental, pues se debe partir de un real reconocimiento de derechos a la naturaleza, como lo ha hecho, verbigracia, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-622 de 2016⁵⁴, decisión que hace parte de la

⁴⁶ Teniendo en cuenta los anteriores principios, en este último se resalta la relación que se estrecha con la comprensión del todo (Naturaleza) está en la parte (Humanidad) y la parte (Humanidad) está en el todo (Naturaleza).

⁴⁷ Cfr. Tzvetan Todorov, *La Conquista de América. El problema del otro* (México: Editorial Siglo XXI, 1998).

⁴⁸ Esto incluye al ser vivo no humano.

⁴⁹ Cfr. Jiddu Krishnamurti, *Aprender es vivir, Cartas a las Escuelas*, Trad. A. Clavier, (Cartas 1 a 55), (Madrid: Gaia Ediciones, 2008); Cfr. Jiddu Krishnamurti, *Un nuevo enfoque de la vida*, Charla transmitida por la “All-India Radio” de Madrás, el 16 de octubre de 1947 (México: Editorial Krishnamurti, 1954).

⁵⁰ Cfr. Bernardo Alfredo Hernández-Umaña, “Paz ambiental desde una perspectiva compleja”, en *El derecho a la paz y sus desarrollos en la Historia*, ed. por María de la Paz Pando y Elizabeth Manjarrés (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022), 229-241. Cfr. Bernardo Alfredo Hernández-Umaña, “Capacidades artísticas para la paz y el desarrollo complejos: un reto para la cooperación internacional”, en *Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales: un mundo en cambio acelerado, una disciplina para entender y actuar*, ed. por Claudia Rodríguez y Rafael Grasa (Bogotá: Sello Editorial UNAD, 2021a), 165-180.

⁵¹ François Ost, *Naturaleza y Derecho, para un debate ecológico en profundidad*, trads. JA Irazabal y J. Churruca (Madrid: Ediciones Mensajero, 1996).

⁵² Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, ...

⁵³ Shiva, *Abrazar la vida Mujer, ecología y supervivencia*, ...

⁵⁴ Sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia. <https://cutt.ly/IxeTEef>

denominada “jurisprudencia de la Tierra”, resaltando el giro biocéntrico que hizo este alto tribunal, al reconocer como sujeto de derechos al río Atrato a partir de un análisis detallado in situ de la situación presentada con las devastadoras acciones humanas de explotación minera que en el cauce y afluentes del río se estaban haciendo, con claro perjuicio para este ecosistema y para las comunidades étnicas e indígenas que habitan allí⁵⁵.

En efecto, este logro tuvo lugar también a partir de la noción emergente en el campo de los nuevos derechos⁵⁶ denominada como derechos bioculturales⁵⁷, que permite reconocer como sujeto de derechos a la naturaleza, y a los seres humanos. En el primero, se logró demostrar que dicho ecosistema estaba siendo afectado por acciones humanas, con pérdida a gran escala de diversidad biológica amenazando la vida del ecosistema, y, en el segundo, la interdependencia e interacción de las comunidades étnicas que establecieron un vínculo con el territorio para su pervivencia y desarrollo cultural, en relación con las diferentes formas de vida en plena armonía con la naturaleza. Asignándoles a estos pueblos la responsabilidad de ser guardianes del río Atrato como sus protectores y cuidadores ante cualquier amenaza que les suponga un peligro a su existencia. Lo cual se constituye en un desafío que invita a la deconstrucción del paradigma hegemónico al ampliar la consideración jurídica de otras formas de vida.

Otro avance significativo y, en la misma línea de lo anterior, tiene que ver la declaración que hizo la Unidad de Investigaciones y Acusación (UIA) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia, el 5 de junio de 2019, en comunicado de prensa, conmemorando el día internacional del medioambiente en el que reconoció como víctima silenciosa al medio ambiente. Dicho organismo razonó su decisión⁵⁸, habida cuenta de las “múltiples acciones que, de manera intencional, accidental o negligente han ocasionado daños y alteraciones sobre

⁵⁵ Bernardo Alfredo Hernández-Umaña, “Desarrollo complejo y derechos bioculturales de las comunidades étnicas e indígenas: sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia”, en *El desarrollo humano y la protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables*, ed. por Karen Añaños (Madrid: Dykinson, 2021b), 63-75.

⁵⁶ Cfr. David Bondía, “La revolución de los derechos humanos emergentes: el inicio del quinto gran proceso histórico”, en *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, ed. por Miguel Revenga y Patricia Cuenca, (Madrid: Dykinson, 2015), 139-190.

⁵⁷ Cfr. Kabir Bavikatte y Tom Bennett. “Community stewardship: the foundation of biocultural rights”, *Journal of Human Rights and Environment*, 6(1): (2015), 7-29. doi: <https://doi.org/10.4337/jhre.2015.01.01>; Cfr. Cher Chen y Miguel Gilmore, “Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities”, *The International Indigenous Policy Journal*, 6(3) (2015): 1-17. <https://bit.ly/40JMPXl>; Cfr. César Rodríguez, Diana Rodríguez y Helena Durán. *La paz ambiental: Retos y propuestas para el posacuerdo* (Bogotá. Documentos Dejusticia 30, 2017). <https://bit.ly/40YzKcs>; Cfr. Natalia Ramírez Hernández y Wilmer Leguizamón, “La naturaleza como víctima en la era del posacuerdo colombiano” *El Ágora, USB*, 20(1), (2020): 259-273. <https://doi.org/10.21500/16578031.4296>; Cfr. Hernández, Desarrollo complejo y derechos bioculturales de las comunidades étnicas e indígenas: sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia...

⁵⁸ Cfr. Jurisdicción Especial para la Paz, JEP, “Reconoce como víctima silenciosa el medio ambiente”, Boletín de prensa, comunicado 009. Unidad de Investigación y Acusación de la JEP, 5 de junio de 2019. <https://bit.ly/3DYNtpe>

los ciclos naturales de los ecosistemas, con efectos temporales o permanentes”, con ocasión al conflicto armado colombiano y, por tanto, en cumplimiento del compromiso establecido en el Acuerdo Final de Paz de la Habana han iniciado todas las “acciones dirigidas a proteger el medio ambiente y respetar la naturaleza y sus recursos renovables y no renovables”, como en efecto ocurre con el caso 002 que abrió la JEP⁵⁹ ante la alarmante pérdida de bosques y la dinámica de cultivos de uso ilícito en los municipios de Tumaco, Barbacoas y Ricaurte en Nariño por la deforestación ocurrida entre 1990 y 2017.

En definitiva, estos ejemplos, muestran las posibilidades que existen desde la configuración de la paz ambiental por reivindicar nuevos escenarios de reflexión y acción en la relación inescindible entre humanidad y naturaleza. Esto quiere decir, que hay camino por abrir y recorrer para que cada vez decisiones como la de la Corte Constitucional colombiana, la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP y las de la jurisprudencia de la Tierra vayan ampliando este horizonte de sentido y vínculo que reconoce derechos a la naturaleza y, por tanto, es imperativo recuperar una consciencia y cultura por el respeto de la vida entre los seres que cohabitan este planeta y sobre todo que se logre incidir en la reflexión teórica para que tanto los tomadores de decisiones en el ámbito de lo político, las iniciativas legislativas y los estamentos encargados de proferir decisiones judiciales consideren entre los fundamentos y motivaciones a la paz ambiental desde una perspectiva biocéntrica.

Conclusiones y recomendaciones

De la Declaración de Sharm El-Sheikh se han tomado cinco aspectos importantes, que a pesar de su lugar de enunciación han aportado al análisis y la reflexión de cara a la configuración de la paz ambiental, para avanzar hacia el restablecimiento de una relación armónica entre ser humano y naturaleza, a saber; a) *la relación discursiva pero no materializada*; b) *el no cuestionamiento del modelo de desarrollo hegemónico*; c) *la educación y concienciación para hacer las paces con la Naturaleza*; d) *la participación*; y e) *la Jurisprudencia de la Tierra*.

Un aspecto relevante que no puede dejar de mencionarse, es el de fomentar y apostar firmemente por la investigación en estos ámbitos con las universidades y otras instituciones, con trabajos inter y transdisciplinarios, sin obviar el enfoque inclusivo, igualitario, de género y de derechos humanos, lo que permitiría una mejor interacción entre los diferentes actores sociales que integran este sistema mundo, y que reivindican el reconocimiento de otras subjetividades y derechos para la naturaleza. Qué entre otras cosas, contribuirá para fundamentar teóricamente decisiones judiciales, iniciativas legislativas y políticas públicas que

⁵⁹ Cfr. Jurisdicción Especial para la Paz, JEP, “Caso 02: Prioriza la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño)”. <http://bit.ly/3zAh6LY>

en última instancia, aspiran a la configuración de sociedades menos violentas, que anhelan hacer la paz con la naturaleza, por tanto, la paz ambiental.

De esta forma, se debe reiterar en los términos del informe del Secretario General de las Naciones Unidas, que regresar a nuestros orígenes implica hacer un giro biocéntrico para construir otras racionalidades que permitan entender que ésta, no es proveedora de recursos ilimitados, sino la base de la vida misma. Y, permita recordar el vínculo inescindible e interdependiente que existe entre humanidad y naturaleza, configurador de una visión del mundo centrada en la Tierra, con prácticas ancestrales como las que los pueblos y comunidades indígenas han mantenido en completa armonía con la naturaleza. Por ello, se insiste en la importancia de los planteamientos que desde el Buen Vivir / Vivir Bien andinos han aportado al repensar, alternativas que permitan superar el modelo hegemónico de desarrollo que no tiene en cuenta a la naturaleza como un sujeto de derechos, sino como un objeto, que sirve de instrumento y recurso para ser explotado a satisfacción de las necesidades humanas, que en algunos casos son superfluas y creadas por el mismo sistema económico del que se alimenta, que es generador de conflictos en las diferentes tipologías de violencias entre humanos y con el medio natural.

Finalmente, hablar de paz ambiental cobra sentido, pero no desde la mirada antropocéntrica que mercantiliza a la naturaleza, o que la considera poco importante ante la inminente crisis ambiental y ecológica que está enfrentando la humanidad, o que intenta restarle la atención que amerita porque es más importante la paz entre los hombres, que también con el medio natural. Por lo tanto, si se considera la perspectiva biocéntrica de la paz ambiental, se rescatará la relación simbiótica que existe entre humanidad y naturaleza, e inclusive contribuirá a la fundamentación epistemológica que antes se ha explicado, con miras a suscitar los escenarios posibles para su conceptualización, que en todo caso deberá contener el reconocimiento de subjetividades no humanas, y en consecuencia, la defensa de los derechos de la naturaleza que se han reclamado desde los saberes ancestrales que poseen los pueblos indígenas originarios y comunidades étnicas. Se trata entonces de avanzar hacia una justicia interespecie, piedra angular para la realización de los derechos humanos y de los seres vivos no humanos.

Referencias bibliográficas

- Acosta, Alberto. “El Buen Vivir en el camino post-desarrollo, una lectura desde la Constitución de Montecristi”. *Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS Policy Paper* 9 (2010): 5-43. <https://bit.ly/414VNxV>
- Albó, Xavier. “Suma Qamaña = convivir bien. ¿Cómo medirlo?” En *Vivir Bien: ¿Paradigma no capitalista?*, coordinado por Ivonne Farah y Luciano Vasapollo, 133-144. La Paz: Plural Editores, 2011.

- Alimonda, Héctor. “La colonialidad de la naturaleza. Una aproximación a la Ecología Política Latinoamericana”. En *La Naturaleza Colonizada. Ecología política y minería en América Latina*, coordinado por Héctor Alimonda, 21-58. Buenos Aires: CLACSO, Ediciones CICCUS, 2011.
- Añaños Bedriñana, Karen. “Mecanismos para la protección de la propiedad intelectual de la medicina tradicional de los pueblos Indígenas en Latinoamérica”. *Revista Electrónica Iberoamericana* 2(15), (2021): 105-134.
- Añaños Bedriñana, Karen; Hernández-Umaña Bernardo, Alfredo; Rodríguez Martín José Antonio. “Living Well” in the Constitution of Bolivia and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Reflections on Well-Being and the Right to Development. *International Journal of Environmental Research and Public Health* 17(8), (2020a): 2870-2895. doi: <https://doi.org/10.3390/ijerph17082870>
- Añaños Bedriñana, Karen y Hernández-Umaña, Bernardo Alfredo. “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra lectura, desde el Buen Vivir”. *Revista de Paz y Conflictos* 12(1), (2019): 251-264. doi: <https://doi.org/10.30827/revpaz.v12i1.9507>
- Ávila Santamaría, Ramiro. “El derecho de la Naturaleza. Fundamentos”. En *Los derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus derechos*, editado por Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández, 35-73. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La utopía del oprimido: Los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el Sumak Kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. México: Akal, 2019.
- Bagni, Silvia. “The rights of nature in colombian and indian case-law”. Traductor Ariza Charris. *Análisis Jurídico-Político* 4(7), (2022): 99-123. doi: <https://doi.org/10.22490/26655489.5519>
- Bavikatte, Kabir y Bennett, Tom. “Community stewardship: the foundation of biocultural rights”. *Journal of Human Rights and Environment* 6(1), (2015): 7-29. doi: <https://doi.org/10.4337/jhre.2015.01.01>
- Berry, Thomas. *The dream of the Earth*. San Francisco: Sierra Club, 1988.
- Bondía, David. “La revolución de los derechos humanos emergentes: el inicio del quinto gran proceso histórico”. En *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, editado por Miguel Revenga y Patricia Cuenca, 139-190. Madrid: Dykinson, 2015.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (LC/PUB.2018/8/Rev.1). Santiago: CEPAL, 2022. <https://bit.ly/3MkZxY0>

- Chen, Cher y Gilmore, Miguel. “Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities”. *The International Indigenous Policy Journal* 6(3), (2015): 1-17. <https://bit.ly/40JMPXI>
- Choquehuanca, David. “Hacia la reconstrucción del Vivir Bien”. *América Latina en Movimiento* 452 (2010): 6-13. <https://bit.ly/3Gn5tfm>
- Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Quito.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. El Alto de La Paz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 10 de noviembre). Sentencia T-622/16 (Jorge Iván Palacio, M. P.). <https://cutt.ly/IxeTEef>
- Crutzen, Paul J. y Stoermer, Eugene F. “The ‘Anthropocene’”. *Global Change Newsletter* 41 (2000): 17-18. <https://bit.ly/3nRJIDx>
- Declaración de Cambridge sobre la Conciencia Animal. *Francis Crick Memorial Conference*. “Lectura del apartado final de la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia Animal”, 2012. <https://bit.ly/3mgtUUT>
- Declaración de Sharm El-Sheikh invertir en la Diversidad Biológica para la gente y el planeta. Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica-CSB/UNEP. [CBD/COP/14/12]. Decimocuarta reunión. Sharm El-Sheikh (Egipto), 2018. <https://bit.ly/435Yr8F>
- De Sousa Santos, Boaventura. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce / Universidad de la República, 2010. <https://bit.ly/3MjdvK3>
- Dussel, Enrique. “Sistema mundo y transmodernidad. Modernidades coloniales”. En *Modernidades coloniales: otros pasados, historias presentes*, coordinado por Saurabh Dube, Ishita Banerjee Dube y Walter Dignolo, 201-226. México: El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2004.
- Enríquez Sánchez, José María y Chiriboga, Gabriela Carolina. “La propuesta política del Buen Vivir en Ecuador”. En *Buenos (con)vivires en Ecuador y Bolivia*, editado por Bernardo Alfredo Hernández-Umaña y Carmen Duce Díaz, 15-30. Valladolid y Bogotá: Universidad de Valladolid y Universidad Santo Tomás, 2020.
- Font Oporto, Pablo. *La batalla por el colapso. Crisis ecosocial y élites contra el pueblo*. Granada: Comares, 2022.
- Galtung, Johan. *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*. Oslo: PRIO, 1996.

Global Witness. *Informe: Una década de resistencia. Diez años informando sobre el activismo por la tierra y el medio ambiente alrededor del mundo*. Septiembre 2022. Londres. <http://bit.ly/414rMhF>

Hernández-Umaña, Bernardo Alfredo; Rodríguez-Rodríguez, Claudia Marcela y Enríquez-Sánchez, José María. “Reflexiones para repensar el nuevo constitucionalismo latinoamericano. La Naturaleza importa”. *Folios*, (57), (2023): 197-211. doi: <https://doi.org/10.17227/folios.57-16795>

Hernández-Umaña, Bernardo Alfredo. “Paz ambiental desde una perspectiva compleja”. En *El derecho a la paz y sus desarrollos en la Historia*, editado por María de la Paz Pando y Elizabeth Manjarrés, 229-241. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

Hernández-Umaña, Bernardo Alfredo. “Capacidades artísticas para la paz y el desarrollo complejos: un reto para la cooperación internacional”. En *Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales: un mundo en cambio acelerado, una disciplina para entender y actuar*, editado por Claudia Rodríguez y Rafael Grasa, 165-180. Bogotá: Sello Editorial UNAD, 2021a.

Hernández-Umaña, Bernardo Alfredo. “Desarrollo complejo y derechos bioculturales de las comunidades étnicas e indígenas: sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia”. En *El desarrollo humano y la protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables*, editado por Karen Añaños, 63-75. Madrid: Dykinson, 2021b.

Hernández-Umaña, Bernardo Alfredo. “El Vivir Bien boliviano: una apuesta por la complementariedad de los opuestos, el tercero incluido y la relacionalidad”. En *Buenos (con)vivires en Ecuador y Bolivia*, editado por Bernardo Hernández-Umaña y Carmen Duce Díaz, 63-74. Valladolid y Bogotá: Universidad de Valladolid y Universidad Santo Tomás, 2020a.

Hernández Umaña, Bernardo Alfredo. “Una mirada desde el desarrollo complejo”. En *Progreso y bienestar. De las ideas sobre el progreso social a las políticas públicas de bienestar (y su declive)*, editado por José M. Enríquez, Carmen Duce, Luis, Miguel, Andrea Leiva, Hernando Sáenz, 87-97. Bogotá / Valladolid: Ediciones USTA / Ediciones Universidad de Valladolid, 2020b.

Huanacuni, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Lima: Editorial CAO, 2010.

Ide, Tobías. *La construcción de la paz ambiental. Documento de trabajo 1-2021*. Bogotá: Instituto Colombo-Alemán para la Paz – ICAPAZ, 2021. <https://bit.ly/3zDc2qs>

Ide, Tobías. “The dark side of environmental peacebuilding”. *World Development* (127) [104777], (2020): 1-9. doi: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2019.104777>

- Jurisdicción Especial para la Paz – JEP. “Reconoce como víctima silenciosa el medio ambiente”. *Boletín de prensa, comunicado 009. Unidad de Investigación y Acusación de la JEP*, 5 de junio de 2019. <https://bit.ly/3DYNtpe>
- Jurisdicción Especial para la Paz – JEP. “Caso 02: Prioriza la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño)”. <http://bit.ly/3zAh6LY>
- Krishnamurti, Jiddu. *Aprender es vivir, Cartas a las Escuelas*. (Trad. Clavier A) (Cartas 1 a 55). Madrid: Gaia Ediciones, 2008.
- Krishnamurti, Jiddu. *Un nuevo enfoque de la vida*. (Charla transmitida por la “All-India Radio” de Madrás, el 16 de octubre de 1947). México: Editorial Krishnamurti, 1954.
- Macas, Luis. “Sumak Kawsay. La vida en plenitud”. En *Sumak Kawsay Yuyay Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*, editado por Antonio Luis Hidalgo Capitán, Alejandro Guillén García y Nancy Deleg Guazha, 169-176. Huelva: Centro de Investigación en Migraciones (CIM) de la Universidad de Huelva, 2014. <https://bit.ly/401SWFj>
- Maldonado, Luis. “El Sumak Kawsay / Buen Vivir/Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador”. En *Sumak Kawsay Yuyay Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*, editado por Antonio Luis Hidalgo Capitán, Alejandro Guillén García y Nancy Deleg Guazha, 193-210. Huelva: Centro de Investigación en Migraciones (CIM) de la Universidad de Huelva, 2014. <https://bit.ly/401SWFj>
- Martínez Dalmau, Rubén. “Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos”. En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editado por Liliana Estupiñán Achury, Claudia Storini, Rubén Martínez Dalmau y Fernando Antonio Carvalho Dantas, 31-47. Bogotá: Universidad Libre, 2019. doi: <https://doi.org/10.18041/978-958-5578-09-8>
- Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa, 2007.
- North, Douglass; Acemoglu, Daron; Fukuyama, Francis y Rodrik, Dani. *Governance, Growth, and Development Decision-making*. Washington, DC: The World Bank, 2008. <https://bit.ly/40JjqMI>
- Organización de las Naciones Unidas – ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que el medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano, 22 de julio de 2022. <https://bit.ly/3mk6zS9>
- Organización de las Naciones Unidas – ONU. Consejo de Derechos Humanos declara el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, 08 de octubre de 2021. <https://bit.ly/3zHg80s>

- Organización de las Naciones Unidas – ONU. Documento A/72/175. Armonía con la Naturaleza. Informe del Secretario General. Naciones Unidas, Nueva York, 19 de julio de 2017. <https://bit.ly/43dm7Ic>
- Organización de las Naciones Unidas – ONU. Resolución A/RES71/232. Armonía con la Naturaleza. Naciones Unidas, Nueva York, 21 de diciembre de 2016. <https://bit.ly/3KFUEI0>
- Organización de las Naciones Unidas – ONU. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución A/RES/70/1, aprobada por la Asamblea General, Nueva York, 25 de septiembre de 2015. <https://bit.ly/418f0ic>
- Organización de las Naciones Unidas – ONU. Convenio sobre la Diversidad Biológica – CDB. Adoptado el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro 1992. <https://bit.ly/3UgSZLX>
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 27 Junio 1989, C169. <http://bit.ly/3GoOIk2>
- Ortega, Pere. *Economía (de guerra)*. Barcelona: Icaria Editorial, 2018.
- Ost, François. *Naturaleza y Derecho, para un debate ecológico en profundidad*. (Trad. JA Irazabal y J. Churrua). Madrid: Ediciones Mensajero, 1996.
- Pollini, Barbara; Nimir, Razan y Miles, Lera. *Análisis espacial: Una herramienta para la planificación integrada del uso de la tierra para REDD+*. Resumen informativo preparado a nombre del Programa ONU-REDD. UNEP-WCMC. Cambridge: ONU, 2019. <https://bit.ly/3KFPwDK>
- Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2010. <https://bit.ly/3nOVYPC>
- Ramírez Hernández, Natalia y Leguizamón, Wilmer. “La naturaleza como víctima en la era del posacuerdo colombiano”. *El Ágora, USB* 20(1), (2020): 259-273. doi: <https://doi.org/10.21500/16578031.4296>
- Rodríguez, César; Rodríguez, Diana y Durán, Helena. *La paz ambiental: Retos y propuestas para el posacuerdo*. Bogotá: Documentos Dejusticia 30, 2017. <https://bit.ly/40YzKcs>
- Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica SCDB (2021). *2011-2020. Decenio de Las Naciones Unidas sobre la Biodiversidad*. SCDB, ONU-PNUMA, Montreal-Quebec. <http://bit.ly/43ev5F9>
- Shiva, Vandana. *Abrazar la vida Mujer, ecología y supervivencia*. (Trad. Instituto del Tercer Mundo-Montevideo por Guyer AE y Sosa Martínez B). Madrid: horas y HORAS, 1995.
- Teilhard de Chardin, Pierre. *El fenómeno humano*. (Trad. Prólogo y notas de M. Crusafont Pairó). Sexta edición. Madrid: Taurus Ediciones, 1955.

Todorov, Tzvetan. *La Conquista de América. El problema del otro*. México: Editorial Siglo XXI, 1998.

Wolkmer, Antonio Carlos; Wolkmer, María de Fátima y Ferrazzo, Debora. “Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América latina”, En *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editado por Liliana Estupiñán Achury, Claudia Storini, Rubén Martínez Dalmau y Fernando Antonio Carvalho Dantas, 71-108. Bogotá: Universidad Libre, 2019. doi: <https://doi.org/10.18041/978-958-5578-09-8>

Yampara, Simón. “Cosmovivencia Andina. Vivir y convivir en armonía integral – Suma Qamaña”. *Bolivian Studies Journal / Revista de Estudios Bolivianos*, (18), (2011): 1-22. doi: <https://doi.org/10.5195/bsj.2011.42>

Zurbriggen, Cristina y Travieso, Emiliano. “Hacia un nuevo Estado desarrollista: desafíos para América Latina”, *Perfiles Latinoamericanos* 47(24), (2016): 259-281. doi: <https://doi.org/10.18504/pl2447-004-2016>

EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA COMO UN DERECHO SOCIAL Y PROGRAMÁTICO. UNA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PENDIENTES EN EL PERÚ

The right to a dignified housing as a social and programmatic right. One of the constitutional reforms pending in Peru

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*

Resumen: El objetivo del estudio es analizar la propuesta de reforma constitucional sobre el derecho a una vivienda digna, presentada por el autor ante el Congreso de la República del Perú. Dicha propuesta se materializó a través del Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR, que busca incorporar el Derecho Fundamental a la Vivienda Digna en la Constitución Política del Perú. La intención de esta propuesta es incluir el numeral 25 en el artículo 2º de la Constitución peruana, con el fin de integrar el derecho fundamental a la vivienda digna y adecuada en el conjunto de derechos explícitamente reconocidos por la Carta Magna peruana, de manera que el Estado pueda implementar las acciones y medidas necesarias para garantizar su acceso. Así, este derecho adquiere mayor relevancia en el contexto de la pandemia de la Covid-19. En efecto, la crisis sanitaria ha expuesto aún más las desigualdades existentes y ha acentuado las dificultades de las personas más desfavorecidas y vulnerables para acceder a una vivienda adecuada y digna, por lo tanto, consolidar la propuesta de reforma constitucional se vuelve crucial para garantizar la dignidad de las personas y proteger sus derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho a la vivienda; dignidad; reforma constitucional; Constitución peruana; derechos fundamentales.

Abstract: The objective of this study is to analyze the constitutional reform proposal on the right to decent housing, presented by the author before the Congress of the Republic of Peru. This proposal was materialized through Bill No. 05839/2020-CR, which seeks to incorporate the Fundamental Right to Decent Housing in the Political Constitution of Peru. The intention of this proposal is to include numeral 25 in Article 2º of the

*Profesor de la Universidad de Lima y de la Universidad Privada Antenor Orrego–UPAO (Perú). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister 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. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de corte constitucional y derechos humanos. Congresista de la República para el periodo 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Autor del Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR, que incorpora el Derecho Fundamental a la Vivienda Digna. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9784-137X>. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com

Peruvian Constitution, in order to integrate the fundamental right to decent and adequate housing in the set of rights explicitly recognized by the Peruvian Magna Carta, so that the State can implement the necessary actions and measures to guarantee its access. Thus, this right acquires greater relevance in the context of the Covid-19 pandemic. Indeed, the health crisis has further exposed existing inequalities and has accentuated the difficulties of the most disadvantaged and vulnerable people to access adequate and dignified housing, therefore, consolidating the proposed constitutional reform becomes crucial to ensure the dignity of people and protect their fundamental rights.

Keywords: Right to housing; dignity; constitutional reform; Peruvian Constitution; fundamental rights.

Sumario: Introducción. I. La Constitución y su posibilidad de reforma. 1.1. La Constitución y su capacidad de adecuarse a las nuevas realidades. 1.2. La reforma parcial de la Constitución Política de 1993. 1.3. Reformas necesarias y pendientes por realizar por el Congreso de la República. 1.4. La reforma constitucional y el catálogo de Derechos Fundamentales en nuestra Constitución de 1993. II. Derecho a la vivienda digna en el ordenamiento jurídico peruano. 2.1. Constitución Política de 1979 y su reconocimiento al derecho a la vivienda. 2.2. Marco normativo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. 2.3. Marco jurisprudencial del Tribunal Constitucional. III. Contexto de necesidad y una demanda insatisfecha de viviendas. IV. Propuesta de reforma constitucional e inclusión del Derecho a la Vivienda Digna como un derecho social y programático. Conclusiones.

Introducción

El presente artículo tiene por objeto explicar y desarrollar la propuesta de reforma constitucional de mi autoría, presentada cuando ejercí mi labor parlamentaria¹, mediante el Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR, que incorpora el Derecho Fundamental a la Vivienda Digna; a través del cual se pretendía incluir el numeral 25 en el artículo 2º de la Constitución Política del Perú², incorporando el derecho fundamental a la vivienda digna y adecuada dentro del catálogo de derechos que nuestra Constitución reconoce de forma expresa, con la finalidad de que el Estado disponga las medidas que correspondan para garantizar su acceso.

En tal sentido, en este estudio se presenta y explica los argumentos jurídicos constitucionales que sustentaron esta propuesta que se encuentra próxima a materializarse, puesto que al haberse aprobado en una primera

¹Ver: <https://www.congreso.gob.pe/congresistas2016/LuisRoel/>

²Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR, Proyecto de Ley que incorpora el Derecho Fundamental a la Vivienda Digna, presentado el 22 de julio de 2020. Disponible en <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/a58ffa1429d6632e052578e100829cc1/ab375a10170b5e71052585ae0068b314?OpenDocument>

votación en el Congreso de la República el siguiente paso será que se plantee la consulta popular a través del referéndum.

A fin de conseguir el objetivo planteado, el presente trabajo parte de la premisa de temas relacionados con el modelo de Estado Constitucional en que nos encontramos en la actualidad, la condición de norma jurídica suprema de nuestra Constitución Política y la posibilidad de reforma que posee con sus límites constitucionales. Asimismo, se desarrollará el antecedente constitucional del derecho a la vivienda digna, su marco normativo internacional, y el contenido constitucional establecido por el Tribunal Constitucional del Perú a través de su jurisprudencia vinculante. Y, por último, la presente investigación jurídica detalla la necesidad que motivó la propuesta normativa de reforma constitucional que aspiraba a la inclusión de este derecho fundamental en nuestra Constitución Política.

Finalmente, cabe indicar que esta es una propuesta legislativa que en la actualidad tiene mayor relevancia en nuestro Estado, dado que la pandemia de la Covid-19 ha empeorado la situación económica de la mayoría de los peruanos, siendo una consecuencia de ello el encarecimiento de alquiler y adquisición de una vivienda, dentro de condiciones que permitan el desarrollo de sus actividades con los servicios mínimos que aseguren una vida digna.

I. La Constitución y su posibilidad de reforma

1.1. La Constitución y su capacidad de adecuarse a las nuevas realidades

Para empezar este artículo consideramos importante establecer que el Constituyente eligió para el Estado peruano un modelo de Estado Constitucional de Derecho. Ciertamente, este modelo estatal se encuentra determinado en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú³, donde establece que esta Norma Fundamental es la norma suprema dentro de nuestro Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC), en cuanto Supremo Interprete de nuestra Constitución⁴, ha declarado que: La Constitución de 1993 ostenta una supremacía

³Constitución Política.

“Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

⁴Cabe señalar que esta denominación de Supremo Intérprete de nuestra Constitución se encuentra expresamente determinada en la siguiente normativa específica del Tribunal Constitucional:

– Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.º 28301 y modificatorias.

“Artículo 1°.- Definición

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

normativa que abarca dos aspectos fundamentales. En primer lugar, en su vertiente objetiva, la Constitución se sitúa como la máxima autoridad dentro del ordenamiento jurídico, tal como lo establece el artículo 51°. En segundo lugar, encontramos la vertiente subjetiva, la cual establece que ningún acto de los poderes públicos, de acuerdo con el artículo 45°, ni de la colectividad en general, según el artículo 38°, puede legítimamente vulnerarla⁵.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que este modelo de Estado Constitucional de Derecho se exterioriza como un modelo estatal que va más allá del paradigma legal establecido por el Estado Legal de Derecho, sustentado en el principio de legalidad, puesto que este modelo evolucionado del Estado busca no sólo el respeto irrestricto de las leyes, sino que, además, que la Constitución sea la norma jurídica suprema que vincule a todos los poderes públicos y privados, dotando a la misma de una supremacía incuestionable.

En este mismo sentido, al asumir dicho modelo de Estado, se determina a su vez que la Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, es así como el Tribunal ha determinado que: La transición del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho implicó una serie de cambios significativos. Uno de ellos fue abandonar la concepción de la Constitución como una mera norma política sin fuerza jurídica vinculante. Anteriormente, se la consideraba simplemente como un conjunto de disposiciones orientativas para los poderes públicos. Sin embargo, se consolidó la doctrina que establece que la Constitución es también una Norma Jurídica con contenido normativo, capaz de establecer obligaciones tanto para los poderes públicos como para los actores privados y para la sociedad en su conjunto⁶.

Acorde a lo expresado por nuestro TC, la Constitución Política del Perú se erige como la norma fundamental que da sentido al Estado, teniendo como premisa fundamental el respeto irrestricto a los derechos fundamentales reconocidos en ella. Es así como la Constitución se transforma en la norma suprema que dota de sentido a las demás normas que se encuentran en el sistema, procurando así que las normas de menor rango no transgredan o desobedezcan lo señalado en su texto.

En esta misma línea de argumentación, podemos afirmar que la Constitución es la norma suprema de nuestro Estado, no solo porque es un elemento básico del modelo estatal asumido por el constituyente para nuestro

– Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC y modificatorias.

“Artículo 1°.- Control e interpretación constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

⁵STC. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6.

⁶STC. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 3.

país, sino porque, además, es la norma que representa la voluntad popular. Al respecto, nuestro TC ha señalado que, en efecto, afirmar que hay actos de alguna entidad estatal que no pueden ser sometidos a control constitucional implica sostener, de manera enfática, que en dichos ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica para convertirse nuevamente en una mera referencia política sin poder vinculante sobre el ejercicio del poder. Requerir que el Tribunal Constitucional adopte esta postura equivale a solicitar que abdique de su función de guardián de la Constitución, una responsabilidad que le ha sido confiada por el Poder Constituyente (según el artículo 201° de la Constitución). Es importante entender que esta tentativa, como es fácil de comprender, nunca será aceptada por este órgano colegiado⁷.

Por lo tanto, se puede afirmar que la Constitución como norma suprema y fundamental tiene una calidad de perenne en el tiempo, solo pudiendo ser reformada por el poder constituyente y no por los poderes constituidos (entre los cuales se encuentra el Congreso de la República), salvo que estas reformas sean solo parciales, como detallaremos a continuación.

1.1. La reforma parcial de la Constitución Política de 1993

Siguiendo con la línea argumentativa iniciada en este estudio, debemos afirmar que el Supremo Interprete de la Constitución ha determinado que nuestra Norma Fundamental puede modificarse, pero solo de forma parcial y en materias que no desnaturalicen su obra, esto es, la Constitución misma. Estos límites que determina el TC se realizan a partir de la interpretación del artículo 206° de nuestra Constitución, que establece el marco normativo constitucional para realizar la reforma constitucional. Esta disposición constitucional establece que: Para llevar a cabo cualquier reforma constitucional, es necesario cumplir con ciertos requisitos. En primer lugar, debe ser aprobada por el Congreso mediante una mayoría absoluta del número legal de sus miembros y posteriormente ratificada a través de un referéndum. Sin embargo, existe una excepción en la cual el referéndum puede ser omitido. Esto sucede cuando el acuerdo del Congreso se logra en dos legislaturas ordinarias consecutivas con una votación favorable, en ambos casos, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. Por ende, es importante resaltar que el Presidente de la República no tiene la facultad de observar la ley de reforma constitucional. La iniciativa para llevar a cabo una modificación de la Constitución puede partir tanto del Presidente de la República, con la aprobación del Consejo de Ministros, como de los congresistas o de un número de ciudadanos equivalente al 0.3% de la población electoral. En todos los casos, se requiere contar con firmas verificadas por la autoridad electoral.

⁷STC. Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 7.

Ahora, sobre la revisión establecida en el artículo 206° de la Constitución Política del Perú, advertimos que existen dos modalidades a través de las cuales se puede realizar la reforma de la Constitución, una aprobación íntegramente realizada por el Congreso de la República y otra conjuntamente entre este último y la ciudadanía, esto es: 1) A través de la votación superior a los dos tercios del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con lo cual puede hacerse o no referéndum; o, 2) A través de la votación por mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso y ratificado mediante referéndum.

De la misma forma, esta disposición constitucional determina quiénes son las personas que pueden promover la reforma de la constitución: 1) El Presidente de la República, con aprobación del Consejo de ministros; 2) Cualquiera de los Congresistas de la República; y, 3) El cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Al respecto, se había hecho mención al inicio del presente apartado que existen unos límites a la reforma constitucional establecidos por el TC, cuya jurisprudencia ha determinado que solo se puede hacer de forma parcial y solo sobre elementos no esenciales de la Constitución, es decir, que no modifiquen la esencia de la obra del poder constituyente.

En razón a estos límites, y en específico del primero de ellos a los que hemos hecho mención, el TC ha indicado que: La cuestión de los límites en relación con la reforma constitucional se encuentra estrechamente ligada al poder constituyente, que en nuestro caso fue ejercido por el 'Congreso Constituyente Democrático' (*sic*). También se relaciona con el poder revisor, que recae en el Congreso nacional, y las características que los diferencian. El poder constituyente posee la calidad de soberano y una vez que la Constitución surge de esa soberanía, se transforma en un poder jurídico. Por su parte, el poder revisor, al ser un poder creado y limitado, tiene la facultad de revisar la Constitución y realizar los cambios necesarios a lo largo de la vida constitucional, en función de la realidad que regula. Sin embargo, no puede destruir la Constitución ni mucho menos vulnerar su esencia, también conocida como 'contenido fundamental'⁸.

En cuanto con la segunda restricción establecida por el TC, sobre los límites a los contenidos inmodificables que posee nuestra Norma Fundamental, éste ha declarado que: Los límites que caracterizan al órgano encargado de realizar la reforma constitucional pueden clasificarse en dos categorías: límites formales y límites materiales. Los límites formales hacen referencia a los requisitos objetivamente establecidos por la Constitución que deben cumplirse para que una

⁸STC. Exps. N.º 0050-2004-AI/TC; N.º 0051-2004-AI/TC; N.º 0004-2005-PI/TC; N.º 0007-2005-PI/TC y N.º 0009-2005-PI/TC, fundamento jurídico 21.

reforma pueda llevarse a cabo. Por otro lado, los límites materiales se refieren al contenido mismo de la Constitución. Estos límites no se refieren a restricciones de tipo procedimental, sino que tienen una importancia aún mayor: implican la existencia de parámetros de identidad o esencia constitucional que son inalterables, es decir, no pueden ser modificados mediante ningún proceso de reforma⁹.

Continuando con este mismo sentido argumentativo, y a modo de conclusión, citamos lo expuesto por el propio TC, respecto a la reforma constitucional, indica que: El Congreso de la República, como se ha explicado previamente, es uno de los órganos encargados de llevar a cabo la reforma parcial de la Constitución, y esta competencia está establecida en el artículo 206° de la Carta Magna. Es importante destacar que la capacidad para realizar reformas parciales en la Constitución no implica la atribución de un poder constituyente originario, sino que se trata de una manifestación del poder constituyente derivado. Por lo tanto, el Congreso es un poder constituido y está sujeto a un régimen especial de limitaciones que abarcan aspectos procedimentales, formales y materiales¹⁰.

De esta forma, podemos aseverar, a partir de lo expuesto, que existe la posibilidad de modificar la Constitución a través del procedimiento de reforma constitucional, donde lo que se busca es actualizar y mantener vigente a la Constitución coherentemente con la realidad en la que se desenvuelve, no siendo la reforma un camino para eliminar o desaparecer la misma Norma Fundamental.

1.2. Reformas necesarias y pendientes por realizar por el Congreso de la República

Consideramos que, a partir de la posibilidad que ofrece el artículo 206° de la Constitución Política y la jurisprudencia del TC, se deben realizar diversas reformas constitucionales dentro de los límites constitucionales antes expuestos y desarrollados.

Indudablemente, a partir de los últimos contextos y crisis políticas que ha tenido que soportar nuestro Estado y su sociedad, necesitamos que se afinen ciertas figuras jurídicas de su estructura estatal, así como incluir derechos fundamentales a su catálogo de derechos. Por todo ello, considero que las reformas constitucionales pendientes son:

1. Acotación de la cuestión de confianza: Creemos necesario acortar y precisar el ámbito en que el Presidente de la República y su Presidente del Consejo de Ministros puede interponer un voto de confianza facultativo solo para actos estrictamente de las funciones que le competen al Poder

⁹STC. Exp. N.º 0489-2006-HC/TC, fundamento jurídico 24.

¹⁰STC. Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 108.

Ejecutivo (Gobierno Central/Nacional-Presidente y su Consejo de Ministros).

2. Acotación del supuesto de vacancia presidencial por incapacidad moral: Consideramos necesario acortar y precisar el supuesto de vacancia presidencial por incapacidad moral solo para los actos presidenciales realizados durante el desarrollo de sus funciones.

3. Modificar el Congreso unicameral por retomar el modelo de Congreso Bicameral: Creemos necesario retornar al modelo histórico constitucional del Congreso Bicameral (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores), para con ello contribuir a un mejor balance y control entre los poderes del Estado (como parte del contenido del principio de separación de poderes en nuestra Constitución Política) y un mejor ejercicio de la función legislativa.

4. Incluir en el catálogo de derechos fundamentales el derecho a la vivienda digna: Consideramos necesario incluir en nuestro catálogo de derechos fundamentales de forma expresa el derecho a la vivienda digna¹¹, el cual posee reconocimiento internacional y constitucional, y busca satisfacer una necesidad pública por parte del Estado peruano, conforme expondremos más adelante.

Lamentablemente, muchas de estas iniciativas de reforma constitucional han quedado solo en eso, proyectos de ley de reforma constitucional, algunos de los cuales no salieron de la Comisión de Constitución y Reglamento, mientras que otros se quedaron a un paso para cumplir con el procedimiento de reforma constitucional que le competía al Congreso de la República, habiéndose realizado solo la primera de las dos votaciones favorables necesarias.

Cabe precisar que las reformas constitucionales planteadas no modifican la esencia de la estructura del Estado y no plantean la reducción derechos, siendo propuestas de reforma constitucional que se encuentran dentro del marco de los límites constitucionales antes expuestos y establecidos en la jurisprudencia del TC peruano.

1.3. La reforma constitucional y el catálogo de Derechos Fundamentales en nuestra Constitución de 1993

Conforme se ha indicado líneas arriba, consideramos que dentro de las reformas pendientes se encontraba la inclusión del derecho a la vivienda digna dentro del catálogo de derechos reconocidos expresamente en nuestra

¹¹Esta propuesta de reforma constitucional se encuentra en el Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR, de mi autoría, que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna, mediante la cual se pretendía incluir el numeral 25) en el artículo 2º de nuestra Constitución Política.

Constitución Política. Esta reforma se encuentra dentro de los límites permitidos por parte de la jurisprudencia del TC.

Concluyentemente, uno de los límites que posee la reforma constitucional con relación al catálogo de los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Política es la prohibición de reducir el mencionado catálogo, sobre lo cual, nuestro TC ha declarado que: Finalmente, el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución establece un límite material claro a la reforma parcial de la Constitución al prohibir la supresión o disminución de los derechos fundamentales. Este límite no se refiere al procedimiento o a los requisitos formales que deben seguirse en cada intento de reforma constitucional, sino que se centra en el contenido mismo de la reforma, es decir, en el ámbito que la reforma busca afectar. Tal como se menciona en repetidas ocasiones en el segundo párrafo del artículo 32°, la reforma no puede implicar la reducción ni la eliminación de los derechos fundamentales¹².

Así entonces, lo que sí se encuentra permitido más bien es la incorporación de derechos, como fue el caso del derecho al agua potable, que al momento de emitirse y promulgarse nuestra Norma Fundamental no se encontraba reconocido en su literalidad normativa, pero que a través de una reforma constitucional fue incluido expresamente dentro de sus contenidos¹³. Esto último lo ha explicado nuestro TC de la siguiente manera: Debido a esta razón, el Tribunal Constitucional sostiene que las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales constituyen límites materiales reales a la facultad de llevar a cabo una reforma parcial de la Constitución. Por lo tanto, el órgano autorizado para realizar la reforma no puede permitir “la disminución o supresión de los derechos fundamentales”, incluso si sigue el procedimiento establecido en el artículo 206° de la Constitución. Es importante destacar que este límite opera únicamente en sentido negativo, es decir, impide que el órgano encargado de la reforma elimine o reduzca los derechos fundamentales. Sin embargo, no opera en sentido positivo, lo que significa que una reforma constitucional no sería ilícita si tiene como objetivo ampliar, mejorar o reconocer nuevos derechos constitucionales¹⁴.

De esta manera, podemos advertir que sí se pueden hacer modificaciones o reformas al inventario de derechos fundamentales que se encuentra positivizado en nuestra Constitución Política, pero solo para aumentar este listado de derechos y/o ampliar el reconocimiento expreso de las libertades de las personas.

¹²STC. Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 97.

¹³Constitución Política

“Artículo 7°-A.- El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos”.

¹⁴STC. Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 96.

II. Derecho a la vivienda digna en el ordenamiento jurídico peruano

2.1. Constitución Política de 1979 y su reconocimiento al derecho a la vivienda

Si bien nuestra Constitución actual no tiene reconocido de forma expresa el derecho a la vivienda, podemos decir que este derecho tiene un antecedente constitucional directo en nuestro Estado y normativa constitucional. Ciertamente, el derecho a la vivienda se encontraba reconocido en los artículos 10° y 18° de la Constitución Política de 1979, en los cuales se aceptaba como un derecho fundamental que tenía su sustento en el concepto de la familia¹⁵. Estas disposiciones constitucionales determinaban literalmente, en su momento, lo siguiente:

*“Artículo 10°. - Es derecho de la familia contar **con una vivienda decorosa**”.*

*“Artículo 18°. - El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, **vivienda** y recreación.*

La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local.

El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda¹⁶.

El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler - venta.

Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción.

Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo el interés”.

En relación con lo presentado, se puede apreciar que este derecho fundamental no es nuevo en nuestra normativa constitucional, puesto que posee un antecedente constitucional directo en la Constitución Política de 1979 que lo reconocía en dos de sus disposiciones, las cuales demuestran el carácter social que tenía la otrora Norma Fundamental.

Lamentablemente, el constituyente de la Constitución Política de 1993 no mantuvo estas disposiciones reduciendo el catálogo de los derechos fundamentales de los peruanos y, por ello, lo que se pretende con esta propuesta de reforma constitucional es volver a un reconocimiento que nunca debió de perderse, y procura ser coherente con un marco normativo de los Tratado de Derechos Humanos (TIDH) y de la jurisprudencia del TC que le han otorgado reconocimiento, conforme expondremos más adelante.

¹⁵Este mismo sustento se encuentra en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR de mi autoría. En la misma se expuso lo siguiente: “*El derecho a la vivienda en el Perú tiene un antecedente constitucional directo en los arts. 10° y 18° de la Constitución de 1979 en donde se recogía como un derecho de ‘la familia’*”, p. 2. Disponible en <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/a58ffa1429d6632e052578e100829cc1/ab375a10170b5e71052585ae0068b314?OpenDocument>.

¹⁶El resaltado corresponde al autor.

2.2. Marco normativo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Nuestro TC ha establecido que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH) que han sido suscritos por nuestro Estado poseen rango constitucional y los derechos humanos que estos reconozcan forman parte de nuestro ordenamiento constitucional y se incorporan a su catálogo de derechos constitucionales. Sobre este punto se puede afirmar que: el Estado peruano está plenamente comprometido con el cumplimiento irrestricto de las disposiciones establecidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH)¹⁷.

Además, es importante destacar que los acuerdos internacionales sobre derechos humanos asumidos por el Estado peruano tienen un rango constitucional dentro de nuestro sistema normativo. En consecuencia, los derechos que se reconocen en estos tratados también poseen este mismo rango normativo. Es necesario resaltar este último punto, ya que, como se mencionó anteriormente, en el pasado el Estado peruano ha rechazado la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la obligatoriedad de las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, resulta imposible sostener esta postura en la actualidad¹⁸.

De igual manera, el mismo Tribunal, respecto a la incorporación a nuestra normativa nacional y su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico peruano, ha declarado lo siguiente: “*Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las ‘normas con rango constitucional’ se encuentran los ‘Tratados de derechos humanos’*”¹⁹.

Siguiendo lo expuesto tenemos el numeral 1) del artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual forma parte de nuestro ordenamiento nacional desde el año 1959²⁰, que establece el derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado que garantice su salud, bienestar y el de su familia. Esto incluye aspectos fundamentales como la alimentación, el vestido, la vivienda, la atención médica y los servicios sociales necesarios. Además, se reconoce el derecho a recibir protección mediante seguros en

¹⁷Luis Andrés Roel Alva y Diego Martín Huayta Alipio, “La efectividad de los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en *Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993. Ponencias del XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Coord. Ernesto Blume Fortini, Vol. I, (Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego – UPAO, 2018), 702.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹STC. Exps. N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC (Acumulados), fundamento jurídico 26.

²⁰Se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Resolución legislativa N.º 13282, de fecha 9 de diciembre de 1959, que aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en París, el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Lima.

situaciones de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otras circunstancias en las que se pierdan los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de la persona.

Continuando con este marco normativo internacional vinculante al Estado peruano, tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual fue incorporado a nuestro ordenamiento nacional desde el año 1978²¹, en el numeral 1) de su artículo 11° dispone que, en el presente Pacto, los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a tener un nivel de vida adecuado tanto para sí misma como para su familia. Esto incluye el acceso a una alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo la importancia esencial de la cooperación internacional basada en el consentimiento libre.

De la misma forma, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²², reconocida dentro de nuestro ordenamiento nacional a partir del año 2008²³, en el numeral 1) de su artículo 28 (Nivel de vida adecuado y protección social), ha determinado que: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a tener un nivel de vida adecuado tanto para ellas como para sus familias”. Esto incluye el acceso a una alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como la mejora continua de sus condiciones de vida. Asimismo, los Estados Partes deben tomar las medidas pertinentes para garantizar y promover el ejercicio de este derecho, sin discriminar por motivos de discapacidad.

Además, la Convención sobre los Derechos del Niño, que desde el año 1990 integra nuestro ordenamiento nacional²⁴, en su artículo 27° establece que: Los Estados Partes, considerando las condiciones de cada país y sus recursos disponibles, adoptarán medidas apropiadas para apoyar a los padres y a las

²¹Se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Ley N.º 22129: Aprueban Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 28 de marzo de 1978 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de marzo de 1978.

²²Se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Supremo N.º 073-2007-RE que ratifican la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fue aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N.º 29127 de fecha 31 de octubre de 2007, aprobado el 30 de diciembre de 2007 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre de 2007.

²³El sábado 6 de febrero de 2016, en el Diario Oficial El Peruano se informó lo siguiente: “*Entrada en vigencia de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo”, adoptada con su “Protocolo Facultativo” en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, durante el 61º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobados por Resolución Legislativa N.º 29127, de fecha 30 de octubre de 2007, y ratificados por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo N.º 073-2007-RE, de fecha 30 de diciembre de 2007. Entraron en vigor el 3 de mayo de 2008*”. (resaltado nuestro).

²⁴Se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Resolución Legislativa N.º 25278, aprobado el 3 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990.

personas responsables del cuidado de los niños, con el fin de asegurar la efectividad de este derecho. En caso necesario, brindarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente en áreas como la nutrición, el vestuario y la vivienda.

A partir de lo expuesto, podemos decir que todos estos TIDH, que son reconocidos dentro de nuestra normativa nacional conforme a lo determinado por la jurisprudencia de nuestro TC y el artículo 55° de nuestra Constitución Política²⁵ y sus derechos, forman parte de nuestro catálogo de derechos de jerarquía constitucional conforme a esta misma jurisprudencia y el artículo 3°²⁶ y la 4ta. Disposición Final y Transitoria²⁷ de nuestra Norma Fundamental, reconocen el derecho a la vivienda.

En este mismo sentido, podemos citar lo señalado por la Organización de Naciones Unidas (ONU), la cual desarrolla el concepto de “vivienda adecuada” en los siguientes términos:

“Una vivienda adecuada debe brindar más que cuatro paredes y un techo. Deben satisfacerse varias condiciones para que una forma particular de vivienda pueda considerarse que constituye “vivienda adecuada”. Estos elementos son tan fundamentales como la oferta y disponibilidad básicas de vivienda. Para que la vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

- **La seguridad de la tenencia:** *la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.*
- **Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura:** *la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos.*
- **Asequibilidad:** *la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.*
- **Habitabilidad:** *la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.*

²⁵Constitución Política

“Artículo 55°. - Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”

²⁶Constitución Política

“Artículo 3°. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

²⁷Constitución Política.

Disposiciones Finales y Transitorias

“Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

- **Accesibilidad:** *la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados.*
- **Ubicación:** *la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.*
- **Adecuación cultural:** *la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural”²⁸.*

En este mismo sentido de argumentación, tenemos lo referido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus abreviaturas en inglés), que a través de la Observación General N.º 4, ha interpretado, en relación con el derecho a la vivienda, que no debe ser interpretado de manera restrictiva o limitada, reduciéndolo a la simple posesión de un techo sobre la cabeza o considerándolo como un mero aspecto de comodidad. Más bien, debe ser entendido como el derecho a vivir en un entorno seguro, pacífico y digno. Esto es crucial por dos razones principales.

En primer lugar, el derecho a la vivienda está estrechamente relacionado con otros derechos humanos y principios fundamentales que respaldan el Pacto. Por lo tanto, la "dignidad inherente a la persona humana" que se considera la base de los derechos del Pacto requiere que el término "vivienda" se interprete teniendo en cuenta diferentes consideraciones, y especialmente que el derecho a la vivienda sea garantizado para todas las personas, independientemente de sus ingresos o acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia al "derecho a la vivienda" en el párrafo 1 del artículo 11 no se refiere simplemente a cualquier tipo de vivienda, sino a una vivienda adecuada. Como lo han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, en su párrafo 5, el concepto de "vivienda adecuada" implica tener un lugar donde uno pueda aislarse si así lo desea, espacio suficiente, seguridad, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una ubicación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable²⁹.

De esta manera, podemos concluir que existe un marco normativo internacional de los Derechos Humanos que no solo reconoce el derecho a la vivienda, sino que, además, establece ciertos alcances y contenidos que deben ser obligaciones para los Estados parte de estos instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentra el Estado peruano, conforme hemos señalado.

²⁸ONU-HABITAT, "El derecho a una vivienda adecuada". Folleto informativo No 21/Rev.1. (Ginebra: Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos - ONU HABITAT, 2010), p. 4.

²⁹CESCR, *Observación General N.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (Art.11, párr. 1)*. (Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1991), párrafo 7.

A modo de conclusión, podemos afirmar que existe una obligación internacional del Estado peruano con respecto del derecho a la vivienda digna y adecuada, la misma que no solo es entregar un lugar en donde puedan vivir las familias, sino que además debe preocuparse que estos lugares (viviendas) cumplan con ciertas características mínimas que permitan el desarrollo de sus derechos y libertades de forma digna.

2.3. Marco jurisprudencial del Tribunal Constitucional

Conforme se ha expuesto líneas arriba, el derecho a la vivienda digna tiene un marco normativo internacional de Derechos Humanos, el cual vincula a nuestro Estado, también podemos señalar que a nivel nacional este derecho fundamental no solo cuenta con un antecedente constitucional, sino que, además, posee un reconocimiento por parte de la jurisprudencia vinculante de nuestro TC³⁰. Efectivamente, nuestro TC ha reconocido el derecho a la vivienda en los siguientes términos:

“Al respecto, este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad entorno a la ratio fundamentalis del derecho a la vivienda adecuada. Sin embargo, ello no obsta que en esta oportunidad se desarrollen argumentos a favor de su plena exigibilidad en el ordenamiento jurídico peruano.

Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución)”³¹.

En este marco, concluye el TC que el derecho fundamental a la vivienda está muy vinculado al principio de dignidad humana, ya que la posibilidad de contar con un ambiente adecuado, saludable, seguro y que satisfaga las necesidades de cada individuo es fundamental para que pueda desarrollar plenamente todos los aspectos inherentes a su personalidad. Por lo tanto, el derecho fundamental a una vivienda adecuada guarda una estrecha relación con la definición de dignidad humana establecida por este Tribunal.

³⁰Nuevo Código Procesal Constitucional.

“Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

³¹STC. Exp. N.º 0018-2015-PI/TC, fundamentos jurídicos 120 y 121.

De acuerdo con dicha definición, el Estado no solo debe respetar la autonomía del individuo y sus derechos fundamentales (obligaciones de no hacer), sino que también tiene la responsabilidad de proporcionar los medios necesarios para que el individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libertad de elegir sus planes de vida (obligaciones de hacer). Este enfoque integral del derecho a la vivienda refuerza su importancia como un elemento esencial para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos y promover la dignidad de todas las personas³².

Como se observa de las citas de la jurisprudencia vinculante de nuestro TC, el reconocimiento al derecho a la vivienda, aunque proviene de los múltiples tratados internacionales de derechos humanos, su positivización en la Constitución es necesaria para fortalecer su exigibilidad ante los organismos públicos e incluso como medio de facilitar acciones jurisdiccionales para hacerlo efectivo.

Así entonces, podemos concluir que el derecho a la vivienda posee un reconocimiento constitucional a partir del Supremo Interprete de nuestra Constitución, lo cual es relevante en cuanto a la necesidad de que pueda encontrar prontamente un reconocimiento expreso en nuestra Norma Fundamental.

III. Contexto de necesidad y una demanda insatisfecha de viviendas

El sustento fáctico de nuestra propuesta de reforma constitucional sobre incluir el derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico es garantizar una mejor vivienda para los ciudadanos, tanto es así que esta iniciativa legislativa tiene relación directa con la Política de Estado y Agenda Legislativa del Acuerdo Nacional N.º 21 que establece el compromiso a impulsar el desarrollo de infraestructuras y viviendas con el objetivo de superar el déficit existente, aumentar la competitividad del país, fomentar un desarrollo sostenible y proporcionar a cada familia las condiciones necesarias para un desarrollo saludable en un entorno adecuado. Reconocen que el Estado, en sus diferentes niveles (nacional, regional y local), debe desempeñar un papel facilitador y regulador en estas actividades, al tiempo que promueve la participación del sector privado en el diseño, construcción, promoción, mantenimiento y operación de infraestructuras.

En ese sentido, para lograr un desarrollo sólido de la infraestructura en nuestro país, el Estado se compromete a: a) Brindar un tratamiento especial a las obras de servicio social, enfocándose especialmente en infraestructuras relacionadas con la salud, educación, saneamiento, riego y drenaje. Para ello, se

³²STC. Exp. N.º 0007-2012-PI/TC, fundamento jurídico 64.

buscará la participación activa del sector privado en la gestión de estas infraestructuras, reconociendo la importancia de su aporte; b) Fomentar la transferencia de responsabilidades en el diseño, construcción, promoción, mantenimiento y operación de infraestructuras al sector privado. En este sentido, el Estado actuará como un facilitador, estableciendo las regulaciones necesarias para garantizar estándares de calidad, sostenibilidad y acceso equitativo; y, c) Promover la colaboración entre el Estado, el sector privado y otros actores relevantes para impulsar la inversión y la innovación en el desarrollo de infraestructuras y viviendas, aprovechando las sinergias y compartiendo recursos y conocimientos.

En resumen, el compromiso es desarrollar infraestructuras y viviendas de calidad, garantizando la participación del sector privado y adoptando un enfoque integral que considere las necesidades de la sociedad, promueva la sostenibilidad y genere un impacto positivo en el bienestar de las familias y el desarrollo del país.

Al respecto, podemos decir que la mencionada Política de Estado del Acuerdo Nacional demuestra la preocupación por el problema de vivienda digna en el Perú, la misma que se agrava si sumamos como variable la alta demanda insatisfecha por viviendas, la cual se irá acrecentando con el tiempo. Esta afirmación podemos sustentarla con la información obtenida al año 2017 por parte del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), según la cual nuestro país tiene un déficit habitacional de al menos un millón de viviendas, siendo el déficit en los elementos: cualitativo y cuantitativo.

En relación con el denominado componente cuantitativo, éste considera la carencia de viviendas aptas para cubrir las necesidades habitacionales de las familias (hogares) que no poseen viviendas, partiendo del ideal que cada vivienda pueda albergar en su interior a una sola familia (hogar). Por otro lado, tenemos el componente cualitativo, el mismo que considera las deficiencias en la calidad de la vivienda, para lo cual se consideran los siguientes elementos: la materialidad (paredes, techos y pisos), el espacio habitable (hacinamiento) y los servicios básicos (agua potable, desagüe y electricidad). Esta evaluación pretende identificar aquellas viviendas que requieren ser mejoradas en cuanto a su infraestructura en los aspectos citados³³.

Dichos datos, son compatibles con la información proveída por INEI en el mismo año 2017, pero haciendo un análisis desde el año 2013, mostrando la siguiente información:

“En el año 2017 a nivel nacional, el 1,9% de los hogares presentan déficit cuantitativo de vivienda. Asimismo, en el área urbana el 2,4% de los hogares presentan déficit

³³INEI, *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2017* (Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática / Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales, 2019), p. 181.

cuantitativo de vivienda. Respecto al año anterior, el área urbana aumentó en 0,2 puntos porcentuales. (...)

Según los resultados del año 2017, el 9,3% de hogares a nivel nacional presentan déficit habitacional cualitativo. Esta característica se presenta en mayor porcentaje en el área rural del país con 19,2%, mientras que en el área urbana alcanza el 6,3%. En comparación con el año 2016, a nivel nacional, este porcentaje disminuyó en 0,6 puntos porcentuales. (...)

Se considera que los hogares tienen déficit habitacional si tienen déficit cuantitativo y a su vez déficit cualitativo de vivienda. Según resultados del año 2017, el 11,2% de los hogares a nivel nacional tienen déficit habitacional, siendo el área rural el de mayor porcentaje de hogares con déficit habitacional con 19,5%, mientras que el área urbana presenta el 8,7%. En comparación con el año 2016, a nivel nacional, este porcentaje disminuyó en 0,5 puntos porcentuales”³⁴.

Sobre esta problemática, podemos también seguir lo señalado por Jorge Ibérico en la revista “*Moneda*”, que publica el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), quien afirma que existe una demanda efectiva insatisfecha de vivienda, teniendo por ejemplo en Lima Metropolitana a un número ascendente a 450 mil unidades, mientras que, en otras 34 ciudades más grandes del país, la demanda insatisfecha rodearía las 300 mil unidades, en sus propias palabras:

“La demanda efectiva insatisfecha de vivienda en Lima Metropolitana asciende a 450 mil unidades. Para las otras 34 ciudades más grandes del país la demanda insatisfecha bordearía 300 mil unidades. 2. La Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) estima que en los próximos 20 años se demandarán 2,5 millones de viviendas, la mitad de las cuales se concentrarán en Lima Metropolitana”³⁵.

A partir de lo expuesto líneas arriba, se puede afirmar que tenemos una problemática de un déficit de vivienda, la misma que es real y concreta para millones de peruanos en diferentes lugares de nuestro país, y que esta situación ha empeorado en la actual pandemia y crisis económica.

Efectivamente, esto se agrava si tenemos en cuenta que nos encontramos en un contexto de pandemia de la Covid-19, en el cual se ha empeorado la situación económica de la mayoría de los peruanos, siendo una consecuencia de ello el alza en los alquileres y en los precios para la adquisición de una vivienda que pueda cumplir con permitir el desarrollo de sus derechos y libertades, con los servicios públicos mínimos (agua, desagüe y electricidad) que aseguren de forma digna una vida digna dentro de ella.

³⁴INEI, *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2017*, op. cit., pp. 181 y 182.

³⁵Jorge Ibérico, “Vivienda Social en Lima Metropolitana: El problema de escasez de terreno”, en *Moneda*, N.º 173, (Lima: BCR, 2018), p. 43. Disponible en <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-173/moneda-173-08.pdf>

IV. Propuesta de reforma constitucional e inclusión del Derecho a la vivienda digna como un derecho social y programático

Conforme indicamos al inicio de la presente ponencia, quien suscribe fue autor del Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR, que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna y adecuada, la misma que cumplió con la primera votación del Congreso de la República y se encuentra a la espera para que tenga fecha para su convalidación a través de un referéndum³⁶.

Ciertamente, la mencionada iniciativa legislativa tenía como finalidad incluir el numeral 25) en el artículo 2º de la Constitución, incluyendo el citado derecho a efectos de que el Estado disponga las medidas que correspondan para garantizar su acceso. Así, la propuesta normativa establecía que se incorpore el numeral 25) al artículo 2º de la Constitución Política del Perú en los términos siguientes:

“Artículo 2º. - Toda persona tiene derecho: (...)

25. A tener acceso a una vivienda digna y adecuada, la cual debe contar con acceso a los servicios públicos básicos

El Estado promueve a través de políticas públicas, que incentiven a los sectores públicos, privados o mixtos el acceso a dicho derecho fundamental, dándole especial atención a grupos vulnerables.

El Estado tiene el deber de salvaguardar este derecho, por tanto, dispone todas las medidas que correspondan para hacer efectivo el mismo.”

Por un lado, El proyecto legislativo buscaba constitucionalizar a nivel de derecho fundamental de las personas el derecho de acceso a la vivienda, la cual debe ser digna y adecuada, puesto que consideramos que a partir de la propuesta se puede establecer una exigencia constitucional para la acción del Estado en la facilitación del acceso a servicios y bienes básicos, otorgando un trato preferencial para aquellos grupos denominados vulnerables, entre ellos mujeres, niños y personas con habilidades especiales; por lo que consideramos que es un derecho fundamental que podríamos catalogar como un derecho social, puesto que los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC): “(...) *representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación*”³⁷.

Por otro lado, el ejercicio y cumplimiento de este derecho también tiene un límite, no obliga al Estado en forma inmediata para otorgar dichas viviendas, puesto que como ocurre con todos los derechos sociales, su cumplimiento dependerá de las condiciones presupuestales y económicas, conforme lo ha determinado nuestro TC que: La actuación del Estado a través del

³⁶Ver:

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/05839?opendocument

³⁷STC. Exp. N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento jurídico 9.

establecimiento de servicios públicos y la contribución de impuestos por parte de la sociedad son fundamentales para llevar a cabo políticas sociales. Es importante destacar que estas acciones generan obligaciones concretas que deben cumplirse.

De esta manera, los Estados tienen la responsabilidad de implementar medidas constantes y eficaces que permitan alcanzar de manera progresiva la plena efectividad de dichas políticas en igualdad de condiciones para toda la población. Esto implica que el Estado debe asignar los recursos necesarios en su presupuesto para garantizar la ejecución adecuada de los servicios públicos y las políticas sociales. Además, es esencial que se promueva una distribución equitativa de los impuestos y que se establezcan mecanismos efectivos de control y transparencia en la gestión de estos recursos. Asimismo, se debe asegurar que todas las personas, sin importar su condición social o económica, tengan acceso a los servicios públicos y a los beneficios de las políticas sociales. Esto implica eliminar barreras y desigualdades existentes, así como implementar medidas que promuevan la inclusión y la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos.

En definitiva, es necesario que tanto el Estado como la sociedad cumplan con sus respectivas responsabilidades en términos de establecimiento de servicios públicos y contribución de impuestos, con el objetivo de garantizar la plena efectividad de las políticas sociales y asegurar que todos los ciudadanos tengan igualdad de condiciones para acceder a los beneficios y servicios necesarios para su bienestar³⁸.

Finalmente, conforme hemos expuesto, el Estado peruano no puede tener una actitud pasiva para su cumplimiento, ya que debe tomar todas las medidas necesarias a su disposición como son sus políticas públicas que estén dirigidas a asegurar a la persona el acceso a dicho derecho³⁹. Esto último se empeora si tenemos en cuenta que en los últimos años nos encontramos en un contexto de la pandemia de la Covid-19, situación que ha agravado la situación económica de la colectividad de peruanos, siendo una consecuencia de ello el encarecimiento de alquiler y adquisición de una vivienda, y con ello se incrementa la imposibilidad que las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad (pobreza y pobreza extrema) puedan acceder a una vivienda que les permita ejercer sus derechos y libertades de forma digna.

³⁸STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, fundamento jurídico 16.

³⁹Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que: “*Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean "creación" del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste. Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social*”. En: STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, fundamento jurídico 14.

Conclusiones

A partir de lo que se ha planteado en este artículo se puede advertir que existe una necesidad real, una demanda insatisfecha que es la falta de vivienda para las familias y hogares de nuestra sociedad. La problemática descrita exige que el Estado peruano asuma el cumplimiento del derecho a la vivienda, el cual posee un reconocimiento internacional en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro país y reconocimiento constitucional a partir de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

En dicho contexto se presentó el Proyecto de Ley N.º 05839/2020-CR, de mi autoría, que incorpora el derecho fundamental a la vivienda digna y adecuada, la misma que cumplió con la primera votación del Congreso de la República y se encuentra a la espera para que tenga fecha para su convalidación a través de un referéndum conforme lo exige el artículo 206º de nuestra Constitución Política.

La propuesta de reforma constitucional materia del presente estudio se encuentra a la espera de concretizarse tenía como finalidad incluir el citado derecho a efectos de que el Estado disponga las medidas que correspondan para garantizar su acceso y coadyuvar a que se solucione la problemática habitacional antes señalada.

De igual manera, consideramos que esta es una proposición que en la actualidad tiene mayor relevancia en nuestro Estado, en el cual, durante un contexto de pandemia de la Covid-19 ha empeorado la situación económica de la mayoría de los peruanos, siendo una consecuencia de ello el encarecimiento de alquiler y adquisición de una vivienda, y de una que pueda cumplir con permitir el desarrollo de sus derechos y libertades con los servicios públicos (agua, desagüe y electricidad) mínimos que aseguren una vida digna dentro de ella.

Bibliografía

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006. Se incorporó en el Derecho peruano a través del Decreto Supremo N.º 073-2007-RE que ratifican la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo”, aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N.º 29127 de fecha 31 de octubre de 2007, aprobado el 30 de diciembre de 2007 y publicado en el diario oficial El Peruano, el 31 de diciembre de 2007.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor desde el 2 de septiembre de 1990. Se incorporó en el Derecho peruano a través de la

Resolución Legislativa N.º 25278, aprobado el 3 de agosto de 1990 y publicado en el diario oficial El Peruano, el 4 de agosto de 1990, Lima.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CESCR. *Observación general N.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (Art.11, párr. 1)*. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1991.

Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993 y publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de diciembre de 1993. Constitución ratificada en el referéndum del 31 de octubre de 1993, el texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático. En <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Se incorporó en el Derecho peruano a través de la Resolución legislativa N.º 13282, de 9 de diciembre de 1959, Lima.

Iberico, Jorge. “Vivienda Social en Lima Metropolitana: El problema de escasez de terreno”. En *Moneda*, N.º 173, Lima: BCR, 2018. Disponible en <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-173/moneda-173-08.pdf>

INEI. *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2017*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática / Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales, 2019.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ley N.º 28301, de 1 de julio de 2004 y modificatorias. Lima, Tribunal Constitucional del Perú. Disponible en <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Ley-Organica-del-Tribunal-Constitucional.pdf>

Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley N.º 31307, de 21 de julio de 2021. Diario oficial El Peruano. Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/nuevo-codigo-procesal-constitucional-ley-no-31307-1975873-2/>

ONU-HABITAT. “El derecho a una vivienda adecuada”. Folleto informativo No 21/Rev.1. Ginebra: Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU - HABITAT), 2010.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. En Perú, fue aprobado el 28 de marzo de 1978 y se incorporó en el derecho peruano a través del Decreto Ley N.º 22129, publicado en el diario oficial El Peruano, el 29 de marzo de 1978.

Proyecto de Ley N° 05839/2020-CR. Proyecto de Ley que incorpora el Derecho Fundamental a la Vivienda Digna, presentado el 22 de julio de 2020. En <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/a58ffa1429d6632e052578e100829cc1/ab375a10170b5e71052585ae0068b314?OpenDocument>

Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC, de 14 de septiembre de 2004 y sus modificatorias. Lima: Tribunal Constitucional del Perú. Disponible en <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/REGLAMENTO-NORMATIVO.pdf>

Roel Alva, Luis Andrés y Huayta Alipio, Diego Martín. “La efectividad de los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”. En: *Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993. Ponencias del XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Coordinado por Ernesto Blume Fortini, Vol. I. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego – UPAO, 2018.

LAS PERSONAS LGBT EN PRISIONES: LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

LGBT persons in prisons: the protection of their rights in the Inter-American Human Rights System

JESSICA BAUTISTA TINCO*

Resumen: El artículo recopila información sobre los actos de violencia que sufren las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans o transgénero (LGBT) en libertad y en prisión dentro de algunos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). De esta forma, se estudia los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos del Sistema Universal e Interamericano para verificar su evolución interpretativa hacia la prohibición de discriminación de las personas en razón a la orientación sexual e identidad de género. Así, también, estudia los principios *soft law* de protección de las personas privadas de libertad y compila los principales estándares específicos sobre el tratamiento diferenciado a las personas LGBT en prisiones emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en algunos países latinoamericanos.

Palabras clave: personas privadas de libertad; prisiones; derechos; protección; LGBT; orientación sexual; identidad de género.

Abstract: The article compiles information about the acts of violence suffered by lesbian, gay, bisexual, trans or transgender (LGBT) people, in freedom and in prison, within some state members of the Organization of American States (OAS). In this way, the international human rights protection instruments of the Universal and Inter-American Systems are studied in order to verify their interpretative evolution towards the prohibition of discrimination against people based on their sexual orientation and gender identity. Besides, it also studies the Soft Law principles for the protection of persons deprived of their liberty and compiles the main specific standards on the differential treatment of LGBTI people in prisons issued by the Inter-American Court of Human Rights and their application in some Latin American countries.

Keywords: Persons deprived of liberty; prisons; rights; protection; LGBT; sexual orientation; gender identity.

*Abogada, feminista, con experiencia de trabajo en derechos humanos, con estudios de maestría en derecho penal por la Universidad San Martín de Porres - Perú, con diploma en Derechos de la Mujer por la Universidad Alcalá de Henares - España y especialidades en Derechos Fundamentales, Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica. Correo electrónico: bautista_jessi@hotmail.com. ORCID: 0009-0008-5659-4481

Sumario: Introducción. I. La situación de las personas LGBT. 1.1. Las personas LGBT en libertad. 1.2. Las prisiones y las personas LGBT. II. Estándares internacionales de protección. 2.1. En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. 2.1.1. *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. 2.1.2. *Pactos internacionales*. 2.1.3. *Convenciones internacionales*. 2.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2.2.1. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 2.2.2. *Otros documentos del Sistema Interamericano*. 2.2.3. *Estándares internacionales a partir de pronunciamientos de la CIDH y la Corte IDH*. 2.3. Principios *soft law*. 2.4 Estándares internacionales específicos para la protección de los derechos de las personas LGBT en prisiones: una meta cercana. III. La protección de las personas LGBT en prisiones de Latinoamérica. 3.1. Modelo boliviano. 3.2. Modelo ecuatoriano. 3.3. Modelo peruano. Conclusiones.

Introducción

En un primer momento, el artículo da cuenta de las graves violaciones a los derechos de las personas LGBT¹ en prisiones con el objetivo de reflexionar sobre la necesidad de reforzar su protección y garantía para el ejercicio de todos sus derechos de manera efectiva, salvo aquellos restringidos por la condena. A partir de ello, y a fin de verificar las disposiciones que obligan a los Estados a garantizar y proteger los derechos de las personas sin discriminación alguna, así como estudiar la evolución de los procesos de interpretación de los derechos, especialmente, de la prohibición de la discriminación, se analizan los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en el ámbito universal, como: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como algunas de sus observaciones generales; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y las recomendaciones generales emitidas.

Dentro del Sistema Interamericano, se analiza la Convención Americana de los Derechos del Hombre; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como las Opiniones Consultivas pertinentes; los principios *soft law*, como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), y los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (Principios de Yogyakarta).

¹A lo largo del artículo se usará el acrónimo LGBT para hacer referencia a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans o transgénero. Y, LGBTI cuando se haga referencia a la denominación utilizada por las fuentes. El uso de estos acrónimos no implica la negación de otras formulaciones que incluyen a personas asexuales, queers, travestis, transexuales u otros términos utilizados.

Asimismo, se compilan los principales estándares internacionales a partir de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como de las opiniones consultivas sobre las obligaciones de los Estados de garantizar la igualdad y no discriminación a partir de la incorporación de deberes especiales de tratamiento diferenciado de las personas LGBT en prisiones.

Finalmente, se da cuenta de la situación actual de la elaboración de estándares específicos para la protección de la población LGBT en prisiones y se constatan los esfuerzos de algunos países latinoamericanos como Bolivia, Ecuador y Perú para cumplir con estos estándares.

I. La situación de las personas LGBT

1.1. Las personas LGBT en libertad

La vida de las personas LGBT transcurre en un contexto de discriminación generalizada que se manifiesta en violencia psicológica y física, que en muchos casos se instala desde la propia familia, atentados contra la vida con gran crueldad y, en general, grandes obstáculos institucionales para el ejercicio de sus derechos fundamentales como la salud, educación, acceso al empleo, entre otros, lo que no les permite alcanzar un nivel de vida adecuado y los condena, en su gran mayoría, a la pobreza.

La CIDH ha documentado esta situación, dando cuenta de asesinatos y otros actos graves de violencia contra personas LGBT en veinticinco Estados miembros de la OEA². Ha señalado que, entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2014, al menos 594 personas que eran LGBT, o que eran percibidas como tales, fueron asesinadas y que al menos 176 fueron víctimas de graves ataques contra su integridad física, aparentemente relacionados con su orientación sexual, su identidad o expresión de género, en tanto que otras 770 personas LGBT sufrieron actos de violencia.

Al analizar la evidencia, la CIDH precisa que la mayoría de los asesinatos fueron de hombres gay y mujeres trans, o de personas percibidas como tales, con alto grado de ensañamiento³. El 80% de las mujeres trans asesinadas tenían 35

²Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI), ANEXO-Comunicado de Prensa 153/14 “Una Mirada hacia la violencia contra personas LGBTI. Un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero del 2013 y el 31 de marzo de 2014” (Washington D.C.: CIDH, 2014), <https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/Anexo-Registro-Violencia-LGBTI.pdf>

³Del registro de violencia contra las personas LGBTI en las Américas, se advierte que algunas víctimas fueron encontradas con el cráneo destrozado, estrangulada tras brutal golpiza; torturada, castrada,

años de edad o menos, en tanto que las mujeres lesbianas están particularmente expuestas a sufrir actos de violencia, debido a la misoginia y la inequidad de género que existe en la sociedad.

La CIDH señala que hay poca información respecto a quienes ejercen la violencia y da cuenta de que las mujeres trans y otras personas que desafían las normas de género suelen ser perseguidas por agentes estatales como la policía y las fuerzas de seguridad, suponiéndolas delincuentes, accionar que se refleja también en el sistema de justicia.

Pese a registrar importantes avances legislativos para la protección de los derechos de esta población, la discriminación y la violencia prevalecen desde la sociedad y el Estado mismo.

1.2. Las prisiones y las personas LGBT

América Latina es la región del mundo con mayores índices de crecimiento de la población carcelaria. Ha pasado de tener 161 reclusos por cada 100 000 habitantes en el 2015⁴ a 376 para el 2018⁵. Este incremento trae como consecuencia inmediata el hacinamiento en las prisiones. En el 2011, la CIDH identificó el hacinamiento como uno de los problemas más graves en todos los países de la región. Entre sus principales consecuencias se tiene el incremento de los niveles de violencia debido a las fricciones entre las personas privadas de libertad (PPL); la falta de espacio digno para la privacidad; la propagación de enfermedades; condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene deplorables; entre otras. La reclusión en estas condiciones, según la CIDH, podría constituir en sí misma tratos crueles, inhumanos y degradantes⁶.

En el 2018, a partir de once mil encuestas aplicadas a PPL en catorce países de América Latina y el Caribe⁷, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) también dio cuenta de la situación de hacinamiento penitenciario señalando que, en promedio, en una celda vive un 45% más de personas de las que debería haber y solo un 42% de los internos duerme en una cama. Respecto de las condiciones de vida, señaló que solo el 80% de los presos tiene acceso suficiente a agua

golpeada y degollada (Perú); asesinada a golpes (Bolivia); con golpes de botella (Ecuador); degollada y rematada con arma de fuego (Colombia); y calcinada (Argentina), <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/153.asp>

⁴Paul Hathazy y Markus-Michael Müller, “La Crisis de la detención y la Política de la negación en América Latina,” *International Review of the Red Cross* 903 (2017): 5-6. https://international-review.icrc.org/sites/default/files/903_hathazy-muller.pdf

⁵Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *Dentro de las prisiones de América Latina y el Caribe: Una Primera Mirada al otro lado de las Rejas*, (Washington D.C.: BID, 2019), <http://dx.doi.org/10.18235/0001858>

⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011), <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

⁷Argentina, Bahamas, Barbados, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Perú, Surinam, y Trinidad y Tobago.

potable; solo el 71% de los reclusos indicó que reciben o han recibido atención médica; un 46% de los internos ha sufrido robos dentro de la cárcel; el 16% ha recibido palizas y el 1% ha sido víctima de un delito sexual⁸.

En estas condiciones, la rehabilitación de las PPL es una tarea difícil y, en algunos casos, imposible de lograr. Siguiendo el estudio del BID, solo la mitad de los reclusos participa en actividades deportivas, el 43% en actividades educativas y el 47% tiene algún tipo de ocupación laboral⁹. A ello, se suma el incremento de penas, la prohibición de acceso a beneficios penitenciarios en muchos delitos, la disminución de beneficios penitenciarios para aquellos delitos que sí tenían esa posibilidad¹⁰, la ausencia de autoridades vigilantes de la ejecución penal, sin dejar de lado los problemas propios del sistema penitenciario, como el reducido número de personal de tratamiento, entre otros.

Estas críticas condiciones de detención son el punto de partida para las personas LGBT, sobre quienes, además, pesa toda la carga de violencia y discriminación histórica que se traslada a la prisión con agravantes. La CIDH, haciendo referencia al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha señalado que las personas LGBT detenidas se encuentran en el último escalafón de la jerarquía informal de los centros de detención, lo que da lugar a una discriminación doble o triple, y desproporcionados actos de torturas y malos tratos; son expuestos a un riesgo mayor de violencia sexual, y otros actos de violencia y discriminación tanto de otras PPL como del personal penitenciario encargado de su custodia¹¹.

En noviembre de 2019, con ocasión de la solicitud de opinión consultiva a la CIDH sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad, identificó diversas afectaciones a las que está expuesta la población LGBT en prisiones, como las requisas vejatorias y humillantes; agresiones por el uso de prendas no consideradas conformes con el género percibido; castigo a las personas del mismo sexo por mostrar afecto dentro de las prisiones; sometimiento a abuso; acoso; “feminización forzada” a mujeres percibidas como

⁸Banco Interamericano de Desarrollo, *Dentro de las prisiones de América Latina y el Caribe: Una Primera Mirada al otro lado de las Rejas*, (Washington D.C.: BID, 2019), <http://dx.doi.org/10.18235/0001858>

⁹Banco Interamericano de Desarrollo, *Dentro de las prisiones de América Latina y el Caribe: Una Primera Mirada al otro lado de las Rejas*, (Washington D.C.: BID, 2019), <http://dx.doi.org/10.18235/0001858>

¹⁰En el Perú, el Código de Ejecución Penal ha sido modificado en múltiples ocasiones. Así, se tienen las leyes N°27507, del 13 de julio de 2014; N°27770, del 28 de junio de 2002; N°29570, del 25 de agosto de 2010; y N°29604, del 22 de octubre de 2010, que paulatinamente incorporaron modificaciones en los requisitos para el acceso a beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y la redención de la pena por el estudio o trabajo (en adelante, beneficios penitenciarios), y eliminaron estos beneficios para algunos delitos en función a su gravedad.

¹¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, Doc. 36 (2015), <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

“masculinas”; las mujeres lesbianas son ubicadas en celdas con hombres como castigo por rechazar las propuestas sexuales del personal penitenciario; impedimento de visitas íntimas; falta de respeto del nombre con el que se identifican; prohibición de portar el cabello largo o usar maquillaje en caso de mujeres trans. Respecto a la determinación del ingreso, las personas trans son ubicadas en pabellones de hombres o mujeres con base solo a su genitalidad, sin tomar en cuenta identidad de género ni opinión; y, en cuanto al alojamiento, este resulta en una segregación al encontrarse en pabellones específicos o en condiciones deplorables, en ocasiones equivalentes a regímenes de máxima seguridad o de aislamiento prolongado.

En abril de 2020, un estudio realizado por la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos¹² (WOLA)¹³ evidenció la violencia contra las mujeres trans en prisión en siete países de Latinoamérica: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México y Uruguay. Las evidencias halladas coinciden con las especificadas por la CIDH, además de identificar otras, como traslados frecuentes de una prisión a otra de las mujeres como medida disciplinaria, lo que dificulta el acceso y la continuidad a los diferentes servicios de la prisión, como educación y salud.

En el mismo año (2020), un estudio realizado por de la Universidad Cayetano Heredia del Perú, con participación de veintitrés mujeres que se identificaron como mujeres trans, evidenció que estas mujeres atraviesan similares situaciones en el penal de Lurigancho¹⁴.

Con relación al alojamiento, las encuestadas señalan que la mujer trans o gay es destinada al pabellón de personas encarceladas por delitos sexuales. El 61% de mujeres trans reporta haber sufrido maltrato físico por parte de otros internos y el 52% por parte del personal penitenciario; 78% ha recibido maltratos psicológicos (humillaciones, insultos, burlas, entre otras situaciones) de otros internos y el 74% por parte de trabajadores penitenciarios, principalmente personal de seguridad (son obligadas a vestir como varones o son desnudadas por personal masculino al momento de la clasificación, por ejemplo). El 57% reportó haber sido agredida sexualmente por otros internos y el 74% por parte del personal de seguridad. Estos actos de abuso sexual incluyen desde tocamientos,

¹²Josefina Alfonsín, Gerardo Contreras Ruvalcaba, Kenya Cuevas, Teresa García Castro, María Santos y Ari Vera Morales, *Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros (2020)*, https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Mujeres-trans-privadas-de-libertad.-La-invisibilidad-tras-los-muros_Final-8.pdf

¹³The Washington Office on Latin America, por sus siglas en inglés, también conocida como WOLA, es un centro de estudios y promoción de los derechos humanos en América.

¹⁴Ximena Salazar y Alfonso Silva Santisteban. “Vivir los días”: *Situación de la población trans femenina en el penal de Lurigancho*. (Universidad Cayetano Heredia, Centro de Investigaciones Interdisciplinaria en Sexualidad, Sida y Sexualidad, 2020), http://iessdeh.org/usuario/ftp/VivirLosDias2020.pdf?fbclid=IwAR2jIvFH93DecWqj5WaznVTMeK7-O6gz_Yr5IF6SueMMXu7vFDLILhmDVLA

agresión, chantaje sexual, violación o cualquier acto de índole sexual. A esta situación se suma la soledad y la depresión por las que atraviesan las mujeres trans que en algunos casos las han llevado a infligirse daño (78%). Es escaso o nulo el soporte psicológico individual y familiar (el 22% nunca ha tenido una visita familiar).

Respecto del Ecuador, no existen datos oficiales desagregados sobre el tipo de afectación de esta población en las prisiones¹⁵. Actualmente, Ecuador atraviesa una grave crisis penitenciaria debido al nivel de violencia que se gesta en algunas prisiones a causa de “la ausencia de control efectivo por parte del Estado de los centros penitenciarios y sistemas de autogobierno, corrupción, e insuficiencia de personal de seguridad”¹⁶. Este nivel de violencia, sin duda, alcanza también a miembros de la población LGBT que se encuentran en estos establecimientos penales.

A partir de estas evidencias, se puede decir que la violencia hacia la población LGBT en las prisiones (como sucede en libertad) es una forma de castigo por el quebrantamiento de la heteronormatividad¹⁷ tradicional y una lucha por imponer una moral privada al ámbito más íntimo de otra persona, como es la forma de vivir, de sentir y de desear, minando así la dignidad, el libre ejercicio de la personalidad, la vida privada, entre otros derechos fundamentales de esta población.

Este castigo se adiciona al castigo formal impuesto por la sentencia, lo que genera un sufrimiento que se suma al que trae consigo la pena privativa de libertad, que, además, se ejecuta en condiciones deplorables de hacinamiento crítico en muchos países de la región¹⁸. La ejecución de la pena en este contexto podría exceder a la medida de la culpabilidad del sentenciado y devenir en

¹⁵Según el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI), a junio 2020, se registraba 50 personas trans privadas de libertad, 160 personas gays y lesbianas, y 30 personas bisexuales.

¹⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Personas Privadas de Libertad en Ecuador* (2022), 9-10, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf

¹⁷La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, de noviembre de 2015, ha señalado que la “heteronormatividad se refiere al sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas “normales, naturales e ideales” y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género” (40). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

¹⁸En el punto 3 de la parte resolutive del Expediente N°05436-2014-PHC/TC, el Tribunal Constitucional peruano declaró que en el Perú “existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional”. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>

ilícita¹⁹. Por otro lado, en estas condiciones, los fines de la pena destinados a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad se alejan cada vez más.

La participación de algunas autoridades penitenciarias en la ejecución de la violencia da cuenta del abandono del deber especial de protección²⁰ de todas las PPL y en particular para la población LGBT, por su especial vulnerabilidad. Además, la ausencia de mecanismos de denuncia y la falta de investigación de casos de violencia implica una licencia tácita para que la violencia de parte de otros detenidos hacia la población LGBT continúe.

Si bien hacer de la prisión un lugar de verdadera reinserción para todos los detenidos/as pasa por atender los problemas estructurales de los sistemas penitenciarios, así como el hacinamiento crítico, urge para la población LGBT en prisiones el diseño y ejecución de mecanismos de prevención y protección ante la violencia y la discriminación, y la promoción del respeto de la identidad; para ello, es fundamental que los Estados, con participación de la población afectada, generen estadísticas y diagnósticos de las condiciones de detención y las afectaciones que sufre esta población durante la ejecución de la pena a fin de que las medidas que se adopten se correspondan con las necesidades especiales de protección que requieren.

II. Estándares internacionales de protección

2.1. En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

2.1.1. Declaración Universal de los Derechos del Hombre

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH)²¹ es uno de los documentos más importantes de reconocimiento y protección de los derechos humanos. El respeto de la dignidad e igualdad de todos los hombres es el núcleo fundamental y una aspiración de todas las naciones para alcanzar la libertad, la justicia y la paz²².

¹⁹Sobre las penas ilícitas consultar Raúl Zaffaroni, “Penas Ilícitas, un desafío a la dogmática penal”. *Derecho. Debates & Personas*, 2021, <https://www.revistaderecho.com.co/2021/02/07/penas-ilicitas-un-desafio-a-la-dogmatica-penal/>

²⁰En el caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C Nº226, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia”.

²¹Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución 217 (III).

²²Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Sobre este preámbulo, la DUDH reconoce, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad²³; el derecho a la protección de injerencias arbitrarias en la vida privada²⁴; contra las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes²⁵; así como el derecho a la protección frente a la detención o arresto arbitrario²⁶; a ser oído públicamente y con justicia —en condiciones de plena igualdad— por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en materia penal²⁷.

La DUDH señala que estos y otros derechos en ella proclamados son atributos de todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición²⁸. Este reconocimiento de la igualdad es reforzado cuando prescribe el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección de la ley, a lo que se suma la incorporación de la prohibición de la discriminación, incluso toda provocación a tal discriminación²⁹.

Si bien dentro de las disposiciones de la DUDH no encontramos referencias explícitas sobre los motivos prohibidos de discriminación que incluyan a la orientación sexual e identidad de género, a través de la cláusula abierta “cualquier otra condición” se entiende que algunos derechos pueden tener una dimensión dinámica cuyo ejercicio genere una nueva condición y que ello no será razón válida para negar o restringir el ejercicio de los otros derechos. En efecto, taxativamente, prohíbe cualquier interpretación tendiente a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados³⁰.

2.1.2. Pactos internacionales

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³¹, así como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)³² y su protocolo facultativo³³ desarrollan todos los derechos consagrados en la DUDH.

²³Artículo 3 de la DUDH.

²⁴Artículo 12 de la DUDH.

²⁵Artículo 5 de la DUDH.

²⁶Artículo 9 de la DUDH.

²⁷Artículo 10 de la DUDH.

²⁸Artículo 2 de la DUDH.

²⁹Artículo 7 de la DUDH.

³⁰Artículo 30 de la DUDH.

³¹Tratado en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

³²Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

³³Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 63/117, del 10 de diciembre de 2008.

Ambos instrumentos, además, establecen deberes de los Estados parte para la protección de los derechos contenidos en ellos. Así, el PIDCP contempla la obligación de los Estados a dictar disposiciones legislativas o de otra naturaleza para hacer efectivos los derechos reconocidos³⁴, así como a disponer de recursos efectivos, ya sean administrativos o judiciales, ante la violación de alguno de sus derechos³⁵. El PIDESC, por su parte, dispone a los Estados parte a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos³⁶. También, establece sistemas de protección para la defensa de estos derechos.

Además, incorporan la cláusula de igualdad y no discriminación como un aspecto esencial y transversal en cada derecho reconocido, así como en cada obligación del Estado, la cual señala que estos garantizarán los derechos en ellos reconocidos “(...) sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”³⁷.

La incorporación específica de las categorías de orientación sexual e identidad de género, que visibiliza la prohibición de la discriminación hacia las personas LGBTI para el goce de todos sus derechos, se va incorporando a través de un proceso interpretativo, especialmente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) mediante las observaciones generales. Así, entre el año 2000 y el 2007, las observaciones generales 14, 15, 18 y 19³⁸ establecieron la prohibición de la discriminación, entre otros motivos, por orientación sexual, para el disfrute del más alto nivel posible de salud, ejercicio del derecho al agua, derecho al trabajo y derecho a la seguridad social, respectivamente.

No es sino hasta el 2009 que el CDESC incorpora no solo la categoría de orientación sexual, sino también la de identidad de género dentro de la cláusula abierta “cualquier otra condición social” como motivos prohibidos de discriminación.

Más adelante, en el 2016, el CDESC, a través de la observación general 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva³⁹, hace referencia explícita a las personas LGBTI al hacer un llamado a ser plenamente respetadas por su

³⁴ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

³⁵ Artículo 2.2 del PIDCP.

³⁶ Artículo 2.1 del PIDCP.

³⁷ Artículo 2.1 del PIDCP y el artículo 2.2 del PIDESC.

³⁸ Mireya Castañeda (comp.), *Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas* (México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>

³⁹ En: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=es

orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva.

2.1.3. Convenciones internacionales

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, al igual que otros instrumentos internacionales, reconocen a la igualdad y no discriminación como un derecho humano y un principio que debe guiar las actuaciones de los Estados para garantizar a todas las personas destinatarias de sus disposiciones el goce efectivo de los derechos reconocidos en ellas, sin distinción alguna.

A través de las recomendaciones generales, cada una de las convenciones, dentro de su ámbito de competencia, reconocen a la orientación sexual y la identidad de género como motivos prohibidos de discriminación, más allá de su mención explícita en cada una de ellas.

Así, mediante la recomendación 27 del 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha expresado preocupación por la discriminación que sufren las mujeres de edad, entre otros motivos, debido a su orientación sexual e identidad de género⁴⁰. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en la recomendación 4 del 2003, al referirse a la obligación de los Estados de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la convención, sin distinción alguna, añade a los clásicos motivos de discriminación la orientación sexual y el estado de salud del niño (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental)⁴¹.

Por último, el Comité contra la Tortura, en la observación general 3 del 2012, al referirse al deber del Estado de asegurar la reparación a las víctimas de un acto de tortura y otros actos crueles, inhumanos o degradantes, señala que debe estar al alcance de todas las víctimas independientemente de su orientación sexual e identidad de género y de la razón por la cual se esté privado de la libertad⁴².

⁴⁰Mireya Castañeda (comp.), *Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas* (México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>

⁴¹Mireya Castañeda (comp.), *Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas* (México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>

⁴²Mireya Castañeda (comp.), *Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas* (México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>

2.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

2.2.1. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce a todas las personas todos los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales. Entre los derechos reconocidos a las personas privadas de libertad se tiene, entre otros, aquel relacionado al respeto a la vida⁴³; a su integridad física, psíquica y moral⁴⁴; a ser protegido de torturas, penas o tratos crueles e inhumanos; y a ser tratado con respeto a la dignidad⁴⁵. En consecuencia, la pena no puede trascender de la persona del delincuente⁴⁶ y tendrá como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados⁴⁷. Otros derechos relativos al ejercicio de la libre personalidad reconocidos por la CADH son el reconocimiento de la personalidad jurídica⁴⁸, el derecho a ser protegido de las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada⁴⁹, el derecho al nombre propio y apellidos⁵⁰, entre otros.

Al tiempo de establecer estos y otros derechos, la CADH impone obligaciones a los Estados de respetar⁵¹ estos derechos. Dentro de estas obligaciones se encuentra también el garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁵².

Con este reconocimiento, la CADH pone en el centro de la acción de los Estados a la persona, cuyos derechos, de acuerdo con el preámbulo de la CADH, no nacen por el hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Para reforzar ello, la CADH señala que persona es todo ser humano⁵³. De la mano con lo anterior, la CADH dispone que ninguna de sus disposiciones será interpretada⁵⁴ en el sentido que permita a alguno de los Estados parte, grupos o personas suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella o en las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

⁴³Artículo 4.1 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos (CADH).

⁴⁴Artículo 5.1 de la CADH.

⁴⁵Artículo 5.2 de la CADH.

⁴⁶Artículo 5.3 de la CADH.

⁴⁷Artículo 5.6 de la CADH.

⁴⁸Artículo 3 de la CADH.

⁴⁹Artículo 11 de la CADH.

⁵⁰Artículo 18 de la CADH.

⁵¹Artículo 1.1 de la CADH.

⁵²Artículo 1.1 de la CADH.

⁵³Artículo 2.2 de la CADH.

⁵⁴Artículo 29 de la CADH.

A partir de estas consideraciones y del reconocimiento de la igualdad y no discriminación, más allá de su mención explícita, la población LGBTI en libertad y prisión es destinataria de estos y otros derechos contenidos en la CADH, así como de la protección de los Estados frente a la discriminación que impida el ejercicio pleno de los derechos.

2.2.2. Otros documentos básicos del Sistema Interamericano

Los otros documentos básicos del Sistema Interamericano, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵⁵; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁵⁶; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)⁵⁷ establecen obligaciones de protección y garantía para todas las personas y para las que se encuentran privadas de su libertad con las limitaciones propias impuestas por la sentencia, lo que incluye a la población LGBTI, más allá de la mención explícita.

Así, disponen las obligaciones de los Estados para adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura⁵⁸ adiestrando a los agentes de la policía y a otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, y estableciendo la obligación de protección frente a la desaparición forzada de las personas privadas de libertad⁵⁹, así como la obligación de no discriminar a ninguna persona por ninguna razón para el acceso y disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁰, respectivamente.

Por ende, es a través de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia⁶¹ y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁶², tratados relativamente recientes, que se incorporan de manera explícita la orientación sexual y la identidad de género como motivos de discriminación que deben prohibirse.

⁵⁵En vigor desde el 28 de febrero de 1987.

⁵⁶En vigor desde el 28 de marzo de 1996.

⁵⁷En vigor desde 16 de noviembre de 1999.

⁵⁸Artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁵⁹Artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

⁶⁰Artículo 3 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

⁶¹Convención en vigor desde el 20 de febrero de 2020. Los únicos países que han firmado y ratificado (primera ratificación) la convención son Uruguay y México. Para mayor información ver el estado de firmas y ratificaciones

en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp

⁶²En vigor desde el 1 de noviembre de 2017.

2.2.3. Estándares internacionales a partir de pronunciamientos de la CIDH y la Corte IDH

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de sus informes, como la Corte IDH mediante sus opiniones consultivas⁶³ y sus decisiones han interpretado y desarrollado estándares relacionados a los derechos de las personas LGBT y a los derechos de esta población en prisiones, así como a los deberes de los Estados en la protección de esta población.

Una de las decisiones importantes por su carácter transversal constituye el reconocimiento que, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* de 2012, hace la Corte IDH de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas por la convención. Este reconocimiento tiene como consecuencia la obligación en los Estados y particulares a no disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual o identidad de género⁶⁴.

Asimismo, mediante la opinión consultiva 24/2017 sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la Corte IDH ha dispuesto a los Estados adoptar medidas expeditivas y gratuitas para garantizar el cambio de nombre conforme a la identidad de género autopercibida, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género en los registros y en los documentos de identidad para que estos sean acordes a la identidad de género autopercibida. Así, también, señaló que, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar, así como del derecho a la protección de la familia, el vínculo familiar y todos los derechos patrimoniales pueden derivar de una relación de una pareja del mismo sexo⁶⁵.

Son particularmente importantes para la protección de los derechos de la población LGBTI en prisiones la resolución de la Corte IDH sobre las medidas provisionales del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil de 2017⁶⁶, la resolución de medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto del

⁶³A través del artículo 64, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que los Estados miembros podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la convención, así como de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados americanos.

⁶⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁶⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

⁶⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución del 28 de noviembre de 2018, Medidas provisionales respecto de Brasil, asunto del Complejo Penitenciario de Curado, https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

Instituto Penal de Sá Carvalho (IPPSC) de 2018⁶⁷ y el informe de fondo de la CIDH en el caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia de octubre de 2018⁶⁸.

En las medidas provisionales del Complejo Penitenciario de Curado, Brasil, que registra un alto nivel de hacinamiento y sobrepoblación, donde las personas LGBTI continuaban en las celdas dentro de los pabellones masculinos, vulnerables a la violencia, especialmente de naturaleza sexual, la Corte IDH reconoce la necesidad de la implementación de medidas concretas en las prisiones para proteger a esta población teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran de sufrir agresiones físicas y psicológicas.

Haciendo referencia al Manual sobre reclusos con necesidades especiales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Corte IDH señala que las personas LGBT privadas de libertad no deben compartir celdas con otros prisioneros que puedan poner sus vidas en riesgo. A las personas detenidas se les debe asegurar que su ubicación evite su marginalización, así como atención médica y visitas conyugales. Ese documento define también que el personal carcelario sea debidamente entrenado para atender a personas LGBT. En la resolución de medidas provisionales en el IPPSC, la Corte IDH notó con preocupación que este no cuenta con un ala separada para personas adultas mayores y LGBTI en un contexto de hacinamiento crítico.

Finalmente, en el caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, cuya solicitud de visita íntima fue denegada por la autoridad penitenciaria y judicial de Colombia debido a su condición de mujer lesbiana privada de libertad, la CIDH determinó que: a) el disfrute de los derechos de las PPL puede verse afectado, mas no se extingue por la privación de libertad; b) es deber de la autoridad garantizar los derechos básicos de las PPL, dentro de las limitaciones propias del encarcelamiento, como permitir el contacto con el mundo exterior, de manera personal y directa entre los detenidos/as con sus familiares, parejas y otras personas; c) la vida privada y la intimidad son absolutamente propias de cada individuo y una esfera que nadie puede invadir; d) la orientación sexual de una persona constituye un componente fundamental de la vida privada de una persona, el cual debe estar libre de injerencias arbitrarias y abusivas del poder público.

⁶⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 22 de noviembre de 2018, Medidas provisionales respecto de Brasil, asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf

⁶⁸Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 122/18, Caso N°11.656. (2018), <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/COPU11656ES.pdf>

2.3. Principios soft law

Entre estos, tenemos al Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión⁶⁹, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁷⁰, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)⁷¹, y los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (Principios de Yogyakarta)⁷².

Pese a no tener el estatus (formal) de convenio internacional, las disposiciones de los principios *soft law* constituyen para los Estados y los tribunales fuentes de interpretación de los derechos de las personas privadas de libertad. Sus normas contienen las más altas aspiraciones de un sistema penitenciario acorde a la dignidad y las necesidades de las PPL. Todas disponen el trato humano durante la prisión y el deber de protección del Estado frente a actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, o métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona.

La igualdad y no discriminación es un principio transversal de todos estos instrumentos. Asimismo, para la aplicación de este principio, especialmente los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y las Reglas Mandela, incorporan un enfoque diferenciado que las administraciones penitenciarias deben tener en cuenta para atender las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario⁷³. Aunque al referirse a estas categorías no se incluye a la población LGBT de manera específica, sus disposiciones relacionadas al alojamiento⁷⁴, la gestión de expedientes⁷⁵, registros corporales⁷⁶, clasificación e individualización⁷⁷ son perfectamente aplicables para la atención diferenciada que merece esta población.

⁶⁹ Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

⁷⁰ Adoptados por la Comisión durante el 131º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

⁷¹ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 70/175, del 17 de diciembre de 2015.

⁷² Adoptados en noviembre de 2006, por el Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos y en Orientación Sexual e Identidad e Identidad de Género.

⁷³ Regla 2 inciso 2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela).

⁷⁴ Principio XIX de las Reglas Mandela.

⁷⁵ Regla 7 literal a) de las Reglas Mandela.

⁷⁶ Reglas 50, 51, 52 y 53 de las Reglas Mandela.

⁷⁷ Regla 93, literal b) de las Reglas Mandela.

Así, sobre el alojamiento, señala que las PPL pertenecientes a diversas categorías deberán ser alojadas en diferentes pabellones de la prisión, según — entre otros motivos— la necesidad de protección de la vida e integridad de las PPL, las necesidades especiales de atención, entre otros. Con relación a la gestión de expedientes, dispone que los reclusos/as consignarán la información que permita determinar su identidad personal, respetando el género con el que el propio recluso se identifique; en cuanto a los registros de las PPL y celdas, estos se llevarán a cabo respetando la dignidad e intimidad, en ningún caso para acosar o intimidar.

Por su parte, los Principios de Yogyakarta, a través del principio 9, reconocen que la orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona; en tal sentido, establecen que, durante la privación de la libertad, se evite mayor marginación de las PPL en razón a su orientación sexual e identidad de género; se permita el acceso adecuado a cuidados médicos y consejería apropiada a sus necesidades; se permita, en la medida de lo posible, participar en las decisiones sobre el lugar de su detención; se asegure visitas conyugales en igualdad de condiciones que otros detenido/as; se establezcan programas de capacitación para el personal penitenciario sobre normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, orientación sexual e identidad de género.

Sin duda, los principios *soft law* han mostrado un desarrollo y una evolución de vanguardia respecto a los derechos de las PPL. Si bien los primeros instrumentos no hacen mención explícita a la orientación sexual e identidad de género, incorporan el enfoque diferenciado para la atención de necesidades de las PPL en especial situación de vulnerabilidad, lo que constituye un punto de partida esencial para evitar la discriminación y promover la igualdad de condiciones en el contexto de privación de libertad. Asimismo, sus disposiciones ya incorporan aspectos específicos de atención diferenciada perfectamente aplicables para la población LGBT que alcanzan un mejor desarrollo con los Principios de Yogyakarta.

2.4. Estándares internacionales específicos para la protección de los derechos de las personas LGBT en prisiones: una meta cercana

Si bien se han establecido estándares de protección de la población LGBT en prisiones a través de algunos fallos de la Corte IDH, medidas provisionales u opiniones consultivas, estos aún resultan insuficientes y difusos de cara a las evidencias halladas sobre la afectación de derechos y la ausencia de protección diferenciada de esta población en las prisiones.

La atención de la solicitud de opinión consultiva 29 que hizo la CIDH a la Corte IDH sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de

libertad⁷⁸ en noviembre de 2019 constituirá un hito fundamental en la protección de las personas LGBT en prisiones. En ella, la CIDH solicitó a la Corte IDH una interpretación conjunta de varias normas interamericanas sobre las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados a fin de enfrentar la situación de desigualdad de grupos en situación especial de riesgo, entre otros, de las personas LGBT en prisiones.

En tal sentido, la CIDH ha formulado a la Corte IDH preguntas destinadas a conocer si la adopción de medidas o enfoques diferenciados a grupos de especial riesgo, entre ellos, las personas LGBT en prisiones, afectaría la igualdad de condiciones de las demás PPL. En esa misma línea, la CIDH busca de la Corte IDH el desarrollo de criterios para la determinación de la unidad en la que debe ingresar la población LGBT; para identificar las obligaciones de los Estados para atender las necesidades médicas, especialmente de quienes deseen iniciar o continuar con su proceso de transición; para el registro de los actos de violencia; para garantizar las visitas íntimas; y para prevenir todo acto de violencia que no implique segregación del resto de la población penitenciaria.

La Corte IDH ha recibido observaciones escritas respecto de la solicitud de diez países de los Estado miembros de la Organización de los Estados Americanos, de veintiocho organizaciones no gubernamentales y asociaciones regionales y nacionales, de veintiocho instituciones académicas, entre otros, quienes participaron con sus argumentos orales en la audiencia pública del 141° Período Ordinario de Sesiones llevada a cabo los días 19, 20, 21 y 22 de abril de 2021. Se espera el pronunciamiento de la Corte IDH a partir de todos los argumentos expuestos.

III. La protección de las personas LGBTI en prisiones de Latinoamérica

3.1. Modelo Boliviano

Bolivia tiene un sólido antecedente jurídico en el reconocimiento, protección y atención diferenciada de las personas en razón a su orientación sexual e identidad de género. El párrafo II del artículo 14 de la Constitución Política⁷⁹ ha incorporado explícitamente la prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Posteriormente, este reconocimiento ha sido desarrollado en el artículo 7 de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión⁸⁰ que prohíbe la discriminación por género y orientación sexual de todas las PPL.

⁷⁸Para consultar el estado de la solicitud de opinión consultiva se puede visitar la siguiente dirección: https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=2224

⁷⁹Edición de la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, del 7 de febrero de 2009.

⁸⁰Ley N°2298 (Edición 38 de la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, del 20 de diciembre de 2001).

También, a través de la Ley de Identidad de Género⁸¹ y la Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación⁸², garantiza el ejercicio de la libre personalidad y establece mecanismos y procedimientos para la prevención y sanción de actos de racismo y discriminación, respectivamente.

En ese marco, en el año 2021, se publica el Protocolo para la atención integral de personas LGBTIQ+ privadas de libertad⁸³ con la finalidad de brindar una atención integral y diferenciada a personas con diversa orientación sexual, identidad y expresión de género en prisión. Este protocolo está basado en evidencias recogidas en el 2015 sobre la situación de la población LGBT en prisiones. Contiene un amplio desarrollo de estándares internacionales y nacionales que sirven de soporte a este documento, así como disposiciones específicas que guían la actuación y procedimientos a seguir de los profesionales de tratamiento penitenciario.

Entre las principales disposiciones, destacan el respeto de la apariencia y vestimenta de acuerdo a la diversa orientación sexual, expresión e identidad de género de las PPL; el reconocimiento del nombre social; la prohibición de castigo a parejas LGBTIQ+ dentro del mismo recinto penitenciario; la garantía de acceso a servicios penitenciarios conforme a las necesidades específicas; la consideración de la opinión y consentimiento de las PPL para determinar su ubicación; la ubicación de las mujeres trans en centros penitenciarios femeninos o masculinos que representen menor riesgo para su vida e integridad física, psicológica y sexual; hombres trans que hayan hecho o no su cambio de identidad, serán ingresados a centros penitenciarios femeninos, en resguardo de su integridad física, psicológica y sexual; las terapias de pareja a personas LGBTIQ+ que convivan en los recintos penitenciarios a requerimiento de estas; el ingreso de visitas conyugales; y requisas con respeto a la dignidad e integridad. Además, prevé sanciones para los agentes penitenciarios que incumplen el protocolo de acuerdo a las normas vigentes (Código Penal).

3.2. Modelo ecuatoriano

Al igual que Bolivia, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 11, inciso 2⁸⁴, incorpora de manera explícita la prohibición de la discriminación de las personas debido a su orientación sexual e identidad de género y, en su artículo 35, dispone la atención prioritaria y especializada a las PPL. Siguiendo esta misma línea, el artículo 673 del Código Orgánico Integral

⁸¹Ley N°807 (Edición 861 de la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, del 23 de mayo de 2016).

⁸²Ley N°45 (Edición 178 de la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, del 8 de octubre de 2010).

⁸³Resolución Administrativa N°076/2021 del Ministerio de Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia (1 de diciembre de 2021).

⁸⁴Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

Penal (CIP),⁸⁵ al referirse a la ejecución de la pena, establece que la finalidad del Sistema Nacional de Rehabilitación Social es, entre otras, la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, con atención a sus necesidades especiales.

Como consecuencia de este bloque normativo, en el 2016, se publica el “Protocolo de Atención a población LGBTI en Situación de Privación de Libertad”⁸⁶. Este protocolo contiene diez artículos de los cuales cinco están referidos a disposiciones específicas sobre el registro de información, nombre, condiciones de habitabilidad (prohibición del maltrato, pautas para requisas y alojamiento diferenciado), revisión, y registro de visitas familiares e íntimas.

Con relación al registro, establece que se realizará en función al sexo consignado en el documento de identidad, donde se proporcionan las opciones de hombre y mujer. Para la inscripción del género ofrece las opciones de masculino y femenino, y se dispone la prohibición de hacer juicios de valor ni asumir la identidad de género. Sobre las condiciones de habitabilidad, prohíbe la violencia física, verbal y psicológica. Durante las requisas, dispone respetar los artículos personales autorizados, sin otras precisiones. Sobre el alojamiento, el Protocolo, contempla la posibilidad de contar con una sección específica para la población LGBTI, por su parte, el CIP⁸⁷ contempla diversos aspectos para determinar el lugar de alojamiento como la necesidad de protección de la vida e integridad precisando que en ningún caso la decisión del espacio de alojamiento “se utilizará para justificar discriminación, imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas”.

Sobre la revisión y registro de visitas familiares e íntimas, se realizará respetando la privacidad, identidad y el personal de elección de la persona sujeta a revisión. Las disposiciones sobre la separación⁸⁸, registro⁸⁹ y visitas⁹⁰ también se incluyen, con algunas precisiones, en el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social de 2020⁹¹. Además, se incorpora como principio transversal a todo el reglamento la prohibición de discriminación⁹² de las PPL, entre otros, por su orientación sexual o identidad de género. Finalmente, el tratamiento diferenciado y los derechos de la población LGBTI en prisión han

⁸⁵Suplemento del Registro Oficial 180 del 10 de febrero de 2014.

⁸⁶Aprobado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, mediante el Acuerdo N°1265, del 4 de julio de 2016. <https://siluetax.files.wordpress.com/2015/11/protocolo-lgbti-del-ministerio-de-justicia-desarrollado-en-conjunto-con-los-lgbti.pdf>

⁸⁷Artículo 7.

⁸⁸Artículo 25 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

⁸⁹Artículo 91 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

⁹⁰Artículo 130 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

⁹¹Aprobada por Resolución N°SNAI-2020-0031-R Quito, D.M., 30 de julio de 2020.

⁹²Artículo 3 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

estado presentes en diferentes espacios de capacitación del personal penitenciario⁹³, así como en materiales de difusión oficial⁹⁴ en 2015 y 2018.

3.3. Modelo peruano

A diferencia de Ecuador y Bolivia, la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género en Perú no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución ni se cuenta con legislación sobre identidad de género. Sin embargo, su protección está garantizada por la Convención y la interpretación realizada por la Corte IDH (Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile)⁹⁵, a cuya competencia está sometido el Perú, así como por la interpretación del Tribunal Constitucional que reconoce a la identidad de género como un derecho (STC N°06040-2015-PA/TC)⁹⁶. También, se ha reconocido la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género al tipificar la discriminación o incitación a la discriminación como delito en el artículo 323 del Código Penal peruano.

Por su parte, el Código de Ejecución Penal no hace ningún reconocimiento explícito a la orientación sexual ni identidad de género; tampoco incorpora el tratamiento diferenciado a la comunidad LGBTI; sin embargo, el artículo X de su título preliminar acoge todas las disposiciones de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente.

En atención a dichos principios y otros estándares, el Instituto Nacional Penitenciario, como órgano rector del sistema penitenciario del Perú, ha publicado en abril del presente año la Directiva "Atención Integral y Tratamiento Penitenciario Especializado para Personas Privadas de Libertad y Población Penal Extramuros de Especial Protección"⁹⁷, dentro de la cual se incluye a la población LGBTI.

Con relación al ingreso, ubicación y clasificación, dispone que al momento de la ubicación en pabellones, aleros o celdas dispone que se debe optar por espacios que garanticen, la integridad, seguridad, opinión y preferencia de la persona LGBTI; se contempla la medida de separación por protección evitando que sea permanente con el fin de no aislar, restringir derechos, imposibilitar el

⁹³Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. *Rehabilitar y Proteger Derechos. Módulo de Formación y Capacitación Penitenciaria* (Quito: 2018).

⁹⁴Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. *Manual de Derechos Humanos aplicados al contexto Penitenciario* (Quito: 2015).

⁹⁵La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile reconoce a la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁹⁶<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

⁹⁷Aprobado mediante Resolución Presidencial del Instituto Nacional Penitenciario N°112-2022 -INPE/P, del 20 de abril de 2022. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3126476/RP%20112-2022.pdf.pdf>

acceso a servicios o actividades de tratamiento de la persona LGBTI; se garantiza la visita íntima, la vestimenta e indumentaria (maquillaje y accesorios) acorde a su identidad y expresión de género; se prohíbe el uso de apelativos o sobrenombres; se dispone la protección contra cualquier tipo de maltrato; se permite el ingreso de prendas que la población LGBTI opte; se prohíbe revisiones corporales humillantes. Además, establece las funciones de los profesionales de tratamiento penitenciario y de salud específicas para cada grupo de PPL de especial protección.

Todos los protocolos toman como fuente los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, así como los principios *soft law* referidos a la protección de las PPL y PPL LGBTI. Bolivia y Ecuador, adicionalmente, tienen a sus propias constituciones y legislación específica, las que garantizan la igualdad y no discriminación de las personas por su orientación sexual o identidad de género. Ello ha permitido incorporar la protección de esta población en instrumentos de rango legal, lo que asegura su vigencia en el tiempo hasta una eventual modificación legislativa cuyo proceso está lejos de ser sencillo, para luego decantar en protocolos.

Las disposiciones relacionadas a la ubicación y alojamiento diferenciado, si bien no son uniformes, tienen un denominador común importante y es que no son decisiones de *prima facie* ni automáticas, sino que están sujetas a la evaluación de diversos factores entre ellos la seguridad física, psicológica, la integridad y, en otros casos como Perú, se incluye la opinión y preferencia de la persona LGBTI. Asimismo, de optarse por un alojamiento diferenciado, Ecuador resalta que de ningún modo implicará la privación de libertad más rigurosa o menos adecuadas que el resto de la población penitenciaria. Perú va un poco más allá y establece que la decisión del alojamiento diferenciado no será permanente con el fin de no aislar, restringir derechos, imposibilitar el acceso a servicios o actividades de tratamiento a la población LGBTI.

Siguiendo los estándares, es fundamental que la decisión de establecer un alojamiento diferenciado se determine caso por caso y sobre una rigurosa evaluación de riesgos a fin de evitar la segregación, restricciones en el ejercicio de los derechos y acceso a los servicios en igualdad de condiciones que toda la población penitenciaria.

Conclusiones

La población LGBTI en prisiones es víctima de una serie de vulneraciones de sus derechos humanos que provienen no solo de otras PPL, sino de los propios agentes encargados de su custodia. Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tanto del Sistema Universal como Interamericano de Derechos Humanos, no incluyen de manera explícita

disposiciones que protejan a esta población en prisiones. Sin embargo, ambos instrumentos reconocen la dignidad, la igualdad y no discriminación como principios y derechos de todas las personas y, como consecuencia de ello, imponen obligaciones a los Estados para su protección.

De esta forma, a partir de la interpretación de estas disposiciones y el conjunto de derechos humanos reconocidos, tanto las Observaciones Generales en el Sistema Universal y las Opiniones Consultivas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desempeñado un papel fundamental en la incorporación de la orientación sexual e identidad de género como motivos prohibidos de discriminación.

No obstante, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 2017 y 2020, respectivamente, son los primeros instrumentos internacionales que incorporan de manera explícita la orientación sexual e identidad de género como motivos de discriminación que deben prohibirse. Por su parte, los principios *soft law* con sus normas específicas para el mejor tratamiento de todos los reclusos y, especialmente, de quienes están dentro de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario contribuyen de manera fundamental en la protección de los derechos de todas las PPL.

En definitiva, la Corte IDH ha desarrollado importantes estándares específicos sobre los derechos de las personas LGBT en prisiones referidas al alojamiento, visitas íntimas, respeto a la intimidad y vida privada de las PPL. Sin embargo, la opinión consultiva Enfoques Diferenciados en materia de personas privadas de libertad solicitada por la CIDH constituirá un hito fundamental para una protección integral para la población LGBT en prisiones.

Así, independiente de ello, algunos países han avanzado con protocolizar disposiciones específicas sobre alojamiento, visitas íntimas, respeto de la identidad, atención de salud, entre otros, para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas LGBTI en las prisiones en igualdad de condiciones que las demás PPL; sin embargo, su adecuada aplicación dará cuenta de su eficacia o no. En ese sentido, Ecuador, Bolivia y Perú son buenos ejemplos de tales avances.

Bibliografía

- Alfonsín, Josefina, Gerardo Contreras Ruvalcaba, Kenya Cuevas, Teresa García Castro, María Santos, y Ari Vera Morales. *Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros* (2020). https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Mujeres-trans-privadas-de-libertad.-La-invisibilidad-tras-los-muros_Final-8.pdf
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Dentro de las prisiones de América Latina y el Caribe: Una Primera Mirada al otro lado de las Rejas*. Washington D.C.: BID, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18235/0001858>
- Castañeda, Mireya (comp.). *Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Personas Privadas de Libertad en Ecuador* (2022). https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 122/18, Caso N°11.656 (2018), <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/COPU11656ES.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, Doc. 36 (2015), <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe de los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011). <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>
- Hathazy, Paul y Markus-Michael Müller. “La Crisis de la detención y la Política de la negociación en América Latina.” *International Review of the Red Cross* 903 (2017): 5-6. https://international-review.icrc.org/sites/default/files/903_hathazy-muller.pdf
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. *Rehabilitar y Proteger Derechos. Módulo de Formación y Capacitación Penitenciaria*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2018.

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. *Manual de Derechos Humanos aplicados al contexto Penitenciario*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2015.

Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI). ANEXO-Comunicado de Prensa 153/14 “Una Mirada hacia la violencia contra personas LGBTI. Un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero del 2013 y el 31 de marzo de 2014”. Washington D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014.
<https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/Anexo-Registro-Violencia-LGBTI.pdf>

Salazar, Ximena y Alfonso Silva Santisteban. “*Vivir los días*”: *Situación de la población trans femenina en el penal de Lurigancho*. Universidad Cayetano Heredia, Centro de Investigaciones Interdisciplinaria en Sexualidad, Sida y Sexualidad, 2020.
http://iessdeh.org/usuario/ftp/VivirLosDias2020.pdf?fbclid=IwAR2jIvFH93DeeWqj5WaznVTMeK7-O6gz_Yr5IF6SueMMXu7vFDLILhmDVLA

Zaffaroni, Raúl. “Penas Ilícitas, un desafío a la dogmática penal”. *Derecho. Debates & Personas*, 2021.
<https://www.revistaderecho.com.co/2021/02/07/penas-ilicidas-un-desafio-a-la-dogmatica-penal/>

LA PROTECCIÓN DE LA CULTURA Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE EN PICHARI (VRAEM) DE PERÚ

Protection of culture and the right to intercultural bilingual education in Pichari (VRAEM) in Peru

KAREN AÑAÑOS BEDRIÑANA*
GISELA HERRERAS GUTIÉRREZ**

Resumen: El artículo analiza la Educación Intercultural Bilingüe (EIB) en Perú, en particular, se aborda el caso del Instituto de Educación Superior Pedagógico “Quillabamba”, filial Pichari del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), como centro EIB de la región, con el propósito de plantear algunas reflexiones y propuestas de mejora. Del estudio se deduce que Perú cuenta con políticas públicas y con un marco jurídico en EIB, en conexión con los tratados internacionales de derechos humanos, que protegen los derechos de los pueblos indígenas, en especial, el derecho a la educación; sin embargo, en la práctica, su implementación y ejecución en el distrito de Pichari del VRAEM, aún constituye un desafío pendiente a resolver. Finalmente, el estudio enfatiza la importancia de la EIB como una herramienta para garantizar la igualdad, el respeto a la diversidad y el desarrollo integral de los individuos y las comunidades. Es ese sentido, es trascendental el papel de la EIB en la promoción de la justicia social, los derechos humanos y la inclusión para los grupos minoritarios y en situación de vulnerabilidad como son los pueblos indígenas, cuyos saberes y conocimientos ancestrales corren el riesgo de perderse e, incluso, extinguirse, si no hay una adecuada protección y gestión

*Profesora del Departamento de Derecho Constitucional e Investigadora del Instituto Universitario de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada – España. Doctora en Derecho por la Universidad de Granada. Premio Extraordinario de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Granada. Profesora Colaboradora del “Máster en Derechos humanos, democracia y globalización” de la Universidad Oberta de Cataluña (UOC) Barcelona. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC), Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7646-750X> Correo electrónico: karengananos@ugr.es

**Profesora de Educación Inicial de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga (UNSCH) – Perú. Doctoranda del Programa Ciencias de la Educación de la Universidad de Granada – España. Magíster Universitario en Investigación, Desarrollo Social e Intervención Socioeducativa por la Universidad de Granada. Magister en Docencia Universitaria por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. Con experiencia profesional como Coordinadora en los Programas no Escolarizados en Zonas Rurales Dispersas y Coordinadora en el Centro de Recursos para el Aprendizaje de Educación Inicial. Y, ha sido Directora encargada en la Institución Educativa Inicial N. 432-200 “Buenos Aires” Ayacucho - Perú. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2631-8138> Correo electrónico: gisela.herrerass@unsch.edu.pe

política estatal. Por todo ello, la importancia de preservar su lengua y, por ende, su identidad cultural.

Palabras claves: derecho a la educación; educación intercultural bilingüe; poblaciones indígenas; políticas Públicas; vraem.

Abstract: The article analyses Intercultural Bilingual Education (IBE) in Peru, in particular the case of the Instituto de Educación Superior Pedagógico "Quillabamba", Pichari branch of the Apurímac, Ene and Mantaro River Valley (VRAEM), as an IBE centre in the region, with the purpose of proposing some reflections and proposals for improvement. The study shows that Peru has public policies and a legal framework for IBE, in connection with international human rights treaties that protect the rights of indigenous peoples, especially the right to education; however, in practice, its implementation and execution in the Pichari district of the VRAEM is still a pending challenge to be solved. Finally, the study emphasises the importance of IBE as a tool to guarantee equality, respect for diversity and the integral development of individuals and communities. In this sense, the role of IBE in the promotion of social justice, human rights and inclusion for minority and vulnerable groups such as indigenous peoples, whose knowledge and ancestral knowledge are at risk of being lost and even extinguished if there is no adequate protection and state policy management, is transcendental. This is why it is so important to preserve their language and, therefore, their cultural identity.

Keywords: right to education; intercultural bilingual education; indigenous populations; public policies; vraem.

Sumario: Introducción. I. Marco jurídico de las políticas educativas en Perú, con relación a la EIB. 1.1. A nivel internacional. 1.1.1. Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989). 1.1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos indígenas (2007). 1.2. A nivel regional. 1.2.1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016). 1.3. A nivel estatal (Perú). 1.3.1. La Constitución Política del Perú (1993). 1.3.2. Legislación nacional: leyes para las comunidades indígenas. II. Marco teórico de la EIB en Perú. 2.1. Aproximaciones conceptuales. 2.2. Antecedentes. 2.3. Cuestiones genéricas. 2.4. Idioma nativo. III. EIB de docentes de cultura indígena en Pichari – VRAEM. 3.1. Ubicación, población e instituciones educativas EIB. 3.2. El Instituto de Educación Superior Pedagógico “Quillabamba” como centro EIB. 3.3. Situación socioeconómica de estudiantes y egresados del IESPP “Quillabamba”. 3.4. Factores de riesgo social. 3.5. La educación. 3.6. Diseño Curricular Básico Nacional en EIB del IESPP “Quillabamba”. Conclusiones y propuestas.

Introducción

El último informe (2022) de la Organización Internacional del Trabajo¹, revela que hay 476 millones de personas indígenas en el mundo. De los cuales, unos 54,8 millones (mujeres y hombres indígenas) pertenecen a la región de América Latina y el Caribe, que tiene un “carácter pluriétnico, multicultural y plurilingüe, en gran medida relacionada a los más de 800 pueblos indígenas que existen y representan el 8.5% del total de la población de la región”². En efecto, de los 8 países estudiados (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Panamá y Perú) los que tienen mayor cantidad de población indígena son: Guatemala³ en primer lugar, con un 36.02% (6,452 millones de indígenas); Bolivia⁴ en segundo lugar, con un 27.8% (3,270 millones); y, Perú⁵ en tercer lugar, con un 26.7% (6,639 millones).

Sin embargo, a pesar de las cifras elevadas de la presencia de los pueblos indígenas en el mundo, aún hay muchos desafíos y tareas pendientes que ameritan una solución a corto plazo, así tenemos, entre otros, el derecho a la educación intercultural. En ese sentido, cabe decir que la pandemia de la COVID-19, ha motivado a más países de la región a implementar programas y acciones dirigidos a los pueblos indígenas en el ámbito de la educación. Ejemplos de avances incluyen la educación intercultural y el progreso en la educación de niños y niñas indígenas, con la creación de instituciones responsables en varios países latinoamericanos. A pesar de ello, los niños y niñas indígenas todavía se enfrentan a obstáculos para acceder a una educación

¹Informe “resultado del análisis de datos de las encuestas de hogares y empleo, de ocho países de América Latina, así como de programas y políticas de protección social implementadas por los gobiernos en los países de la región que han ratificado el Convenio 169, este informe tiene como objetivo presentar un panorama sobre las características socioeconómicas de los pueblos indígenas en América Latina y el estado de su acceso a la protección social”. Es importante destacar que “La no representación de estos pueblos en datos oficiales, en otras palabras, su invisibilidad estadística, es uno de los principales retos que afecta la disponibilidad de datos para el diagnóstico de su situación en América Latina y el Caribe, incluso de su acceso a la protección social”. OIT, Informe: “Panorama Laboral de los Pueblos Indígenas en América Latina. La protección social como ruta hacia una recuperación inclusiva frente a la pandemia del COVID-19” (OIT y Cooperación Española en Guatemala, 2022), 1 y 13. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_864130.pdf

²OIT, Informe: “Panorama Laboral de los Pueblos Indígenas ...”, iv.

³Fuente: *Encuestas de hogares y empleo de América Latina*. Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos 2019; semestre II. Pregunta: Pertenencia étnica. Opciones: 1) Xinka, 2) Garifuna, 3) Ladino, 4) Extranjero, 5) Maya. Guatemala, sí (1996) Ratificado el Convenio OIT núm.169; *Ibidem*, 11.

⁴Fuente: *Encuestas de hogares y empleo de América Latina*. Encuesta de Hogares 2020; anual. Pregunta: Como boliviana o boliviano ¿A qué nación o pueblo indígena originario campesino o afroboliviano pertenece? Opciones: 1) Pertenece, 2) No pertenece, 3) No es boliviana o boliviano. Bolivia, sí (1991) Ratificado el Convenio OIT núm.169; *Ibidem*.

⁵Fuente: *Encuestas de hogares y empleo de América Latina*. Encuesta Nacional de Hogares 2021; trimestre II. Pregunta: Por sus costumbres y sus antepasados, ¿Ud. se siente o se considera: Opciones: 1) Quechua, 2) Aymara, 3) Nativo o indígena de la Amazonía, 4) Negro/ Moreno/Zambo/Mulato/Pueblo afroperuano o afrodescendiente, 5) Blanco, 6) Mestizo, 7) Otro, 8) Perteneciente o parte de otro pueblo indígena. Perú, sí (1994) Ratificado el Convenio OIT núm.169; *Ibidem*.

culturalmente apropiada. Esta educación debe ofrecer cursos en lenguas indígenas, tener en cuenta las diversas culturas, contar con un calendario escolar compatible con las actividades tradicionales de la comunidad (como la caza y la recolección) o con el estilo de vida seminómada de ciertos grupos, y fomentar la transmisión de los conocimientos indígenas⁶. Daniel Oliva señala que “preservar su lengua y revitalizar su identidad diferenciada está relacionada con que los niños/niñas y jóvenes indígenas pueda recibir una educación en su idioma y con pertenencia cultural”⁷.

En efecto, en la década de los 60 e inicios de los años 70, surgieron gradualmente en América Latina, Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda “propuestas de nuevas políticas públicas inspiradas en la educación intercultural bilingüe”. Estas propuestas tenían como objetivo establecer en las escuelas una relación equilibrada, dialogante y constructiva entre diferentes culturas, así como incorporar pedagógicamente “los valores y principios de vida de los pueblos indígenas”. Además, se buscaba reconocer la importancia y trascendencia de sus culturas, permitiendo así que los niños, niñas y jóvenes pertenecientes a estas culturas pudieran recibir una educación bilingüe, con un enfoque en el dominio fluido de sus lenguas ancestrales como base fundamental⁸.

En el caso de Perú, la necesidad de una educación bilingüe e intercultural se concretó en la Ley de Reforma Educativa del 1972, que reconoce la importancia de la diversidad lingüística y se busca preservar y promover las lenguas como parte fundamental de la educación. De esta forma, en los últimos años, en Perú, la Educación Intercultural Bilingüe (en adelante, EIB) se ha desarrollado de manera significativa, situándose en nuevos escenarios, favorecido por el Estado como una política pública priorizada; por ello, se han establecido metas, presupuestos y medidas concretas para implementar la diversidad étnica, cultural y lingüística del país⁹.

Así, se creó; por un lado, el Registro Nacional de Docentes Bilingües en Lenguas Indígenas u Originarias y el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Perú, que permiten manejar una base de datos respecto a la cantidad de lenguas originarias, los docentes bilingües, las instituciones educativas de EIB y los institutos de educación

⁶OIT, Informe: “Panorama Laboral de los Pueblos Indígenas...”, 1 y 64.

⁷Continúa el autor “lo cierto es que durante mucho tiempo primaron los paradigmas monoculturales y monolingüísticos que inspiraron la acción de los poderes públicos con el objetivo de homogeneizar la cultura y la lengua de las sociedades nacionales, atentando contra la diversidad cultural y lingüística. Estos paradigmas solo reconocían el valor y la legitimidad de las culturas y las lenguas de los grupos dominantes y en su aplicación práctica se utilizó la educación como vía para asegurar los procesos de homogeneización”. Daniel Oliva Martínez, *Diversidad, resistencia y utopía. Los pueblos indígenas de nuestro tiempo* (Valencia: Tirant humanidades, 2022), 135.

⁸Oliva Martínez, *Diversidad, resistencia y utopía...*, 135.

⁹Unicef, “Educación Intercultural Bilingüe: nuevos avances y desafíos”, por María Luisa Fornara (Lima: Unicef-Perú, 10 de octubre de 2015), <https://www.unicef.org/peru/historias/educacion-intercultural-bilingue-nuevos-avances-y-desafios>

superior con carácter EIB¹⁰. De hecho, en el año 2016, pese al déficit existente, se llegó a contar con 32 Institutos Superiores Pedagógicos (ISP) de EIB en todo el Perú; a causa de la creciente demanda de las poblaciones por este tipo de educación; de esta manera, se ha fortalecido la formación inicial de docentes indígenas¹¹. Sin embargo, debemos señalar que esta cantidad es insuficiente y con muchas limitaciones. Y, por otro lado, el Ministerio de Educación del Perú (en adelante, Minedu), ha establecido el Diseño Curricular Básico Nacional (DCBN) para los Institutos Superiores Pedagógicos de EIB, en las carreras de Educación Inicial Intercultural Bilingüe y Educación Primaria Intercultural Bilingüe¹².

En este contexto, el presente artículo tiene por objetivo analizar el derecho de los pueblos indígenas a la EIB, centrándonos en la comunidad de Pichari perteneciente al Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (en adelante, VRAEM) de Perú¹³. La implementación de la EIB tiene una importancia significativa debido a las particularidades y desafíos que enfrenta esta región, como, por ejemplo: las condiciones geográficas, la falta de infraestructura adecuada, la escasez de recursos y la presencia de grupos armados pueden dificultar el acceso a una educación de calidad para las comunidades indígenas. Además, las barreras lingüísticas y culturales pueden generar brechas en el aprendizaje y limitar las oportunidades de desarrollo de los estudiantes¹⁴.

En consecuencia, a pesar de los desafíos existentes, es esencial un compromiso decidido de las autoridades peruanas junto con las comunidades locales y los actores educativos, a fin de que trabajen de manera conjunta y comprometida para superar estos obstáculos, y garantizar el acceso a una educación de calidad, respetando y valorando la diversidad cultural y lingüística. Para ello, se requiere una inversión sostenida en infraestructura educativa, capacitación docente especializada y desarrollo de materiales educativos apropiados y culturalmente relevantes. Asimismo, se deben establecer mecanismos de diálogo y participación activa de las comunidades en el diseño e implementación de políticas educativas.

¹⁰Resolución Ministerial n.º 0008-2012-ED, 2012.

¹¹Sylvia Schmelkes y Ana Daniela Ballesteros, *Formación de docentes indígenas en algunos países de América Latina* (Buenos Aires: Unesco y el Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación de la UNESCO, 2020).

¹²El DCBN es un documento de política educativa que contempla, entre otros, el perfil de egreso de formación inicial docente (FID): una visión integral de competencias, que los estudiantes deben desarrollar a lo largo de su formación profesional, a fin de ser competitivos. Minedu, *Diseño Curricular Básico Nacional de la Formación Inicial Docente* (Lima: Ministerio de Educación, 2020).

¹³Decreto Supremo N° 133-2022-PCM, de 2 de noviembre de 2022, Decreto Supremo que modifica el artículo 1 del Decreto Supremo N° 040-2016-PCM, que reordena ámbitos de intervención directa y de influencia del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM). Diario oficial El Peruano, 3 de noviembre de 2022.

¹⁴Cfr. Karen Añaños, "El Reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes en el Valle del río Apurímac, Ene y Mantaro tras el conflicto interno de Perú", en *La protección de la infancia en conflictos armados*, dirigido por María Concepción Pérez Villalobos, 367-377 (Granada: Editorial Universidad de Granada, 2019).

I. Marco jurídico de las políticas educativas en Perú con relación a la EIB

1.1. A nivel internacional

1.1.1. *Convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989)*

Partimos de la premisa, de que el Convenio n.º 169 de la OIT¹⁵, tiene dos premisas esenciales respecto a los derechos de los pueblos indígenas: a) mantener y consolidar sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y b) participar en las decisiones que les afectan. Se diferencia de otros instrumentos jurídicos por proteger los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas¹⁶.

La Convención con relación al derecho a la educación lo ampara desde el artículo 26 al 31, así reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas y tribales, incluyendo su derecho a la preservación de su identidad cultural y a la participación plena en todos los aspectos de la sociedad, incluyendo el ámbito educativo. Sobre la educación intercultural recogida en el artículo 28 contempla que deberá enseñarse a los niños y a las niñas de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua indígena o lengua que más comúnmente emplean en su grupo. Subraya la necesidad de garantizar el acceso a una educación adecuada a sus necesidades y características culturales, impartida en sus propios idiomas cuando así lo requieran, asimismo, se deberá asegurar el dominio de la lengua nacional u oficial del país. La finalidad es preservar y promover el desarrollo y la práctica de estas lenguas indígenas¹⁷. También enfatiza la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la educación que les concierne.

En efecto, conforme al art. 26, el Convenio establece que le corresponde al gobierno garantizar una educación, en todos los niveles, a miembros de los pueblos interesados, en pie de una igualdad con el resto de la comunidad nacional. Así, los gobiernos de todos los países están llamados a reconocer el

¹⁵Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169), adoptado el 27 de junio de 1989 y entró en vigor el 05 de septiembre de 1991. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo – OIT, 1989. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:31_2314

¹⁶Cfr. Dante Negro, “La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: principales alcances”, en *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables*, coordinado por Karen Añaños, (Madrid: Dykinson, 2021), 231-245.

¹⁷OIT, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 25 años edición conmemorativa* (Lima: OIT-Oficina Regional para América Latina, 2014), http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

derecho de los pueblos indígenas, tal como señalan los arts. 27.2 y 27.3 del Convenio n.º 169, el Estado debe asegurar la formación y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras de transferirlos a la responsabilidad de dichos pueblos; también, debe reconocer los derechos relativos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad. De esta forma, consideramos que el cumplimiento del art. 27.2 es ineludible y urgente para el sistema educativo peruano, ya que no existen programas educativos que atiendan a niños y niñas menores de seis años de los pueblos indígenas; en especial, de las poblaciones de cantidad estudiantil 1, 2 y 3 por pueblo originario o pueblo indígena; en consecuencia, estos niños y niñas no están incorporados en el sistema educativo.

1.1.2. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (2007)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸, contiene varios artículos (arts. 13, 14 y 15) que defienden el derecho a la educación intercultural para los pueblos indígenas y reconocen la importancia de preservar y promover la identidad cultural, los idiomas y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Estos artículos respaldan la idea de que la educación intercultural es fundamental para garantizar una educación inclusiva, respetuosa y que empodere a los pueblos indígenas, al tiempo que promueve la diversidad cultural y el diálogo intercultural.

El artículo 14 de la Declaración dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho a establecer y controlar sistemas educativos propios, que impartan educación en sus propios idiomas y de acuerdo con sus métodos culturales. Esto reconoce la importancia de la educación intercultural como una herramienta para mantener y transmitir las tradiciones, los valores y los conocimientos de generación en generación. En ese sentido, los Estados deben adoptar medidas eficaces, juntamente con los pueblos indígenas “para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma” (art. 14.3).

Además, el artículo 15 enfatiza el derecho de los pueblos indígenas a que se respete y se proteja su identidad cultural. Esto implica que la educación intercultural debe valorar y promover la diversidad cultural, brindando a los estudiantes indígenas la oportunidad de aprender sobre su propia cultura y la de otros grupos, fomentando así la tolerancia y el respeto mutuo.

¹⁸*Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, resolución aprobada por la Asamblea General (AG/RES. 61/265), aprobada en la 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007, ONU, https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

Por último, la educación intercultural también está vinculada al artículo 13, que recoge el derecho de los pueblos indígenas a participar plenamente en la vida económica, social y cultural de sus países. La educación intercultural permite a los pueblos indígenas acceder a oportunidades educativas que los empoderen para participar activamente en la sociedad, al tiempo que respetan y valoran su herencia cultural.

1.2. A nivel regional

1.2.1. *La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)*

Es importante una mirada retrospectiva de cómo fue trabajando el tema la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI), como primer instrumento jurídico en la historia de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que vela por los derechos de los pueblos indígenas en el continente americano. El proceso de elaboración de la DADPI tardó 27 años, tras negociaciones entre representantes de la OEA, los Estados miembros, las ONG, los líderes indígenas y actores de la sociedad civil¹⁹, y, al final, tras superar algunas dificultades, el 15 de junio de 2016, la Asamblea General de la OEA adoptó y promulgó la DADPI²⁰. Declaración que destaca la presencia de los pueblos indígenas y su gran aporte al desarrollo, la pluralidad y la diversidad cultural de las sociedades del continente²¹, es decir, fortalece la identidad indígena.

¹⁹En abril de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó al Consejo permanente un proyecto de *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*; desde 1999 se estableció en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos un grupo de trabajo encargado de analizar el *Proyecto de Declaración Americana*; este proyecto estaba compuesto por dos sesiones, 28 artículos y tuvo sus primeras discusiones en las reuniones de 1999 y febrero de 2003. Con el paso de los años, el grupo de trabajo desarrolló dos propuestas alternativas: primero, en 2003, incorporan comentarios de los Estados y representantes indígenas, obteniéndose 35 artículos, como resultado de siete reuniones de negociación; segundo, en 2006, las discusiones de los grupos de trabajo se plasmaron en el registro del estado actual del proyecto *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Luis Toro, “La Participación de los Pueblos Indígenas en la OEA”, en *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano. Principios Básicos* (Washington, D.C.: Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2013), 13.

²⁰Cfr. Toro, “La Participación de los Pueblos Indígenas...”, 27-43; Cfr. Luis Toro, “El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: el proceso de negociación”, en *XXXIV Curso de Derecho Internacional*, Vol. 27, (Washington D.C.: Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2008), 351-374; Cfr. OEA, *Manual para la participación de la sociedad civil en la Organización de los Estados Americanos y en las cumbres de las Américas* (Washington, D.C.: Departamento de Asuntos Internacionales, 2009).

²¹Cfr. Negro, “La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: principales alcances”, ...; Cfr. Karen Añaños y Bernardo Hernández, “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra lectura, desde el Buen Vivir”, *Revista de Paz y Conflictos* 1(12), (2019): 251-264. doi: <http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v1i12.9507>

La Declaración reconoce una serie de derechos de los pueblos indígenas en las Américas, entre ellos: individuales, colectivos, culturales, identitarios, vida, salud, educación, trabajo, territorio, idioma, medioambiente sano, integridad física, participación política, libertad de expresión, trato igualitario, etc.; el objetivo es promover y enseñar los derechos a toda la comunidad indígena, para que sepan defenderse ante cualquier violación de sus derechos humanos; también, brinda herramientas para la participación eficaz y efectiva de los líderes en espacios y procesos políticos, sea a nivel interamericano, subregional, nacional y comunitario.

En este escenario, dicho instrumento jurídico reconoce, promueve, protege y garantiza los derechos indígenas de varones, mujeres, jóvenes, niños y niñas; además, de los mencionados en el anterior párrafo, la OEA afirma y comprende el reconocimiento de la autoidentificación, el fomento del respeto, el desarrollo y fortalecimiento de las culturas, las tradiciones y formas de vida e idiomas indígenas; de manera especial, resalta el acceso de estos grupos a la educación, pero en su propia cultura e idioma²².

Dicho esto, y con relación al derecho a la educación y educación intercultural, el artículo 15 de la Declaración, contempla que “Los pueblos y personas indígenas, en particular los niños y niñas indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación” (art. 15.1); es decir, el gobierno o Estado deberá garantizar una educación de calidad y eficiente, como las que tienen las poblaciones no indígenas.

De esta forma: “Los Estados y los pueblos indígenas, en concordancia con el principio de igualdad de oportunidades, promoverán la reducción de las disparidades en la educación entre los pueblos indígenas y los no indígenas” (art. 15.2); en otras palabras, el gobierno o Estado deberá garantizar la accesibilidad de los pueblos indígenas a la educación infantil, primaria y secundaria, y a brindar apoyo en la educación superior.

En efecto, “Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje” (art. 15.3). Así, “Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular los niños y niñas, que viven fuera de sus comunidades puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas” (art. 15.4); vale decir, las instituciones educativas, sea rural o urbano —que albergan a niños/as indígenas— deben brindar una educación en su lengua y cultura. En consecuencia, “Los Estados promoverán relaciones interculturales armónicas, asegurando en los sistemas educativos

²²CIDH, Informe: “Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía” (OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176), de 29 septiembre 2019 (Washington D.C.: CIDH – OEA, 2019), <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>

estatales currículos con contenidos que reflejen la naturaleza pluricultural y multilingüe de sus sociedades y que impulsen el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas”. De hecho, los Estados, de forma conjunta y coordinada con los pueblos indígenas, impulsarán la educación intercultural “que refleje las cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida de dichos pueblos” (art. 15.5).

En definitiva, es relevante la colaboración entre los Estados y los pueblos indígenas para garantizar el ejercicio y cumplimiento de los derechos de estos últimos. Por lo tanto, la protección de los derechos de los pueblos indígenas no puede ser responsabilidad exclusiva de los Estados, sino que requiere una colaboración activa y significativa con los propios pueblos indígenas (art. 15.6).

1.3. A nivel estatal (Perú)

1.3.1. *La Constitución Política del Perú (1993)*

La Constitución Política del Perú de 1993²³, contempla en varios artículos, (art. 2.19; art. 15; art. 17; art. 18; y el art. 89, las cuestiones relacionadas con la educación intercultural bilingüe de los pueblos indígenas. La Constitución peruana señala que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de las personas, siendo vía para la igualdad. Así, advierte en el art. 2.19 que toda persona tiene derecho “a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege pluralidad étnica y cultural de la Nación”²⁴; esto significa que se garantiza el derecho de los pueblos a una educación intercultural, que respeta y valora su identidad cultural, su lengua, conocimientos, tradiciones y formas de vida. Esto queda reforzado con el art.15, donde plasma que el estudiante tiene derecho a una formación que respete su identidad. En cuanto a la educación superior, la Constitución promueve la difusión cultural, expresando en su artículo 18 que: “La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica”.

La inclusión al derecho a la educación intercultural bilingüe en la Constitución se materializa a través del artículo 17, que es un reconocimiento de la necesidad de garantizar una educación que tenga en cuenta las particularidades y el legado cultural de los pueblos indígenas. La educación intercultural bilingüe

²³*Constitución Política del Perú*, promulgada el 29 de diciembre de 1993 y publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de diciembre de 1993, Constitución ratificada en el referéndum del 31 de octubre de 1993, el texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>

²⁴... Continúa el artículo “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

se basa en el respeto y la valoración de la identidad cultural, la lengua, los conocimientos y las tradiciones de los pueblos indígenas. Igualmente, este artículo establece un marco legal que obliga al Estado a implementar políticas y programas educativos que promuevan la educación intercultural bilingüe en los niveles de educación inicial, primaria y secundaria (gratuita y obligatoria). Esto implica la creación de materiales educativos en lenguas indígenas, la capacitación de docentes bilingües, el fomento de la participación de los padres y las comunidades en el proceso educativo, entre otras medidas.

Por último, el artículo enfatiza la importancia de la diversidad cultural y lingüística del país. Reconoce la necesidad de promover la educación bilingüe e intercultural, adaptada a las características de cada zona y respetando las diferentes manifestaciones culturales. Esto refleja el reconocimiento y valoración de la riqueza cultural y lingüística de la sociedad peruana, así como el compromiso de preservarla y promoverla. Es decir, que la educación debe responder a las necesidades particulares de los pueblos, abarcando su historia, conocimientos y técnicas, sistemas de valores y todas; pero también incluyendo sus demás aspiraciones y realidades sociales, económicas y culturales. El propósito último, es que el “Estado garantiza la erradicación del analfabetismo” (art. 17). En este contexto, el artículo 89 determina que “El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Otro tema adyacente, es el tema de la desigualdad de la mujer en el acceso a la educación, y la brecha es mucho más grande (hay un doble factor de vulnerabilidad), si es mujer e indígena. En este ámbito internacional es la Agenda 2030 de la ONU y sus ODS 4 (Educación de calidad) y ODS 5 (Igualdad de género) que busca garantizar una educación inclusiva, equitativa, de calidad y de promoción de oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos y todas²⁵. Así, lo refleja la Meta 4.5 de la ODS 4 que intenta reducir estas desigualdades e indica que:

“De aquí a 2030, eliminar las disparidades de género en la educación y asegurar el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional para las personas vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y los niños en situaciones de vulnerabilidad”²⁶.

Ahora, en el caso de las mujeres indígenas en América Latina y el Caribe, “no suelen terminar los estudios, debido a la falta de recursos económicos”; en especial, cuando tratan de acceder a la enseñanza superior. Y “que las tasas más

²⁵Karen Añaños, “La Agenda 2030 y sus ODS con relación a los pueblos indígenas”, en *El Derecho Internacional, los ODS y la comunidad internacional*, dirigido por Carlos Fernández, Eugenia López-Jacoiste y Daniel Oliva, y coordinado por Elena Díaz (Madrid: Dykinson, 2022), 291-293.

²⁶Naciones Unidas, Agenda 2030 de las Naciones Unidas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, “Objetivo 4. Educación de calidad”, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/> (10 de mayo de 2023).

altas de deserción escolar de mujeres se observan en zonas rurales, ya que las niñas tienen que abandonar la escuela para ocuparse de los quehaceres domésticos”. De esta manera, en Perú, el 69% de las mujeres indígenas no ha podido acceder a la educación secundaria; además, las tasas de género en analfabetismo demuestran que el 34% de las mujeres indígenas mayores de 25 años no saben leer ni escribir, frente al 9% de los hombres indígenas²⁷, habiendo una desigualdad. En consecuencia, Perú ha implementado políticas de EIB buscando trabajar, desde las aulas educativas, una educación que responda a las necesidades de cada población indígena.

1.3.2. *Legislación nacional: leyes para las comunidades indígenas*

En Perú, según David Ruelas, un precedente próximo al proceso histórico de la EIB²⁸, se encuentra en “la Mesa Redonda sobre el Monolingüismo Quechua y Aimara y la Educación en el Perú, convocada en 1963 por José María Arguedas, entonces director de la Casa de la Cultura”, de esta forma, las recomendaciones precisas emitidas en esa reunión por los académicos de las emergentes ciencias sociales del país tomaron casi una década en materializarse en la Política Nacional de Educación Bilingüe (PNEB), presentada en 1972. Esta política fue la primera en la región sudamericana en abordar de manera integral nuestra diversidad étnica, lingüística y cultural dentro del sistema educativo nacional²⁹.

De este modo, la política pública sobre EIB inició en el gobierno de Juan Velasco Alvarado, en la década de los 70’, donde se planteó un cambio profundo en el sistema educativo; en este contexto, el 21 de marzo de 1972 se promulgó la *Ley de Reforma Educativa*³⁰.

“La educación considerará en todas sus acciones la existencia en el país de diversas lenguas, que son medios de comunicación y expresión de cultura, y

²⁷Coordinadora Nacional de Derechos Humanos – Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, “Informe Alternativo 2018. Cumplimiento de las obligaciones del Estado Peruano del Convenio 169 de la OIT”, coordinado por Luis A. Hallazi Méndez y Juliana Bravo Valencia (Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2018), 37, https://repositorio.dar.org.pe/bitstream/handle/20.500.13095/50/Informe_Alternativo_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁸Cfr. David Ruelas Vargas, “Origen y perspectivas de las políticas de la Educación Intercultural Bilingüe en el Perú: utopía hacia una EIB de calidad”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 36(23), 2021: 205-225; Cfr. David Paredes, Diego Vera, Karlos La Serna, Wilfredo Barrionuevo, “Diagnóstico de la Educación Intercultural Bilingüe (EIB) en el Perú”, Diagnóstico de la Educación Intercultural Bilingüe (EIB) en el Perú. Informe de la Universidad de San Martín de Porres, 17 de marzo de 2017; Cfr. Madeleine Zúñiga Castillo, *La Educación Intercultural Bilingüe: el caso peruano* (Buenos Aires: Foro Latinoamericano de Políticas Públicas – FLAPE, 2008); Cfr. Madeleine Zúñiga Castillo y Juan Ansión Mallet, *Interculturalidad y educación en el Perú* (Lima: Foro Educativo, 1997).

²⁹Ruelas Vargas, “Origen y perspectivas de las políticas...”, 213-214.

³⁰*Ley de Reforma Educativa* (Decreto Ley N° 19326, del 21 de marzo de 1972).

velará por su preservación y desarrollo. La castellanización de toda la población se hará respetando la personalidad cultural de los diversos grupos que conforman la sociedad nacional y utilizando sus lenguas como vehículo de educación”³¹.

La reforma de 1972 llevó al Perú a la vanguardia educativa en Sudamérica, pues, por primera vez, el Estado reconocía que el país era multilingüe; entonces, la educación bilingüe permitiría la revalorización de las culturas, hasta entonces marginadas; por consiguiente, reconocía la diversidad cultural y apuntaba al respeto de las diversas culturas en su territorio. No obstante, por los cambios políticos, se suspendió en la práctica y se discontinuaron las otras reformas iniciadas. Por tal razón, los programas de educación básica (EB), que nacieron al amparo de la política nacional de educación bilingüe (PNEB), se desarrollaron sin el marco de otras políticas y programas que velen por hacer realidad los cambios en la sociedad peruana³².

Según la Defensoría del Pueblo, la derogada *Constitución Política del Perú* de 1979, en su artículo 35³³, dispuso promover las lenguas aborígenes y garantizar una educación primaria en lengua originaria. Durante este tiempo, la educación bilingüe era de carácter de transición. Fue en el quinquenio 1985-1990 que se puso en marcha una nueva etapa de las políticas de EIB, promulgándose en 1989 la *Política de Educación Bilingüe Intercultural* (PEBI). Por lo tanto, ahí fue, por primera vez, donde se incorporó el componente intercultural en la educación; asimismo, se mencionó la identidad cultural de los niños y las niñas indígenas; de la misma forma, se postuló que se puede aprender de otros grupos humanos con identidad cultural sólida³⁴.

Con posterioridad, en 1991, se promulgó nuevos instrumentos legales: *Política Nacional de Educación Intercultural y Educación Bilingüe Intercultural*; en estas hay grandes avances respecto a la interculturalidad, porque ya no se presenta como exclusivo de poblaciones indígenas, sino que “debe ser el principio rector de todo el sistema educativo nacional, es decir, la educación de todos los peruanos debe ser intercultural”³⁵. Así, si los estudiantes tienen como idioma habitual otro distinto al castellano, el sistema educativo debe brindar una educación en dos los idiomas y en atención a esas culturas.

De esta forma, desde 1991 hasta 1995 se aprecia un avance significativo respecto al idioma y la interculturalidad. Respecto al primero, ya no es

³¹*Ley de Reforma Educativa...*, art. 12.

³²Zúñiga Castillo, *La Educación Intercultural Bilingüe...*, 47.

³³“El Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua”.

³⁴Defensoría del Pueblo del Perú, Informe N.º 152, “Aportes para una política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú”, Serie Informes defensoriales (Lima: Defensoría del Pueblo, 2011), 76, 77 y 78. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-Defensorial-152.pdf>

³⁵Defensoría del Pueblo del Perú, Informe N.º 152..., 80.

considerado como sinónimo de lengua materna, sino que se entiende como lengua usual, cuya implicancia es que los estudiantes pueden tener dos o más lenguas maternas; en cuanto a la interculturalidad, antes se hablaba de lo bicultural, con la educación intercultural bilingüe el empleo de la lengua materna se haría durante toda la educación: inicial, primaria y secundaria. De esta forma, a pesar de las grandes expectativas comprometidas, se logró poco al respecto; sin embargo, en este marco, 1996, se dio apertura a la Unidad de Educación Bilingüe Intercultural (UNEBI), órgano dependiente de la Dirección Nacional de Educación Inicial y Primaria, asumiendo la responsabilidad de diversificar el *Currículo Nacional de Educación Primaria*; aunque no fue así, se tradujo dicho documento en las lenguas originarias³⁶.

En el gobierno de transición de Valentín Paniagua (2000-2021), se creó la Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural (DINEBI), que parecía traer acciones favorables para la EIB; asimismo, para el *Acuerdo Nacional por la Educación* se elaboró un documento sobre política nacional de lenguas y culturas en la educación, aprobado mediante la R.D. n.º 175-2005-ED, cuyo nombre es *Lineamientos de Política de Educación Bilingüe Intercultural* (llamado después *Lineamientos EIB*), siendo su propósito: a) mejorar la calidad educativa; b) promover el aprendizaje y desarrollo de las lenguas indígenas y extranjeras; y c) contribuir al conocimiento, registro y utilización de diversos saberes y valores de los pueblos indígenas³⁷.

El año 2006, la DINEBI se convirtió en Dirección de la Educación Intercultural Bilingüe (DEIB), que depende de la Dirección General de Educación Intercultural Bilingüe y Rural (DIGEIBIR). Previamente, en 2005, con R.D. n.º 176-2005-ED, se aprobó el *Plan Nacional de Educación Bilingüe Intercultural* como parte de la Política EIB. Como se puede apreciar, el Estado peruano cuenta con diferentes políticas educativas relativas a la EIB: *Plan Nacional de Educación Bilingüe Intercultural*, *Lineamientos de Política de Educación Bilingüe intercultural*, *Proyecto Educativo Nacional (PEN)*; *Currículo Nacional de Educación Básica (CNEB)*; *Proyecto Educativo Regional (PER)*; *Diseño Curricular Básico Nacional de la Formación Inicial Docente (DCBN)*; *Política Sectorial de Educación Intercultural y Educación Intercultural Bilingüe*, entre otros³⁸.

En fin, las políticas educativas citadas forman parte de la legislación nacional sobre la EIB. Esto quiere decir, que el Estado peruano, conforme al *Convenio n.º 169*, establece leyes e instrumentos nacionales en cumplimiento de los acuerdos firmados, relacionados con derechos de los pueblos indígenas del país. A continuación, se menciona algunas leyes nacionales:

³⁶*Ibidem*.

³⁷*Ibidem*, 81 y 82.

³⁸*Ibidem*, 81-93.

➤ *Ley n.º 28736, de 24 de abril de 2006*³⁹, su objetivo es proteger derechos de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana, que se encuentran en aislamiento o situación de contacto inicial. En su artículo 8 se detalla, que estos pueblos indígenas se benefician de todos los derechos que la Constitución y las leyes establecen a favor de las comunidades nativas. Asimismo, en su artículo 8.e), especifica que, para la elaboración, ejecución y seguimiento de planes de educación intercultural, se debe coordinar con el Ministerio de Educación.

➤ *Ley General de Educación n.º 28044, de 29 de julio de 2003*⁴⁰, en su artículo 8, señala los principios de la educación, a saber: equidad, inclusión, calidad, democracia, conciencia ambiental, creatividad, innovación y la interculturalidad. Mientras, en el artículo 12, remarca que la educación básica comprende a los niveles inicial, primaria y secundaria, siendo universales y obligatorios para todos los peruanos. El artículo 19, se adentra en la educación de los pueblos indígenas⁴¹.

El Estado peruano, con miras a cerrar las brechas educativas, bajo la consideración de que la educación debe ser universal y de calidad para todos, ofrece un sistema educativo bilingüe intercultural, tal como se muestra en el artículo 20 de la *Ley General de Educación*:

“Artículo 20.- Educación Bilingüe Intercultural

La Educación Bilingüe intercultural se ofrece en todo el sistema educativo:

a) Promueve la valoración y enriquecimiento de la propia cultura, el respeto a la diversidad cultural, el diálogo intercultural y la toma de conciencia de los derechos de los pueblos indígenas, y de otras comunidades nacionales y extranjeras. Incorpora la historia de los pueblos,

³⁹*Ley n.º 28736, de 24 de abril de 2006, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.* La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad, <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/2943964-28736> (acceso, 30 de abril de 2023).

⁴⁰*Ley General de Educación n.º 28044, de 29 de julio de 2003, CONCORDANCIAS: Caso Cinco Pensionistas, (XI, 164) Castillo Petrucci (XIV.207) Cesti Hurtado (XIII.167) Durand (XV.137) Gómez Palomino (X.91) La Cantuta (XI.172) Lori Berenson (XII.219).*

“Artículo 1.- “Objeto y ámbito de aplicación La presente ley tiene por objeto establecer los lineamientos generales de la educación y del Sistema Educativo Peruano, las atribuciones y obligaciones del Estado y los derechos y responsabilidades de las personas y la sociedad en su función educadora. Rige todas las actividades educativas realizadas dentro del territorio nacional, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras”, <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/118378-28044> (acceso, 30 de abril de 2023).

⁴¹*Ley General de Educación n.º 28044.* “Artículo 19.- Educación de los pueblos indígenas. De conformidad con lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia, la Constitución Política y la presente ley, el Estado reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a una educación en condiciones de igualdad con el resto de la comunidad nacional. Para ello establece programas especiales que garanticen igualdad de oportunidades y equidad de género en el ámbito rural y donde sea pertinente”, CONCORDANCIA: R.S. N° 0122-2007-ED Artículo 20.- Educación Bilingüe Intercultural.

sus conocimientos y tecnologías, sistemas de valores y aspiraciones sociales y económicas.

b) Garantiza el aprendizaje en la lengua materna de los educandos y del castellano como segunda lengua, así como el posterior aprendizaje de lenguas extranjeras.

c) Determina la obligación de los docentes de dominar tanto la lengua originaria de la zona donde laboran como el castellano.

d) Asegura la participación de los miembros de los pueblos indígenas en la formulación y ejecución de programas de educación para formar equipos capaces de asumir progresivamente la gestión de dichos programas.

e) Preserva las lenguas de los pueblos indígenas y promueve su desarrollo y práctica”.

Para dar cumplimiento a los artículos 12 y 20 de la *Ley General de Educación*, que busca universalidad y calidad educativa para todos y todas – sin importar su origen, raza, condición social, económica y etnia – se creó el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Perú (RNIIEE EIB). Su tarea es identificar y registrar las instituciones educativas que brindan el servicio de EIB, para garantizar que los niños, las niñas y jóvenes indígenas reciban una educación de calidad y pertinente; particularmente, en su lengua originaria y castellano; el padrón, a su vez, permite la contratación de docentes bilingües, de lengua originaria y castellano, la dotación de materiales educativos en ambas lenguas, la atención con un currículo educativo que responda a su cultura, necesidades y demandas⁴².

II. Marco teórico de la Educación Intercultural Bilingüe en Perú

2.1. Aproximaciones conceptuales

En primer lugar, la educación intercultural bilingüe (EIB) es un derecho fundamental de los pueblos originarios. Está respaldada por varios tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que reconocen la importancia de promover la diversidad cultural y lingüística, así como el respeto por los derechos de los pueblos indígenas y minorías⁴³. A continuación, se presentan algunas definiciones clave relacionados con la EIB.

- *Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989): establece el derecho de los pueblos indígenas a una educación que respete su*

⁴²Resolución Ministerial n.º 0008-2012-ED, de 9 de enero de 2012. Crean en Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Perú, Lima, 2012, <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/crean-el-registro-nacional-de-instituciones-educativas-de-ed-resolucion-ministerial-n-0008-2012-ed-739012-1/>

⁴³Cfr. Añaños, Karen, “Mecanismos para la protección de la propiedad intelectual de la medicina tradicional de los pueblos Indígenas en Latinoamérica”, *Revista Electrónica Iberoamericana* 2(15), (2021): 105-134.

identidad cultural, sus valores y sus instituciones. Además, promueve la enseñanza en la lengua materna de los pueblos indígenas y la cooperación entre los sistemas educativos indígenas y los sistemas nacionales (arts. 27 y 28).

- *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (1989): Este tratado reconoce el derecho de todos los niños a recibir una educación que promueva su desarrollo completo y armonioso, y que respete su identidad cultural, lengua y valores. Además, insta a los Estados a tomar medidas para preservar las lenguas de los niños pertenecientes a minorías lingüísticas o indígenas (art. 29).

- *Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales* (2005): Esta convención reconoce el papel central de la educación en la promoción del diálogo intercultural y la comprensión mutua. También destaca la importancia de preservar y promover las lenguas y culturas minoritarias, incluyendo aquellas de los pueblos indígenas (art. 5).

- *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007): Este documento reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la educación que respete y refuerce su identidad cultural, idioma y valores. También, insta a los Estados a proporcionar acceso a una educación bilingüe e intercultural, en colaboración con los pueblos indígenas (arts. 14 y 15).

En resumen, estos instrumentos internacionales establecen los fundamentos jurídicos y principios para la implementación de la EIB, promoviendo el respeto por la diversidad cultural y lingüística, así como el derecho de los pueblos indígenas y minorías a recibir una educación que valore y fortalezca su identidad. A través de estos acuerdos, se busca garantizar que los sistemas educativos promuevan el respeto, la igualdad y el reconocimiento de todas las culturas y lenguas presentes en una sociedad.

En segundo lugar, formulamos algunos conceptos de estudios de la temática sobre EIB, para los juristas, Raúl Cordero, la EIB es un derecho fundamental de los pueblos indígenas reconocido en la legislación internacional. Destaca que implica proporcionar una educación de calidad que respete la identidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas, y promueva la igualdad de oportunidades en el acceso y la participación educativa. También resalta que esta educación busca fortalecer la autoestima, el sentido de pertenencia y el desarrollo integral de los estudiantes indígenas, reconociendo la importancia de su patrimonio cultural y su contribución a la sociedad⁴⁴.

⁴⁴Raúl Cordero, "Derechos indígenas y educación intercultural en América Latina", *Revista de Derecho, Educación y Cultura* 24(2), (2018): 56.

Y, según Martha Craven Nussbaum, la educación intercultural bilingüe es esencial para promover la justicia social y los derechos humanos. Destaca que este enfoque educativo reconoce la igual dignidad de todas las culturas y busca fomentar el diálogo y la comprensión mutua entre comunidades lingüísticas y culturales diversas. La educación intercultural bilingüe, al valorar y respetar la diversidad, puede ayudar a superar las desigualdades y discriminaciones que enfrentan los grupos minoritarios⁴⁵.

Para Luis López “La educación intercultural bilingüe es un enfoque pedagógico que promueve el respeto y la valoración de la diversidad cultural y lingüística en el contexto educativo”. Cuyo fundamento es reconocer y valorar los conocimientos, tradiciones e identidades de diferentes grupos culturales. Además, destaca que la educación intercultural bilingüe busca desarrollar competencias interculturales y lingüísticas en los estudiantes, con el objetivo de facilitar su participación activa y crítica en sociedades plurales y globalizadas⁴⁶.

En esa línea, Ofelia García, refiere que la educación intercultural bilingüe implica enseñar y aprender dos o más lenguas, promoviendo la interacción y el intercambio cultural entre diferentes grupos lingüísticos y culturales. Se propone como objetivo fundamental fomentar la equidad y la inclusión educativa, empoderar a las comunidades minoritarias y preservar la diversidad lingüística y cultural en un mundo globalizado⁴⁷.

2.2. Antecedentes

La EIB en Perú se remonta a casi un siglo atrás, donde el Estado ha adoptado como política educativa en todo el sistema; estuvo orientado a formar personas de pueblos originarios para el ejercicio pleno de su ciudadanía, tomando en consideración su herencia cultural y orientada hacia la enseñanza de y en la lengua originaria y de y en castellano⁴⁸. Desde 1951, el Perú fue formando docentes en EIB, desarrollando así, en 1991, un modelo de formación docente en EIB⁴⁹; es decir, se fue definiéndose los criterios que deben orientar la formación docente en EIB.

⁴⁵Martha Craven Nussbaum, *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo humano* (Buenos Aires: Paidós, 2010), 123.

⁴⁶Luis Enrique López, *Educación intercultural bilingüe: Una propuesta pedagógica para la diversidad* (Lima: Editorial Conexión, 2020), 45.

⁴⁷Ofelia García, “Educación intercultural bilingüe: Retos y perspectivas en un mundo globalizado”, *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social* 6(1), (2017): 82.

⁴⁸Melissa Sánchez, “Los derechos humanos y la educación intercultural bilingüe en el Perú”, *SPDA. Actualidad ambiental*, 10 de diciembre de 2020, <https://www.actualidadambiental.pe/los-derechos-humanos-y-la-educacion-intercultural-bilingue-en-peru>

⁴⁹Schmelkes y Ballesteros, *Formación de docentes indígenas en algunos países de América Latina...*

En el territorio peruano, la formación inicial docente en EIB, según la extinta Asamblea Nacional de Rectores (hoy SUNEDU)⁵⁰, estuvo a cargo de cuatro universidades, que ofrecían la carrera de EIB: Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, conocida como “La Cantuta” (Lima); Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (Áncash); Universidad de la Amazonía Peruana (Iquitos) y Universidad Privada la Católica Sedes Sapientiae (Lima). Esto quiere decir, que la formación inicial docente en EIB está, casi exclusivamente, a cargo de los Institutos de Educación Superior Pedagógico (ISP); hasta el año 2008 se contaba con 20 ISP a nivel nacional, de los cuales 15 se ubicaron en la zona andina: dos en Huancavelica, cuatro en Ayacucho, cinco en Cusco, uno en Apurímac, dos en Puno y uno en la zona alta de Moquegua. Los otros cinco se encuentran en la Amazonía: uno en el departamento de San Martín, uno en Madre de Dios, uno en Loreto, uno en Ucayali y uno, el último, en la costa de Moquegua⁵¹.

En este marco, a lo largo del tiempo, los ISP fueron decreciendo, como consecuencia de las normas implantadas por el Ministerio de Educación (Minedu), por ejemplo, por la implantación de la nota mínima 14 para ingresar a los institutos. Al respecto, la Defensoría del Pueblo sostuvo que algunos criterios de exigencia, para garantizar la calidad educativa superior, conllevó el suspenso del examen de admisión en algunos ISP, que no cuentan con las condiciones mínimas exigidas por el Minedu; por tal razón, para el 2010 autorizó a participar en el proceso de admisión solo a 13 ISP, dos de ellos se encuentran en Cusco “Gregoria Santos” y “Túpac Amaru”; en contraste, el instituto “Fray Ángel José Azagra Murillo de Pasco” no tuvo ningún postulante⁵².

Ahora bien, de los 13 ISP aprobados para el proceso de admisión, solo cinco con carácter de EIB tuvieron estudiantes admitidos en el año 2010 (ver

TABLA 1). Esto es un dato preocupante, ya que en el año 2010 el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) ha reportado la existencia de 118,318 niños y niñas (12.74%) matriculadas en nivel inicial por cada lengua materna diferente al castellano. Así, por un lado, “entre los estudiantes indígenas matriculados, los que tienen como lengua materna el quechua representa el 11.39% (691,061) del total de alumnos de educación básica (6’069,659)”; por otro lado, “se encuentran los 77,694 estudiantes aymaras (1.28%) y los de cada

⁵⁰Resolución Ministerial N° 288-2015-MINEDU, de 1 de junio de 2015, resolución que declara la extinción de la Asamblea Nacional de Rectores (ANR) y su Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), resolución con eficacia al 31 de marzo de 2015, <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/declaran-la-extincion-de-la-asamblea-nacional-de-rectores-a-resolucion-ministerial-n-288-2015-minedu-1245222-2/>

La ANR, es un organismo público independiente compuesto por los Rectores tanto de Universidades Públicas y de universidades Privadas, encargado de toda la gestión y actividades universitarias del Perú. La ANR a la fecha ya extinta y en su lugar funciona la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU).

⁵¹Defensoría del Pueblo del Perú. Informe N.º 152..., 235-237.

⁵²Cfr. Defensoría del Pueblo del Perú. Informe N.º 152...,

una de las otras lenguas maternas originarias no superan el 1% del total de estudiantes de educación básica”⁵³.

Esto, sin duda, pone en riesgo el cumplimiento de las políticas sobre la EIB y, sobre todo, el derecho a la educación de muchos miembros de los pueblos indígenas.

TABLA 1. ISP con carreras de EIB y aprobación de meta de ingresantes.

Región	n.º	ISP	Carrera		Meta autorizada de ingresos
			Tipo EIB		
Ayacucho	1	Filiberte García Cuéllar	Público	Inicial	50
	2	Nuestra Señora de Lourdes	Público	Primaria	25
Huancavelica	3	Huancavelica	Público	Primaria	25
Moquegua	4	Alianza Ichun la Bélgica	Público	Primaria	25
Loreto	5	Loreto	Público	Primaria	25

Fuente: R.D. N° 0646-2010-ED.

Elaboración: Defensoría del Pueblo, 2011, p. 239.

En los últimos años, la EIB en Perú ha avanzado significativamente, situándose en un nuevo escenario; puesto que ha sido asumida como una política pública priorizada, estableciéndose metas, presupuestos y medidas concretas para abordar la diversidad étnica, cultural y lingüística del país⁵⁴. Las cifras de déficit y demanda de la educación superior en EIB, para el año 2016, mejoró, contando con 32 ISP a nivel nacional, los que fortalecen la formación inicial de docentes indígenas⁵⁵. De esta manera, Perú viene cumpliendo su compromiso con el *Convenio 169* de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales⁵⁶; aunque, debemos decir, que todavía hay mucho trabajo pendiente al respecto y desafíos por delante.

Finalmente, el Estado peruano creó sistemas de información conocidos como Registro Nacional de Docentes Bilingües en Lenguas Indígenas u

⁵³Unicef, *Estado de la niñez indígena en el Perú* (Lima: Inei y Unicef, 2010), 66-67. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Estado%20de%20la%20niñez%20indígena%20en%20el%20Peru.pdf>

⁵⁴Unicef, “Educación Intercultural Bilingüe: nuevos avances y desafíos”, ...

⁵⁵Schmelkes y Ballesteros, *Formación de docentes indígenas en algunos países de América Latina*, ...

⁵⁶Sánchez, “Los derechos humanos y la educación intercultural bilingüe en el Perú”, ...

Originarias y el Registro Nacional de Instituciones Educativas de Educación Intercultural Bilingüe del Perú, que permiten gestionar las lenguas originarias, los docentes bilingües y las instituciones educativas, cuyos estudiantes requieren atención educativa en EIB (Resolución Ministerial n.º 0008-2012-ED, 2012).

2.3. Cuestiones genéricas

La Defensoría del Pueblo del Perú sobre la EIB señaló que “debe ser el principio rector de todo el sistema educativo nacional, es decir la educación de todos los peruanos debe ser intercultural”⁵⁷. Perú, ratificó el 02 de febrero de 1994 el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales⁵⁸ y, lo incorporó en el derecho peruano, donde se precisa que la educación de los pueblos indígenas es de cumplimiento obligatorio, pero también tienen derecho a crear sus propias instituciones y medios de educación; para esto, los gobiernos deben facilitar los recursos necesarios.

En esta línea, los artículos 26 al 31 del Convenio, indican que miembros de los pueblos indígenas tienen derecho a recibir instrucción en todos los niveles (inicial, primaria, secundaria y superior), en condiciones de igualdad con el resto de la población nacional; además, tienen derecho a participar en la implementación y mejora de los programas educativos de sus comunidades, incorporando sus saberes⁵⁹ en los planes pedagógicos sugeridos por el Ministerio de Educación⁶⁰.

Entonces, la EIB implica que el proceso de enseñanza-aprendizaje se imparta en sus propios idiomas, culturas, creencias, valores, tradiciones, historias, mitos, leyendas y cosmovisión de los educandos de pueblos originarios; al unísono, la *Observación General n.º 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*⁶¹, señaló que la educación en todos sus niveles y formas debe tener cuatro características interrelacionadas: a) Disponibilidad, de instituciones y programas educativos, profesores calificados, materiales adecuados para todos; b) accesibilidad (físico y económico), igualitaria para todos, garantizar el acceso a las instituciones educativas y

⁵⁷Defensoría del Pueblo del Perú. Informe N.º 152..., 80.

⁵⁸Ratificación del C169-Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), fecha de entrada en vigor: 05 de septiembre 1991, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO

⁵⁹Cfr. Yuria Celidwen, “Semillas del resurgimiento: sabiduría indígena contemplativa y bienestar colectivo sostenible”, coordinado por Karen Añaños, *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables* (Madrid: Dykinson, 2021), 51-62.

⁶⁰OIT, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 25 años edición conmemorativa...*

⁶¹*Observación General N.º 13* (21º período de sesiones, 1999), El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), E/C.12/1999/10 de 8 de diciembre de 1999, Naciones Unidas – Consejo Económico y Social, <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc8e2.html>

educación superior; c) aceptabilidad, las políticas disciplinarias no deben violar la dignidad de los alumnos, los métodos pedagógicos debe ser pertinente, de calidad y culturalmente adecuada; y, d) adaptabilidad de la educación ante las necesidades de los estudiantes de diferentes clases y razas⁶².

2.4. Idioma nativo

En Perú, existen 55 pueblos indígenas, que hablan 47 lenguas distintas, con alfabetos oficiales, y cuentan con características étnicas y culturales diferenciadas; entre ellas, resalta su relación y respeto por el territorio⁶³. El INEI sostiene que el mayor porcentaje de comunidades originarias corresponde al grupo de lengua asháninka, con 19.34%; seguidos de los awajún (15.50%), kukama kukamiria (7.99%) y quechua (7.77%). Así, los pueblos originarios que representan porcentajes más bajos son: marinahua, jíbaro, chapra y chamicuro (0.04%); detrás, están nahua, kakinte, Arabela y ocaí (0.07%)⁶⁴.

III. EIB de docentes de cultura indígena en Pichari – VRAEM

3.1. Ubicación, población e instituciones educativa EIB

El Distrito de Pichari está ubicado en el Departamento del Cusco, Provincia de La Convención y forma parte de los Valles de Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM) en Perú. Pichari es zona fronteriza departamental⁶⁵. Según el INEI el distrito de Pichari cuenta con 22,691 habitantes⁶⁶ y, en 2023, la cifra es de 23,299, de los cuales, 1,972 pertenecen a 24 comunidades nativas con lengua originaria asháninka⁶⁷. En este contexto, los grupos étnicos son numerosos; por

⁶²Observación General N° 13..., 3.

⁶³TeleSURtv.net, “Lenguas originarias de Perú: Todo lo que debes saber”, *Telesurtv.net*, 27 de mayo de 2022, <https://www.telesurtv.net/news/dia-lenguas-originarias-peru-celebracion-mayo-20180527-0016.html>

⁶⁴Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, *III Censo de Comunidades Nativas 2017: Resultados definitivos*, Tomo I, (Lima: INEI, diciembre de 2018), https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1598/TOMO_01.pdf

⁶⁵El Distrito de Pichari, limita por el suroeste con el Departamento de Ayacucho; por el norte, con Junín; por el noreste, con el Distrito de Echarate de la provincia La Convención; por el sureste, con el Distrito de Kimbiri de la provincia de La Convención. *Ley n.º 26521, Crean el distrito de Pichari en la provincia de La Convención, departamento del Cusco*. Congreso de la República del Perú, Lima, 24 de julio de 1995, <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26521-aug-7-1995.pdf>

⁶⁶Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, *Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro - VRAEM: Perfil Sociodemográfico. Sobre la base de los resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de población, VII vivienda y III de Comunidades Indígenas*, director José García Zanabria (Lima: INEI, abril de 2019), https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1661/libro.pdf

⁶⁷*Distrito.pe*, *El Distrito de Pichari*, <https://www.distrito.pe/distrito-pichari.html> (acceso, 15 de mayo de 2023). Cfr. Municipalidad Distrital de Pichari, “Presupuesto Institucional de apertura año fiscal 2020” (Lima: Congreso de la República de Perú, 2019), https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Consejo_Directivo/Documentos_Otras_Instituciones/OFICIO-006-2020-MDP-AL.pdf

tanto, se vislumbra un serio peligro en el acceso a la EIB por parte de los pueblos indígenas, sobre todo niños, niñas y adolescentes, pues no se estaría proveyendo la cantidad de docentes con formación en EIB a todos los centros educativos. De esta forma, el 94% de docentes de EIB no cuenta con formación con ese carácter; el 40% no domina la lengua originaria, más de la mitad de ellos no puede leer y escribir en lengua indígena y; el 20% no puede hablar fluidamente el castellano⁶⁸.

Esto significa que los docentes en EIB no están preparados para enseñar desde la lengua materna de los estudiantes, lo que conlleva a las altas tasas de deserción escolar en la Amazonía; esta situación se explica por el empleo de una metodología inadecuada en EIB, ausencia de un *currículum* que favorezca el uso de la lengua materna y el respeto a la propia cultura. Nuevamente, se debe, en su mayoría, a la formación que reciben los estudiantes en los ISP. La Defensoría del Pueblo agregó que existe un déficit de docentes indígenas en Perú, en el 2015 el déficit de docentes formados en EIB representaba el 94%: 41% en educación inicial, 41% en primaria y 10% en secundaria⁶⁹.

En la misma línea, la Defensoría del Pueblo, arrojó los siguientes datos: el distrito de Pichari cuenta con 13 instituciones educativas EIB de lengua asháninka y 600 estudiantes de la misma cultura; mientras que, el vecino distrito Kimbiri cuenta con tres instituciones educativas EIB de lengua asháninka y 159 estudiantes de la misma cultura. Igualmente, sostuvo que, a nivel nacional, existe demanda y déficit de docentes con formación en EIB y dominio de la lengua originaria. En cuanto a la demanda, existen 6,147 instituciones EIB, con 9,052 plazas de docentes bilingües, pero solo con 469 docentes bilingües especialistas; en contraste, existe 5385 docentes bilingües sin formación EIB. Respecto al déficit de profesores con formación en EIB, habría un total de 8,589 (95%), pero el déficit de docentes sin formación en EIB sería de 3,667 (41%)⁷⁰.

Además, la Defensoría del Pueblo, señaló que, en el año 2010, Perú contaba con cinco institutos que ofrecían la carrera de Educación en EIB para 4 millones de habitantes. Esta carencia pone en riesgo el cumplimiento de la política en la EIB y el derecho a la educación de los pueblos indígenas⁷¹. Igualmente, María Luisa Fornara, representante de la Unicef, señaló que el Estado peruano cuenta con un *Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe*, una propuesta pedagógica EIB y un modelo de servicio educativo EIB; dentro de este último, está el DCBN para la formación inicial docente, dirigida a la carrera de Educación Inicial Intercultural Bilingüe en todos los ISP con carácter EIB⁷².

⁶⁸Schmelkes y Ballesteros, *Formación de docentes indígenas en algunos países de América Latina...*

⁶⁹Defensoría del Pueblo del Perú, Informe N° 174: “Educación Intercultural Bilingüe hacia el 2021: Una política de Estado imprescindible para el desarrollo de los pueblos indígenas”, Serie de informes defensoriales (Lima: Defensoría del pueblo, agosto de 2016), 36, <https://www.yumpu.com/es/document/read/55878607/educacion-intercultural-bilingue-hacia-el-2021>

⁷⁰Defensoría del Pueblo del Perú, Informe N° 174..., 36.

⁷¹*Ibidem*.

⁷²Unicef, “Educación Intercultural Bilingüe: nuevos avances y desafíos”,...

Por último, el DCBN contiene el perfil de egreso de estudiantes de los ISP de carácter EIB, con un total de 15 competencias profesionales: tres hablan de EIB desde un punto de vista lingüístico (escribe diversos tipos de textos en su lengua indígena u originaria y castellano, lee diversos tipos de textos escritos en lengua indígena u originaria y castellano, y se comunica oralmente en lengua indígena u originaria y castellano); sin embargo, no se evidencia competencias relativas a la interculturalidad propiamente dicha; es decir, acerca del respeto y la promoción de la identidad cultural, así como capacidades concernientes a la incorporación, en el sistema educativo oficial, de los saberes, las cosmovisiones y pedagogías propias.

3.2. El Instituto de Educación Superior Pedagógico “Quillabamba” como centro EIB.

El Instituto de Educación Superior Pedagógico Público (en adelante, IESPP “Quillabamba”-filial Pichari), está ubicado en la capital del centro poblado de Pichari, en el Distrito del mismo nombre, de la Provincia de La Convención, del Departamento de Cusco. El IESPP “Quillabamba” fue creado a inicios de la década de los 90 del siglo pasado, con el ex presidente de la República, Alan García Pérez, motivado por la necesidad de formar profesionales en educación y la parte técnica. El instituto ofrece las carreras de Educación Inicial y Educación Primaria en EIB; desde 2009 funcionan también las carreras tecnológicas de Contabilidad y Computación e Informática. Finalmente, en 2015, el instituto creó su filial en el distrito de Pichari; la razón fue, nuevamente, la demanda social y educativa de las poblaciones locales. Actualmente, es el único ISP del Distrito de Pichari que ofrece las carreras profesionales en Educación Inicial y Primaria en EIB⁷³.

3.3. Situación socioeconómica de los estudiantes y egresados del IESPP “Quillabamba”.

El VRAEM tiene una economía poco diversificada, dos de ellos son lícitos: la siembra de cacao y café; y, otro ilícito, el cultivo de la hoja de coca, que es materia prima para la elaboración de la pasta básica y clorhidrato de cocaína. A juicio de Mendoza y Leyva, en la economía del VRAEM, 55.3% del valor bruto de la producción (VBP) atañe a los cultivos de la hoja de coca; 16.6%, al café y; 12,3%, al cacao. El resto de los cultivos lícitos, para el mercado interno, es la yuca (5%), la piña (2.8%) y el plátano (2.6%)⁷⁴.

⁷³IESPP – Quillabamba, “Reseña histórica del Instituto de educación superior pedagógico público Quillabamba”, <https://eespquillabamba.edu.pe/index.php/resena-historica/> (acceso, 10 de mayo de 2023).

⁷⁴Waldo Mendoza y Janneth Leyva, *La economía del VRAEM, diagnóstico y opciones de política* (Lima: Nova Print S.A.C., 2017), <https://files.pucp.education/departamento/economia/WM-JL-VRAEM-VFF-abril-20171.pdf>

En este entorno socioeconómico, se desenvuelven los niños, jóvenes, adultos y ancianos del distrito de Pichari. Como ya se mencionó, es una economía poco diversificada, que oscila entre lo lícito e ilícito; pero se caracteriza por ser esencialmente agropecuaria, así el “el 34% del producto bruto interno (PBI) del total de distritos de las cinco regiones que conforman el VRAEM procede de actividades agropecuarias (no incluyen el cultivo ilícito)”⁷⁵. Por ende, “se trata de una población muy vulnerable, generalmente excluida de la vida económica y social del país, que vive mayoritariamente de la agricultura para subsistir y, en muchos casos, rozando el umbral de la pobreza”⁷⁶.

En la misma línea, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, en los resultados del III Censo Nacional de Comunidades Nativas 2017, evidenció que, en el Perú, las actividades agrícolas y pecuarias son las que se practican con mayor frecuencia en las comunidades nativas empadronadas; así, de las 2,703 personas censadas, 2,668 practican la agricultura y 1,611 la pecuaria. Otra actividad económica importante es la artesanía, siendo ejecutada por 607 comunidades nativas⁷⁷.

Por lo tanto, los estudiantes y egresados del IESPP “Quillabamba”-filial Pichari viven en el contexto socioeconómico descrito, quienes, a su vez, proceden de tres culturas indígenas: asháninka, shipibo-conibo y quechua; esto quiere decir, que poseen sus lenguas maternas, pero tienen al castellano o español por segunda lengua.

Finalmente, para preservar la cultura y fomentar el desarrollo social en las comunidades nativas, se aprobó en 2017 el Plan de movimiento económico, que consiste en que cada año, sobre todo los días 19 y 20 de junio, se celebrará el festival de las comunidades nativas (asháninka y matsiguenka), no solo en Sampantuari, sino en todas las comunidades nativas de la Amazonía; se dijo que se exhibirá sus elementos culturales (vestimentas, comidas típicas nativas, artesanías, actividades como el tiro con arco y flecha o *kentaberonchi*). Este festival simboliza la identidad y unidad amazónica, el intercambio y la forma de conectarse entre todas las etnias de la Amazonía, para valorarse⁷⁸.

⁷⁵Señaló Pellerini (2015) en Mendoza y Leyva, *La economía del VRAEM...*, 13.

⁷⁶Continúa la autora “En ese sentido, no es tan errado pensar, que este entorno tan hostil favorezca que parte de esta población opte por el camino ilícito del cultivo ilícito de la hoja de coca, a fin de satisfacer sus necesidades fisiológicas básicas. Lamentablemente, mientras haya pobreza y el hambre, esta zona seguirá siendo el caldo de cultivo de las actividades de estos grupos como los narcotraficantes”. Karen Añaños, “El Reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes...”, 375.

⁷⁷INEI, *III Censo de Comunidades Nativas 2017: Resultados definitivos...*

⁷⁸Cástor Saldaña Sousa, “Festival de las comunidades nativas Ashaninkas-Matsiguenkas de Sampantuari”, *UNAHALDIA*, 14 de noviembre de 2021, <https://www.aldia.unah.edu.pe/festival-de-las-comunidades-nativas-ashaninkas-matsiguenkas-de-sampantuari/>

3.4. Factores de riesgo social

El constante desarrollo económico de Perú, desde los primeros años de este siglo, hizo posible que forme parte de un grupo de países privilegiados con ingreso medio alto; pese a ello, esconde grandes desigualdades y una absurda exclusión social⁷⁹. En otras palabras, su gran diversidad cultural, lingüística y geográfica, contrasta con una fuerte desigualdad social existente; si bien el 96.3% de las poblaciones indígenas cuenta con instituciones educativas, el 3.7% no lo tienen.

Desde otro ángulo, el 74.1% de comunidades nativas cuentan con un servicio educativo de nivel inicial; el 93.3%, con nivel primario; el 23.5%, con nivel secundario; el 0.3%, con una educación básica alternativa (EBA); el 0.2%, con educación básica productiva y; solo el 0.1%, con educación técnico superior⁸⁰. Como se puede apreciar, existen profundas brechas educativas en el Perú. Hay niños, niñas y adolescentes que no tienen acceso a la educación, por razones ya expuestas; situación que desfavorece aún más a las poblaciones originarias, pues las estadísticas reportan bajas tasas de acceso a la educación y un elevado porcentaje de alfabetismo.

En especial, las poblaciones indígenas del distrito de Pichari han sido, por años, olvidadas y marginadas por el Estado y la sociedad peruana, debido al difícil acceso geográfico, y porque allí sigue vigente los rezagos de la violencia sociopolítica que vivió Ayacucho (1980-2000); este hecho sirvió y sirve de argumento a políticos, medios de comunicación, “especialistas” y mucha gente para estigmatizar al VRAEM como zona “terrorista” o “narcoterrorista”, sentido que ha calado en la sociedad; haciendo que persista marginación, maltrato y exclusión de poblaciones que viven allí.

Frente a ello, el Gobierno peruano intentó, en los últimos años, aumentar su presencia en el territorio, creando e implementando políticas con miras a fomentar el desarrollo social de las poblaciones. Si bien, el entorno y la situación es muy complejo, “pero los retos que se enfrentan no son insuperables, configurándose la paz y la seguridad como dos elementos clave para auspiciar el desarrollo económico y social sostenible de estos segmentos de la población del país”. En definitiva, es “imprescindible alcanzar este nuevo contexto para ayudar y permitir a pueblos históricamente excluidos como los indígenas a poder tener la oportunidad de poder hacer lo que hacen los demás grupos de la población peruana, entonces podrá vislumbrarse un futuro halagüeño” no únicamente para el VRAEM, sino para el conjunto del país⁸¹.

⁷⁹Unesco, “Lenguas indígenas, conocimientos y esperanza”, por Minnie Degawan, Unesco, 2019, <https://es.unesco.org/courier/2019-1/lenguas-indigenas-conocimientos-y-esperanza>

⁸⁰INEI, *Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro – VRAEM*,...

⁸¹Añaños, “El Reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes...”, 376.

3.5. La educación

En el distrito de Pichari hay 24 comunidades originarias, con una población total de 1972 habitantes⁸². En ese sentido, los pueblos indígenas u originarios con miembros mayores a 15,000 habitantes están ubicados en la cuenca del río Perené, Satipo, Ene, Tambo, Pichis, Alto Ucayali, Gran Pajonal y Apurímac⁸³. Finalmente, los departamentos de Cusco, Junín y Pasco cuentan con 52,461 hablantes asháninkas, en 359 comunidades; no obstante, el estado del idioma presenta una tendencia a castellanizarse, sobre todo en algunas jurisdicciones y zonas al interior de ellos.

El artículo 20 de la *Ley General de educación* (2003) señala que todo el sistema educativo es intercultural bilingüe; no obstante, solo 8500 estudiantes son beneficiarios y beneficiarias; a la par, el artículo 20.b), asienta que el Estado debe garantizar el proceso de enseñanza-aprendizaje en la lengua materna de los estudiantes, y promover el castellano como segunda lengua.

Conforme a lo indicado, por los medios de comunicación (Andina y El Comercio), señalan que la institución educativa de la comunidad de Sampantuari cuenta con salones multimedia, laboratorio, biblioteca, comedor, tópicos, sala de uso múltiple, losa deportiva, graderías, veredas, servicios higiénicos, cerco perimétrico, entre otros⁸⁴. En contraste, los docentes del nivel primario y secundario son de lugares alejados como Ayacucho y Cusco, pero no son nativos. Los docentes de educación inicial de Sampantuari son nativos asháninka y shipibo, que viven en la misma comunidad; dichos docentes buscan estrategias para cumplir con la enseñanza educativa inicial, así como los objetivos pedagógicos propuestos. Pese a la existencia de herramientas tecnológicas, los niños y niñas de inicial no saben utilizarlos. Los padres trabajan fuera de casa, en el campo, la selva y chacra: la economía depende del trabajo agrícola⁸⁵.

Actualmente, más de 4000 instituciones educativas vienen implementando la propuesta pedagógica EIB y reciben acompañamiento pedagógico. La interculturalidad es, hoy en día, un principio rector de todo el sistema educativo

⁸²María de los Ángeles Quispe Morote, “Intervención socioeducativa en zonas cocaleras del VRAEM (perú): el caso de la comunidad nativa asháninka anato desde el enfoque de derechos humanos”, Tesis de Master, Universidad de Granada (Granada: Repositorio Institucional UGR, 2019).

⁸³Lucy Trapnell y Eloy Neira, *Situación de la Educación Intercultural Bilingüe en el Perú*, Consultoría solicitada por el Banco Mundial y PROEIB-Andes, 2004, <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Situacion%20de%20la%20EIB%20en%20el%20Peru.pdf>

⁸⁴Cfr. *Andina*, “Cusco construye colegio intercultural bilingüe Asháninka Machiguenga”, *Andina: agencia peruana de noticias*, 23 de octubre de 2018, <https://andina.pe/agencia/noticia-cusco-construye-colegio-intercultural-bilingue-ashaninka-machiguenga-729421.aspx>; Cfr. *El Comercio*, “Cusco: construyen colegio intercultural bilingüe Asháninka Machiguenga”, *El Comercio*, 23 de octubre de 2018, <https://elcomercio.pe/peru/cusco/cusco-construyen-colegio-intercultural-bilingue-ashaninka-machiguenga-noticia-570510-noticia/>

⁸⁵Saldaña Sousa, “Festival de las comunidades nativas Asháninkas-Matsigenkas de Sampantuari”, párr. 6.

peruano; por ende, su cumplimiento es obligatorio para todas las instituciones educativas, sea en sus niveles inicial, primario y secundario⁸⁶.

3.6. Diseño Curricular Básico Nacional en EIB del IESPP “Quillabamba”.

El Diseño Curricular Básico Nacional de la Formación Inicial Docente en EIB (DCBN) es un documento de política educativa diseñado para todos los Institutos de Educación Superior Pedagógico, cuyo objetivo es brindar una formación profesional docente de calidad, con relación a las demandas y necesidades de los pueblos indígenas; de esta forma, preservar su diversidad cultural y lingüística.

El DCBN se creó en el marco de la *Ley n.º 30512*, y aborda cuestiones relacionadas con los institutos y escuelas de educación superior, carrera pública de docentes y su reglamento, perfil de egreso de formación inicial docente, marco teórico y experiencias nacionales y extranjeras conexas. Para las carreras de Educación inicial intercultural bilingüe y Educación primaria intercultural bilingüe se incorporó tres competencias comunicativas, a saber: oralidad, lectura y escritura; el fin es preservar y promover las 47 lenguas indígenas y fomentar el castellano⁸⁷.

En primer lugar, la formación inicial docente (FID) en Perú rige, bajo una mirada global e integral, las competencias profesionales, diseñadas para garantizar el desenvolvimiento ético, eficaz, eficiente y pertinente del futuro docente; también incluye la atención de la diversidad cultural. Y, en segundo lugar, “el DCBN de la FID contiene un plan de estudios de 10 siglos académicos que incluye una serie de cursos y módulos organizados en tres componentes curriculares: formación general, formación específica y formación en la práctica e investigación”⁸⁸. Así, el IESPP “Quillabamba”-filial Pichari emplea el DCBN en la formación inicial docente de sus estudiantes y egresados.

Conclusiones y propuestas de mejora

El estado peruano goza de políticas públicas y normativa jurídica en EIB, en conexión con los tratados internacionales de derechos humanos, que protegen

⁸⁶Decreto supremo N.º 006 MINEDU, de 08 de julio de 2016, *Política sectorial de Educación Intercultural y Educación Intercultural Bilingüe*, Lima, Presidencia de la República. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105058/_006-2016-MINEDU_-_14-07-2016_10_47_29_-_DS_N_006-2016-MINEDU_%2B_Exposici%C3%B3n_de_Motivos.pdf

Cfr. Unicef, “Educación Intercultural Bilingüe: nuevos avances y desafíos”,...

⁸⁷Minedu, *Diseño Curricular Básico Nacional de la Formación Inicial Docente*,...

⁸⁸*Ibidem*, 6.

los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo relacionados con la educación. Sin embargo, en la práctica, su implementación y ejecución aún constituye un desafío pendiente, especialmente y, con mayor razón, en el distrito de Pichari perteneciente al VRAEM, que es una zona del país caracterizada por su diversidad étnica, cultural y lingüística, así como por la presencia de comunidades indígenas y la presencia de grupos armados.

En consecuencia, la EIB en el VRAEM se convierte en una herramienta poderosa para promover la inclusión, el respeto y el desarrollo integral de las comunidades indígenas, que habitan en esta área. Al reconocer y valorar sus lenguas maternas, prácticas culturales y conocimientos ancestrales, se fomenta el empoderamiento y la preservación de su identidad. El reto pasa por la promoción, la implementación y la formación de profesionales especialistas en EIB (de la mano con la Formación Inicial Docente), además del acceso a la educación de niños y niñas indígenas de la jurisdicción del distrito de Pichari. Igualmente, existen muchas dificultades como la desinformación sobre los derechos que les concierne a las personas y profesionales indígenas y la falta de desarrollo de la formación profesional en la lengua materna e interculturalidad. A pesar de los desafíos existentes, es necesario un compromiso decidido para garantizar el acceso a una educación de calidad, respetando y valorando la diversidad cultural y lingüística. Solo a través de una educación equitativa y basada en el respeto mutuo se podrá construir un VRAEM próspero y en armonía con su riqueza cultural y natural.

En este orden de ideas, se plantean algunas propuestas de mejora: en primer lugar, se debe examinar el cómo se implementa la EIB en la práctica, debido a que no se materializan de manera adecuada las leyes y las políticas públicas. También, se debe trabajar en la formación de docentes, que consiste en una educación continua sobre el conocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y los instrumentos legales nacionales e internacionales, puesto que el rol del profesor es muy importante en la formación del estudiante.

En segundo lugar, la temática de los derechos humanos se debe inculcar desde las escuelas, empezando en la educación inicial, seguido de primaria, secundaria, superior, y terminado en un curso o máster profesionalizante. Esto no debe ser a nivel teórico, sino un ejercicio práctico en las actividades cotidianas (juegos, acciones y actitudes hacia algo o alguien, recreos, salidas, en la hora de la comida, etc.), a través de diferentes técnicas. Para esto, el Minedu debe adecuar el Currículo Nacional de Educación Básica y el sistema educativo a las nuevas demandas socioeducativas, creando una asignatura, en general, sobre la protección de los derechos humanos y, en particular, sobre las poblaciones en situación de vulnerabilidad como son los pueblos indígenas en todos los niveles educativos, en un escenario donde estén involucrados docentes, padres y madres de familia y estudiantes.

Y, en tercer lugar, a fin de fortalecer la diversidad cultural y la preservación de la lengua indígena en Perú, se debe trabajar en la sensibilización de la población, en general, la visibilización de las culturas ancestrales indígenas y la prevención de prácticas que vulneren el derecho de estas personas, desde las escuelas, las familias, la sociedad y el propio Estado. De esta forma, en el campo de la educación, se deben incorporar, en el Currículo Nacional de Educación Básica de EIB, como asignaturas obligatorias, el conocimiento y el aprendizaje de idiomas indígenas, como es el caso del quechua, asháninka, shipibo-conibo, además del español y otra lengua extranjera.

En definitiva, consideramos que la prevención en la erradicación o erosión cultural indígena pasa porque el Estado peruano asuma y ofrezca oportunidades laborales a profesionales cualificados en EIB, quienes deberían asumir la dirección y la gestión de centros educativos interculturales, conforme a su propio contexto cultural y necesidad.

Bibliografía

- Andina*. “Cusco construye colegio intercultural bilingüe Asháninka Machiguenga”. *Andina: agencia peruana de noticias*, 23 de octubre de 2018. <https://andina.pe/agencia/noticia-cusco-construye-colegio-intercultural-bilingüe-ashaninka-machiguenga-729421.aspx>
- Añaños, Karen. “La Agenda 2030 y sus ODS con relación a los pueblos indígenas”. En *El Derecho Internacional, los ODS y la comunidad internacional*, dirigido por Carlos Fernández, Eugenia López-Jacoiste y Daniel Oliva, y coordinado por Elena Díaz, 285-304. Madrid: Dykinson, 2022.
- Añaños, Karen. “Mecanismos para la protección de la propiedad intelectual de la medicina tradicional de los pueblos Indígenas en Latinoamérica”. *Revista Electrónica Iberoamericana* 2(15), (2021): 105-134.
- Añaños, Karen y Hernández, Bernardo. “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Otra lectura, desde el Buen Vivir”. *Revista de Paz y Conflictos* 1(12), (2019): 251-264. doi: <http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v1i12.9507>
- Añaños, Karen. “El Reclutamiento de Niños, Niñas y Adolescentes en el Valle del río Apurímac, Ene y Mantaro tras el conflicto interno de Perú”. En *La protección de la infancia en conflictos armados*, dirigido por María Concepción Pérez Villalobos, 367-377. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2019.

- Celidwen, Yuria. “Semillas del resurgimiento: sabiduría indígena contemplativa y bienestar colectivo sostenible”. En *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables*, coordinado por Karen Añaños, 51-62. Madrid: Dykinson, 2021.
- CIDH. Informe: “Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía” (OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176), de 29 septiembre 2019. Washington D.C.: CIDH – OEA, 2019.
<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>
- Cordero, Raúl. “Derechos indígenas y educación intercultural en América Latina”. *Revista de Derecho, Educación y Cultura* 24(2), (2018): 55-70.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos – Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas. “Informe Alternativo 2018. Cumplimiento de las obligaciones del Estado Peruano del Convenio 169 de la OIT”. Coordinado por Luis A. Hallazi Méndez y Juliana Bravo Valencia. Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2018.
https://repositorio.dar.org.pe/bitstream/handle/20.500.13095/50/Informe_Alternativo_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Defensoría del Pueblo del Perú. Informe N° 152: “Aportes para una política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú”. Serie informes defensoriales. Lima: Defensoría del Pueblo, 2011. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-Defensorial-152.pdf>
- Defensoría del Pueblo del Perú. Informe N° 174: “Educación Intercultural Bilingüe hacia el 2021: Una política de Estado imprescindible para el desarrollo de los pueblos indígenas”. Serie de informes defensoriales. Lima: Defensoría del pueblo, agosto de 2016.
<https://www.yumpu.com/es/document/read/55878607/educacion-intercultural-bilingue-hacia-el-2021>
- Distrito.pe. El Distrito de Pichari.* <https://www.distrito.pe/distrito-pichari.html> (acceso 15 de mayo de 2023).
- El Comercio. “Cusco: construyen colegio intercultural bilingüe Asháninka Machiguenga”. *El Comercio*, 23 de octubre de 2018.
<https://elcomercio.pe/peru/cusco/cusco-construyen-colegio-intercultural-bilinguee-ashaninka-machiguenga-noticia-570510-noticia/>

García, Ofelia. “Educación intercultural bilingüe: Retos y perspectivas en un mundo globalizado”. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social* 6(1), (2017): 81-95.

IESPP - Quillabamba. “Reseña histórica del Instituto de educación superior pedagógico público Quillabamba”. <https://eespquillabamba.edu.pe/index.php/resena-historica/> (acceso, 10 de mayo de 2023).

Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. *Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro – VRAEM. Perfil Sociodemográfico. Sobre la base de los resultados de los Censos Nacionales 2017: XII de población, VII vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Director José García Zanabria, Lima: INEI, abril de 2019. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1661/libro.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. *III Censo de Comunidades Nativas 2017: Resultados definitivos*. Tomo I. Lima: INEI, diciembre de 2018. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1598/TOMO_01.pdf

López, Luis Enrique. *Educación intercultural bilingüe: Una propuesta pedagógica para la diversidad*. Lima: Editorial Conexión, 2020.

Mendoza, Waldo y Leyva, Janneth. *La economía del VRAEM, diagnóstico y opciones de política*. Lima: Nova Print S.A.C., 2017. <https://files.pucp.education/departamento/economia/WM-JL-VRAEM-VFF-abril-20171.pdf>

Minedu. *Diseño Curricular Básico Nacional de la Formación Inicial Docente*. Lima: Ministerio de Educación, 2020.

Municipalidad Distrital de Pichari. “Presupuesto Institucional de apertura año fiscal 2020”. Lima: Congreso de la República de Perú, 2019. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Consejo_Directivo/Documentos_Otras_Instituciones/OFICIO-006-2020-MDP-AL.pdf

Negro, Dante. “La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: principales alcances”. En *Desarrollo humano y protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables*, coordinado por Karen Añños, 231-245. Madrid: Dykinson, 2021.

- Naciones Unidas. *Agenda 2030 de las Naciones Unidas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. “Objetivo 4. Educación de calidad”. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/> (acceso 10 de mayo de 2023).
- Nussbaum, Martha Craven. *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo humano*. Buenos Aires: Paidós, 2010.
- Oliva Martínez, Daniel. *Diversidad, resistencia y utopía. Los pueblos indígenas de nuestro tiempo*. Valencia: Tirant humanidades, 2022.
- OIT. Informe: “Panorama Laboral de los Pueblos Indígenas en América Latina. La protección social como ruta hacia una recuperación inclusiva frente a la pandemia del COVID-19”. OIT y Cooperación Española en Guatemala, 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_864130.pdf
- OIT. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 25 años edición conmemorativa*. Lima: OIT- Oficina Regional para América Latina, 2014. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- OEA. *Manual para la participación de la sociedad civil en la Organización de los Estados Americanos y en las cumbres de las Américas*. Washington, D.C.: Departamento de Asuntos Internacionales, 2009.
- Paredes, David; Vera, Diego; La Serna, Karlos; Barrionuevo, Wilfredo. “Diagnóstico de la Educación Intercultural Bilingüe (EIB) en el Perú”. <https://docplayer.es/48759395-Diagnostico-de-la-educacion-intercultural-bilingue-eib-en-el-peru.html>
- Quispe Morote, María de los Ángeles. “Intervención socioeducativa en zonas cocaleras del VRAEM (perú): el caso de la comunidad nativa ashaninka anato desde el enfoque de derechos humanos”. Tesis de Master, Universidad de granada]. Granada: Repositorio Institucional UGR, 2019.
- Ruelas Vargas, David. “Origen y perspectivas de las políticas de la Educación Intercultural Bilingüe en el Perú: utopía hacia una EIB de calidad”. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana* 36(23), (2021): 205-225. doi: <https://doi.org/10.19053/01227238.10831>
- Saldaña Sousa, Cástor. “Festival de las comunidades nativas Ashaninkas-Matsiguenkas de Sampantuari”. *UNAHALDIA*, 14 de noviembre de 2021.

<https://www.aldia.unah.edu.pe/festival-de-las-comunidades-nativas-ashaninkas-matsiguenkas-de-sampantuari/>

Sánchez, Melissa. “Los derechos humanos y la educación intercultural bilingüe en el Perú”. *SPDA. Actualidad ambiental*, 10 de diciembre de 2020. <https://www.actualidadambiental.pe/los-derechos-humanos-y-la-educacion-intercultural-bilingue-en-peru>

Schmelkes, Sylvia; Ballesteros, Ana Daniela. *Formación de docentes indígenas en algunos países de América Latina*. Buenos Aires: Unesco y el Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación de la UNESCO, 2020. <https://www.buenosaires.iiep.unesco.org/sites/default/files/archivos/Formaci%C3%B3n%20de%20docentes%20ind%C3%ADgenas%20en%20algunos%20pa%C3%ADses%20de%20Am%C3%A9rica%20Latina%20-%20AC.pdf>

TeleSURtv.net. “Lenguas originarias de Perú: Todo lo que debes saber”. *Telesur tv.net*, 27 de mayo de 2022. <https://www.telesur tv.net/news/dia-lenguas-originarias-peru-celebracion-mayo-20180527-0016.html>

Toro, Luís. “La Participación de los Pueblos Indígenas en la OEA”. En *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano. Principios Básicos*, 27-43. Washington, D.C.: Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2013.

Toro, Luís. “El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: el proceso de negociación”. En *XXXIV Curso de Derecho Internacional*. Vol. 27, 351-374. Washington D.C.: Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, 2008.

Trapnell, Lucy y Neira, Eloy. *Situación de la Educación Intercultural Bilingüe en el Perú*. Consultoría solicitada por el Banco Mundial y PROEIB-Andes, 2004. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Situacion%20de%20la%20EBI%20en%20el%20Peru.pdf>

Unesco. “Lenguas indígenas, conocimientos y esperanza”. Por Minnie Degawan. Unesco, 2019. <https://es.unesco.org/courier/2019-1/lenguas-indigenas-conocimientos-y-esperanza>

Unicef. “Educación Intercultural Bilingüe: nuevos avances y desafíos”. Por María Luisa Fornara. Lima: Unicef – Perú, 10 de octubre de 2015. <https://www.unicef.org/peru/historias/educacion-intercultural-bilingue-nuevos-avances-y-desafios>

Unicef. *Estado de la niñez indígena en el Perú*. Lima: Inei y Unicef, 2010. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Estado%20de%20la%20niñez%20indígena%20en%20el%20Peru.pdf>

Zúñiga Castillo, Madeleine. *La Educación Intercultural Bilingüe: el caso peruano* Buenos Aires: Fundación Laboratorio de Políticas Públicas, 2008.

Zúñiga Castillo, Madeleine y Ansión Mallet, Juan. *Interculturalidad y educación en el Perú*. Lima: Foro Educativo, 1997. <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/inter59.PDF>

ALFABETIZACIÓN DIGITAL CRÍTICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Critical media literacy in teaching of Law

ADALBERTO HERNÁNDEZ SANTOS*

LISETT D. PÁEZ CUBA**

JORDI PLANELLA***

TERESA DÍAZ DOMÍNGUEZ****

Resumen: La paradoja que representa la des/información provocada por la existencia de falsas noticias en la red de redes, es una problemática contemporánea que amerita revisión desde las Ciencias Sociales. El presente trabajo tiene como objetivo: argumentar la trascendencia de la alfabetización digital en la enseñanza del Derecho desde la asunción de la teoría jurídica crítica. En el artículo, desde una perspectiva educativa, se realiza una revisión documental que permite proponer la alfabetización digital crítica como alternativa para contrarrestar el impacto de las falsas noticias y tributar al consumo adecuado de la información disponible en Internet. Se enfatiza en la pertinencia de ponderar la dimensión social del Derecho y la argumentación jurídica en el ámbito probatorio. Este enfoque permite entender que formar al jurista para emitir juicios de valor en los entornos digitales, implica prepararlo para desarrollar el razonamiento *de iure*, y a su vez la práctica argumentativa del Derecho es traslativa a la evaluación crítica de noticias en internet. Finalmente se proponen habilidades de evaluación de información online, que incluyen la ubicación espacio-temporal, la relación causa-efecto, la contextualización, la identificación y contrastación de fuentes, evidencias y datos, así como el juzgamiento crítico de la información.

Palabras clave: alfabetización digital; argumentación; crítica jurídica; falsas noticias.

Abstract: The paradox that represents dis/information caused by the existence of fake news in the network of networks turns to be a problematic issue that deserves an analysis from the approach of Social Sciences. The present works aims to argue the impact of the media literacy on the Law teaching, from the framework of critical legal theory. Hence, this article offers a literature review that proposes critical media literacy as an alternative to lessen the impact of fake news and therefore to contribute to the critical consumption of information available in Internet, from an educative perspective. It emphasizes on the relevance of the social dimension of Law and legal reasoning in the

*Máster en Educación por la Universidad de Exeter, Reino Unido. Investigador Universitat Oberta de Catalunya. Correo electrónico: adalberto.hms@gmail.com. ORCID: 0000-0002-0740-9963.

**Doctora en Ciencias Pedagógicas. Profesora de Derecho en la Universidad Pública de Navarra. Correo electrónico: lissett@upr.edu.cu. ORCID: 0000-0001-8907-7562.

***Doctor en Ciencias, Catedrático de Pedagogía Social en la Universitat Oberta de Catalunya. Correo electrónico jplanella@uoc.edu. ORCID: 0000-0003-0463-4177.

****Doctora en Ciencias, profesora e investigadora, Presidente del Instituto de Investigación y Postgrados en Educación de la Universidad Santander de México. Correo electrónico: tdiaz@unisan.edu.mx. ORCID: [0009-0000-0164-6872](https://orcid.org/0009-0000-0164-6872).

probative context. This approach is instrumental in the understanding that training jurists in digital environments implies giving him/her certain tools and skills, so that he/she develop legal reasoning, and in turn the argumentative practice of Law is translational to the critical evaluation of news at Internet. Finally, this paper proposes a set of assessment's skills for online information, which includes: spatial and temporal location of information; cause and effect relation; contextualization; sources identification, data and evidence contrasting; and critical judgment of the information.

Keywords: critical media literacy; argumentation; legal criticism; fake news.

Sumario: Introducción. I. Consideraciones teóricas e implicaciones prácticas de las fake news. II. La alfabetización digital crítica en el contexto educativo. III. La teoría jurídica crítica como presupuesto de alfabetización digital. Conclusiones.

Introducción

El ambiente jubiloso, de recepción acrítica y triunfante con que el mundo celebró la apertura de Internet para uso civil y público hace casi 30 años, ha entrado en una profunda crisis de confiabilidad y certidumbre. La funcionalidad de la red de redes en la tercera década del siglo XXI ya no se circunscribe a la de una herramienta informacional, de consulta y referencia; sino que constituye una plataforma virtual que soporta una nueva dimensión de las relaciones sociales y de producción de la humanidad, a la vez que reproduce y amplifica el inagotable acervo cultural y científico. Así mismo se amplía su crisis ética a partir de la ductilidad para la manipulación de la información.

En este contexto de desarrollo tecnológico, Internet ha logrado la interconexión de miles de millones de personas, convirtiéndose en la herramienta de uso más masivo, con una penetración sin precedentes. A su vez, el progreso actual de la telefonía móvil ha permitido que cualquier sujeto, independiente de su nivel educacional, experiencias, nivel económico o ubicación geográfica, pueda acceder a las redes, asumir información y compartirla con una facilidad inusitada, incluso desconociendo su legitimidad.

Las falsas noticias online y su nocivo impacto tanto en política como en el cuestionamiento de hechos y verdades científicas desde la aportación de datos de dudosa veracidad, establecen claramente un desafío a enfrentar desde lo tecnológico, lo educativo y lo jurídico. Cabe entonces preguntarse ¿Qué son las fake news y cómo impactan en la época contemporánea? ¿Qué ventajas ofrece la alfabetización digital crítica en un contexto tendente a la desinformación? ¿Qué significado tiene la evaluación crítica de información online en la carrera de Derecho?

En tal sentido, el objetivo del presente estudio se circunscribe a argumentar la trascendencia de la alfabetización digital en la enseñanza del Derecho desde la

asunción de la teoría jurídica crítica. Para su consecución se emplea como método la revisión documental y se enfoca el análisis desde una perspectiva educativa.

En el corpus del artículo se analizan las fake news como un constructo de alta incidencia política y social. Se esbozan además los estudios de Cottrell (2005), Hinrichsen y Coombs (2013), el Grupo de Stanford (2018), Hernández (2019) y Buckingham (2019) en torno a la alfabetización digital crítica. Estas aportaciones se articulan con la teoría crítica del Derecho y la argumentación jurídica, en aras de potenciar el consumo crítico de información en un contexto altamente tecnologizado, en el que se sugiere potenciar las habilidades de evaluación de información digital durante la formación jurídica.

I. Consideraciones teóricas e implicaciones prácticas de las fake news

La presencia y producción masiva de falsas noticias o fake news ha sido posible por un grupo de descubrimientos y avances tecnológicos a partir del Internet inicial, que han contribuido sinérgicamente a la penetración de esta red de información digital en todas las actividades de la humanidad, logrando una penetración tecnológica sin precedentes. En tal sentido, la determinación del significado y alcance de las fake news -comprendidas dentro del proceso globalizador desarrollado por Internet¹, resulta un imperativo de la sociedad tecnológica.

Varias definiciones se han esgrimido por la comunidad académica y política del mundo en torno a las fake news o falsas noticias. La revista *Science* le define como información inventada, que imita el contenido de noticias de medios de comunicación y carecen de las normas y procesos editoriales que estos medios realizan (corroboración de datos, hechos, verificación de fuentes, etc.) para el aseguramiento de la exactitud y credibilidad de la información².

Algunos como Zhang y Ghorbani, describen como fake news a todo “tipo de falsas historias o noticias que son publicadas y distribuidas en Internet principalmente en orden de engañar, confundir y seducir a lectores de forma deliberada con fines políticos, financieros, entre otros”³. Mientras, otros autores

¹ Lisett Daymaris Páez Cuba y Adoración Carballo Moya, «Estrategia para la enseñanza de las relaciones internacionales en la carrera de Derecho en Cuba», *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 7, n.º 2 (28 de diciembre de 2020): 279, <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.57809>.

² David M. J. Lazer et al., «The Science of Fake News», *Science* 359, n.º 6380 (9 de marzo de 2018): 1094-96, <https://doi.org/10.1126/science.aao2998>.

³ Xichen Zhang y Ali A. Ghorbani, «An Overview of Online Fake News: Characterization, Detection, and Discussion», *Information Processing & Management* 57, n.º 2 (marzo de 2020): 102025, <https://doi.org/10.1016/j.ipm.2019.03.004>.

las consideran como noticias deliberadamente fabricadas con la intención explícita de engañar y confundir⁴.

En otro estudio, David Buckingham afirma que la existencia de fake news hay que entenderla en el contexto de dos aspectos definatorios. Primero la economía política de Internet, puesto que las falsas noticias reciben en no pocos casos reacciones de cientos de miles de *viewers* y visualizaciones o el solo hecho de compartir clics, viralizaciones que a nivel de algoritmos son las que atraen a Facebook, YouTube, etc., publicistas, anunciantes; lo que a la vez genera ganancias en el orden de publicidad, de venta de datos y estudios de tendencias. En segundo lugar, aparece el contexto del fenómeno de la pos-truth (post verdad), con amplias connotaciones éticas, filosóficas, políticas, científicas, educativas y sociales⁵.

De hecho, desde los años 2015 y 2016 el uso de las fake news apunta a dos grandes eventos políticos de repercusión internacional: el Brexit y las elecciones presidenciales de Estados Unidos. Las noticias difundidas a través de las redes sociales para públicos metas identificados a partir de sus perfiles, publicaciones y preferencias políticas fue clave en lograr el voto favorable para abandonar la Unión Europea⁶. En una serie de audiencias públicas de la Cámara de los Comunes del parlamento británico quedó demostrado el uso malintencionado de datos de los perfiles de Facebook para lanzar publicidad engañosa y falsas noticias por parte de la Empresa Cambridge Analytica, sin la supervisión de los directivos de la red social Facebook⁷.

El segundo gran proceso político afectado por la circulación de fake news en las redes sociales ocurrió en 2016 durante las elecciones presidenciales de Estados Unidos⁸. Un modus operandi desarrollado por la misma empresa, Cambridge Analytica, coludida con algunos miembros del Comité Nacional Republicano y el equipo de campaña de Donald Trump, influyeron

⁴ David Buckingham, «Teaching Media in a ‘Post-Truth’ Age: Fake News, Media Bias and the Challenge for Media/Digital Literacy Education / La Enseñanza Mediática En La Era de La Posverdad: Fake News, Sesgo Mediático y El Reto Para La Educación En Materia de Alfabetización Mediática y Digital», *Cultura y Educación* 31, n.º 2 (3 de abril de 2019): 213-31, <https://doi.org/10.1080/11356405.2019.1603814>.

⁵Ibid.

⁶ Welfens Paul y David. Hanrahan, «BREXIT Analysis: Distorted Majority, Fake News about Immigration Burden, Dim Prospects for Global Britain Approach, Weakening Europe as Problem for the US. », Discussion Paper (Wuppertal, Germany: EUROPEAN INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS Bergische Universität Wuppertal, Campus Freudenberg, Rainer-Gruenter-Straße 21, D-42119, enero de 2018), https://www.researchgate.net/publication/328841410_BREXIT_Key_Analytical_Issues_and_Insights_from_Revised_Economic_Forecasts/link/5be5e3d6a6fdcc3a8dca0853/download.

⁷ House of Commons. Digital, Culture, Media and Sport Committee., «Desinformation and Fake News: Interim Report. London: House of Commons.» (London: House of Commons., 2018), <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/36302.htm>.

⁸ Hunt Allcott y Matthew Gentzkow, «Social Media and Fake News in the 2016 Election», *Journal of Economic Perspectives* 31, n.º 2 (1 de mayo de 2017): 211-36, <https://doi.org/10.1257/jep.31.2.211>.

decisivamente en la victoria del candidato presidencial, como se demostró tanto en las audiencias de la Cámara de Representantes y el Senado, así como en estudios académicos. En tal sentido, en la época actual las fake news se han convertido en entes cada vez más peligrosos para explicar la relación de los hombres con la verdad, en tanto constituyen catalizadores de los cambios de comportamientos de audiencia.

En esta misma línea de pensamiento González advierte que las fake news y las *deepfakes* son dos patologías informacionales con un denominador común por su “ataque a la verdad mediante la tergiversación o falsificación de los hechos y la manipulación simétrica y explotación deliberada y consciente de los «sesgos cognitivos humanos» que estudia la psicología de la toma de decisiones”⁹. Ante este escenario desinformativo, se han desarrollado varias iniciativas para enfrentar las fake news desde tres frentes: tecnológico, político-comunicacional y educativo. Desde el frente tecnológico, un sinnúmero de proyectos se han lanzado como por ejemplo la creación de algoritmos informáticos capaces de detectar fake news incorporado a los motores de búsqueda¹⁰ o un sistema de detección basado en el rastreo de noticias desde sus fuentes¹¹, y la posibilidad de reportar y marcar como fake news a las noticias e información que circula en las redes sociales por identificar y borrar falsos perfiles, bots, y detectar a tiempo su viralización¹² y la aplicación del blockchain para la elaboración y circulación de noticias¹³.

Desde la arista político-comunicacional el esfuerzo más apreciable está en la definición por parte de las plataformas de redes sociales de los Community Standards, la adopción de protocolos éticos por varias instituciones con respecto a las fake news y la más debatida y cuestionada es la cancelación de perfiles de redes sociales a políticos. No obstante, autores como Cheever y Rokkum, plantean que las políticas para verificar contenido de Internet están en su más temprana infancia y que no logran detener a tiempo la creciente disponibilidad de

⁹ Luís Miguel González De La Garza, «Teoría de sesgos en el sistema educativo de la democracia del siglo XXI Nuevas garantías para la libertad de pensamiento, el “Derecho a no ser engañados”», *Revista de Educación y Derecho*, n.º 22 (1 de octubre de 2020), <https://doi.org/10.1344/REYD2020.22.32351>.

¹⁰ Monther Aldwairi y Ali Alwahedi, «Detecting Fake News in Social Media Networks», *Procedia Computer Science* 141 (2018): 215-22, <https://doi.org/10.1016/j.procs.2018.10.171>.

¹¹ Hoon Ko et al., «Human-Machine Interaction: A Case Study on Fake News Detection Using a Backtracking Based on a Cognitive System», *Cognitive Systems Research* 55 (junio de 2019): 77-81, <https://doi.org/10.1016/j.cogsys.2018.12.018>.

¹² European Parliament. Directorate General for Parliamentary Research Services., *Automated Tackling of Disinformation: Major Challenges Ahead*. (LU: Publications Office, 2019), <https://data.europa.eu/doi/10.2861/368879>.

¹³ Azarías Paviás, «El problema: fake news. La solución: blockchain.Trabajo Final de Grado. Madrid: Universidad Oberta de Catalunya.» (Trabajo Final de Grado en Comunicación, Madrid, UOC, 2019), <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/98506/6/apaviamTFG0619memoria.pdf>.

información online no verificada y por tanto la precisión de la información disponible varía ostensiblemente¹⁴.

Otro de los frentes desde donde se intenta contrarrestar el efecto de las fake news es la educación¹⁵. Lazer y otros autores plantean que hay que desarrollar intervenciones en dos sentidos: una que empodere al individuo al hacerlo capaz de que identifique por sí mismo lo que es falso y engañoso, y, de otra parte, cambios estructurales que eviten o minimicen la exposición de los ciudadanos a este tipo de información engañosa¹⁶.

Entre las recomendaciones finales que en el contexto de las fake news hiciera el parlamento británico, se encuentra la necesidad de incluir como un cuarto pilar de la Educación a la alfabetización digital crítica junto a la lectura, la escritura y las matemáticas¹⁷. Es esta precisamente la posición defendida en el presente artículo, que centra su interés en el ámbito educativo y enfatiza la pertinencia de la alfabetización digital.

II. La alfabetización digital crítica en el contexto educativo

Para neutralizar el impacto de las falsas noticias en las redes sociales, según González “una de las misiones importantes que podrá desarrollar la inteligencia artificial es proveer de instrumentos tanto para identificarlos como para sugerir vías para su neutralización que se ofrezcan a los individuos”¹⁸. Sin embargo, la opción más viable no parece ser esta, al menos a corto plazo; sino el enfoque cultural de una alfabetización digital crítica especialmente dirigida a las instituciones de educación.

Otros investigadores de la London School of Economics and Politics, desarrollan un enfoque que se define desde la alfabetización mediática o de medios (media literacy), entendiéndola como la capacidad que desarrolla el individuo para acceder, analizar, evaluar y crear mensajes en una variedad de contextos del entorno digital en Internet¹⁹. A ello se suman Díaz y Torrealba, quienes aseveran que la alfabetización digital aborda “no sólo como un conglomerado de paradigmas que deben ser aceptados de manera pasiva por las

¹⁴ Nancy A. Cheever y Jeffrey Rökkum, «Internet Credibility and Digital Media Literacy», en *The Wiley Handbook of Psychology, Technology, and Society*, ed. Larry D. Rosen, Nancy A. Cheever, y L. Mark Carrier (Chichester, UK: John Wiley & Sons, Ltd, 2015), 56-73, <https://doi.org/10.1002/9781118771952.ch3>.

¹⁵ UNESCO, «A Global Framework of Reference on Digital Literacy Skills for Indicator 4.4.2», Information Paper (Paris: UNESCO, 2018), <https://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/ip51-global-framework-reference-digital-literacy-skills-2018-en.pdf>.

¹⁶ Lazer et al., «The Science of Fake News».

¹⁷ House of Commons. Digital, Culture, Media and Sport Committee., «Desinformation and Fake News: Interim Report. London: House of Commons.»

¹⁸ González De La Garza, «Teoría de sesgos en el sistema educativo de la democracia del siglo XXI Nuevas garantías para la libertad de pensamiento, el “Derecho a no ser engañados”».

¹⁹ Sonia Livingstone, «What Is Media Literacy?», *Intermedia* 3, n.º 32 (2004): 18-20.

personas, sino como un soporte cognitivo que permite la integración de competencias que van desde lo técnico hasta lo crítico”²⁰.

En el contexto de las organizaciones internacionales, la Unesco define la alfabetización digital como la habilidad de acceder, administrar, integrar, comunicar, evaluar y crear información de manera segura y apropiada a través de la tecnología digital y dispositivos interconectados para participar en la vida económica y social. Incluye competencias que son a veces definidas como alfabetización computacional, alfabetización científico tecnológica, alfabetización informacional, alfabetización de datos y alfabetización de medios²¹.

Otros investigadores de la materia como Nalova Westbrook, comprenden que la alfabetización digital en la contemporaneidad implica un alto componente de pedagogía crítica, en la idea de Paulo Freire sobre la Pedagogía del Oprimido²². Dicha arista es importante no solo para comprender lo que se dice entre líneas en los medios, las jerarquías culturales y políticas que los definen, sino también que desafía en el orden que esta forma de alfabetización se enseña y se aprende y en qué manera empodera y ayuda a transformar la forma en que nos informamos y consumimos y creamos la información²³.

Para otros autores, en la actualidad se requiere de un enfoque más activo en la alfabetización digital, donde el consumo pasivo y acrítico de la información no constituye un elemento desarrollador, sino que, puede conducirnos al error, a criterio de Hinrichsen y Coombs, quienes proponen cinco recursos como componentes de la alfabetización digital crítica²⁴. El primero es el *code breakers* (descifradores de códigos), orientado a descifrar los significados literales o no de los textos, imágenes y mensajes. El segundo recurso identificado es el *meaning makers* (hacedores de significados), enfocado a saber interpretar las narrativas dentro del contenido del texto y los puntos de vista de los autores, sus intereses y concepciones político-económicas. El tercer recurso es el *text using*, mediante el cual el individuo es capaz de producir y consumir textos digitales, saber usar y producir textos y mensajes con propósitos específicos. El cuarto recurso es el *analysing: becoming a discerning practitioner* (analizar hasta convertirse en un usuario discernidor). Para los autores, en este recurso los que aprenden deben desarrollar la habilidad de hacer juicios y tomar decisiones a partir de estar

²⁰ Mariela Díaz Fernández y Torrealba Álvarez Rafael, «Los sentidos y desafíos de la alfabetización digital.», *Multiciencias*, 11, n.º 2 (2011): 199-204.

²¹ UNESCO, «A Global Framework of Reference on Digital Literacy Skills for Indicator 4.4.2».

²² Paulo Freire, *Pedagogy of the Oppressed*, 30th anniversary ed (New York: Continuum, 2000).

²³ Nalova Westbrook, «Media Literacy Pedagogy: Critical and New/Twenty-First-Century Literacies Instruction», *E-Learning and Digital Media* 8, n.º 2 (junio de 2011): 154-64, <https://doi.org/10.2304/elea.2011.8.2.154>.

²⁴ Juliet Hinrichsen y Antony Coombs, «The five resources of critical digital literacy: a framework for curriculum integration», *Research in Learning Technology* 21 (31 de enero de 2014), <https://doi.org/10.3402/rlt.v21.21334>.

informados en el contexto de lo digital. Necesitan ser capaces de aplicar las perspectivas estética, ética y crítica a la producción y consumo de materiales digitales²⁵. Entretanto, el quinto recurso es la *persona*, que tiene que ver con el papel que en el plano individual adoptamos como usuarios-productores/receptores-emisores de contenido digital en el contexto de Internet; lo cual implica una responsabilidad ética sobre nuestra identidad digital.

Por otra parte, se considera que la alfabetización crítica intrínsecamente implica habilidades de pensamiento crítico: *identificar* en primer lugar la posición y la intención del otro; saber *evaluar la evidencia* para afirmar o refutar lo que se afirma; ser capaz de *leer entre líneas*, ver más allá de la superficie. Por tanto, pensamiento crítico es saber *reconocer las técnicas y lenguajes* de la información, conscientes de que un lenguaje puede ser más engañoso que otro; *reflexionar* en el asunto en cuestión con *lógica y perspicacia*, hacer *conclusiones basadas en la evidencia* y establecer un punto de vista y un juicio sobre el asunto que se debate²⁶.

Una de las soluciones pedagógicas para enseñar a evaluar críticamente la información disponible en Internet, en el marco teórico de la alfabetización digital crítica, fueron los estándares de competencias de alfabetización informacional creados por la American Library Association en el año 2000 (actualizados en 2012 y 2014). Estos estándares asumen como presupuesto que el estudiante busca la información altamente motivado, obviando que, en el contexto actual, en redes sociales las noticias y la información son las que “buscan” al estudiante, al ser objetivo de la publicidad personalizada a través de los datos personales que las redes sociales venden a los anunciantes. Dentro de estos estándares para la evaluación de información destacan dos de total pertenencia en la actualidad; el primero es la importancia conferida al hecho de que el estudiante necesita *evaluar la información y sus fuentes críticamente* y el segundo que el estudiante debe *comprender los asuntos económicos, legales y sociales que acompañan a la información*.²⁷

Recientemente, en Estados Unidos, el *Stanford History Education Group (SHEG)* ha desarrollado un interesante estudio sobre evaluación de información online, con el proyecto de Razonamiento Cívico Online (*Civic Online Reasoning*). En el citado proyecto se identifican tres capacidades a desarrollar para la evaluación efectiva de la información de Internet²⁸. Primero, *identificar*

²⁵ Hinrichsen y Coombs.

²⁶ Stella Cottrell, *Critical Thinking Skills: Developing Effective Analysis and Argument*, 2. ed., 1. publ, Palgrave Study Skills (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011).

²⁷ American Library Association, «Information Literacy Competency Standards for Higher Education.» (American Library Association., 2000), <https://alair.ala.org/bitstream/handle/11213/7668/ACRL%20Information%20Literacy%20Competency%20Standards%20for%20Higher%20Education.pdf?sequence=1>.

²⁸ Sarah McGrew, et al., «The Challenge That’s Bigger than Fake News: Civic Reasoning in a Social Media Environment», *American Educator*, 41, n.º 3 (Fall de 2017): 4-9.

quién o qué está detrás de la información (identifying who is behind the information)). Para estos investigadores evaluar la confiabilidad y validez de la información implica saber determinar qué intereses, motivaciones, fines o enfoques, sociales, culturales, económicos, político o ideológicos subyacen detrás de la información. “Determinar quién está detrás de la información y si es acreedor de nuestra confianza o no, va más allá de la dicotomía verdadero/falso”.²⁹

La segunda competencia es la de evaluar la evidencia presentada (*evaluating the evidence presented*)³⁰. Como las fake news son cada vez más sofisticadas y engañosas, en especial por el mal uso de datos, cifras, hechos y evidencias que soportan su falsa información para hacerla más creíble; la determinación de cómo se obtuvieron esos datos, de qué fuente provienen, sus niveles de objetividad y de verificación, es algo crucial. La tercera competencia consiste en investigar *qué dicen otras fuentes* (investigating what other sources say), según McGrew, Breakstone, Smith y Wineburg, para confrontar información, datos y afirmaciones; lo cual completa el sistema de evaluación de información al poder comparar la misma información en otros medios³¹.

Las posiciones teóricas precedentes, especialmente los estudios de Cottrell sobre las habilidades de pensamiento crítico³², Hinrichsen y Coombs³³ en torno a los componentes de la alfabetización digital, el Grupo Stanford³⁴ sobre las tres competencias para desarrollar un razonamiento cívico online, y Buckingham³⁵ en lo relativo a la alfabetización mediática, brindan valiosos aportes desde diferentes perspectivas. Todos ellos coinciden al considerar que la evaluación competente de información online implica desde el punto de vista pedagógico general la determinación de habilidades del pensamiento crítico que permitan al individuo evaluar la veracidad de un conocimiento.

III. La teoría jurídica crítica como presupuesto de alfabetización digital

La detección de falsas noticias en las redes sociales tiene un impacto peculiar para el estudiante de Derecho, en tanto trasciende a su modo de actuación profesional. Ninguno de los campos de acción en la praxis jurídica es ajeno al pensamiento crítico, también conocido como *teoría jurídica crítica* o *crítica jurídica*. Al respecto, Wolkmer advierte un:

²⁹ McGrew, et al.

³⁰ Sarah McGrew et al., «Can Students Evaluate Online Sources? Learning From Assessments of Civic Online Reasoning», *Theory & Research in Social Education* 46, n.º 2 (3 de abril de 2018): 165-93, <https://doi.org/10.1080/00933104.2017.1416320>.

³¹ McGrew et al.

³² Cottrell, *Critical Thinking Skills*.

³³ Hinrichsen y Coombs, «The five resources of critical digital literacy».

³⁴ McGrew, et al., «The Challenge That’s Bigger than Fake News: Civic Reasoning in a Social Media Environment».

³⁵ Buckingham, «Teaching Media in a ‘Post-Truth’ Age».

“profundo ejercicio reflexivo de cuestionar lo que está normativizado y oficialmente consagrado [...] no es otra cosa que la formulación teórico-práctica potencialmente capaz de buscar pedagógicamente otra dirección u otro referencial epistemológico que responda a las contradicciones de la presente modernidad”³⁶.

Al respecto, Narváez afirma que se trata de una crítica “en el sentido más dialéctico, es decir, como la argumentación permanente sobre las propias afirmaciones. Como inquietud, como insaciabilidad epistémica, como curiosidad hermenéutica y como preocupación social”³⁷. No es más que el compromiso social del jurista con la búsqueda de la verdad, lo cual parte de considerar que “El Derecho no reproduce el statu quo, sino que es un factor de transformación y cambio social”.³⁸

Por ende, más allá de las dimensiones normativa y axiológica de la ciencia jurídica, el abordaje de la alfabetización digital crítica enfatiza la *dimensión social* del Derecho. Si bien la perspectiva normativa alude al proceso de creación, interpretación y aplicación de normas (en el ámbito de la dogmática jurídica); y la axiológica se enfoca a los valores de justicia y equidad (concomitante con la Filosofía del Derecho); la dimensión social es más reveladora en función del presente estudio. Analizar el impacto del contexto social en el Derecho y viceversa (que apunta a los estudios de Sociología jurídica), es uno de los aportes del *trialismo* jurídico que dimensiona intencionalmente “lo social”.

Asumir como postulado la dimensión social del Derecho coadyuva a que algunos juristas como Narváez (consideren que se debe “superar una ciencia del derecho apática hacia los problemas sociales o, peor aún, una ciencia presuntuosa que jamás se propone un ejercicio crítico porque lo considera desleal”³⁹). De hecho, Del Mastro admite que se trata de un gran reto “porque hay también, en las facultades de derecho, muchos enemigos socráticos”⁴⁰, que acuña contenidos como valederos sin dejar espacio a las interrogantes, al diálogo y la crítica; pese a que Sócrates y sus seguidores han constituido el ejemplo perfecto de la indagación como actividad examinante, de la pasión por la interrogación más que por el conocimiento. Es así que el referido filósofo griego apareciera

³⁶ Antônio Carlos Wolkmer y Alejandro Rosillo Martínez, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, Inter Pares (Mexico: Akal, 2017).

³⁷ José Ramón Narváez Hernández, «Metodología crítica para la investigación científica del derecho», *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 6, n.º 2 (28 de noviembre de 2019): 81, <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2019.55309>.

³⁸ Rodolfo Vázquez, «Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho. Academia.», *Revista sobre enseñanza del Derecho* 6, n.º 12 (2008): 221-37.

³⁹ Narváez Hernández, «Metodología crítica para la investigación científica del derecho».

⁴⁰ Fernando Del Mastro Puccio, «El ethos socrático y la formación del ser en la enseñanza del derecho», *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 7, n.º 1 (19 de junio de 2020): 195, <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.57701>.

como modelo representativo del arte de revelar la verdad, cuestión insoslayable en la práctica del Derecho.

Este constante proceder dubitativo es al que Narváez denomina “metodología de la sospecha”⁴¹. En buena técnica consiste en desconfiar de la veracidad de un hecho y consecuentemente refutarlo o acreditarlo. Se alude al proceder reflexivo y crítico del jurista en general, que es inherente a su perfil desde el propio desarrollo de la hermenéutica jurídica. Tal es así que la actividad interpretativa de la norma (que implica determinar su sentido, alcance y espectro de aplicación), por analogía se equipara a la función heurística en el ciberespacio; de manera que la alfabetización digital crítica constituye un catalizador para el aprendizaje del Derecho.

Ciertamente el ejercicio crítico en los escenarios virtuales de Internet es traslativo al Derecho, toda vez que la búsqueda de la verdad constituye una práctica usual en el ejercicio de la judicatura. Ciertamente el juez se enfrenta a la encrucijada de múltiples teorías del caso de las partes litigantes, teniendo a su haber la responsabilidad de identificar cuál es la acertada y asumirla como válida para fundamentar el fallo judicial. De la misma forma que los estudiantes de leyes deben evaluar información online, los magistrados deben tener capacidad suficiente para asumir o desechar las pruebas aportadas por los letrados, valorar su pertinencia, legitimidad y veracidad.

En torno a esta línea de pensamiento, Solari afirma que “el juicio jurídico necesita de práctica y ejercicio extrauniversitario”⁴², por lo que el uso de las nuevas tecnologías deviene marco propicio para desarrollar la crítica jurídica al interactuar en las redes sociales. Tal es así que las habilidades de evaluación de información online constituyen un presupuesto para el desarrollo de habilidades de argumentación jurídica, en tanto la crítica de información digital es una actividad simbólica previa a la acción argumentativa que prima en los escenarios judiciales.

En tal sentido, Pérez Lledó considera necesaria una formación más práctica de profesionales del Derecho, lo cual implica “una formación más metodológica, que proporcione una mayor capacidad técnica, argumentativa”⁴³. Es precisamente este ejercicio de indagación el que preconiza un campo teórico en el ámbito del Derecho conocido como argumentación jurídica, que se encarga de los estudios

⁴¹ Narváez Hernández, «Metodología crítica para la investigación científica del derecho».

⁴² Enzo Carlo Solari, «El juicio como operación intelectual y el derecho», *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 7, n.º 1 (19 de junio de 2020): 119, <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.55906>.

⁴³ María Pilar Núñez Delgado y Lisett D. Páez Cuba, «Competencia oral, lenguaje jurídico y teoría de la argumentación», *Oralia: análisis del discurso oral* 21, n.º 2 (19 de octubre de 2021): 323-38, <https://doi.org/10.25115/oralia.v21i2.6735>.

filosóficos en torno al razonamiento *de iure* y el contenido de las premisas argumentativas.

Ciertamente ejercer el Derecho requiere de una práctica argumental desde la propia creación de la norma jurídica hasta su posterior interpretación y aplicación. Ello se sustenta en que las leyes no están exentas de antinomias y lagunas, lo cual aduce a fundamentar posiciones científicas que den respuesta a las carencias existentes, no solo en los contextos jurídicos, sino también en los formativos. Así, en el ámbito de enseñanza del Derecho en particular resalta la necesidad de ponderar el empleo de argumentos lógico-rationales y afectivo-emotivos, trascendentes a la toma de decisiones judiciales. Esta idea parte de considerar la argumentación como una habilidad cognitivo-lingüística propia del jurista y por ende susceptible de estudio desde la Pedagogía y Didáctica del Derecho, habilidad esencial a su vez para interactuar en los entornos virtuales modernos.

Desde una perspectiva analítica la teoría de la argumentación jurídica (TAJ) aborda una “reconstrucción racional y sistémica de las prácticas argumentativas del derecho”. De hecho, el razonamiento *de iure* conlleva a un constante proceder argumentativo, como crítica a lo que está legislado y como presupuesto de reforma. Inclusive, más allá del análisis meramente normativo, resalta la valoración del hecho social desde la perspectiva jurídica; lo cual es perfectamente ostensible respecto a la valoración de las noticias que tienen lugar en las redes sociales.

Nuestro enfoque sobre cómo desarrollar una alfabetización digital crítica en los estudiantes universitarios de Derecho tiene puntos de coincidencia con muchas de las perspectivas abordadas con precedencia. Asimismo, exponemos criterios y formas propias de asumir esta tarea, en tanto exponemos -desde la experiencia pedagógica de los autores- un grupo de habilidades del pensamiento histórico propuestas por Hernández (2019), que pueden ser herramientas cognitivas de alta aplicabilidad para evaluar la información de Internet.

En tal sentido, se propone la reflexión desde el ámbito del Derecho Probatorio, teorizado por Mantecón como aquel sistema regulatorio a través del cual se logra la determinación de los hechos en el proceso judicial⁴⁴. Este es el núcleo conceptual para responder una interrogante ¿cómo tributar desde las habilidades de evaluación de información online a una adecuada formación jurídica? En tal sentido, se proponen siete habilidades definidas como esenciales para enseñar a evaluar la información de Internet, las cuales se articulan con el sistema de proposición, admisión, práctica y valoración de pruebas judiciales. Las habilidades serían las siguientes, aplicadas al ámbito del Derecho:

⁴⁴Ariel Mantecón Ramos, *Introducción al derecho probatorio* (La Habana, Cuba: Ediciones ONBC, 2016).

1. *Identificar la fuente de la información* (en tanto determinar el autor personal, corporativo o institucional, sus motivaciones e intereses, para el estudiante de Derecho es útil al igual que para el jurista precisar quién es el sujeto procesal que propone la prueba judicial y sus extremos, para entonces valorar si tenerla en cuenta o desecharla, cuestionar cuál es la evidencia que la soporta; porque si fuera por ejemplo el testimonio de un testigo con relación afectiva íntima respecto al proponente, disminuye el valor probatorio).

2. *Ubicar en tiempo y espacio el contenido la información* (si bien en las redes sociales es crucial, en Derecho se emplea para aludir la extemporaneidad de un asunto, y con ello precisar instituciones tales como la prescripción y la caducidad, lo cual resulta sustancial en el manejo de términos legales y competencias territoriales para la solución de problemáticas jurídicas; de manera que esta acción resulta transversal en el análisis tecnológico y también jurídico).

3. *Contextualizar la información* (establecer el contexto espacial-temporal y socio-político-económico y cultural que rodea una noticia, implica en lo judicial ajustar la tipología de prueba al tipo de proceso, en tanto las “presunciones” no operan en materia penal, mientras sí proceden en la vía civil. Lo mismo ocurre con la “confesión judicial”, que no es prueba legal o tasada en los procesos penales, donde no basta con la mera declaración del acusado; por tanto, la validez no depende de la prueba en sí, sino del contexto judicial en que sea empleada).

4. *Establecer relación de causa y efecto* (esta habilidad es decisiva para evaluar información online de la misma forma que la teoría de las concausas en el Derecho Penal permite imputar responsabilidad a un individuo o varios, e inclusive apreciar una eximente de responsabilidad penal luego de determinar la relación entre la causa que produjo el hecho delictivo y el efecto generado, develando que las consecuencias jurídicas varían cuando se tiene en cuenta dicha relación causal).

5. *Corroborar las evidencias y los datos* (permite evaluar las evidencias que soportan las principales afirmaciones, ideas, propuestas u opiniones que se exponen en el contenido digital publicado, a la vez que prepara al estudiante de Derecho para evaluar el material probatorio y discriminar su pertinencia. Tal es así que, por ejemplo, para solicitar un procedimiento de *habeas corpus*, se requiere verificar fecha, hora y condiciones de la detención, confirmando que los datos aportados por la fiscalía coincidan con los que brinda el acusado; como expresión de una constante actividad argumentativa).

6. *Contrastar con otras fuentes y medios* (comprobar con otras fuentes y medios implica conocer qué dicen otras pruebas y así triangular la información. Este es un elemento puntual de la TAJ, puesto que argumentar implica *per se* la existencia de contextos de competencia, según Salas (2010). O sea, en escenarios adversariales, donde existe un criterio veraz y otro previsiblemente refutable, deben evaluarse no solo los medios probatorios aportados por las dos partes litigantes, toda vez que, incluso las declaraciones de un tercero pueden estar viciadas y debiera entonces instruirse de cargos a determinado testigo por un delito de Perjurio).

7. *Evaluar o juzgar críticamente la información* (esta habilidad relativa a emitir juicios de valor conlleva a construir un conocimiento válido que se acerque a la búsqueda de la verdad material. En el ejercicio profesional de la judicatura, impartir justicia consiste en aplicar el derecho al caso concreto al dirimir entre dos teorías del caso; siendo una labor investigativa, de indagación y pesquisa para poder tomar partido-de manera racional y justa- en torno a dos posiciones. De hecho, la crítica jurídica permite el uso alternativo del derecho como una herramienta para el cambio social, siempre como proceder argumentativo desde los ámbitos lógico-racional y afectivo-emotivo.

El análisis anterior aduce que una correcta valoración (tanto de las noticias online como de las pruebas judiciales) requiere de habilidades argumentativas, que permitan no solo comprender, sino transformar los entornos digital y jurídico. Ciertamente respecto a otras propuestas similares, como la del *Civic Online Reasoning* de la Universidad de Stanford, la del presente artículo es novedosa porque genera efectos superiores. Si bien en el programa propuesto por el Grupo de Stanford se plantean competencias bastante generales como identificar la fuente, evaluar la evidencia e investigar qué dicen otras fuentes; en nuestra propuesta agregamos operaciones sustanciales, tales como la ubicación en tiempo y espacio, la contextualización del momento histórico donde surge la información y el establecimiento de relaciones de causa y efecto; como habilidades imprescindibles para evaluar información online.

En segundo lugar, la actual referencia es de aplicación multidisciplinaria. La propuesta del grupo de Stanford restringe el uso de su tríada de competencias a la enseñanza de la Historia o a la información cívico-política, mientras que -en nuestro caso- las habilidades planteadas tienen un carácter transdisciplinar, más allá de la mera enseñanza de la Historia y del campo de las Ciencias Sociales y las Humanidades; aunque en esta ocasión se circunscriba específicamente el objeto de estudio al ámbito del Derecho.

Por ende, las habilidades de evaluación de información online no solo deben estar dirigidas al mero acceso a las redes y al consumo de datos desde una

postura pasiva, sino a la selección adecuada de información, haciendo un ejercicio crítico en relación a sus fuentes, calidad, veracidad y actualidad, que en el estudio en cuestión permiten asociarlo a la solución de problemáticas jurídicas desde una postura argumentativa.

Grosso modo, formar al jurista para emitir juicios críticos de valor en los entornos digitales implica prepararlo para desarrollar la argumentación jurídica, y a su vez la práctica argumentativa del Derecho es traslativa a la evaluación de información online de manera crítica, como expresión de participación ciudadana en una sociedad que requiere ser alfabetizada para interactuar de manera consciente, crítica y asertiva en las redes sociales, en particular aquellos sujetos que están comprometidos con la impartición de justicia.

Conclusiones

Los grandes sistemas de procesamiento de datos, al acuñar como válidos presupuestos diseñados para inducir al error, guían de manera subrepticia la conducta humana. Las redes sociales se han convertido en una sociedad virtual que de alguna forma reproduce el mundo real, pero también tiene potencialidades para falsearlo, condicionarlo y deformarlo. Inclusive, sus efectos son más depredadores, en tanto no solo inducen a algunos al error, sino que se convierten en mecanismos de manipulación mediática. Tal es así que, paradójicamente, a través del desarrollo de las tecnologías digitales y la existencia de dispositivos móviles con capacidad de conexión de manera accesible, mayor es la tendencia a la desinformación.

Cada día la sociedad informacional demanda innovación en el contexto universitario, sobre todo por la incertidumbre que generan las fake news y la consecuente necesidad de contrarrestar su efecto. Esta misión, aunque no es exclusiva del ámbito jurídico, porque compete al resto de las carreras universitarias, tiene una especial connotación en la enseñanza del Derecho. Sus puntos tangenciales convergen en la teoría jurídica crítica, que apuesta por una interacción en redes sociales que no afecte la impartición de justicia, a la vez que potencie el razonamiento *de iure* y el desarrollo de habilidades argumentativas durante el proceso probatorio judicial.

Mientras el escenario digital aclama del razonamiento cívico online, la ciencia de Derecho no está ajena de tales exigencias sociales. De hecho, las actuales demandas de la sociedad informacional imponen desafíos a la formación jurídica en contextos virtuales. Si bien algunos autores sitúan la detección de fake news como uno de los retos de la inteligencia artificial, asumimos que es la alfabetización digital crítica la alternativa más viable, toda vez que trasciende el mero acceso a las redes sociales, en tanto implica un sistema cognitivo de

habilidades técnicas y críticas que deben potenciarse en el estudiantado de Derecho y trascienden a su modo de actuación profesional.

Referencia Bibliográficas

Aldwairi, Monther, y Ali Alwahedi. «Detecting Fake News in Social Media Networks». *Procedia Computer Science* 141 (2018): 215-22. <https://doi.org/10.1016/j.procs.2018.10.171>.

Allcott, Hunt, y Matthew Gentzkow. «Social Media and Fake News in the 2016 Election». *Journal of Economic Perspectives* 31, n.º 2 (1 de mayo de 2017): 211-36. <https://doi.org/10.1257/jep.31.2.211>.

American Library Association. «Information Literacy Competency Standards for Higher Education.» American Library Association., 2000. <https://alair.ala.org/bitstream/handle/11213/7668/ACRL%20Information%20Literacy%20Competency%20Standards%20for%20Higher%20Education.pdf?sequence=1>.

Buckingham, David. «Teaching Media in a ‘Post-Truth’ Age: Fake News, Media Bias and the Challenge for Media/Digital Literacy Education / La Enseñanza Mediática En La Era de La Posverdad: Fake News, Sesgo Mediático y El Reto Para La Educación En Materia de Alfabetización Mediática y Digital». *Cultura y Educación* 31, n.º 2 (3 de abril de 2019): 213-31. <https://doi.org/10.1080/11356405.2019.1603814>.

Cheever, Nancy A., y Jeffrey Rokkum. «Internet Credibility and Digital Media Literacy». En *The Wiley Handbook of Psychology, Technology, and Society*, editado por Larry D. Rosen, Nancy A. Cheever, y L. Mark Carrier, 56-73. Chichester, UK: John Wiley & Sons, Ltd, 2015. <https://doi.org/10.1002/9781118771952.ch3>.

Chu, Samuel Kai Wah, Rebecca B. Reynolds, Nicole J. Tavares, Michele Notari, y Celina Wing Yi Lee. *21st Century Skills Development Through Inquiry-Based Learning*. Singapore: Springer Singapore, 2017. <https://doi.org/10.1007/978-981-10-2481-8>.

Cottrell, Stella. *Critical Thinking Skills: Developing Effective Analysis and Argument*. 2. ed., 1. publ. Palgrave Study Skills. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.

Del Mastro Puccio, Fernando. «El ethos socrático y la formación del ser en la enseñanza del derecho». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del*

Derecho 7, n.º 1 (19 de junio de 2020): 195. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.57701>.

Díaz Fernández, Mariela, y Torrealba Álvarez Rafael. «Los sentidos y desafíos de la alfabetización digital.» *Multiciencias*, 11, n.º 2 (2011): 199-204.

European Parliament. Directorate General for Parliamentary Research Services. *Automated Tackling of Disinformation: Major Challenges Ahead*. LU: Publications Office, 2019. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/368879>.

Freire, Paulo. *Pedagogy of the Oppressed*. 30th anniversary ed. New York: Continuum, 2000.

González De La Garza, Luís Miguel. «Teoría de sesgos en el sistema educativo de la democracia del siglo XXI Nuevas garantías para la libertad de pensamiento, el “Derecho a no ser engañados”». *Revista de Educación y Derecho*, n.º 22 (1 de octubre de 2020). <https://doi.org/10.1344/REYD2020.22.32351>.

Hernandez Santos, Adalberto. «Teaching Historical Reasoning in the Internet Age (Tesis de Maestría). Universidad de Exeter, Reino Unido». Thesis in option to Master of Arts, University of Exeter, 2019.

Hinrichsen, Juliet, y Antony Coombs. «The five resources of critical digital literacy: a framework for curriculum integration». *Research in Learning Technology* 21 (31 de enero de 2014). <https://doi.org/10.3402/rlt.v21.21334>.

House of Commons. Digital, Culture, Media and Sport Committee. «Desinformation and Fake News: Interim Report. London: House of Commons.» London: House of Commons., 2018. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/36302.htm>.

Intelligence. «The State of Mobile Internet Connectivity 2020. London: GSMA.» London: GSMA, 2020. <https://www.gsma.com/r/wp-content/uploads/2020/09/GSMA-State-of-Mobile-Internet-Connectivity-Report-2020.pdf>.

Ko, Hoon, Jong Youl Hong, Sangheon Kim, Libor Mesicek, y In Seop Na. «Human-Machine Interaction: A Case Study on Fake News Detection Using a Backtracking Based on a Cognitive System». *Cognitive Systems Research* 55 (junio de 2019): 77-81. <https://doi.org/10.1016/j.cogsys.2018.12.018>.

- Lazer, David M. J., Matthew A. Baum, Yochai Benkler, Adam J. Berinsky, Kelly M. Greenhill, Filippo Menczer, Miriam J. Metzger, et al. «The Science of Fake News». *Science* 359, n.º 6380 (9 de marzo de 2018): 1094-96. <https://doi.org/10.1126/science.aao2998>.
- Livingstone, Sonia. «What Is Media Literacy?» *Intermedia* 3, n.º 32 (2004): 18-20.
- Mantecón Ramos, Ariel. *Introducción al derecho probatorio*. La Habana, Cuba: Ediciones ONBC, 2016.
- McGrew, Sarah, Joel Breakstone, Teresa Ortega, Mark Smith, y Sam Wineburg. «Can Students Evaluate Online Sources? Learning From Assessments of Civic Online Reasoning». *Theory & Research in Social Education* 46, n.º 2 (3 de abril de 2018): 165-93. <https://doi.org/10.1080/00933104.2017.1416320>.
- McGrew, Sarah, Teresa Ortega, Joel Breakstone, y Sam Wineburg. «The Challenge That's Bigger than Fake News: Civic Reasoning in a Social Media Environment». *American Educator*, 41, n.º 3 (Fall de 2017): 4-9.
- Narváez Hernández, José Ramón. «Metodología crítica para la investigación científica del derecho». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 6, n.º 2 (28 de noviembre de 2019): 81. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2019.55309>.
- Núñez Delgado, María Pilar, y Lisett D. Páez Cuba. «Competencia oral, lenguaje jurídico y teoría de la argumentación». *Oralia: análisis del discurso oral* 21, n.º 2 (19 de octubre de 2021): 323-38. <https://doi.org/10.25115/oralia.v21i2.6735>.
- Páez Cuba, Lisett Daymaris, y Adoración Carballo Moya. «Estrategia para la enseñanza de las relaciones internacionales en la carrera de Derecho en Cuba». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 7, n.º 2 (28 de diciembre de 2020): 279. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.57809>.
- Paul, Welfens, y David. Hanrahan. «BREXIT Analysis: Distorted Majority, Fake News about Immigration Burden, Dim Prospects for Global Britain Approach, Weakening Europe as Problem for the US. .» Discussion Paper. Wuppertal, Germany: European Institute For International Economic Relations Bergische Universität Wuppertal, Campus Freudenberg, Rainer-Gruenter-Straße 21, D-42119, enero de 2018. https://www.researchgate.net/publication/328841410_BREXIT_Key_Analy

[tical Issues and Insights from Revised Economic Forecasts/link/5be5e3d6a6fdcc3a8dca0853/download.](https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/98506/6/apaviamTFG0619memoria.pdf)

Pavias, Azarías. «El problema: fake news. La solución: blockchain. Trabajo Final de Grado. Madrid: Universidad Oberta de Catalunya.» Trabajo Final de Grado en Comunicación, UOC, 2019. <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/98506/6/apaviamTFG0619memoria.pdf>.

Salas Beteta, Christian. *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal. Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal penal de 2004*. Lima; Perú: Librería y Ediciones Jurídicas., 2010.

Solari, Enzo Carlo. «El juicio como operación intelectual y el derecho». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 7, n.º 1 (19 de junio de 2020): 119. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.55906>.

Pérez Lledó, Juan Antonio. «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho. Academia.» *Derecho. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 5, n.º 9 (2007): 85-189.

Toohey, Alexandra. «Presidential Politics: The Social Media Revolution». Senior Thesis, Claremont Mckenna College, 2013. https://scholarship.claremont.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1758&context=cmc_theses.

UNESCO. «A Global Framework of Reference on Digital Literacy Skills for Indicator 4.4.2». Information Paper. Paris: UNESCO, 2018. <https://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/ip51-global-framework-reference-digital-literacy-skills-2018-en.pdf>.

———. «Journalism, Fake News y Desinformation.» UNESCO, 2020. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373349>.

Vázquez, Rodolfo. «Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho. Academia.» *Revista sobre enseñanza del Derecho* 6, n.º 12 (2008): 221-37.

Westbrook, Nalova. «Media Literacy Pedagogy: Critical and New/Twenty-First-Century Literacies Instruction». *E-Learning and Digital Media* 8, n.º 2 (junio de 2011): 154-64. <https://doi.org/10.2304/elea.2011.8.2.154>.

Wolkmer, Antônio Carlos, y Alejandro Rosillo Martínez. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Inter Pares. Mexico: Akal, 2017.

Zhang, Xichen, y Ali A. Ghorbani. «An Overview of Online Fake News: Characterization, Detection, and Discussion». *Information Processing & Management* 57, n.º 2 (marzo de 2020): 102025. <https://doi.org/10.1016/j.ipm.2019.03.004>.

***CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA
IBEROAMERICANA***

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA EL 30 DE MARZO DEL AÑO 2023 RELATIVA AL ASUNTO CIERTOS ACTIVOS IRANÍES (REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN V. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

JACQUELINE HELLMAN*

Introducción

El 14 de junio del año 2016, la República Islámica de Irán interpuso una denuncia ante la Corte Internacional de Justicia (de ahora en adelante: la CIJ) contra Estados Unidos al considerar que el mencionado país había vulnerado el Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares que ambos habían suscrito en agosto del año 1955¹. Al hilo de lo anteriormente dispuesto,

*Profesora de la Universidad Complutense de Madrid (acreditada por la ANECA como Profesora Contratada Doctora desde mayo del año 2017). Correo electrónico: jacqhell@ucm.es ORCID: 0000-0003-2327-6010.

¹El tratado mencionado en el cuerpo principal del texto entró en vigor en junio del año 1957. Éste fue firmado por Dwight Eisenhower y Hossein Ala. Resulta de interés mencionar que dicho acuerdo ha sido invocado con asiduidad por ambas partes ante una relación bilateral extremadamente tensa. Así, por ejemplo, durante la crisis de los rehenes que tuvo lugar en 1970, Estados Unidos decidió imponer sanciones a Irán a pesar de lo que estipulaba el artículo 1 del comentado acuerdo: “There shall be firm and enduring peace and sincere friendship between the United States of America and Iran”. Asimismo, el país norteamericano se apoyó en el artículo 2 del mencionado tratado, el cual incide en la necesidad de conferir protección a los ciudadanos del otro país. El objetivo era fundamentar, de manera sólida, la demanda interpuesta el 28 de noviembre de 1979 ante la CIJ. Finalmente, la Corte emitió el fallo correspondiente conforme al cual dictaminó que Irán era internacionalmente responsable de los hechos cometidos. CIJ, *Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teheran (Estados Unidos de América v. Irán)*, fallo del 24 de mayo de 1980. Documento disponible a continuación:

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-BI.pdf>

(última fecha de acceso: 30/4/2023)

No hay duda de la compleja coyuntura que ambos países estaban viviendo en aquel momento. Sea como fuere, esta situación se agudizó cuando, en julio de 1988, Estados Unidos derribó el vuelo 655 de *Iran Air* por medio de un misil tierra-aire SM-2MR disparado desde el *USS Vincennes*. Ello llevó a Irán a interponer la correspondiente denuncia. El documento se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/79/6623.pdf>

(última fecha de acceso: 30/4/2023)

Finalmente, el 22 de febrero de 1996, el presidente de la Corte dictó una orden conforme a la cual se determinó la suspensión del procedimiento ante la intención de las partes de llegar a un acuerdo. Prácticamente en paralelo al incidente aéreo, se orquestó por parte de Estados Unidos la operación *Nimble Archer* a través de la cual dos plataformas petroleras iraníes fueron atacadas en el Golfo Pérsico en respuesta a los misiles que Irán había previamente lanzado al *MV Sea Isle City*, un petrolero kuwaití anclado en Kuwait. La CIJ, tras examinar los hechos mencionados, concluyó (el 6 de noviembre del año 2003) lo siguiente: “the actions of the United States of America against Iranian oil platforms on 19 October 1987 and 18 April 1988 cannot be justified as measures necessary to protect the essential security interests of the United States of America under Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty of Amity,

debe indicarse que el Estado que motivó la apertura del proceso judicial argumentó que el país demandado había adoptado medidas que conllevaban la perpetración de actos ilícitos de naturaleza internacional al, *inter alia*, no reconocer la personalidad jurídica de compañías iraníes como la del Banco *Markazi* (también conocido como el Banco Central de Irán). De manera más concreta, Irán acusó a la otra parte de procurar un trato injusto y discriminatorio a dichas entidades. Asimismo, puso de relieve que no se había proporcionado la protección ni la seguridad exigida por, al menos, el Derecho Internacional. Junto a lo anterior, el Estado demandante indicó que no eran válidos los actos de expropiación llevados a cabo por Estados Unidos. Una idea similar fue traída a colación con respecto a los impedimentos establecidos para que las citadas entidades no pudieran tener un libre acceso al sistema judicial norteamericano. Ello, a su juicio, conllevaba la vulneración de los artículos III (párrafo segundo), IV (párrafo primero y segundo), V (párrafo primero) y XI (párrafo cuarto) del mencionado Tratado de Amistad².

Al hilo de lo anteriormente explicado, Irán decidió apoyarse en el segundo párrafo del artículo XXI del referido acuerdo³, así como en el artículo 36.1 del Estatuto de la CIJ con el propósito de activar la competencia del citado órgano judicial. El 13 de febrero de 2019, la Corte consideró que tenía jurisdicción sobre el asunto aquí descrito⁴. Consecuentemente, las alegaciones plasmadas por Irán fueron examinadas por aquélla a excepción de la argumentación relativa a la violación de las normas de Derecho Internacional sobre inmunidad⁵. Finalmente, el pasado 30 de marzo, se emitió la sentencia correspondiente conforme a la cual Estados Unidos había vulnerado diversas disposiciones legales del citado Tratado de Amistad.

Economic Relations and Consular Rights between the United States of America and Iran, as interpreted in the light of international law on the use of force; finds further that the Court cannot however uphold the submission of the Islamic Republic of Iran that those actions constitute a breach of the obligations of the United States of America under Article X, paragraph 1, of that Treaty, regarding freedom of commerce between the territories of the parties, and that, accordingly, the claim of the Islamic Republic of Iran for reparation also cannot be upheld". CIJ, *Caso relativo a las plataformas petrolíferas (la República Islámica del Irán v. Estados Unidos de América)*, fallo del 6 de noviembre del 2003, p. 218, § 125. El documento se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>

(última fecha de acceso: 30/4/2023)

² CIJ, *Ciertos activos iraníes (República Islámica del Irán v. Estados Unidos de América)*, fallo del 30 de marzo del 2023, p. 12, § 19. Documento disponible a continuación:

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/164/164-20230330-JUD-01-00-EN.pdf>

(última fecha de acceso: 30/4/2023)

³ La norma mencionada indica lo siguiente: "Each High Contracting Party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as the other High Contracting Party may make with respect to any matter affecting the operation of the present Treaty. Any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or application of the present Treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties agree to settlement by some other pacific means".

⁴ *Vid. Infra*. Nota 11.

⁵ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 9 y 10, § 12.

I. Antecedentes

Unas décadas después de la adopción del comentado Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares, se produjo la ruptura de las relaciones diplomáticas entre las partes contratantes a raíz de varios sucesos que tensionaron las relaciones bilaterales al extremo⁶. A partir de entonces, esta situación no hizo más que recrudecerse. Así puede comprobarse cuando, a partir del año 1984, Estados Unidos designó a Irán como un Estado promotor de actos terroristas. A continuación, en 1996, se produjo la modificación de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (de ahora en adelante: la FSIA) con el objetivo de retirar la inmunidad a los Estados acusados de promover actos de cierta envergadura. En definitiva, la intención era posibilitar la interposición de demandas, ante sus propios órganos judiciales, cuando los hechos atribuidos a ciertos países girasen en torno a actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, sabotaje de aviones, toma de rehenes o la provisión de material para perpetrar actos de tal naturaleza⁷. Así pues, tras la entrada en vigor de la comentada norma, fueron numerosas las demandas planteadas contra Irán en la medida en que se le atribuían la perpetración de actos especialmente virulentos. Sin duda, en este contexto, cobró gran importancia el caso *Peterson*⁸. Más adelante, en el año 2002, el país norteamericano adoptó la *Terrorism Insurance Act* (de ahora en adelante: la TRIA) conforme a la cual podían implementarse las decisiones judiciales emitidas de acuerdo con lo previsto en la FSIA. En este sentido, vale la pena mencionar la repercusión que tuvo la sección 201 de la comentada ley conforme a la cual se estipuló lo siguiente:

“(…) the assets of an entity designated a “terrorist party” under United States law (defined to include, among others, designated “State sponsors of terrorism”) previously blocked by the United States Government — “including the blocked assets of any agency or instrumentality of that terrorist party” — shall be subject to execution or attachment in aid of execution”.

Claramente, el objetivo de ley federal (adoptada por el entonces presidente George W. Bush) radicaba en la siguiente idea: apropiarse de activos iraníes por medio de la actuación de los tribunales estadounidenses. En línea con dicho propósito, se produjo una nueva modificación normativa, en el año 2008, que supuso la ampliación de la relación de activos susceptibles de ejecución o de embargo, abarcando las propiedades de los Estados patrocinadores de actos

⁶ En este sentido, cobra importancia no sólo la Revolución iraní de 1979, sino también la toma de la embajada estadounidense en Teherán. *Vid. Supra*. Nota 1.

⁷ Ello se corresponde con la sección 1605 (a) (7) de la FSIA.

⁸ El caso mencionado en el cuerpo principal del texto nace con motivo del bombardeo sufrido, en octubre de 1983, por el cuartel del Cuerpo de Marines de los Estados Unidos en Beirut. Este ataque tuvo como resultado la muerte de 241 nacionales norteamericanos que formaban parte de un equipo de fuerza de mantenimiento de paz de carácter multinacional. A continuación, el país norteamericano afirmó que Irán era el responsable de aquellos hechos, así como de otros actos terroristas y violaciones de la normativa internacional que tuvieron lugar años después. Se estaba haciendo también referencia al atentado acaecido en el año 1996 contra un conjunto de viviendas ubicadas en Arabia Saudí (conocidas como las Torres Khobar) que supuso la muerte de 19 nacionales más.

terroristas (independientemente de que hubieran sido o no bloqueadas previamente por el gobierno norteamericano). Cuatro años después, con la implementación de la Orden 13599 se produjo el bloqueo de los activos del gobierno iraní, lo que afectó al Banco *Markazi*, así como a otras instituciones financieras iraníes. Asimismo, en ese mismo año, Estados Unidos adoptó la *Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act* (de ahora en adelante: la ITRSHSA) de acuerdo con la cual se estipuló que los activos del Banco Central iraní eran susceptibles de ser ejecutados con el propósito de satisfacer las deudas contraídas a raíz de la sentencia emitida contra Irán en el caso *Peterson*. Como era de esperar, la citada institución financiera impugnó la validez de dicha ley. Sin embargo, la Corte Suprema confirmó su constitucionalidad.

En vista de lo anterior, Irán decidió interponer la demanda correspondiente ante la CIJ en el año 2016, argumentado -fundamentalmente- que Estados Unidos había adoptado actos judiciales y legislativos que estaban afectando a Irán y a sus entidades; todo lo cual conllevaba, desde su punto de vista, una clara vulneración del Tratado de Amistad adoptado en la década de los cincuenta. Posteriormente, en octubre de 2018, la CIJ -en relación con otro asunto- ordenó la paralización de algunas sanciones impuestas a Irán⁹. A raíz de ello, el secretario de Estado norteamericano, Mike Pompeo, denunció el uso abusivo por parte de Irán a la hora de acudir a la CIJ¹⁰. Y, prácticamente en paralelo a dicho suceso, notificó al gobierno iraní -de conformidad con el párrafo tercero del artículo XXIII del citado acuerdo- que, en el plazo de un año, pondría fin a la validez de la controvertida herramienta jurídica¹¹.

II. Admisibilidad

En el presente asunto, la CIJ focaliza gran parte de su atención en dos cuestiones principales traídas a colación por el Estado demandado: por un lado, la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte en relación con la naturaleza del Banco *Markazi* y, por otro, la tesis relativa al agotamiento de los recursos internos.

De acuerdo con el primer argumento, la CIJ asume como objetivo prioritario determinar si el citado banco es o no una compañía de acuerdo con la definición suministrada por el comentado Tratado de Amistad. A la hora de proporcionar

⁹ El asunto mencionado en el cuerpo principal del texto surge con motivo de la demanda interpuesta por Irán el 16 de julio de 2018. CIJ, *Presuntas violaciones del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 1955 (República Islámica del Irán v. Estados Unidos de América)*, orden del 3 de octubre del 2018. Documento disponible a continuación:

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20181003-ORD-01-00-EN.pdf>

¹⁰ Información disponible en el siguiente enlace:

<https://www.theguardian.com/world/2018/oct/03/international-court-of-justice-orders-us-to-lift-new-iran-sanctions>

(última fecha de acceso: 30/4/2023)

¹¹ Información disponible a continuación:

<https://edition.cnn.com/2018/10/03/politics/pompeo-icj-iran-ruling/index.html>

(última fecha de acceso: 30/4/2023)

una respuesta adecuada, la Corte toma en consideración las alegaciones de Irán, las cuales giran en torno a la adopción de la Ley Monetaria y Bancaria de 1972 conforme a la cual no sólo confiere al Banco *Markazi* las funciones típicas de un banco central, sino que además cuenta con la autorización pertinente para realizar otras actividades financieras y bancarias de naturaleza comercial¹². Frente a ello, Estados Unidos aduce que la mencionada institución financiera ha participado en transacciones que encajan en el marco de actuaciones soberanas. A estos efectos, se apoya en el ya descrito caso *Peterson* en virtud del cual Irán argumentó que las operaciones desarrolladas por el banco en cuestión quedaban enmarcadas en el ámbito puramente estatal. Ante los razonamientos expuestos por las partes, la CIJ decide apoyarse en un fallo emitido en el año 2019 conforme al cual estipuló lo siguiente:

“(…) an entity may only be characterized as a “company” if it has its own legal personality conferred on it by the law of the State in which it was created, and, second, an entity which is wholly or partly owned by a State may constitute a “company” within the meaning of the Treaty, since the definition of “company” provided by Article III, paragraph 1, makes no distinction between private and public enterprises¹³”.

Consecuentemente, la Corte pone de relieve no sólo que el banco central iraní posee personalidad jurídica de conformidad con la regulación nacional en vigor, sino que considerarla o no una compañía no depende de que el propietario sea el Estado¹⁴. Para fundamentar su argumentación toma en consideración el artículo III párrafo primero del Tratado de Amistad, el cual tiene como objetivo garantizar los derechos pertinentes y -además- procurar la protección oportuna a las personas físicas y jurídicas que realicen actividades comerciales, aunque ello implique una interpretación amplia de dicho concepto. En este contexto, la CIJ continúa vertiendo afirmaciones esenciales con el propósito de determinar la naturaleza del Banco *Markazi*. Y, a estos efectos, focaliza su atención en la compra (acaecida entre el año 2002 y 2007) de los bonos emitidos por el mercado financiero de Estados Unidos; y, de acuerdo con dicha operación, concluye que la comentada institución financiera no puede ser catalogada de dicho modo¹⁵. Por lo tanto, las actuaciones realizadas por el banco central iraní no entran en el ámbito aplicativo del Acuerdo de Amistad suscrito entre ambos países.

En cuanto a la depuración de los recursos internos existentes, debe indicarse -según la CIJ- que cuando un Estado articula una reclamación internacional en

¹² CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 20, § 37. Con respecto a las actividades del Banco *Markazi*, Irán indica que se realizaron actividades de inversión y gestión por medio de una cuenta que figuraba a su nombre en el banco *Citibank*.

¹³ CIJ, *Ciertos activos iraníes* (*República Islámica del Irán v. Estados Unidos de América*), objeciones preliminares, fallo del 13 de febrero de 2019, p. 37, § 87. Documento disponible a continuación: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/164/164-20190213-JUD-01-00-EN.pdf> (última fecha de acceso: 30/4/2023)

¹⁴ CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 22, § 41.

¹⁵ CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 24, § 50. Los activos mencionados en el cuerpo principal del texto tienen, según la parte demandante, un valor de aproximadamente 1.8 mil millones de dólares.

nombre de sus nacionales sobre la base de la figura relativa a la protección diplomática debe, de acuerdo con el derecho consuetudinario, agotar los mecanismos nacionales existentes. En torno a dicha cuestión, Irán aduce que actúa en su nombre, así como en el de las compañías iraníes afectadas por las medidas implementadas por Estados Unidos. En definitiva, se apoya en el célebre asunto *Avena* con el ánimo de reflejar la siguiente idea: no es necesario cumplir con la mencionada condición en el caso de que el Estado y los nacionales de turno sufran la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito¹⁶. Sin embargo, la CIJ no aprecia esta circunstancia en el caso que aquí nos ocupa. Por lo tanto, la Corte no observa ningún obstáculo que impida aplicar la regla relativa al agotamiento de los recursos internos de acuerdo con el planteamiento expuesto en el asunto que fue objeto de resolución hace ya largo tiempo¹⁷. No obstante, el citado órgano judicial incide en la idea de que el Banco *Markazi* no tenía posibilidad de acogerse a un sistema efectivo de reparación¹⁸. En otras palabras, la comentada institución bancaria no era capaz -según parece- de hacer valer sus derechos con éxito ante las instancias judiciales norteamericanas. Todo lo cual le lleva a la CIJ a rechazar las alegaciones plasmadas por el país demandado consistentes en, como ya sabemos, afirmar que Irán debió de haber agotado necesariamente los recursos internos¹⁹.

Junto a lo anterior, la CIJ examina la validez de la doctrina “manos limpias” (*clean hands doctrine*) esgrimida por Estados Unidos en la medida en que entiende que Irán ha apoyado actos terroristas que le impiden someterse al ámbito aplicativo del referido Tratado de Amistad. Sin embargo, la Corte aclara que ello no es un motivo de peso para rechazar la admisibilidad de un caso²⁰. Es más, de conformidad con el asunto *Jadhav*, la CIJ se opone al carácter consuetudinario de dicha doctrina: “it [did] not consider that an objection based on the ‘clean hands’ doctrine may by itself render an application based on a valid title of jurisdiction inadmissible²¹”.

Asimismo, la CIJ estudia la veracidad de la argumentación vertida por la parte demandada en virtud de la cual sostiene que Irán pretende extender la aplicación del Tratado de 1955 y, al mismo tiempo, evitar cumplir con la

¹⁶ En otras palabras, cuando se advierte la interdependencia de los derechos estatales y de los individuos no es preciso acreditar el cumplimiento de dicha condición. Así quedó reflejado en el asunto *Avena*. CIJ, *Caso Avena (México v. Estados Unidos)*, fallo del 31 de marzo de 2004, p. 36, § 40. Documento disponible a continuación: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-EN.pdf>

(última fecha de acceso: 30/4/2023)

¹⁷ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 28, § 65.

¹⁸ En este sentido, la CIJ proclama lo siguiente: “under customary international law, the requirement that local remedies be exhausted is deemed to be satisfied when there are no available local remedies providing the injured persons with a reasonable possibility of obtaining redress”. CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 28, § 68.

¹⁹ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 29, § 73.

²⁰ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 30, § 76.

²¹ CIJ, *Caso Jadhav (India v. Pakistán)*, fallo del 17 de julio de 2019, p. 435, § 61. Documento disponible a continuación: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf> (última fecha de acceso: 30/4/2023)

obligación de reparación a favor de los nacionales estadounidenses que han padecido actos terroristas en los que se ha visto implicado. Para el Estado demandante estas alegaciones resultan extemporáneas, puesto que ya fueron examinadas y descartadas por la Corte en su momento²². Este último extremo no es secundado por la CIJ²³, si bien es cierto que la tesis plasmada por la parte demandada no se sostiene tampoco al no haber sido debidamente acreditada. Por lo tanto, la Corte entiende que no hay evidencia alguna de que Irán haya incurrido en un abuso de derecho²⁴.

A raíz de lo expuesto en el presente apartado, observamos que el citado órgano judicial acaba descartando cada uno de los argumentos relativos a la inadmisibilidad del asunto que fueron esgrimidos por Estados Unidos. Ello, como cabe suponer, le lleva a la CIJ a pronunciarse sobre el fondo del presente caso.

2.1. Alegaciones principales de Estados Unidos en torno a la legitimidad de sus actuaciones

Estados Unidos ampara su actuación en, fundamentalmente, la aplicación de diversas normas contenidas en el Tratado de Amistad de 1955. En este sentido, cobran importancia el apartado c) y d) del artículo XX²⁵. Más concretamente, la parte demandada aduce que la Orden 13599 encaja en el marco aplicativo del primer párrafo señalado, puesto que el objetivo principal de la controvertida herramienta legislativa consiste en congelar los fondos iraníes localizados en Estados Unidos cuando éstos son susceptibles de ser utilizados para llevar a cabo actos terroristas. No obstante, la CIJ niega la aplicación de la citada norma en el caso de que implique una merma de los derechos otorgados por el Tratado de 1955 y afecte, además, a la producción y el tráfico de armas de la otra parte o en el territorio de la otra parte²⁶.

En línea con lo anteriormente dispuesto, Estados Unidos justifica la adopción de la orden del año 2012 por medio del apartado d) del referido artículo XX. Desde su punto de vista, constituye una manera de evitar actos terroristas. A estos efectos, subraya que la interrupción del programa de misiles balísticos de un Estado hostil se erige como una medida indispensable a la hora de proteger

²² *Vid. Supra*. Nota 10.

²³ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 32, § 88.

²⁴ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 33, § 93.

²⁵ El comentado precepto estipula lo siguiente: “The present Treaty shall not preclude the application of measures: (...) (c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; and (d) necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests”. Así pues, a la luz de las disposiciones legales mencionadas en el cuerpo principal del texto, la CIJ examina la Orden 13599 adoptada con la intención de bloquear los activos del gobierno iraní, así como de las instituciones financieras iraníes ubicadas en territorio norteamericano o bajo el control de cualquier persona norteamericana

²⁶ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, *ob. cit.*, p. 35, § 102.

intereses esenciales de seguridad. Frente a ello, Irán aduce que el país demandado no ha probado que la Orden 13599 tenga por objeto la protección de dichos intereses. A este respecto, la CIJ sostiene que -de acuerdo con el asunto *relativo a las plataformas petrolíferas*- la validez de la medida objeto de análisis depende de que ésta sea verdaderamente necesaria. Y, a su modo de ver, dicha cuestión no puede quedar determinada bajo la subjetividad de una de las partes, sino que debe apreciarse por la propia Corte²⁷. Al hilo de todo ello, la Corte concluye que Estados Unidos no ha evidenciado que la controvertida medida legislativa haya sido diseñada con el ánimo de proteger sus intereses esenciales de seguridad. De hecho, indica que ésta fue articulada para abarcar cuestiones de carácter financiero exclusivamente²⁸. Consecuentemente, el citado órgano judicial descarta la idea de que Irán haya violentado ninguno de los preceptos legales aquí señalados.

2.2. Alegaciones principales de Irán en torno a la ilegitimidad de las medidas norteamericanas

Irán plantea el procedimiento judicial en cuestión con motivo, fundamentalmente, de las medidas legislativas adoptadas por Estados Unidos a partir del año 2002. Así las cosas, el país demandante hace hincapié en, *inter alia*, la TRIA y la FSIA, así como en la comentada orden del año 2012. Hace, además, referencia a las sentencias emitidas por el poder judicial norteamericano, las cuales fueron articuladas sobre la base de las disposiciones legales contenidas en las mencionadas herramientas jurídicas con la intención de que las empresas iraníes no pudieran disfrutar de los derechos previstos en el Tratado de Amistad del año 1955. De manera más concreta afirma lo siguiente:

“(…) Iranian enterprises and Iran itself have been deprived of the rights they enjoyed under the Treaty of Amity. They have been stripped of their assets, and the freedom of commerce and navigation guaranteed by the Treaty has been severely curtailed. It asserts that the United States has established an exceptional legal régime, amending its laws and regulations to ensure that the assets of Iranian companies could be seized for the purpose of executing judgments against Iran, despite the fact that those companies have no relation to the judgments against Iran or to the allegations on which they are based²⁹”.

En definitiva, según el principal argumento de la acusación, las comentadas medidas han impactado de tal manera que han significado la pérdida de la personalidad jurídica de las compañías iraníes. Ello, a su modo de ver, supone una vulneración del artículo III.1 del comentado acuerdo. Al hilo de estas ideas, Irán sostiene que el estatus y la personalidad jurídica de las empresas depende únicamente de lo establecido en el país en el que fueron creadas. Junto a lo anterior, subraya que se han producido otros efectos adversos, puesto que a dichas entidades se las ha considerado responsables de actos internacionalmente ilícitos perpetrados por Irán.

²⁷ CIJ, *Caso relativo a las plataformas petrolíferas*, ob. cit., p. 183, § 43.

²⁸ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 36, § 108.

²⁹ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 39, § 116.

Asimismo, la parte demandante trae a colación el artículo IV del Acuerdo de Amistad al considerar que las actuaciones judiciales planteadas por las empresas iraníes, en sus escritos de defensa y ante los órganos judiciales norteamericanos, no han prosperado como consecuencia de las medidas legislativas en vigor³⁰. En este contexto, conviene recordar que el Estado norteamericano justificó la adopción de las comentadas disposiciones legales como una manera de resarcir a las víctimas de actos terroristas; sin embargo, Irán pone de relieve que no hay posibilidad de establecer una relación que legitime la validez de este propósito a la luz de las medidas impuestas a las empresas iraníes que desarrollan o han desarrollado actividades comerciales en Estados Unidos. En otras palabras, aduce que no se ha procurado la evidencia oportuna que refrende la “horadación del velo corporativo” de aquéllas con el objetivo de proporcionar la compensación adecuada a las víctimas de actos ilícitos graves; insiste, además, en la idea de que Estados Unidos ha adoptado medidas colectivas de gran calado sin ningún tipo de fundamento legal³¹. Todo lo cual ha dado pie, a su juicio, a decisiones judiciales injustas.

Consecuentemente, el país demandante considera que se ha producido una vulneración de los artículos III (párrafos 1 y 2), artículo IV (párrafos 1 y 2), artículo V (párrafo 1), artículo VII (párrafo 1) y artículo X (párrafo 1) del Tratado de Amistad tantas veces mencionado.

III. Fundamentación

De acuerdo con las alegaciones vertidas por las partes, la Corte, en un primer momento, examina con detalle el artículo III; y, a estos efectos, toma en consideración el fallo emitido en el año 2019 conforme al cual tuvo oportunidad de reflejar qué es una compañía. En este sentido, cobra interés la siguiente aseveración: “(...) an entity may only be characterized as a ‘company’ within the meaning of the Treaty if it has its own legal personality, conferred on it by the law of the State where it was created, which establishes its legal status³²”. Al hilo de esta cuestión, la CIJ aclara que el país demandado no duda de que las compañías iraníes tuvieran personalidad jurídica; desde el punto de vista del citado órgano judicial, la desavenencia principal gira en torno a si Estados Unidos ignoró dicha cuestión por medio de la implementación de determinadas medidas legislativas, ejecutivas y judiciales. Así pues, la Corte se propone examinar la estrategia seguida por el referido país con el propósito de constatar si ello significó una merma de su personalidad y, en el caso de que así fuera, determinar si ello quedaba o no debidamente justificado.

³⁰ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 39, § 116. Asimismo: CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 41, § 126.

³¹ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 41, § 128.

³² CIJ, *Ciertos activos iraníes (2019)*, ob. cit., p. 43, § 136

En este contexto, la CIJ considera imprescindible detenerse en el artículo IV, puesto que a partir de dicha norma se puede dilucidar si las medidas adoptadas son o no razonables. Desde su punto de vista, la respuesta a este interrogante -con base en dicho precepto legal- es sencilla: hay que averiguar si las controvertidas medidas persiguen un objetivo de carácter público. Al hilo de todo ello, la CIJ opina que sí cabría atisbar el cumplimiento de la citada condición al constatar que la finalidad de aquéllas es la de compensar a las víctimas de actos terroristas perpetrados por Irán de acuerdo con lo dictaminado por los tribunales norteamericanos. Es más, la Corte declara que la ejecución de activos es un mecanismo adecuado a la hora de procurar una determinada compensación cuando el poder judicial de un Estado determina la culpabilidad de otro. Dicho lo anterior, la CIJ plasma, a su vez, que la validez de la maniobra en cuestión radica en que ésta no sea excesiva. Haciendo balance de todo lo anterior, la Corte concluye que sí se ha lesionado a las compañías iraníes de manera desmesurada, a pesar de que las medidas norteamericanas fueron diseñadas para la consecución de un objetivo legítimo³³. Consecuentemente, el párrafo primero del artículo IV fue violentado por Estados Unidos³⁴.

Con respecto al segundo párrafo del artículo III, la Corte considera que Irán ha tenido la posibilidad real de articular las acciones legales pertinentes ante el sistema judicial norteamericano. En su opinión, la implementación de la citada regulación ha afectado, únicamente, a los derechos de carácter sustantivo de Irán y ello, lamentablemente, no entra dentro del ámbito de aplicación de la norma en cuestión. Así pues, la CIJ declara que ésta no ha sido vulnerada³⁵.

La Corte sigue analizando el Tratado objeto de controversia y se centra en el segundo apartado del artículo IV relativo a la protección de la propiedad de las personas físicas y jurídicas que los Estados contratantes deben necesariamente procurar. En este punto, Irán alega que las propiedades de las empresas iraníes fueron bloqueadas, incautadas o eliminadas. Además, arguye que éstas fueron tomadas sin mediar compensación alguna, lo que conlleva una clara violación de la comentada disposición legal³⁶. A la luz de lo anterior, el país demandante invoca paralelamente el párrafo primero de dicha norma al entender que Estados Unidos no ha otorgado un trato justo a sus compañías³⁷. Como colofón, subraya que el Estado norteamericano ha hecho responsable a las empresas que ostentan la nacionalidad iraní ante los actos internacionalmente ilícitos perpetrados por su país. Al hilo de todas estas consideraciones, la CIJ subraya que, en el ámbito del Derecho Internacional, las actuaciones gubernamentales realizadas de buena fe no pueden calificarse de expropiatorias ni son indemnizables cuando son

³³ Lo establecido en el cuerpo principal del texto hace referencia a la TRIA y a la FSIA. En relación con la Orden 13599, la Corte subraya que el objetivo de ésta consiste en bloquear todas las propiedades de Irán, incluyendo las de sus instituciones financieras. Ello, a juicio de la CIJ, resulta en una medida excesiva. CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 48, § 157.

³⁴ CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 47, § 156.

³⁵ CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 50, § 168.

³⁶ CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 51, § 170.

³⁷ CIJ, *Ciertos activos iraníes* (2023), *ob. cit.*, p. 51, § 171.

articuladas para proteger de manera legítima el bienestar público. Sin embargo, habiendo reconocido el carácter irrazonable de las medidas legislativas norteamericanas, la Corte proclama que éstas no son válidas³⁸ y, consecuentemente, determina la vulneración del párrafo segundo del artículo IV³⁹.

Abundando en la trascendencia de la norma anterior, la CIJ argumenta que el núcleo de la obligación contenida en ella (consistente en brindar la protección más constante, así como la seguridad oportuna) hace referencia a la protección contra los daños físicos. En definitiva, las partes contratantes deben adoptar las medidas pertinentes para evitar el perjuicio físico de las propiedades de los nacionales y de las personas físicas del otro Estado. En vista de lo anterior, el mencionado órgano judicial declara que Irán no ha traído a colación la disposición legal en los términos aquí referidos⁴⁰.

Por último, la CIJ indica que el apartado primero del artículo X ha sido vulnerado en la medida en que la Orden 13599 impidió a Irán realizar operaciones financieras. Una idea muy similar se desprende de la sección 1610 de la FSIA, así como de la Sección 201 de la TRIA.

A raíz de todo lo anteriormente comentado, la Corte indica que Estados Unidos debe poner fin a la situación generada, proporcionar una adecuada reparación ante los daños causados y, además, disculparse ante la República islámica de Irán⁴¹.

Conclusiones

Es preciso subrayar, una vez más y a modo de conclusión, que el fallo emitido el 30 de marzo del presente año dictamina que Estados Unidos ha incumplido diversas disposiciones legales contenidas en el citado Acuerdo de Amistad. Como es lógico, ello ha tensionado aún más, si cabe, las maltrechas relaciones que existían ya entre ambos países.

³⁸ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 54, § 186.

³⁹ Así concluye la CIJ con respecto a la FSIA y a la TRIA. Sin embargo, con respecto a la Orden 13599, la Corte considera que el Estado demandado no ha sido capaz de identificar las propiedades ni los intereses de las compañías iraníes perjudicadas. Es más, la Corte indica que el efecto principal de la comentada orden fue el de bloquear los activos del banco *Markazi*. Y, como ya vimos, dicha institución no queda bajo el ámbito jurisdiccional de ésta. Todo lo cual le lleva a determinar que, en relación con la citada orden, Irán no ha traído a colación la argumentación adecuada. CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 54, § 188.

⁴⁰ Irán incide únicamente en la falta de protección legal recibida y ello, a juicio de la Corte, resulta incorrecto en la medida en que dicha cuestión afecta tan sólo al párrafo primero del artículo IV. Consecuentemente, el párrafo segundo del precepto normativo citado no ha sido violentado por Estados Unidos en este sentido, aunque sí ha sido ignorado con respecto a las expropiaciones realizadas, ya que no fueron articuladas de acuerdo con los objetivos públicos señalados y, además, no conllevaron el pago de una justa indemnización.

⁴¹ CIJ, *Ciertos activos iraníes (2023)*, ob. cit., p. 62, § 224.

Dicho lo anterior, debe indicarse que el país demandante ha acogido de manera relativamente positiva la resolución judicial en cuestión en la medida en que la CIJ estipula que la otra parte debe compensar a las compañías iraníes que han padecido el bloqueo de sus activos. En este contexto, resulta de interés traer a colación el comunicado emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Irán conforme al cual se pone de relieve que la decisión de la CIJ constituye “una prueba de la rectitud de la República Islámica de Irán y las violaciones del gobierno de Estados Unidos”. Sea como fuere, esta alegación puede verse significativamente minimizada cuando se observa que la Corte declara no tener jurisdicción sobre los cuantiosos activos iraníes depositados en la cuenta de *Citibank*, cuya titularidad -como ya sabemos- corresponde al Banco central iraní. Ello se debe a que el Banco *Markazi* no puede calificarse de “empresa”, según lo estipulado por el mencionado tratado. Todo lo cual implica que la citada herramienta jurídica no puede tomarse en consideración en este sentido. En cualquier caso, conviene indicar que este razonamiento ha servido de base a Estados Unidos para ensalzar la determinación que ha tenido la CIJ a la hora de no incidir en la regulación interna conforme a la cual se estipula que las víctimas estadounidenses de actos terroristas pueden exigir la compensación pertinente a Irán y a cualquier otro Estado que los promueva.

Al margen de las lecturas partidistas que unos y otros puedan hacer, es importante concluir que la CIJ dictamina no sólo que el tratado de 1955 es válido, sino que además responsabiliza a Washington de la implementación de ciertas medidas. Consecuentemente, Estados Unidos es internacionalmente responsable y debe, por lo tanto, compensar a las empresas iraníes con motivo de los daños que éstas han sufrido.

LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

JULIA ESPÓSITO*

MATÍAS LAUTARO ACACIO**

Introducción

La presente crónica tiene como propósito dar cuenta y analizar la evolución de la subjetividad internacional y de la aplicación de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’” (en adelante Principios Rectores), elaborados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU, 2011)¹ en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Para ello, haremos una revisión de las sentencias dictadas en los casos Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (25 de noviembre de 2015)², Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs. Honduras (31 de agosto de 2021)³ y Vera Rojas y otros vs. Chile (1 de octubre de 2021)⁴. La

*Es docente, investigadora y extensionista en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), Argentina. Es Abogada, Traductora Pública, Especialista en Docencia Universitaria y Magister en Relaciones Internacionales. Es Jefa de Trabajos Prácticos con funciones de Profesora Adjunta en la asignatura Derecho Internacional Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Es coordinadora del Departamento de Derecho Internacional del Instituto de Relaciones Internacionales (UNLP). Es editora responsable de la Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo. ORCID: 0000-0001-5432-9432. Correo electrónico: derechointernacional@iri.edu.ar.

**Es Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), Argentina y Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UNLP). Es Ayudante Adscripto en la asignatura Derecho Internacional Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Es Investigador en el Departamento de Derecho Internacional del Instituto de Relaciones Internacionales (UNLP). ORCID: 0009-0006-0979-5059. Correo electrónico: matiasl.acacio@gmail.com

¹ ONU, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Adoptado durante el 17º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/RES/17/4, 16 de junio de 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

² Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

³ Corte IDH. Caso De los Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf

selección de los fallos responde al interés de analizar los mencionados principios en dos situaciones de interacción distintas: la interacción entre el Estado, las empresas y la persona humana (caso Vera Rojas) y entre el Estado, las empresas y tres pueblos indígenas de Surinam y Honduras (casos Pueblos Kaliña y Lokono y Buzos Miskitos). Asimismo, se pone en juego en el presente trabajo el carácter de solución amistosa homologada de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso de los 42 buzos miskitos y sus familiares.

Debemos destacar que la inspiración para llevar adelante la presente crónica, la encontramos en el voto individual concurrente del juez L. Patricio Pazmiño Freire en el caso de los Buzos Miskitos (2021). Allí, el magistrado reflexiona sobre las actuaciones de las empresas quienes, a través de la tolerancia, colaboración u omisión estatal, han generado violaciones a los derechos humanos y se pregunta –ahora, hacemos nuestra la pregunta– “si las reglas de atribución de responsabilidad internacional, tal como se encuentra tradicionalmente establecida, donde es el Estado exclusivamente el destinatario primigenio, deben mantenerse inamovibles” (Caso Buzos Miskitos, voto concurrente, párr. 2).

Consideramos que el análisis jurisprudencial se vislumbra como un método privilegiado de enseñanza-aprendizaje del derecho internacional por dos motivos: 1) nos permite reflexionar sobre el carácter dinámico del derecho internacional, y 2) comprender el alcance de los derechos contemplados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Comenzaremos con una breve descripción de los hechos y de la normativa aplicable en los tres casos para luego referir la aplicación de los Principios Rectores por parte de la Corte IDH y, así, finalizar con algunas reflexiones la evolución del concepto de subjetividad internacional aplicado a las empresas.

I. Breve relato de los hechos y del derecho aplicable

En el presente apartado presentaremos los hechos que motivaron la intervención de la Corte IDH, los derechos vulnerados por los Estados y los instrumentos normativos que los violentaron.

1.1. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*⁵: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió, el 28 de enero de 2014, el presente caso a la jurisdicción de la Corte. Según la Comisión, ocho comunidades⁶ de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono de Surinam –conocidos

⁴ Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf

⁵ Surinam es Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 12 de noviembre de 1987 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte ese mismo día.

⁶ Las aldeas del pueblo Kaliña son Christiaankondre, Langamankondre, Pierrekondre, Bigiston, Erowarte y Tapuku. Mientras que las dos aldeas del pueblo Lokono son Marijkedorp (o Wan Shi Sha) y

como los Pueblos del Bajo Marowijne— carecen de reconocimiento de su personalidad jurídica, del derecho a la propiedad colectiva de las tierras, territorios y de sus recursos naturales. Consecuencia de ello, ha sido el otorgamiento, por parte del Estado, de concesiones y licencias para operaciones mineras, y el establecimiento de tres reservas naturales en parte de sus territorios ancestrales⁷ sin haberse realizado ningún procedimiento de consulta para contar con el consentimiento previo, libre e informado de estos pueblos indígenas.

Desde 1958 en el territorio de la reserva Wane Kreek, la compañía Suralco, subsidiaria de la compañía “Aluminum Company of America”, realiza actividades de extracción de bauxita con una concesión otorgada por el Estado por un período de 75 años. Desde 2003, la joint-venture denominada BHP Billiton-Suralco se hizo cargo de la explotación minera. La extracción de bauxita requiere de la realización de minería a cielo abierto en grandes extensiones de terreno. En 2005 se realizó un estudio de impacto ambiental del cual resultó que dos áreas de la reserva habían sufrido un daño ambiental considerable. Las actividades de pesca y caza, actividades tradicionales en la zona, se redujeron considerablemente. Si bien las actividades de extracción cesaron en 2009 y la empresa Suralco dio inicio a la rehabilitación forestal, las comunidades indígenas han manifestado disconformidad con las especies utilizadas para la reforestación.

Luego del análisis de los hechos y de los derechos alegados, la Corte consideró que Surinam era responsable internacionalmente por la violación del derecho al reconocimiento colectivo de la personalidad jurídica previsto en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) que impacta en la violación de los derechos reconocidos en el artículo 21 (derecho a la propiedad colectiva) y en el artículo 23 (derechos políticos). Asimismo, la Corte estableció que el ordenamiento jurídico de Surinam no proporciona los recursos legales adecuados y efectivos para proteger a los Pueblos Kaliña y Lokono contra actos que violen su derecho a la propiedad (artículo 25 de la Convención Americana).

De los tres casos bajo análisis, este es el único en el que el Estado es responsable de la violación de los derechos humanos contemplados en la Convención Americana por ausencia de un marco normativo regulatorio de los derechos de las ocho comunidades indígenas mencionadas.

Alfonsdorp. De acuerdo con los relatos orales de los ancianos, los Kaliña habitaban principalmente a lo largo de la costa y al margen del río Marowijne, mientras que los Lokono tendían a establecer sus aldeas en el interior, a lo largo de los arroyos. Los representantes señalan que el territorio ancestral de los Pueblos Kaliña y Lokono tendría una extensión de aproximadamente 133,945 hectáreas (Caso Pueblos Kaliña y Lokono, párr. 30).

⁷ Las tres reservas naturales creadas fueron: 1) la Reserva Wia Wia en 1966; 2) la Reserva Galibi en 1969 y 3) la Reserva Wane Kreek en 1986. Las tres reservas naturales abarcan un aproximado de 59.800 hectáreas de las 133.945 reclamadas en este caso (Caso Pueblos Kaliña y Lokono, párr. 70 y 71).

1.2. *Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*⁸: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió, el 24 de mayo de 2019, el caso Opario Lemoth Morris y otros contra la República de Honduras a la jurisdicción de la Corte. Conforme a la Comisión, el Estado violó el derecho a la integridad personal de 34 buzos miskitos⁹ quienes sufrieron accidentes por las inmersiones profundas que les generaron el síndrome de descompresión, el derecho a la vida de 12 buzos que fallecieron luego de estos accidentes, el derecho a la vida de siete buzos luego de que la embarcación en que viajaban explotara, así como por la desaparición de un niño que 16 años mientras trabajaba en una embarcación pesquera. La omisión e indiferencia del Estado hondureño frente a la explotación laboral impetrada por las empresas pesqueras y la realización de actividades de buceo en condiciones peligrosas provocaron la violación de derechos de 42 buzos miskitos y sus familiares.

El 24 de marzo de 2021, Honduras y las presuntas víctimas y sus familiares firmaron un Acuerdo de solución amistosa donde el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la vida, a la vida digna, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igual protección de la ley, a la protección judicial, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, y a la no discriminación (artículos 4.1, 5.1, 8.1, 19, 24, 25.1 y 26 de la Convención Americana). El acuerdo fue presentado a la Corte para su homologación y se le solicitó que desarrolle el contenido y alcance de los derechos que resultaron afectados en virtud de las actividades de la industria extractiva de la pesca en el territorio miskito.

Cabe destacar lo informado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS):

“(…) las actividades de subsistencia del pueblo miskito están relacionadas con el trabajo agrícola, la pesca artesanal y el trabajo asalariado de los jóvenes como buzos para pesca de langosta y camarón. Tradicionalmente, los hombres miskito practicaban la pesca por buceo “a pulmón” (sin equipo) para obtener langosta para consumo familiar, no superando los 40 a 60 pies de profundidad en sus inmersiones. Sin embargo, debido a su mayor comercialización, que representa una importante fuente de ingresos para la economía hondureña, se comenzó a pescar en la Costa Atlántica de Honduras y Nicaragua, por medio del buceo, y no de la pesca artesanal. La OPS señaló que los miskitos inician esta actividad a partir de los 14 años, se realiza al margen de la legislación laboral vigente, y produce accidentes laborales, intoxicaciones y discapacidades para personas en edad productiva. En ese sentido, de los 9,000 buzos en la práctica de la pesca de langosta, de los cuales 98% son miskitos, el 97% ha presentado algún tipo de síndrome y 4,200 presentan alguna discapacidad (Caso Buzos Miskitos, párr. 31).”

⁸ Honduras es Estado Parte de la Convención desde el 8 de septiembre de 1977 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 9 de septiembre de 1981.

⁹ Los miskitos son un pueblo indígena binacional que comparten los territorios fronterizos de Honduras y Nicaragua. Para el año 2003 había una población aproximada de 40,000 miskitos, la cual se halla en su mayoría en la zona rural del departamento de Gracias a Dios en Honduras (Caso Buzos Miskitos, párr. 28).

En mayo de 2001, la Secretaría de Estado de Honduras dictó un Reglamento de Seguridad Social y Ocupacional de la Pesca Submarina¹⁰ que establece los requisitos mínimos de seguridad y salud para el desarrollo de las tareas laborales en las embarcaciones pesqueras. La realidad del pueblo miskito es que su única fuente de trabajo es la pesca por buceo sin condiciones mínimas de seguridad.

La Corte concluyó que el Estado cuenta con un marco normativo regulatorio de la pesca por buceo, pero no existe información que demuestre que la misma fue implementada por las autoridades competentes para garantizar la actividad de los miskitos y que omitió llevar adelante la inspección o fiscalización para asegurar que las embarcaciones de las empresas empleadoras “cumplían con las medidas de seguridad requeridas para evitar que la actividad de pesca submarina constituyera un peligro a la integridad personal o la vida de quienes la realizaban” (Caso Buzos Miskitos, párr. 58). En el mismo orden, el Tribunal sostuvo que la omisión del Estado de adoptar medidas para modificar la violación de los derechos humanos en la región de la Moskitia constituye un acto de discriminación por afectar los derechos de personas que pertenecen a un grupo vulnerable en tanto miembros de un pueblo indígena.

1.3. *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile*¹¹: con fecha 8 de noviembre de 2019, la Comisión Interamericana sometió el caso Martina Rebeca Vera Rojas contra Chile a la jurisdicción de la Corte. Según la Comisión, el Estado chileno violó los derechos a la salud, seguridad social, vida, garantías judiciales, protección judicial, y especial protección de la niñez de Martina Vera¹² como consecuencia de la falta de regulación, control y sistema de reclamación adecuados para fiscalizar la decisión de la empresa aseguradora de salud Isapre MasVida S.A. sobre el levantamiento del régimen de hospitalización domiciliar que requería la niña para su supervivencia.

Ramiro Vera, padre de la menor, contrató un seguro de salud con cobertura especial para enfermedades catastróficas con la empresa Isapre MasVida¹³ que

¹⁰ El Acuerdo Ejecutivo No. STSS 116-01 dispone que el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores será sancionado por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social quien se encargará de evaluar las infracciones e impondrá las sanciones previstas en el Código de Trabajo de Honduras. Tiene la obligación de inspeccionar la seguridad ocupacional de las embarcaciones pesqueras y la evaluación de los riesgos profesionales de esta industria (Caso Buzos Miskitos, párr. 37).

¹¹ Chile es Estado Parte de la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

¹² Martina Vera fue diagnosticada en 2007 con el síndrome de Leigh, una patología mitocondrial y neurodegenerativa. Según un informe de 2010, Martina ha requerido de ventilación mecánica, tiene atrofia en las extremidades, rigidez de las articulaciones, escasa capacidad auditiva y de contacto social, no tiene control de esfínteres ni capacidad de deglutir, respira a través de una traqueotomía y se le suministran alimentos y medicamentos a través de una gastrostomía (Caso Vera Rojas, párr. 51).

¹³ El sistema de seguridad social en Chile es mixto: 1) la participación pública en el sistema de salud se da a través del Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y 2) la participación privada en el sistema de salud se da a través de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres) que están habilitadas para recibir las contribuciones provenientes de las cotizaciones obligatorias de salud. Las Isapres se encuentran vigiladas

proveyó el régimen de hospitalización domiciliaria a través de la empresa Clinical Service desde noviembre de 2007. La Isapre le informó al Sr. Vera, con fecha 13 de octubre de 2010, la finalización de la prestación de hospitalización domiciliaria fundándose en la Circular IF N° 7 de la Superintendencia de Salud que excluye de dicho régimen el tratamiento de las enfermedades crónicas. Los padres de Martina interpusieron un reclamo ante la Isapre –que fue denegado– y ante la justicia –sentencia de la Cámara de Apelaciones de Arica que fuera revisada por la Corte Suprema de Justicia chilena–, ambos con resultados desfavorables. En diciembre de 2011, Carolina Rojas Farías, madre de la niña, hizo una denuncia ante la Superintendencia de Salud. Este órgano resolvió a favor de la reinstalación de la hospitalización domiciliaria y ordenó el pago de los gastos no cubiertos por la aseguradora más los intereses. El órgano sostuvo que “la ley permite a este Sentenciador fundar sus fallos en principios de prudencia y equidad, para dar a cada parte lo que merece, pudiendo excepcionalmente apartarse de las normas vigentes si las circunstancias así lo aconsejan o lo exigen, con el fin de lograr una solución más justa” (Caso Vera Rojas, párr. 62).

La Corte entendió que

“La decisión de la aseguradora privada, resultado del incumplimiento del deber de regulación del Estado, puso en riesgo los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Martina Vera, protegidos por los artículos 4, 5, 19 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Asimismo, la existencia de dicha norma constituyó un incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo del Estado en términos del artículo 26 de la Convención Americana” (Caso Vera Rojas, párr. 135).

Con relación al incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo, cabe destacar que antes de la adopción de la Circular n° 7, se encontraba vigente la Circular N° 059 (2000) que contemplaba la cobertura especial para enfermedades catastróficas y no excluía a las enfermedades crónicas. La primera norma mencionada estableció una causal de exclusión arbitraria y discriminatoria, calificada por la Corte como una medida deliberadamente regresiva contraria a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno (Caso Vera Rojas, párr. 134).

II. La aplicación de los Principios Rectores por la Corte IDH

Como punto en común y quizás una de las cuestiones más innovadoras de la jurisprudencia elegida, se puede mencionar el hecho de que la Corte IDH menciona y utiliza a los Principios Rectores para analizar el accionar de las

por la Superintendencia de Salud, la cual emite normas regulatorias y establece un mecanismo de reclamo, que puede ser activado una vez que una queja en contra de la Isapre haya sido previamente conocida y resuelta por la propia Isapre (Caso Vera Rojas, párr. 80).

corporaciones en cada caso particular y evaluar la responsabilidad de los Estados por la violación a los derechos fundamentales por parte de las empresas.

Los Principios Rectores, surgen como respuesta a la necesidad de clarificar el marco protectorio de las personas víctimas de actividades empresariales llevadas a cabo de manera abusiva y sin ningún tipo de límites. En este sentido, tienen como principal objetivo hacer “respetar, proteger y cumplir” los derechos humanos, no solo por parte de los Estados, sino también por las empresas, demarcando, de esa manera, deberes y responsabilidades para ambas partes, como así también sentando parámetros para reforzar y crear mecanismos de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos fundamentales relacionadas con las empresas.

Sobre este último punto, vale aclarar que los Principios Rectores reconocen los numerosos obstáculos que muchas veces se les presentan a las víctimas a la hora de reclamar por sus derechos violentados y por ello, plantean el deber de ampliar los mecanismos de reparación existentes, impulsando la creación de nuevos procedimientos, ya sea de índole judicial como extrajudicial, tanto en su forma sancionadora como indemnizatoria.¹⁴

De todas formas, es importante tener en cuenta que los Principios Rectores no son legalmente vinculantes para los Estados, ya que no crean nuevas obligaciones de derecho internacional, sino que recogen, compilan e interpretan obligaciones en materia de derechos fundamentales ya reconocidas en diversos instrumentos internacionales, clarificando los deberes legales de los Estados con respecto a las empresas.

De esta manera, los Principios Rectores se centran en tres pilares o componentes fundamentales: “(1) reconocimiento de las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales frente a posibles impactos de terceros, incluidas las empresas; (2) reconocimiento del papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y (3) reconocimiento de la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento”.¹⁵

¹⁴ Matías Lautaro Acacio, “Arbitraje y Derechos Humanos ¿Antagónicos o Complementarios? Una mirada desde los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”, *Anuario de Relaciones Internacionales*, Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2021. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/129226>

¹⁵ ONU, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Presentado durante el 17º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

En el caso Pueblos Kaliña y Lokono, la Corte “toma nota” de los Principios Rectores y afirma que “los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas” (Caso Pueblos Kaliña y Lokono, párr. 224). Con ese propósito, deben implementar los mecanismos necesarios para prevenir, sancionar y reparar los abusos que las empresas puedan ocasionar tanto en perjuicio de personas humanas en forma individual o que formen parte de un grupo específico vulnerable –los ochos comunidades indígenas en este caso–. Al no garantizar la realización de un estudio de impacto ambiental y social independiente previo a la extracción de bauxita en la Reserva Wane Kreek y no supervisar el estudio posterior, Surinam incumplió con esas salvaguardias. La Corte dispuso que el Estado, junto con la empresa a cargo de la rehabilitación de la zona afectada en la reserva, deberá elaborar un plan de acción de rehabilitación efectiva e implementar un mecanismo para supervisar la ejecución de dicha rehabilitación.

En los casos Buzos Miskitos y Vera Rojas, advertimos una gran cercanía temporal –casi un mes– en la adopción de las sentencias por parte de la Corte y, en consecuencia, una toma de notas casi idénticas sobre la aplicación de los Principios Rectores. En primer lugar, el Tribunal recuerda que el Estado tiene la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción. Ahora bien, esta obligación de garantía comprende el deber de prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos lo que no implica una responsabilidad ilimitada del Estado frente a cualquier acto lesivo de particulares. Corresponde analizar el caso concreto para determinar el alcance del deber de garantía estatal (Caso Buzos Miskitos, párr. 43 y 44; Caso Vera Rojas, párr. 82 y 83). En los dos casos bajo análisis, la Corte toma, para el análisis en concreto, los Principios Rectores como un instrumento fundamental para determinar el alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos del Estado y las empresas. Luego de recuperar los tres pilares sobre los que se erigen los Principios, la Corte establece que

“(…) los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran. Los Estados, de esta forma, se encuentran obligados a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos –incluidas la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador. En virtud de esta regulación, las empresas deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a derechos humanos, y adoptar medidas dirigidas a subsanar dichas violaciones (…)” (Caso Buzos Miskitos, párr. 48; Caso Vera Rojas, párr. 85).

En el caso de los Buzos Miskitos, la Corte consideró que los Estados deben incorporar medidas que garanticen que las empresas transnacionales respondan por violaciones a los derechos humanos cometidas en su territorio. Por su parte,

el caso de Martina Vera Rojas, como la salud es un bien público protegido por el Estado, éste tiene la obligación de regular y controlar la prestación de servicios de salud, pública o privada, a las personas bajo su jurisdicción.

Consideraciones finales

Conforme lo establece el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH, el Tribunal supervisará el cumplimiento de las sentencias y demás decisiones mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. Veamos a continuación el estado actual de cumplimiento de las sentencias en los tres casos bajo estudio¹⁶[1]. En el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono (2015), una de las tres sentencias en etapa de cumplimiento contra Surinam, advertimos que no se ha cumplido con ninguna de las decisiones adoptadas por unanimidad por la Corte –destacamos la falta de reconocimiento legal de la personalidad jurídica de los Pueblos Kaliña y Lokono, la delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio tradicional ocupado por las comunidades indígenas, la implementación de acciones suficientes y necesarias para la rehabilitación de las zonas afectadas en la reserva Wane Kreek de manera conjunta con la empresa a cargo de dicha rehabilitación y con la participación de una representación de los Pueblos Kaliña y Lokono en un plazo no mayor de 3 años, entre otras. Lo mismo sucede en el caso Buzos Miskitos (2021), figuran pendientes de cumplimiento todas las decisiones adoptadas en el Acuerdo amistoso homologado por la Corte. Por último, en el caso Vera Rojas (2021), se declaran cumplidas tres de las decisiones adoptadas por el Tribunal: entrega de una silla de ruedas neurológica, publicación de la sentencia y pago de la indemnización por daño material y reintegro de costas y gastos.

Los casos citados constituyen valiosos aportes para el desarrollo de la temática atinente a las empresas y los derechos humanos, la cual, sin dudas presenta grandes desafíos y complejidades para el derecho internacional contemporáneo. Por un lado, es importante destacar cómo la Corte IDH interpretó y aplicó los Principios Rectores en la jurisprudencia enunciada, no dejando lugar a dudas que el incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos no afecta el hecho de que la Corte pueda interpretar y aplicar normas del *soft law* para apoyarse en su razonamiento.

Por otro lado, como es sabido, en la actualidad, las empresas poseen un rol protagónico tanto para el desarrollo económico de los países, como así también para la satisfacción de diversos derechos fundamentales, puesto que, cada vez más Estados deciden delegar -en parte o en su totalidad- la provisión de servicios públicos que son esenciales para el ejercicio y goce de los derechos humanos de los ciudadanos, a las corporaciones (verbigracia, la provisión de agua potable, de energía eléctrica, servicios de las tecnologías de la información y la

¹⁶Búsqueda efectuada en la página web de la Corte IDH: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm [Fecha de consulta: 6/5/2023]

comunicación [TIC], de salud pública, entre otros). Sin embargo, también son sabidas las graves y constantes violaciones a los derechos humanos causados por estos actores globales, ya sea, a través de la tolerancia, colaboración u omisión estatal.

La jurisprudencia elegida viene a evidenciar esta problemática, tanto desde el punto de vista de afectación de derechos colectivos (Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam; Buzos Miskitos vs. Honduras), como individuales (Vera Rojas y otros vs. Chile). Y, sobre este punto, pone sobre la mesa la necesidad de repensar el rol de los actores globales en el campo de los derechos humanos, dejando a la reflexión la posibilidad de que las empresas puedan, en un futuro, también ser responsables directas las violaciones a los derechos fundamentales causadas por su accionar, como sujetos del derecho internacional. Esta cuestión fue especialmente abordada en el voto concurrente del Juez L. Patricio Pazmiño Freire en el caso Buzos Miskitos, el cual consideramos sumamente interesante para la temática abordada.

En un escenario global tan cambiante, donde nuevos actores emergen y asumen roles protagónicos, se torna imperante adecuar la normativa internacional en materia de derechos humanos a los desafíos vigentes, teniendo como prisma el principio de progresividad como elemento central de la perspectiva “pro persona” y la dignidad humana. Es así que “el desarrollo progresivo representa la asunción de un compromiso de calidad democrática institucional para con las generaciones futuras, en el sentido de asegurar a las mismas que nunca habrá en adelante un sistema de tutela de derechos humanos más débil que el que existe en el presente, así como también, la garantía de que los propios derechos que están ya reconocidos legal o jurisprudencialmente, se nutrirán permanentemente de contenidos que recojan los avances que vayan experimentando las sociedades”.¹⁷

Ciertamente, el ámbito de empresas y de derechos humanos debe hacer suya esta centralidad, dando lugar a reconsiderar el posicionamiento de estos actores globales en el derecho internacional público contemporáneo y evaluar la posibilidad de que los Estados no sean los únicos que puedan ser responsabilizados de forma directa por la violación de los derechos humanos, sino también, las corporaciones transnacionales como verdaderos sujetos del derecho internacional.

La apropiación de los Principios Rectores por la Corte IDH para determinar la responsabilidad del Estado en casos concretos que involucren violaciones a los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción por parte de personas jurídicas privadas -como las empresas-, representa un aporte desde la región americana en aquella dirección.

¹⁷ Salvioli, Fabián, “El desarrollo progresivo: elemento central de la perspectiva pro persona”. *Revista nro. 71 del IIDH, en memoria a Pedro Nikken*, (2020): 121.

EL HACINAMIENTO DE PENALES EN EL PERÚ. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO (EXP. N° 5436- 2014-PHC/TC)

Prison overcrowding in Peru. Pronouncement of the Peruvian Constitutional Court (Exp. N° 5436-2014-PHC/TC)

JENNY ELIZABETH JUSTO CALLO*

Introducción

El presente estudio analiza la problemática del hacinamiento de penales en Perú, a partir de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano (Expediente N° 5436-2014-PHC/TC, de 19 de junio de 2020), que dispone que de no superar el problema del hacinamiento las prisiones deben cerrar. En ese sentido, este análisis formula una serie de posibles alternativas, que pueden ayudar a contrarrestar y combatir este problema que, aún en la actualidad, constituye una tarea pendiente en la agenda de los países de Latinoamérica.

Para conseguir nuestro objetivo: primero, se considera los antecedentes del caso de la sentencia del Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento como el cierre temporal o permanente de las prisiones considero que es drástico, y que en lugar ayudar en el problema empeoraría la situación de las personas privadas de libertad y conllevaría a la violación de más derechos humanos. Y, segundo, se analiza el principio de resocialización y cómo es entendido, a fin de ver qué acciones pueden ser tomadas para este principio y no ser considerado una utopía

*Fiscal Provincial Penal de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Fiscal de Arequipa, Ministerio Público del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad Católica de Santa María, Perú. Discente de la Maestría en Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Beneficiaria de la ayuda financiera otorgada por MISEREOR – obra episcopal de la Iglesia Católica Alemana para la cooperación al desarrollo, durante los dos años de estudio de la Maestría en Derechos Humanos, a la que accedió en atención a la evaluación de su perfil profesional y su alto rendimiento académico. Proyecto de Tesis ganador del Programa de Apoyo a la Investigación para Estudiantes de Posgrado (PAIP- 2011) dirigido por la Dirección de Gestión de la Investigación (DGI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú por su alto nivel académico. Proyecto ganador seleccionado por la Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS) de la Pontificia Universidad Católica del Perú por presentar una elevada pertinencia social, al buscar contribuir a la mejora de la calidad de vida respondiendo a las muy diversas necesidades del Perú. Correo electrónico: jjusto2007@gmail.com. ORCID: 0009-0006-0069-1755

sino un principio concreto, que brinde herramientas de posible solución, y que deje abierta la posibilidad a nuevos aportes que puedan concluir esta abierta violación a los derechos humanos, mitigando al mínimo los efectos.

I. Antecedentes

Mediante Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Exp. n.º 5436-2014-PHC/TC Tacna, de fecha 19 de junio de 2020, se resolvió lo siguiente:

“(…) 1. DECLARAR que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional. (…)
5. Declarar que si, en el plazo de 5 años, que vencerá en el año 2025, no se han adoptado las medidas suficientes para superar dicho estado de cosas inconstitucional, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que podría implicar el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras medidas, según se trate del nivel de hacinamiento, y hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553%), de Jaen (522%), del Callao (471%), de Camaná (453 %), de Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375%), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento².

¹ Negritas de la autora.

² Mediante Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Exp. n.º 5436-2014-PHC/TC Tacna, de 19 de junio de 2020, se dispuso, además:

2. *Declarar que las alternativas de solución a los problemas de hacinamiento carcelario en el Perú exige el trabajo conjunto y coordinado del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad en general.*
3. *Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses, desde la fecha de publicación de la presente sentencia, e incluir, de manera prioritaria, las medidas referidas en el fundamento 107.b de la presente sentencia.*
4. *Teniendo en cuenta que, actualmente, el Sistema Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) han sido declarados en emergencia, se debe exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses desde la fecha de publicación de la presente sentencia, ampliar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, así como evaluar la decisión de reestructurar integralmente el INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*
5. *(…)*
6. *Exhortar a que el Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas necesarias para asegurar los recursos económicos que permitan dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia.*
7. *Exhortar al Poder Judicial, en el marco de sus competencias, a identificar un adecuado nivel de equilibrio entre los principios y derechos que se encuentran involucrados al dictar las prisiones preventivas.*

Esta sentencia se dicta a raíz de una demanda presentada por el interno C.C.B. quien alegó, entre otros, que las enfermedades que padecía se agravaron debido a una falta de atención o atención inoportuna por parte de la Administración del Establecimiento Penitenciario de Tacna. Asimismo, en el extremo de la demanda, el interno destacó que pernocta en el suelo del establecimiento penitenciario. Para resolver este extremo el TC, tuvo en cuenta lo informado por el Instituto Nacional Penitenciario - INPE, a febrero del 2020, respecto a que dicho establecimiento penitenciario se encuentra hacinado con una tasa de sobrepoblación de 355%³.

Al respecto, el Tribunal entiende que corresponde al Director del establecimiento penitenciario de Tacna, constatar la condición en la que el demandante pernocta y dotarle de los objetos necesarios que la Administración Penitenciaria pueda brindarle, agotando todas las alternativas posibles con las que efectivamente cuente, en el ámbito de sus competencias.

II. El Principio de Resocialización

En la STC (Expediente N° 0012-2010-PI/TC), el TC estableció que la disposición contenida en el artículo 139.22 de la Constitución:

*“trae consigo la obligación estatal de asegurar un régimen penitenciario orientado a la resocialización del penado, entendida esta como la situación en virtud de la cual el ser humano, no solo ha internalizado y **comprendido el daño social generado por la conducta que determinó su condena**, sino que además es representativa de que **su puesta en libertad no constituye una amenaza**⁴ para la sociedad, al haber asumido el deber de no afectar la autonomía moral de otros seres humanos ni otros bienes necesarios para la convivencia pacífica”⁵.*

Sin embargo, estos objetivos, actualmente no han sido alcanzados, sino que, además, la cárcel se presenta, en algunos países, como un centro de perfeccionamiento para la delincuencia. De igual forma, señala Ignacio Berdugo:

*“(…) hay que resaltar dos ideas respecto del artículo 25.2 CE donde se formula el principio de resocialización. Primero, la contemplación de la resocialización como fin de la pena no excluye la concurrencia de otros fines como el de **prevención general**, siempre que su presencia sea compatible con la resocialización. Segundo, debe*

8. *Las cárceles deben ser pobladas preferentemente por personas que hayan cometido delitos graves que impliquen peligro social. No resulta coherente que personas que han cometido otros delitos, que pueden cumplir penas alternativas a la privación de libertad, terminen siendo privados de su libertad de la misma forma que aquellas personas que han cometido delitos graves”.*

³ Fundamento 117 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Exp. n.º 5436-2014-PHC/TC Tacna, de fecha 19 de junio de 2020.

⁴ Negritas de la autora.

⁵ Pronunciamientos del TC “Resocialización del penado: 7 sentencias clave”. Gaceta Constitucional, martes 10 de mayo de 2022/993. URL [https://laley.pe/art/13388/resocializacion-del-penado-7-sentencias-clave] Consulta: 18-11-2022.

*entenderse la resocialización no en el sentido de que el penado está obligado a asumir los valores sociales, porque esto sería antidemocrático (contradice el pluralismo ideológico), sino que **basta con que luego sea capaz de vivir una vida sin delito**. Es lo que Barbero Santos ha llamado «resocialización democrática⁶»⁷.*

En efecto, este concepto de resocialización democrática es imposible en un ambiente en el cual, debido al hacinamiento de reclusos, no existen el personal suficiente para su capacitación, ni por ende para su control, no se puede reeducar donde, por el contrario, se tortura, siendo el hacinamiento excesivo, una clase de tortura.

Así, el principio de resocialización es compatible con la sostenida por Julio Rodríguez Vásquez⁸ quien propone, además, que:

*“la **inhabilitación permanente** (siempre que no esté acompañada de pena privativa de libertad efectiva) es el mecanismo más idóneo para prevenir la comisión futura de delitos graves de corrupción, a la vez de ser un vehículo que evita los efectos negativos de una posible pena privativa de libertad. Y es que, por un lado, reduce drásticamente las probabilidades de que el corrupto afecte nuevamente la administración pública, a la vez que le ofrece un camino más estigmatizante y desocializador que la cárcel.”*

Pero, en Perú la inhabilitación permanente es una pena accesoria, siendo la pena principal de pena privativa de libertad, la que puede ser o no efectiva. En esa línea, indica Rodríguez, que dicho principio:

*“(…) es una garantía del condenado a una pena privativa de libertad (Silva 1992: 263) dirigido al Estado y, especialmente, a los funcionarios del sistema penitenciario (Meini 2009:310). Este principio exige que la ejecución de una pena privativa de libertad vaya acompañada por diversos mecanismos orientados a dos objetivos: por un lado, **promover que la cárcel sea lo menos represiva posible**, y así disminuya su efecto estigmatizador (Ferrajoli 2005: 271); y, por otro lado, que la pena privativa de libertad esté acompañada de mecanismos que hagan posible que la persona participe libremente de la vida social y que le ofrezcan alternativas al comportamiento criminal (Mir Puig 2011: 144).”⁹*

En efecto, el hacinamiento no permite que la cárcel sea menos represiva, sino por el contrario, sea demasiado, represiva y desocializante.

En algunos penales en Perú, los reos no cuentan con celdas para uno o dos reos, sino que es una sola habitación en la que ingresa más de 50 reos, durmiendo estos en el suelo, siendo un privilegio contar con una cama para dormir. El

⁶ La negrita es de la autora.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal”, 2da. Edición, 2015, p. 110.

⁸ Propone RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. “Principio de Resocialización y la inhabilitación permanente”, Boletín Anticorrupción y Justicia Penal, IDEHPUCP, 2012. Disponible en <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-FEBRERO-IDEHPUCP-6-11.pdf>

⁹ *Ibidem*.

desorden que genera el hacinamiento no contribuye en nada a la resocialización del interno.

Respecto al problema de hacinamiento la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (en adelante, CIDH) ha desarrollado los “Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”¹⁰, destacando el Principio XVII, sobre medidas contra el hacinamiento, según el cual:

“Principio XVII.

Medidas contra el hacinamiento.

“La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente.

En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes.

*La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, esta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. **Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva.***

*Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados **deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas.** Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos”.*

El hacinamiento es un problema evidente, que no permite que se cumpla el principio de resocialización. Sobre la base de dichos estándares, la CIDH ha sostenido, en su “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, lo siguiente:

“El hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano y degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos reconocidos internacionalmente. En definitiva, esta situación constituye una grave deficiencia estructural que trastoca por completo el cumplimiento de la finalidad esencial que la Convención Americana le atribuye a las

¹⁰ Adoptados por la Comisión durante el 131 periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

penas privativas de libertad: la reforma y la rehabilitación social de los condenados”¹¹. Esto, es una tortura.

Y, en lo que respecta a la jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta ha sostenido de forma reiterada que “los Estados deben abstenerse de crear condiciones incompatibles con la existencia digna de las personas privadas de libertad”¹².

III. ¿En la práctica en el ámbito del Derecho penal Penitenciario en Perú se respetan los derechos humanos?

Para responder esta pregunta, partimos de lo mencionado por Ignacio Berdugo:

*“Ahora bien, los conceptos de reinserción social y reeducación no constituyen derechos individuales con un contenido propio que haya que preservar en la resolución del conflicto, sino, simplemente, orientaciones de política penal y penitenciaria. Parece claro en el debate actual sobre la pena de prisión que la única consecuencia que de ella se deriva es la desocialización, siendo, por tanto, la única misión de la búsqueda resocialización limitar tales efectos. Por esta razón, un sistema orientado a la resocialización, tal como señala el artículo 25 CE¹³, debería acometer la reducción al máximo del número de delitos a los que se le asigna una pena privativa de libertad y el tiempo de duración de la misma”*¹⁴.

La propuesta dada por Ignacio Berdugo es muy adecuada, ya que se debe realizar una revisión de los delitos del Código Penal peruano, cuyas penas en su extremo inferior sea superior a cuatro años, ello a efecto de solo considerar con un margen superior a aquellas conductas ilícitas, que sean verdaderamente graves que ameriten el internamiento de una persona a un establecimiento penitenciario. Asimismo, continúa el autor:

*“De acuerdo a este principio, y conectado al principio de humanidad, las penas excesivamente largas, desproporcionadas o muy cortas, poco pueden hacer por la resocialización del delincuente. Por ende, la vigencia de este principio debe plasmarse en la eliminación de todo el sistema de antecedentes penales y sus efectos estigmatizantes y discriminadores”*¹⁵.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 60.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de 22 de noviembre de 2018, Medidas provisionales respecto de Brasil, Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, párr. 69.

¹³ El artículo 25.2 CE expresamente consagra la resocialización como fin de la pena y de las medidas de seguridad. Pero además el artículo 9.2 CE establece como mandato que los poderes públicos el hacer efectiva la libertad e igualdad propugnadas, fomentando la participación real de todos los ciudadanos, especialmente de los marginados de la sociedad de donde la población reclusa y los criminalizables son un sector importante. Berdugo, Gómez De La Torre, Ignacio. “Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal”, 2da. Edición, 2015.

¹⁴ La negrita corresponde a la autora.

¹⁵ Ignacio Berdugo, *op. cit.*

En Perú, se da la eliminación de antecedentes penales, empero, por políticas de seguridad, y siendo, que, en Perú, luego de un arduo debate el Tribunal Constitucional ha declarado que la reincidencia y la habitualidad son constitucionales, se dispuso que aparezca, en el caso del Poder Judicial con la anotación de “rehabilitado”, y en el caso del Ministerio Público con la anotación de “anulado”, aunque, en ambos casos, el antecedente siga apareciendo. Y es que, ésta ha sido la única forma que se ha logrado controlar que personas han cometido delitos durante la ejecución de uno anterior, o con posterioridad, para lograr determinar si es reincidente, y/o en su defecto, si la imposición de la pena ha tenido algún efecto en su resocialización.

Se hace hincapié, que la reincidencia en Perú se considera solo respecto a las penas efectivas, con internamiento en el Penal, o con Prestación de Servicios a la Comunidad. La situación de hacinamiento de los penales en Perú, no se condice con lo indicado por Berdugo, quien señala:

*“(…) la total legitimación del castigo depende de que **la ejecución del castigo no conlleve cargas adicionales para la persona que lo sufre**. Para ello un Estado social de derecho debe llevar a cabo una serie de prestaciones positivas tendentes a conseguir que su apartamiento momentáneo de la sociedad sea lo menos desocializador posible, para lo cual tiene que efectuarse en **las condiciones más parecidas a la vida normal en sociedad**. Por ello, la ejecución penitenciaria debe estar orientada a la conservación de las condiciones mínimamente favorables para la **reincorporación a la vida en libertad**¹⁶. En esta línea se mueven el fomento de actividades laborales y educativas en el ámbito penitenciario, que eviten la degradación e incluso mejoren las condiciones vitales, los contactos con el exterior o mitiguen la desocialización, al igual que todas aquellas instituciones de contenido asistencial que deberían disminuir el contenido esencialmente aislacionista y marginador de la pena de prisión. La existencia de esta garantía constitucional supone la asistencia post-penitenciaria del penado, porque la verdadera resocialización (volver a la sociedad) se da cuando se le ofrece al que ha cumplido la pena la oportunidad de reintegrarse a la sociedad **ayudando a procurarse sus medios de vida trabajo y ayudándole a recomponer su medio familiar y social**”¹⁷.*

Esta situación es porque el hacinamiento en algunos penales de Perú conlleva, sin duda, cargas adicionales para los reclusos. El hacinamiento es un enorme factor desocializador que alejan al recluso de condiciones parecidas a la normalidad a la sociedad, e impide su reincorporación a la vida en libertad. También, impide, que pueda procurársele a todos los reclusos, medios de vida de trabajo, impidiendo su medio familiar y social. Este factor desocializante, conlleva a que cuando los reclusos egresan del penal, vuelvan a delinquir, y, peor aún, tengan conductas más violentas, justamente porque el efecto de la prisión fue todo lo contrario a lo buscado.

¹⁶ La negrita corresponde a la autora.

¹⁷ Ignacio Berdugo, *op. cit.*

IV. La prisión preventiva y el hacinamiento en los penales

De igual forma, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante, CorteIDH), ha sostenido en el caso *García Rodríguez y Otros vs. México*, Sentencia de 25 de enero de 2023, en el Fundamento 161, sobre el uso de la prisión preventiva, que las medidas alternativas deben estar disponibles y que solo se puede imponer una medida restrictiva de la libertad cuando no sea posible el uso de otras medidas para mitigar sus fundamentos, y que las autoridades deben considerar medidas alternativas para garantizar la comparecencia en el juicio¹⁸.

“Por su parte, en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad se refieren a la prisión preventiva como último recurso y aclara que en el procedimiento penal “sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. Además, agregan que las medidas sustitutivas de la prisión preventiva “se aplicarán lo antes posible”¹⁹. En un reciente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la prisión preventiva consiste en una grave injerencia en los derechos fundamentales y solo se justifica cuando los tribunales han considerado y juzgados insuficientes otras medidas menos lesivas”²⁰.

El abuso en el uso de la prisión preventiva trae como correlato, que las cárceles se llenen de reos que no tienen sentencia, solo para asegurar su presencia en juicio; debiendo los Estados, buscar otros medios alternativos, menos gravosos, que el internamiento en un centro penitenciario, para asegurar dicho fin.

Precisamente, la CorteIDH ha dicho –en los casos que se impongan medidas privativas de la libertad–, que el artículo 7.5 establece límites temporales a su duración, por ende, cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, procede limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren la comparecencia al juicio²¹. Igualmente, indicó que los criterios a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo deberán tener estrecha relación con las circunstancias particulares del caso concreto²².

¹⁸ Cfr. *Caso Romero Feris Vs. Argentina*, supra, párr. 107, y *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México*, supra, párr. 111.

¹⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990, reglas 6.1 y 6.2, y *Caso Romero Feris Vs. Argentina*, supra, párr. 108. Asimismo, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México*, supra, párr. 110.

²⁰ Cfr. TEDH. *Caso Selahattin Demirtas Vs. Turquía*, Sentencia de 22 de diciembre de 2020, aplicación No. 14305/17, párr. 347.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS, *Caso García Rodríguez y otros vs México*, Sentencia de 25 de enero de 2023, Fundamento 162.

²² Cfr. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187 párr. 70; *Caso Romero Feris Vs. Argentina*, supra, párr. 109, y *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México*, supra, párr. 112.

Así, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (III), establecen que: a) la privación de libertad previo a una sentencia condenatoria debe ser por el tiempo mínimo necesario; b) la regla es la libertad del imputado y la excepción es la prisión preventiva; c) en ciertos casos, cuando se prolonga en demasía, los requisitos que se reputan normales o suficientes para justificarla devienen insuficientes y se requiere un mayor esfuerzo argumentativo, y d) se debe fundamentar y justificar en el caso concreto.

En lo que se refiere a la privación a la libertad sin condena en el marco de un proceso penal, en esta sentencia la CorteIDH hace referencia a que:

“(...) tal como lo establecía el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000, el Tribunal constata que la norma aludida se refiere únicamente a la concurrencia de los presupuestos materiales, es decir al hecho punible y a la participación del imputado, así como a la gravedad del delito que se le está atribuyendo. La norma no hace referencia a las finalidades de la prisión preventiva, ni a los peligros procesales que buscaría precaver, ni tampoco a la exigencia de hacer un análisis de la necesidad de la medida frente a otras menos lesivas para los derechos de la persona procesada, como lo serían las medidas alternativas a la privación a la libertad. Por lo tanto, tal como está concebida, la prisión preventiva no tiene finalidad cautelar alguna y se transforma en una pena anticipada”.

En definitiva, la CorteIDH hace un claro hincapié entre lo que debe ser una prisión preventiva con finalidad cautelar y lo que debe entenderse por una pena anticipada, ésta última contribuye en mala parte al hacinamiento.

Conclusiones y propuestas

En Perú, el cierre temporal o permanente de los penales puede generar otros problemas sociales como es el incremento de la inseguridad ciudadana, la impunidad, y la vulneración de otros derechos humanos. De esta forma, el hacinamiento no permite que la cárcel sea menos represiva, sino todo lo contrario, sea demasiado, represiva y desocializante.

Por lo tanto, no basta con disponer una orden, como el cierre de los penales, para combatir el deshacinamiento o se pretenda emitir sanciones a funcionarios para cambiarlo, sino que la solución al problema pasa por ser más concreto y específico respecto a las medidas a adoptar. En ese sentido, se propone a continuación, algunas medidas a tener en cuenta:

- La reducción al máximo del número de delitos a los que se le asigna una pena privativa de libertad y el tiempo de duración de esta.
- La resocialización no debe entenderse en el sentido de que el penado está obligado a asumir los valores sociales, porque esto sería antidemocrático (contradice el pluralismo ideológico).

- La resocialización implica que el reo luego sea capaz de vivir una vida sin delito.
- El trabajo y educación permiten que el recluso pueda tratar de reincorporarse a la vida en libertad.
- La ejecución del castigo no conlleve cargas adicionales para la persona que lo sufre (el hacinamiento) para lo cual tiene que efectuarse en las condiciones más parecidas a la vida normal en sociedad.
- La privación de libertad previo a una sentencia condenatoria debe ser por el tiempo mínimo necesario.
- La regla es la libertad del imputado y la excepción es la prisión preventiva.
- Para la prolongación de la prisión, los requisitos que se reputan normales o suficientes para justificarla devienen insuficientes y se requiere un mayor esfuerzo argumentativo.
- La prisión preventiva se debe fundamentar y justificar en cada caso concreto.
- La legislación interna de los países no debe dar lugar a prisiones preventivas oficiosas.

RESEÑAS

CELADOR ANGÓN, ÓSCAR, ENTIDADES LOCALES Y LIBERTAD RELIGIOSA, EDITORIAL DYKINSON, 2023, MADRID, 214 PP

JOSE ANTONIO RODRÍGUEZ GARCÍA*

La trayectoria académica del profesor Óscar Celador Angón ya avala que el libro que recensionamos es una obra de obligada lectura en relación con el tema que trata, las entidades locales y la libertad religiosa. Pero es que además se une a este dato que la lectura de esta monografía es muy amena, por la multitud de materias tratadas y por el análisis de la jurisprudencia. Dicho estudio jurisprudencial permite no solo comprobar la dificultad que existe para dar con una solución jurídica adecuada a la pluralidad religiosa de la sociedad española, sino que permite comprobar que se tratan de problemas reales que afectan a muchos creyentes en su vida cotidiana. No obstante, como pone de manifiesto el autor, muchas veces los jueces no ponderan de forma adecuada los derechos en conflicto, sacrificando el derecho de libertad de conciencia e ignorando las consecuencias jurídicas del principio constitucional de laicidad. Principio constitucional de laicidad que derogó la confesionalidad católica a partir de la entrada en vigor de la Constitución, pero que los tribunales, como demuestra esta obra, siguen apoyándose en la confesionalidad católica (enmascarada de tradición religiosa o de arraigo histórico católico) como en el caso de los símbolos religiosos.

El índice de la obra refleja la amplitud de los temas tratados. La obra se divide en cinco capítulos. El primer capítulo es el marco constitucional donde se estudia los principios constitucionales de:

- libertad de pensamiento, conciencia y religión (la obra más allá de la libertad religiosa pues compara el tratamiento jurídico de la libertad ideológica con el de la libertad religiosa, por ejemplo, en materias como el uso de banderas);
- de laicidad (que igualmente en determinadas materias se incluye la neutralidad ideológica de los poderes públicos y se compara con la neutralidad religiosa);
- el principio de cooperación con las confesiones religiosas.

Y, termina este capítulo con el análisis jurídico, no siempre fácil en un Estado complejo como el español, de la distribución competencial. Y, más en una materia como la libertad religiosa.

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Rey Juan Carlos. Correo electrónico: joseantonio.rodriguez@urjc.es. ORCID: 0000-0002-6362-9880

El capítulo segundo tiene por título: Símbolos y espacios tutelados por los poderes públicos. Se tratan los siguientes temas: las ordenanzas municipales y la libertad ideológica y religiosa en relación con el uso del velo integral y el nudismo; la presencia de símbolos en los espacios tutelados por los poderes públicos, la asistencia de cargos públicos a actos religiosos; la exhibición de banderas en dependencias municipales; la presencia de símbolos religiosos en actos institucionales y la aplicación de la Ley de memoria histórica en lo que se refiere al traslado o retirada de símbolos religiosos de los espacios municipales.

El capítulo tercero describe el régimen fiscal y su compatibilidad con los principios constitucionales, con especial detalle el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

El capítulo cuarto es el análisis de la competencia municipal sobre urbanismo. Como dice el propio autor responde a las siguientes preguntas: ¿cómo se definen los lugares de culto a efectos urbanísticos?, ¿dónde pueden localizarse los lugares de culto?, ¿en qué medida las confesiones religiosas se someten a un derecho especial en el terreno de las licencias urbanísticas?

El último capítulo es sobre la participación de las confesiones religiosas en la prestación de servicios sociales, y si esta se produce en igualdad de condiciones con las organizaciones o entidades benéficas y asistenciales sin fines religiosos, para esta misión el autor toma como marco de referencia los modelos autonómicos y municipales madrileño y catalán, dado que son los que presentan un mayor grado de implantación.

Antes de empezar con una descripción breve, del contenido del libro, como expone el autor los municipios desempeñan un papel muy importante, ya que se trata de la administración pública más cercana a la ciudadanía, y gozan de autonomía y personalidad jurídica plena. Por eso como Administración más cercana los ayuntamientos son la primera administración que tiene que dar respuesta a la pluralidad religiosa de la sociedad española. Sin embargo, muchas veces, como constata este libro, las actuaciones municipales se toman en función de las consecuencias electorales (como, por ejemplo, la prohibición de establecer lugares de cultos o, bien que se instalen lejos del núcleo de población dando lugar a la segregación urbana que reflejan la discriminación religiosa y no responden a un sistema que reconoce los derechos y libertades fundamentales). Como dice el autor las fuerzas políticas instrumentalizan estas decisiones con el objeto de conseguir réditos electorales. Es decir, se responden en función del contexto social, de la mayoría religiosa de la población (“confesionalismo electoral”) olvidando el principio de laicidad.

Además, como premisa, el autor destaca la ausencia de uniformidad en las respuestas municipales respecto al fenómeno religioso, debido, entre otros factores, a que las peticiones y demandas que los ayuntamientos reciben

dependen en gran medida del grado de diversidad religiosa establecida en cada municipio.

Entre los muchos contenidos a comentar en esta reseña, me voy a detener en los siguientes:

El primer contenido tiene que ver con la aprobación de ordenanzas sobre la prohibición del nudismo y del uso del velo integral. En relación con el nudismo el TS ha indicado que dichas prohibiciones limitan el ejercicio de los derechos fundamentales, con independencia de que el nudismo pueda ser una manifestación de la libertad ideológica o de otros derechos fundamentales y la Constitución precisa como límite de los derechos fundamentales los derechos de terceros. En todo caso, dicha limitación debe regularse en una ley no en una ordenanza.

El autor dice: “La posición del Tribunal Supremo no es coherente con la señalada para el Tribunal Europeo, dado que para el Tribunal Europeo el nudismo se soporta en un sistema de convicciones, que puede ser objeto de manifestación pública mediante la libertad expresión” (págs. 58-59). Tiene toda la razón. Es curioso, que la respuesta ante el nudismo es dar validez a las ordenanzas, sin amparo legal, y en cambio, en relación con el uso del velo integral determina que esta materia no puede ser regulada por los ayuntamientos dada su relación con el ejercicio de derechos fundamentales. ¿Qué respuesta daría el TS si quien solicita la nulidad de las ordenanzas municipales fuera una confesión religiosa como Garden of Eden Church?

La segunda materia es sobre la participación de los representantes de los poderes públicos en actos religiosos. Dice CELADOR que: “La doctrina constitucional es incongruente debido al doble rasero que utiliza para determinar la constitucionalidad de la participación de los poderes públicos en actos de naturaleza religiosa, según se trate de entidades públicas o de funcionarios y empleados públicos. En el primer caso, el tribunal concede un elevado margen de discrecionalidad a los poderes públicos, y entiende que su participación no supone una lesión del principio de laicidad, pese a la evidente confusión entre funciones religiosas y estatales que esta genera. Sin embargo, cuando se debate acerca de la libertad religiosa de los empleados públicos, el tribunal ha establecido reiteradamente que su participación en actos de naturaleza religiosa contrarios a sus creencias o convicciones lesiona su libertad religiosa. Aquí se encuentra la principal laguna de la doctrina constitucional, pues si el acto es de naturaleza civil por definición este no puede lesionar la libertad religiosa de los participantes; pero si el acto es de naturaleza religiosa, y en consecuencia es susceptible de lesionar la libertad religiosa de los empleados públicos, debería también lesionar el principio de laicidad” (págs. 66-67). Nada más que añadir.

Otro problema de fondo que indica el autor es “la dificultad para concretar qué festividades deben conmemorarse, o qué causas deben merecer el respaldo de las autoridades públicas. Asimismo, esta posición presenta el inconveniente adicional de que ignora la neutralidad que deben tener los poderes públicos frente a las ideologías, creencias y convicciones, y que, al tratar de instituciones públicas, deben servir con igual dedicación a todos los individuos, sin que quepa la posibilidad de discriminar a estos por tener –o no tener- una u otra ideología, ya que esta es una de las claves del pacto constitucional que ordena la convivencia pacífica y la paz social” (pág. 85).

Otra cuestión es la presencia de símbolos religiosos en la toma de posesión de los cargos públicos. El autor concluye que el cargo público debe tomar posesión sin la presencia de ningún símbolo religioso porque es el contexto más acorde con el principio de laicidad. Totalmente de acuerdo.

En relación con la jurisprudencia sobre la presencia de símbolos católicos en lugares públicos desarrolla toda la jurisprudencia sobre esta materia. Destaca, a título de ejemplo, el caso del Cristo de Monteagudo, colocado en 1951, que corona un castillo musulmán. El castillo sí que forma parte del patrimonio histórico de nuestro país, pero el Cristo no forma parte del patrimonio histórico, además, tiene una connotación de rechazo a la religión islámica pues simboliza la superioridad de la religión católica durante el régimen franquista. A pesar de estas cuestiones, el Tribunal de Superior de Justicia de Madrid manifiesta su desprecio por la normativa cultural y por los principios constitucionales de no discriminación y laicidad. Esta sentencia consolida la intolerancia religiosa, que es lo que representa dicho monumento religioso.

En este punto, el profesor Celador escribió que se debe proceder a la retirada de los símbolos religiosos de las dependencias públicas: «en primer término, porque dicha presencia impregna de su significado a cuantas personas se encuentren en el recinto público, sin permitir diferenciación alguna para las personas que profesen otras creencias o convicciones a la simbolizada; en segundo lugar, porque supone una inequívoca voluntad del Estado de poner a la religión simbolizada en centro de la vida pública, como verdad absoluta, sin el respeto debido al papel que otras experiencias religiosas o filosóficas desempeñan en la sociedad; y, en tercer lugar, porque supone una adhesión de los propios centros públicos a una determinada y concreta cosmovisión religiosa, produciéndose una confusión entre funciones estatales y religiosas que resulta contraria al principio de laicidad» (En *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*. Fundación Alternativas. 2007).

El estudio del régimen fiscal se centra en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Desde esta obra se solicita la renuncia a este privilegio que supone la exención de este impuesto. Circunstancia que se ha producido recientemente por parte de la Iglesia católica. Igualmente, este autor se

manifiesta sobre la existencia de una situación discriminatoria para las confesiones inscritas en el registro de entidades religiosas con las que el Estado no ha firmado acuerdos de cooperación, ya que el acceso a los beneficios fiscales se hace depender de la firma de acuerdos de cooperación. La modificación de la nueva Ley de Mecenazgo introduce que las confesiones con notorio arraigo también disfrutarán de estos privilegios fiscales. ¿La consolidación del “paradigma extensivo” es la dirección correcta?

Por falta de espacio, telegráficamente, nos referimos a su propuesta sobre reserva de espacios para enterramientos religiosos en cementerios públicos y a la cooperación de las confesiones con las administraciones públicas en materia de asistencia social, donde el régimen jurídico es idéntico a las entidades sin ánimo de lucro. Este último capítulo es un buen banco de pruebas para comprobar que las confesiones se pueden someter al régimen común de ayudas pública y con ello se garantiza el principio constitucional de laicidad.

Recomiendo la lectura de esta obra para profundizar en estos temas que son de gran actualidad. Esta obra cumple con su objetivo que es diseñar políticas respetuosas con el principio de laicidad. Si no se realizan estas políticas se corre el riesgo de perturbar la convivencia pacífica e impedir la cohesión social. No olvidemos que son los ayuntamientos los que tienen la función de garantizar dicha convivencia pacífica e impedir que se perturbe la tranquilidad de los vecinos, como ha dicho el TS. En fin, esta obra debería ser un manual para cualquier gestor municipal.

GASOL VARELA, CLAUDIA G. (DIR.), PÉREZ, NATALIA A. (COORD.). FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL: CASOS Y PRÁCTICAS, EDICIONES JURÍDICAS, BUENOS AIRES, 2022, 448 PP

ALEXIS RODRIGO LABORÍAS*

El libro *Fuentes del Derecho Internacional: Casos y Prácticas* es un reciente aporte a la bibliografía argentina de derecho internacional. Se trata de una obra colectiva, dirigida por Claudia G. Gasol Varela y coordinada por Natalia A. Pérez, quienes también asumieron el rol de autoras junto con Florencia Arbizu, Alan Feler, Marcos López Bustamante, Jorge Fernando Pared Mella y Stephanie Villarreal Zogbi.

Los mencionados integran un equipo docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, encabezado por Gasol Varela, profesora que tiene a su cargo el dictado de la asignatura “Las fuentes del Derecho Internacional”, curso obligatorio para aquellos estudiantes que eligen especializarse en derecho internacional público.

El libro tiene un objetivo eminentemente pedagógico, centrandose en la enseñanza y aprendizaje de una de las áreas más complejas del derecho internacional: los métodos reconocidos por la comunidad internacional como eficaces para establecer y verificar los derechos y obligaciones entre sus sujetos. Este propósito se concreta a partir de un conjunto de actividades prácticas, que permiten construir el conocimiento a partir de un dialogo fructífero entre alumnos y docentes.

Como puede observarse, la obra reseñada no es un manual teórico, descriptivo de un área del derecho, los cuales abundan en la producción bibliográfica. En contraposición, en Argentina son poco frecuentes los trabajos que enfocan la enseñanza y aprendizaje del derecho internacional desde una perspectiva práctica. Los docentes suelen centrarse en la transmisión de los

*Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad Argentina de la Empresa – UADE, Argentina. Profesor Adjunto (int.) del curso “Sujetos y jurisdicciones” (área Derecho Internacional Público) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA. Investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Proyectuales (INSOD - UADE). Becario UNIDROIT / UADE (Roma, 2009). Abogado (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Defensa Nacional (EDENA, actual Universidad de la Defensa Nacional). Correos electrónicos: alaborias@derecho.uba.ar; alaborias@uade.edu.ar. ORCID: 0000-0001-7414-0311.

contenidos conceptuales y, afortunadamente, también de los actitudinales, limitando aquéllos procedimentales al análisis de la jurisprudencia o a la ocasional resolución de casos hipotéticos. Posiblemente, una situación similar ocurra en otros países iberoamericanos. Sin embargo, un proceso de enseñanza y aprendizaje abarcativo requiere que los alumnos incorporen herramientas de trabajo que les permitan operar en el campo profesional, una vez que obtengan su título habilitante.

Luego de estas palabras introductorias, es de interés describir sintéticamente el contenido de la obra. El libro se encuentra organizado en cuatro Partes, correspondiendo las tres primeras a los casos y prácticas, y la última a un breve compendio normativo.

La Parte I lleva por título “La teoría de las fuentes del derecho internacional público”, comprendiendo los siguientes capítulos: “Los sujetos del derecho internacional y el proceso de creación de normas internacionales”, “Fuentes del derecho internacional y el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Diferentes procesos de creación de normas del derecho internacional. Identificación de categorías normativas”, “La normatividad graduada: del *soft law* al *ius cogens*” y “El *ius cogens* en la jurisprudencia de los tribunales internacionales”.

La Parte II se denomina “Los procesos de creación de normas en el derecho internacional” e incluye dos capítulos: “Las fuentes nominadas del derecho internacional. Los procesos de creación normativa incluidos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” y “Las fuentes innominadas del derecho internacional. Los procesos de creación normativa por fuera del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. A su vez, ambos capítulos están organizados en varias secciones temáticas.

La Parte III se refiere a “Las fuentes del derecho internacional en el derecho argentino”, de acuerdo con el siguiente detalle de capítulos: “Las fuentes del derecho internacional en la Constitución Nacional” y “Una mirada desde la jurisprudencia nacional con énfasis en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

Por último, la Parte IV es un apéndice con tres documentos: la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional.

El contenido de las tres primeras Partes, con sus correspondientes capítulos y secciones, exhibe un conjunto de prácticas que ponen en evidencia el esfuerzo sus autoras y autores para desarrollar con profundidad los temas propuestos. La Dra. Lilian del Castillo, prologuista de la obra, esboza la siguiente reflexión, a la cual adherimos: “Elaborar el presente conjunto de *casos* requiere

un conocimiento consistente del derecho internacional y de su proceso de creación, que difiere del proceso de creación de las normas jurídicas en el derecho interno. Cualquiera sea el sistema de derecho nacional, estará en todos los casos integrado por órganos con la facultad de dictar normas y determinar su estructura de validez. Por el contrario, eso no sucede en el proceso de creación de las normas aplicables a las relaciones de sujetos independientes e iguales, el magma propio del derecho que habita el ámbito de las relaciones internacionales.” (p. 13).

Las prácticas varían en su grado de dificultad, desde las más sencillas, como determinar y justificar si una afirmación es verdadera o falsa, hasta las más avanzadas, tales como la redacción de diversos documentos legales. En otras propuestas pedagógicas se invita a analizar legislación, jurisprudencia y comentarios de doctrina, entendido esto último de forma abarcativa, ya que se incluyen fragmentos de libros, de artículos de doctrina y de columnas de opinión en medios periodísticos, entre otros documentos. También se insta a la búsqueda y sistematización de información jurídica, incentivando a los estudiantes a que lo efectúen a través de bases de datos, en remplazo del cómodo, pero no siempre útil, empleo de un buscador de Internet.

Los casos hipotéticos, entendidos como situaciones conflictivas basadas en la realidad cotidiana del derecho internacional, ameritan un párrafo aparte. Se trata de una de las prácticas más complejas para abordar con los estudiantes, ya que su correcta resolución requiere una combinación de herramientas, tales como la comprensión de texto, el conocimiento del marco normativo aplicable y la búsqueda de soluciones creativas. La obra reseñada no rehúye de este desafío, sumando este tipo de prácticas en varios de los capítulos antes indicados.

A modo de cierre de esta descripción del contenido del libro, creemos necesario destacar dos aspectos. En primer lugar, la obra puede resultar de gran interés para docentes y estudiante hispanoparlantes en general, con la salvedad puntual de la Parte III, referida al derecho argentino y su vinculación con el derecho internacional. En segundo lugar, desde la perspectiva de los docentes el libro puede ser apreciado como un aporte para la enseñanza y, al mismo tiempo, como un incentivo para elaborar nuevos materiales de trabajo, aprovechando el contenido de la obra como una guía que ilustra la forma de aplicar metodologías activas en el devenir cotidiano de las aulas.

Un aspecto particular del libro, que es la ocasional presencia de orientaciones para las respuestas, amerita una reflexión adicional. Muchos de quienes hemos estudiado idiomas extranjeros sabemos que estudiantes y docentes poseen obras diferentes para sus respectivos roles. Así, el libro del estudiante presenta las lecturas, actividades y consignas, mientras que su equivalente para el docente incorpora las sugerencias de respuestas, definiciones y materiales de trabajo adicionales. Con esta perspectiva, ¿sería de interés trasladar dicho

formato a la enseñanza del derecho internacional o de cualquier otra rama del derecho? Con referencia a la obra que reseñamos, sus páginas podrían constituir un “libro de aprendizaje”. De manera complementaria, podría ofrecerse un “libro de enseñanza” con las orientaciones para la resolución de todas las prácticas y sugerencias de materiales complementarios. Si bien desde la perspectiva editorial, y la lógica necesidad de obtener rentabilidad de las obras, esta idea no sería del todo viable, quizás pueda pensarse en modelos alternativos recurriendo a una combinación de libros en papel, incluso con impresión bajo demanda (*print on demand*), y publicaciones digitales.

Por último, no podemos dejar de mencionar el contexto general en que se puede vislumbrar esta obra. En el año 2015 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución de la Asamblea General A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015), con diecisiete objetivos y ciento sesenta y nueve metas, describiéndola como “...un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. También tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad.” En particular, el Objetivo N°4 se enfoca en garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos, y su meta N° 7 alienta la promoción de una cultura de paz y de no violencia.

El derecho internacional, con sus virtudes y defectos, es una herramienta para alcanzar la convivencia pacífica, y su enseñanza y aprendizaje constituye indudablemente un pequeño aporte para alcanzar dichas metas. En un contexto tan trágico como el actual, en el cual la agresión abierta de un Estado poderoso a uno de sus vecinos nos enfrenta nuevamente con la cruda visión de la guerra, cuyas imágenes son obtenidas con múltiples medios electrónicos y replicadas a través de infinidad de pantallas, la promoción de la cultura de la paz es una necesidad acuciante.

AÑAÑOS BEDRIÑANA, KAREN G. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, EDITORIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA (EUG), COLECCIÓN EIRENE, GRANADA, 2021, 284 PP

JENNY ELIZABETH JUSTO CALLO*

La doctora Karen Añaños nos presenta en este libro un excelente trabajo que presenta el reconocimiento constitucional de los derechos humanos en Latinoamérica.

En el primer capítulo, se aborda una aproximación al concepto de derechos humanos, los antecedentes históricos de su surgimiento y su evolución posterior a la Segunda Guerra Mundial en Europa y Latinoamérica. Distingue, asimismo, los diferentes modelos: iusnaturalista, escéptico, positivista voluntarista, y dualista. Destaca la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como principal órgano de protección internacional del sistema europeo de derechos humanos, creado en el marco del Consejo de Europa, y en el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, argumenta de forma importante el papel de la Globalización, que implica significativos cambios en la naturaleza del poder, en su distribución y difusión, aumentando el protagonismo y el control de pocos Estados y actores transnacionales, y dando oportunidad a Estados no centrales y a actores transnacionales secundarios.

En el segundo capítulo, desarrolla los antecedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la gestación, la formalización, la consolidación, el perfeccionamiento y fortalecimiento del mismo. Destaca la interacción de la Corte interamericana y los tribunales nacionales, siendo su relación asimétrica y variada de

*Fiscal Provincial Penal de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Distrito Fiscal de Arequipa, Ministerio Público del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad Católica de Santa María, Perú. Discente de la Maestría en Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Beneficiaria de la ayuda financiera otorgada por MISEREOR – obra episcopal de la Iglesia Católica Alemana para la cooperación al desarrollo, durante los dos años de estudio de la Maestría en Derechos Humanos, a la que accedió en atención a la evaluación de su perfil profesional y su alto rendimiento académico. Proyecto de Tesis ganador del Programa de Apoyo a la Investigación para Estudiantes de Posgrado (PAIP- 2011) dirigido por la Dirección de Gestión de la Investigación (DGI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú por su alto nivel académico. Proyecto ganador seleccionado por la Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS) de la Pontificia Universidad Católica del Perú por presentar una elevada pertinencia social, al buscar contribuir a la mejora de la calidad de vida respondiendo a las muy diversas necesidades del Perú. Correo electrónico: jjusto2007@gmail.com. ORCID: 0009-0006-0069-1755.

un Estado a otro. En ese sentido, el Tribunal Constitucional constituye uno de los pilares democrático. De esta forma, la existencia de tribunales constitucionales no sólo es justificada, sino que es muy relevante en la construcción de un Estado democrático de derecho.

La doctora Añaños resalta, el cuestionamiento de si en atención al Control de Convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede imponer a los Estados y desarrollar una doctrina que ordena, en última instancia, el sistema jurídico de los países miembros, que han aceptado la competencia de la Corte Interamericana, debiendo plantearse si la Corte sobre la base de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede expedir sus pronunciamientos, de manera que todo pronunciamiento contrario quedaría sin efecto y como resultado se podría obligar incluso al Estado en cuestión a reformar su ordenamiento.

En efecto, coincidimos con lo opinado por la doctora Añaños, respecto a que los antecedentes de inestabilidad jurídica al interior de los Estados, la falta de consolidación de las instituciones democráticas en la región y a la necesidad de limitar el exceso de poder concentrado en el ejecutivo, por encima del resto de poderes, justifica de alguna forma dicha intervención.

En el tercer capítulo analiza cómo se aplican los tratados internacionales de Derechos Humanos en el Derecho Interno Latinoamericano. Así destaca el progresivo impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho Constitucional y en los textos fundamentales de los países. Asimismo, indica que los ordenamientos nacionales han establecido mecanismos para posicionar a los tratados sobre derechos humanos en su ordenamiento nacional. Señala la doctora Añaños que frente al viejo debate entre las posturas dualista y monista en los países latinoamericanos, se inclinan hacia la teoría monista. Del Derecho Constitucional Latinoamericano, se detecta una pronunciada tendencia hacia el reconocimiento expreso de sus textos constitucionales de la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre el ordenamiento nacional.

La preeminencia de la Convención Americana se ha correspondido por el papel tan importante y valioso de la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia, a medida que pasa el tiempo, es más conocida, debatida y aplicada, además del ámbito internacional en el plano interno del país. Para que un tratado internacional de derechos humanos sea efectivo en el Derecho Nacional, es necesario que sea considerado como un instrumento conceptual, y operacional de las personas que están inmersas en ese proceso, dentro de la función pública estatal, especialmente los que administran justicia, como los jueces del Poder Judicial, y el conjunto de integrantes y miembros del Tribunal Constitucional, quienes se configuran como los garantes inmediatos en el Derecho Interno.

En este contexto, la doctora Añaños resalta la necesidad de un cambio de postura por parte de los Estados miembros de la OEA, respecto al Sistema

Interamericano, y disposición de recursos económicos propios. Igualmente, señala que la evolución del *locus standi* al *jus standi* daría lugar a que las víctimas no tengan ningún obstáculo en acceder directamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en la actualidad sucede con los ciudadanos europeos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De igual forma, destaca la importancia de la independencia de los tribunales constitucionales y ordinarios, la imparcialidad de los jueces al resolver los casos y su neutralidad en cuestiones políticas, con el objeto de guardar las distancias con cualquier forma de influencia, o dependencia política. Es decir, que debe primar lo estrictamente jurídico sobre lo político. Por ende, es necesario un tribunal que no se extralimite en sus funciones, ni cometidos, que no administre ni legisle un país, pero que si los fiscalice constitucionalmente.

Como señala Philippe Schmitter y Terry Lynn Karl “Los ciudadanos son los elementos más característicos de las democracias. Todos los regímenes tienen gobernantes y un dominio público, pero sólo en la medida que sean democráticos habrá ciudadanos”¹. Ciertamente, los ciudadanos sustentan la democracia en su concepción normativa, su participación en la democracia es sustancial, son ellos quienes evalúan si los requisitos de la democracia existente empírica o poliarquía no llegan a cumplirse en su totalidad, así como juzgan a los gobernantes como responsables de sus acciones en el dominio público, actuando indirectamente a través de la competencia y cooperación de sus representantes elegidos.

En ese sentido, el gobierno democrático tiene como característica fundamental su continua actitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos sin establecer diferencias políticas entre ellos y procurando la satisfacción entera o casi enteramente de todos sus ciudadanos, sin importar su existencia real. No obstante, el riesgo que encontramos al permitir que la ciudadanía cimiente sus expectativas en una democracia puramente ideal o normativa y “(...) al exigirle más requisitos a la democracia, sin el compromiso de ciudadanos activos que impulsen los cambios y sin respuestas adecuadas de las elites políticas a las demandas ciudadanas, se puede retroceder hacia regímenes autoritarios en busca de respuestas para los problemas que generan la pobreza y la desigualdad”². Esto se argumenta en que las excesivas expectativas de las personas, las llevan a imaginar que, al haber alcanzado la democracia, habrán resuelto todos sus problemas políticos, sociales, económicos, administrativos y culturales. Desafortunadamente, ello no es así.

En esta línea, señala la doctora Rocío Verástegui, que “(...) existe una relación entre la concepción normativa de la democracia que se sustantiva en los ciudadanos

¹Philippe C. Schmitter y Terry Lynn Karl Karl, “¿Qué es y qué no es democracia?”, en *Instituciones políticas y sociedad. Lecturas introductorias*, editado por Romeo Grompone y compilado por Alberto Adrianzén, Julio Cotler, Sinesio López (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1995), 175.

²Rocío Verástegui Ledesma, Material de estudio del curso de “Democracia y Ciudadanía (participación ciudadana)”, otorgado en la Maestría de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, modalidad virtual, Primera Edición (Lima: PUCP -Virtual, 2010), 40.

y la evaluación de la democracia existente _o poliarquía_ que se percibe cada vez con más crítica e insatisfacción. Esto es, que a mayor (sustantivización de la democracia normativa) exigencia al concepto de democracia normativa, mayor exigencia a la democracia existente y por lo tanto menor satisfacción con las poliarquías. Pero también que, a mayor satisfacción con la democracia existente (poliarquía), mayor apoyo a la democracia (normativa)”³. En consecuencia, para mejorar la satisfacción con la democracia, primero debemos partir por mejorar la satisfacción con la poliarquía existente.

Pese a ello, lo positivo de la democracia es que “(...) al contrario de los regímenes autoritarios las democracias tienen la capacidad de modificar sus reglas consensualmente en respuesta a situaciones cambiantes. Puede ser que no se produzcan inmediatamente todos los beneficios mencionados anteriormente, pero poseen una mejor opción que las dictaduras para realizarlos”⁴. Esta es la principal causa por las que vale la pena luchar por un régimen democrático.

Reafirmando lo indicado por la doctora Añaños, debemos recordar, que Dahl señaló que “(...) ningún Estado ha poseído jamás un gobierno que haya estado completamente a la altura de los criterios de un proceso democrático”⁵, sin embargo, tener la posibilidad de que nuestra poliarquía logre posteriormente consolidarse en una democracia normativa hace de dicho proceso una mejor opción, que requiere especial énfasis en el principio de igualdad política, el cual “(...) presupone la idea de que todos los miembros están igual de bien cualificados para participar en las decisiones siempre que tengan adecuadas oportunidades de instruirse sobre las cuestiones relativas a la asociación mediante la indagación, discusión y deliberación”⁶. Entonces, debemos preocuparnos por dotar de resultados a las poliarquías y señales de los líderes políticos que muestren que se va construyendo la democracia y que se responde a las demandas de la ciudadanía incorporándola, es más de ser posible, plasmándola en decisiones.

En definitiva, la manera como fluye la lectura del libro de la doctora Añaños acercará y encantará no sólo a los expertos en la materia, sino a todos aquellos que quiera introducirse en este campo tan apasionante como importante.

³*Ibidem*.

⁴Schmitter y Karl, “¿Qué es y qué no es democracia?”, *op. cit.*, 186.

⁵Robert A. Dahl, *La democracia. Una guía para los ciudadanos* (Madrid: Taurus, 1999), 52.

⁶*Ibidem*, 50.

***ANGUITA OSUNA, JOSÉ ENRIQUE, LA
SEGURIDAD INTERIOR EN LA UNIÓN EUROPEA.
DEL ACUERDO DE SCHENGEN 1985 A LA
ESTRATEGIA PARA UNA UNIÓN DE LA
SEGURIDAD 2020, THOMSON REUTERS
ARANZADI, 2021, 390 PP***

JULIO GUINEA BONILLO*

El profesor José Enrique Anguita Osuna nos presenta una obra excepcional, para entender la seguridad interior en la Unión Europea. Se trata de un hito relevante en su carrera investigadora puesto que esboza en 390 páginas la construcción de la seguridad interior y su evolución en el seno de la Unión Europea. La obra publicada en la prestigiosa Editorial Aranzadi en 2021, está dividida en cinco grandes partes que mantienen una estructura coherente y clara con respecto al objetivo principal, que es clarificar el escenario de la seguridad interior y entender su construcción, desde una perspectiva histórica, jurídica, política y estratégica, abordando por igual el marco de los Estados miembros, de la Unión Europea y realizando una brillante aproximación al concepto de seguridad desde el derecho comparado.

Cobra pleno sentido que el capítulo inicial aborde la vertiente externa e interna del concepto de seguridad, ya que supone los cimientos de la obra para entender el marco conceptual en el que se va a desarrollar todo su contenido, para destacar en el segundo capítulo el marco normativo y conceptual del elemento de la seguridad interior y, consecuentemente, desglosar aspectos tan relevantes como el orden público, la seguridad o la actividad policial y su evolución en el seno del Estado español, sin obviar el debate existente entre dos conceptos al parecer irreconciliables, como son la libertad y la seguridad. El profesor Anguita los delimita claramente y destaca las medidas que podrían ser limitativas de derechos, con la misma capacidad que Santo Tomás de Aquino distinguió entre razón y fe.

Además, se agradece que antes de pasar al marco de la Unión Europea el autor haya tenido en consideración los modelos policiales y una comparación con

*Profesor de Historia del Derecho y las Instituciones. Universidad Rey Juan Carlos (URJC). Correo electrónico: julio.guinea@urjc.es. ORCID: 0000-0002-3275-6940.

el marco jurídico de los principales países europeos, como son el Reino Unido, Francia o Alemania, que mantienen un peso específico en la seguridad interior.

Lo que nos lleva a entender esta monografía como un conjunto de tres grandes ámbitos muy diferenciados. El primer capítulo delimita el concepto de seguridad y por lo tanto repasa la trayectoria filológica, histórica y filosófica del concepto mientras que en el segundo capítulo nos encontramos la seguridad interior netamente estatal. De ahí que la tercera parte corresponda con los capítulos tercero a quinto, constituyendo la parte del libro con mayor carga europea. De esta manera se observa un enfoque que parte desde el plano de las ideas, trasciende al plano nacional y culmina en el marco europeo.

Por ello, cobra pleno sentido el capítulo dedicado a la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, un capítulo que bebe de las fuentes de quien fuera su maestro, el catedrático Rogelio Pérez Bustamante que ha creado una escuela de historiadores de la Unión Europea en nuestro país y Enrique Anguita sigue acertadamente la estela de quien fuera su mentor, con una estructura clara, ordenada y rigurosa.

La evolución histórica es especialmente importante, para entender el concepto de seguridad desde la propia construcción comunitaria hasta nuestros días. De ahí que sea necesario abordar las diferentes reformas de los tratados constitutivos y los distintos programas de implementación del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, comenzando con Tampere y culminando en Estocolmo para finalmente abordar los mecanismos jurídicos y políticos actuales de la cooperación policial y de la seguridad desde el Tratado de Lisboa y la agenda estratégica de la Unión hasta el fondo de seguridad interior y la estrategia para el espacio Schengen.

El cuarto capítulo supone el desarrollo de todas las actuaciones que la Unión Europea emprende en el campo de la seguridad interior, partiendo de la delincuencia organizada, destacando especialmente el tráfico de armas de fuego, la lucha contra la delincuencia financiera económica y el blanqueo de capitales o la delincuencia tecnológica y cibernética, así como la medioambiental. Además, establece los parámetros que han guiado a la Unión Europea en los últimos tiempos, para hacer frente al terrorismo, la trata de seres humanos ya sea con especial referencia a mujeres y menores o la inmigración ilegal y el tráfico de estupefacientes.

Los distintos ámbitos son analizados con maestría ya que aportan unos aspectos generales, a partir de los cuales se puede entender la base de la política de seguridad concreta de la Unión Europea para jalarla con la evolución histórica y las medidas más destacadas de su funcionamiento.

El capítulo quinto cierra la obra y está dedicado a las instituciones, agencias y organismos de la Unión que garantizan el cumplimiento de la política del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, específicamente centrados en el campo de la seguridad. Aunque parte de una breve explicación de cinco instituciones protagonistas como son el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo el Consejo de la Unión Europea a través de sus diferentes conclusiones, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia, pasa a continuación a desarrollar acertadamente la labor de Europol, CEPOL, Eurojust, Frontex, el sistema Isa o EU-lisa como principales protagonistas a nivel de agencia y desde los comités observamos que no deja ninguno al margen, porque aborda con minuciosidad desde el Comité Permanente de cooperación operativa en materia de seguridad interior, hasta el Centro Europeo de ciberdelincuencia, pasando por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, el Centro Europeo de delitos financieros y económicos, el Centro Europeo de lucha contra el terrorismo, el Centro Europeo de lucha contra el tráfico ilícito de migrantes o el Observatorio Europeo de las drogas y las toxicomanías.

En definitiva, esta obra supone el Vademécum para todos aquellos que quieran emprender el estudio de la seguridad interior de la Unión Europea, puesto que no deja ningún cabo suelto, partiendo de los conceptos se traslada al plano estatal y de ahí se eleva sobre el marco europeo. Un enfoque que debe ser agradecido por su claridad concisión y rigor, fruto de años de magisterio en las Universidad. Una obra excepcional de obligada lectura para todos aquellos que busquen profundizar en la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, pero singularmente en el concepto de la seguridad de la Unión, que tiene importantes retos. Tal y como el profesor Enrique Anguita ha destacado en sus conclusiones: la Unión Europea no puede demorarse en sus respuestas, su actuación debe ser rápida y eficaz, para evitar que las nuevas oportunidades para las redes del crimen organizado puedan florecer en un espacio que se ha articulado con el propósito de servir a la idea de libertad que tanto ciudadanos como empresas disfrutamos hoy en Europa.

***BORN, GARY, INTERNATIONAL ARBITRATION:
LAW AND PRACTICE, EDITORIAL WOLTERS
KLUWER LAW AND BUSINESS, 579 PP***

JOSÉ PABLO PINCHEIRA ADOLFSEN*

La obra titulada *International Arbitration: Law and Practice* escrita por Gary Born es un recurso elemental para quien desee introducirse en el estudio del arbitraje comercial internacional. El libro consagra una descripción acabada de la normativa, procedimientos legales y principios que regulan esta novedosa e incipiente área del derecho comercial internacional, con un uso del lenguaje muy sutil y preciso. De esta manera emplea consideraciones esenciales en el mundo arbitral, tal como la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral, estrategias de resolución de disputas o bien cuestiones de carácter jurisdiccional.

Su análisis no se agota solo en la teoría y discusiones doctrinales, sino que además apoya sus doctrinas en un análisis detallado de laudos arbitrales y jurisprudencia. Todo ello permite al lector estimularse a través de consejos prácticos acerca del manejo de estas disputas comúnmente complejas, consiguiendo, exitosamente su resolución.

Gary Born es un experimentado autor, pues en el campo del arbitraje se ha destacado con su vasta experiencia académica y profesional, la que radica en la conducción de arbitrajes internacionales en una variedad de foros, destacándose el centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Aún mas, ha actuado como árbitro en numerosos casos y es frecuentemente reconocido por su imparcialidad y equidad en sus decisiones.

Tal maestría la desenvuelve en la escritura de este libro, lo que permite brindar a los lectores una fácil comprensión del mundo arbitral, cuando los mismos, carecen de experiencia.

*Alumno Universidad de Concepción Chile. Correo electrónico: Jpincheira2001@gmail.com. ORCID: 0009-0000-8300-5496.

International arbitration: Law and Practice invita a los abogados, profesionales, estudiantes y/o cualquier persona interesada a conocer e investigar acerca del arbitraje internacional. La extensa investigación de Gary Born facilita entonces la comprensión del material difícil, lo que convierte a este libro en una guía de referencia global para aquellos que buscan profundizar sus conocimientos en el área.

Lo medular del libro se consagra en el acuerdo arbitral o pacto de arbitraje, que, además, configura la piedra angular del arbitraje comercial internacional. El tratamiento que realiza el autor recae en su evolución histórica, centrándose en su origen, desarrollo y situación actual. Generándose diversas discusiones en su origen para sentar sus cimientos en a fines del siglo XIX.

Una vez sentada la discusión de los antecedentes del arbitraje internacional, se pronuncia sobre la actualidad, destacando su auge en materia de resolución de controversias. Lo anterior no resulta azaroso, pues posteriormente apoya sus fundamentos en un análisis exhaustivo de las ventajas y desventajas del acuerdo arbitral y su procedimiento. Destacándose la flexibilidad, confidencialidad y exigibilidad del mismo.

Es menester señalar que el arbitraje surge a raíz del pacto o convenio arbitral, configurándose como el eje del mismo: “*it is elementary that “arbitration” is a consensual process that requires the agreement of the parties*”. Sin perjuicio de su importancia, surgen a raíz del mismo conflicto sobre su existencia, validez, alcance e interpretación. Las mismas, pueden surgir a través de diversos motivos como la discrepancia en los términos del pacto arbitral, la interpretación sobre la inclusión de la cláusula compromisaria en el contrato, o bien el consentimiento de las partes al momento de celebrar dicho acuerdo. Lo anterior configura lo que conocemos como *legal practice in International arbitration* abordado en el libro en comentario, ya que el tribunal arbitral *ex ante* deberá resolverlas con el fin de abordar el fondo del asunto controvertido.

En concreto, Born argumenta: “*(...). It is a complex subject that arises in most disputes over the existence, validity and interpretation of international arbitration agreements. The subject has given rise to extensive commentary, and almost equally extensive confusion, which does not comport with the ideals of international commercial arbitration*”.

Uno de los principales inconvenientes en la práctica arbitral es la determinación de la ley aplicable al acuerdo o pacto arbitral. Born fundamenta este problema en la falta de uniformidad y claridad en las regulaciones de esta institución como la Convención de Nueva York, combinado con la ambigüedad en la redacción de las cláusulas compromisorias en los contratos internacionales.

El autor trata este problema bajo la siguiente premisa: En la prerrogativa de la autonomía de la voluntad que gozan la partes, se les otorga la facultad de dirimir la legislación aplicable en lo relativo a la formación y validez sustantiva del acuerdo suscrito entre ellas.

Así pues, el criterio para la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral debe orientarse a una solución que permita la producción de los efectos propios del mismo. Será de esa manera la única vía de asegurar el respeto al principio de autonomía de voluntad de las partes, el cual se materializa en someter sus disputas a la decisión del tribunal arbitral. Born así lo fundamenta: *This principle rests on the premise that parties generally intend application of that law which will give effect to their agreement to arbitrate and provide safeguards against the peculiar jurisdictional and choice-of-law uncertainties of transnational litigation*”

Los fundamentos del autor son ampliamente reconocidos en el arbitraje internacional. De esta manera, el principio general del acuerdo radica en la autonomía de la voluntad de las partes para acordar que la validez del acuerdo arbitral se rija por una normativa específica, lo que suele disipar cualquier duda al respecto. No obstante, es el caso de su omisión la que ha generado esta frecuente controversia, que incluso ha tenido efectos adversos en la litigación arbitral internacional que han llegado a manifestar la nulidad del laudo arbitral.

En el capítulo tercero letra d, el autor, otorga un interesante tratamiento a las cláusulas patológicas. Para tal efecto, las clasifica en cinco grupos: Indefinite Arbitration Agreements; Arbitration Agreements Referring to Non-Existent Arbitral Institutions; Arbitration Rules, or Arbitrators; Internally Contradictory Arbitration Agreements y Optional” or Non-Mandatory Arbitration Agreements.

En este acápite de la reseña se analizarán cada uno de ellos de acuerdo a lo estipulado por el autor. Respecto al primer grupo, los califica como aquellos en que las partes han redactado un acuerdo arbitral en términos imprecisos o vagos. Sin embargo, la jurisprudencia arbitral y nacional buscan respetar el principio de autonomía de la voluntad en cuanto a la interpretación de estas cláusulas, con motivo de darles validez a dichos acuerdos imprecisos.

Respecto al segundo grupo, realiza un análisis acerca de la validez de las cláusulas arbitrales que hacen referencia a instituciones o autoridades nominadores inexistentes. Señalando que no obstante su inexistencia, se ha optado por estimarlas innecesarias mientras que otros han tratado de enmendarlas o complementarlas.

Es menester comentar el citado fallo en el acápite: *Swiss arbitral tribunal construed a reference to the “international trade association organization in*

Zurich” (there is none) to mean arbitration under the Zurich Chamber of Commerce International Arbitration Rules.

Los grupos tercero y cuarto tienen como elemento común la selección del foro arbitral que se utilizará para resolver las controversias entre las partes. Lo cual da lugar a múltiples clases de pactos arbitrales como aquellas que seleccionan dos sedes arbitrales diferentes, aquellas que seleccionan dos mecanismos diferentes para la selección de árbitros o bien las cláusulas híbridas.

Estas últimas han cobrado gran relevancia en la última época, y se manifiesta la unilateralidad o el carácter híbrido, en que uno solo de los compromitentes se reserva la facultad de optar, surgida una de las controversias sometidas a arbitraje, entre acudir al arbitraje o a la jurisdicción estatal

International Arbitration: Law and Practice de Gary Born es una obra fundamental esencial para cualquier persona interesada en profundizar en el estudio del arbitraje comercial internacional. El libro proporciona una descripción completa de las leyes, los procedimientos legales y los principios que rigen esta área emergente del derecho comercial internacional, con el uso de un lenguaje sutil y preciso. Cubre consideraciones esenciales en el mundo del arbitraje, como la determinación de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, estrategias de resolución de disputas y cuestiones jurisdiccionales.

El texto no solo se centra en la teoría y las discusiones doctrinales, sino que también respalda sus doctrinas con un análisis detallado de laudos arbitrales y jurisprudencia, lo que permite al lector obtener consejos prácticos sobre cómo manejar con éxito disputas comúnmente complejas. La amplia experiencia de Born en la conducción de arbitrajes internacionales en una variedad de foros, incluido el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), otorga credibilidad a sus escritos y brinda a los lectores una comprensión más profunda del proceso de arbitraje.

En la reseña, el primer capítulo del libro se centra en el acuerdo de arbitraje o cláusula arbitral, porque es el corazón del libro. Born proporciona una introducción al derecho del arbitraje en general, incluidos sus orígenes, desarrollo y estado actual de las cosas. Analiza la historia del arbitraje internacional y su desarrollo a fines del siglo XIX, preparando el escenario para una discusión sobre su popularidad actual como método para resolver disputas. Born respalda esta popularidad con un análisis exhaustivo de las ventajas y desventajas del arbitraje, incluida su flexibilidad, confidencialidad y aplicabilidad. Por un lado, uno de los temas principales en la práctica del arbitraje es determinar la ley aplicable al acuerdo o cláusula de arbitraje. Born aborda este problema argumentando que la falta de uniformidad y claridad en las

normas que rigen a esta institución, como la Convención de Nueva York, sumado a la ambigüedad en la redacción de las cláusulas arbitrales en los contratos internacionales, genera dificultades en la determinación del derecho aplicable. Sostiene que, en este sentido, debe respetarse la autonomía de voluntad de las partes, otorgándoles la facultad de determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

La extensa investigación de Born hace de este libro una guía de referencia de fácil comprensión. El mismo cubre los temas clave en la práctica del arbitraje comercial internacional, incluido el acuerdo de arbitraje, la ley aplicable al acuerdo, las estrategias de resolución de disputas y las cuestiones jurisdiccionales. En general, *International Arbitration Law and Practice* es una lectura obligada para cualquiera que busque obtener una comprensión profunda del arbitraje comercial internacional.

***BERTOT TRIANA, HAROLD, ESTUDIOS SOBRE
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
CAVILACIONES AL HILO DE TEMAS ACTUALES
DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS, EDITORIAL OLEJNIK, SANTIAGO DE
CHILE, 2023, 383 PP***

CARLOS RAMÓN FERNÁNDEZ LIESA*

El libro que tengo el gusto de recensionar es una obra académica de calidad, que refleja el rigor de un jurista de raza. Harold Bertot Triana evidencia en este estudio, como ya hiciera en otros trabajos, en particular en su tesis doctoral sobre el reconocimiento de gobiernos, una amplia formación en Derecho, tanto en teoría del derecho como en derecho constitucional y en Derecho internacional. Más que de un área de conocimiento el autor forma parte de los jóvenes investigadores que tienen la altura de miras jurídica necesaria para abordar temas complejos como los que aquí se tratan, para los cuales una sola rama del Derecho resulta parcial e insuficiente.

La proliferación de tribunales internacionales ha dado lugar a que la doctrina científica aborde cuestiones complejas como las relativas al valor jurídico de las decisiones de órganos internacionales, los diversos aspectos de las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno, el diálogo y los choques entre tribunales, la fragmentación y la unidad del orden internacional, entre otras. Este libro aborda algunas de estas cuestiones teóricas y prácticas, poniendo la lupa en uno de los tribunales más innovadores del mapa judicial internacional, la Corte interamericana de derechos humanos.

Las cuestiones jurídicas que se plantean son todas ellas importantes: la eficacia y la legitimidad del sistema interamericano; el control de convencionalidad; la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y

*Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: carlos@inst.uc3m.es. ORCID: 0000-0003-4499-4580

culturales; el asilo diplomático; los derechos de los pueblos indígenas; los efectos jurídicos para los derechos humanos de la denuncia de la convención americana o la reelección presidencial indefinida.

La elección de esos temas clave evidencia un buen olfato jurídico basado en un conocimiento del Derecho internacional y del sistema interamericano, así como de los temas científicos que aborda. El trabajo está bien escrito y se fundamenta en un exhaustivo manejo de la jurisprudencia y de la doctrina, lo que hoy ya no es siempre la regla. La obra viene precedida de un prólogo de José Ernesto Roa Roa, que realiza reflexiones sobre el carácter subsidiario del sistema interamericano y sobre el papel del diálogo judicial entre los jueces nacionales y el interamericano, que van conformando un *ius commune* en América Latina.

Estamos ante un estudio objetivo, científico y ponderado, que muestra en cada tema los debates científicos, las posiciones académicas y la evolución de la jurisprudencia. La posición subjetiva del autor poco se intuye, más allá de su perspectiva *pro personae*, como no podía ser de otro modo, pero no es un activista que esconda los argumentos que no permitan llegar a sus planteamientos. Es más un trabajo académico que fruto de un activismo que en la actualidad ha llenado muchos departamentos de investigadores que no utilizan adecuadamente el método científico. Su origen cubano, aunque hoy afincado en la “madre patria” se ve cuando resalta, con justicia, el importante papel del país caribeño en los orígenes del sistema universal de Naciones Unidas, así como que fue el primer país que abogó por un proyecto de declaración de derechos humanos en la Asamblea General de Naciones Unidas, el 5-I-1946.

Se muestra a lo largo del análisis la *importancia del sistema interamericano en el desarrollo de los estándares, las políticas, las reformas constitucionales y legales, en lo que se ha denominado un constitucionalismo transformador*, que no siempre es pacífico, pues produce choques con los Estados, como los derivados de las denuncias de países como Perú, Trinidad y Tobago, Venezuela o Nicaragua, o la impugnación de sentencias por los tribunales superiores de Perú, Venezuela, República Dominicana o Argentina.

Este diálogo y estos choques son normales entre los tribunales nacionales y los internacionales. El trabajo sirve para reflexionar en torno a los mismos, para lo cual profundiza en el alcance del *principio de subsidiariedad y en la doctrina del margen de apreciación nacional*, que analiza por comparación con la doctrina del tribunal europeo. Apunta que el enfoque deliberativo y democrático debiera llevar a una mayor deferencia por la Corte, en relación con el margen nacional. Pero a juicio del autor (p. 92) “asumir la doctrina del margen comportaría más peligros potenciales y podría debilitar los estándares de protección ya consolidados en determinados derechos”. Buen ejemplo de los avances y de la vocación transformadora de la Corte se observa en materia de

responsabilidad y en conceptos como el de *discriminación estructural* que tiene un impacto determinante en la discriminación de la mujer o de los afrodescendientes, en una jurisprudencia innovadora a nivel internacional.

También lo es la *doctrina del control de convencionalidad* que obliga a todos los Estados a realizar un control sobre la emisión y aplicación de las normas y a analizar la compatibilidad entre el orden interno y la convención, lo que ha planteado muchas cuestiones sobre el alcance de este control. Indica con intuición de buen jurista (p. 132) el autor, en algo con lo que coincido plenamente:

“pretender que un juez constitucional pueda inaplicar disposiciones constitucionales con la justificación de estar ejerciendo un control de convencionalidad, debe comportar, al menos, una recepción del derecho internacional de los derechos humanos que lo permita. Si no es así, cualquier acción para dejar sin efectos preceptos constitucionales, entrará en colisión e invadirá competencias de otros órganos (en este caso el legislativo o el constituyente, según el caso) y con ello una extralimitación injustificable y una deslegitimación de la institución del control de convencionalidad”.

Esta y otras muchas cuestiones son objeto de análisis donde se abordan los límites del control también en relación con las *opiniones consultivas*, pues no son obligatorias, lo que plantea problemas específicos. A su juicio hay que considerarlas como un “medio auxiliar” en el sentido del art. 38, d del estatuto de la Corte internacional de Justicia, al asimilarse a “decisiones judiciales”, “para la determinación de las reglas de derecho”. De este modo, indica (p. 150) la norma convencional interpretada por medio de la opinión consultiva pasa a formar parte del *corpus iuris* en materia de derechos humanos; es decir, si bien la opinión consultiva en sí, como resolución de la Corte interamericana no es vinculante ni obligatoria directa para los Estados pero contiene elementos jurídicos (norma convencional interpretada) con una eficacia jurídica diferida para los Estados en la determinación de la responsabilidad internacional y en la consecuente ordenación de acciones de reparación”.

Otra cuestión clave que estudia es el de la *interpretación del art. 26 de la Convención americana de derechos humanos y la cuestión de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. En esta línea la Corte había recordado en el *caso Acevedo Buendía y otros vs Perú* (2009) la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, “que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ellos”, lo que desemboca posteriormente en una cierta justiciabilidad. En el *caso Lagos del Campo vs Perú* de 31 de agosto de 2017 por primera vez la Corte responsabiliza a un Estado por una violación de un derecho laboral, de conformidad con el art. 26, en una jurisprudencia que se ha consolidado, en relación con derechos como el derecho a la salud o los derechos laborales, sindicales, a la seguridad social, a la huelga, a

participar en la vida cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada o al agua, entre otros, indica. Se analizan los interesantes debates doctrinales y entre jueces a que ha dado lugar este giro; asimismo se aborda el alcance de las obligaciones del Estado. En todo caso, toda esta evolución ha dado lugar (p. 193) a una línea jurisprudencial “pionera en el marco de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos” por la “vía de la conexidad”.

Otro tema de gran interés (pp. 195 ss) es el relativo a una de las instituciones más controvertidas en el orden internacional, como es el *asilo diplomático*, donde analiza la *opinión consultiva de 30 de mayo de 2018*, así como la evolución de las normas desde la convención sobre asilo de 20-II-1928 hasta la actualidad. El asilo diplomático constituye una institución de tradición latinoamericana, pero no de derecho consuetudinario regional (pp. 209 ss). Posteriormente entra en la jurisprudencia de la corte interamericana en relación con los derechos de los pueblos indígenas, en temas tales como la *identificación del pueblo indígena*, la *protección de la propiedad comunal* (pp. 232 ss), el *derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado* (pp. 238 ss), de los que muestra los significativos avances que se han producido.

La última parte del libro aborda otros temas de gran actualidad e interés jurídico y social como los efectos jurídicos de la *denuncia de la convención americana*. Parte para ello del análisis de la práctica, donde el propio autor intervino mediante la presentación de un *amicus curiae* (p. 253) que siguió el tribunal, en relación con su sugerencia en materias competenciales. Analiza las obligaciones de los Estados que han denunciado la convención americana de derechos humanos, que están *obligados a cooperar en la observancia de derechos humanos en un cuadro de violaciones graves y sistemáticas, a utilizar medios lícitos para poner fin a tales violaciones, a abstenerse de usar la fuerza y a brindar protección a los asilados y refugiados*, entre otras. Finalmente (pp. 279) aborda dos cuestiones de gran actualidad política e interés jurídico. De un lado la *interpretación de las obligaciones en materia de derechos políticos* del art. 23 de la convención, la figura del juez competente penal y el fenómeno de la corrupción política; de otro, el de la *reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales*.

En definitiva, es un trabajo riguroso, que aborda temas clave del sistema interamericano, que aporta luz y conocimiento en temas complejos y que por ello es de recomendable lectura para aquellas personas interesadas en la evolución de los derechos humanos en el sistema interamericano y en el Derecho internacional y comparado

DOCUMENTACIÓN

DOCUMENTACIÓN

DÉBORAH PRESTA NOVELLO*

Documentos:

- 1) Guía para la cobertura periodística de femicidios y violencia basada en género. ONU Mujeres. 2023
- 2) Declaración de Santo Domingo. XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno. Secretaría General Iberoamericana. 2023
- 3) Carta Medioambiental Iberoamericana. Compromiso con las próximas generaciones iberoamericanas. XXVIII Cumbre Iberoamericana De Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno. Secretaría General Iberoamericana. 2023
- 4) América Latina y el Caribe en la mitad del camino hacia 2030: avances y propuestas de aceleración. CEPAL. 2023
- 5) Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022. CIDH. 2023
- 6) Trigésimo cuarto informe del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de los Estados Americanos (MAPP/OEA). Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, SG/OEA. 2023

1) Guía para la cobertura periodística de femicidios y violencia basada en género (ONU mujeres)

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

*Investigadora posdoctoral Margarita Salas Universitat de Lleida -UdL-. Correo electrónico: deborah.presta@udl.cat. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5990-7588>.

la IA en el sector público. Concluye con una serie de recomendaciones para los gobiernos de ALC.

2 de marzo de 2023

URI: <https://lac.unwomen.org/es/digital-library/publications/2023/03/guia-para-la-cobertura-periodistica-de-femicidios-y-violencia-basada-en-genero>

Documento disponible en: https://lac.unwomen.org/sites/default/files/2023-03/GuiaCoberturaPeriod%C3%ADsticaFemicidios-UY_21Marzo23.pdf

2) Declaración de Santo Domingo. XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno (XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno. Secretaría General Iberoamericana)

Las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos, reunidos el 25 de marzo de 2023 en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, bajo el lema común: "*Juntos por una Iberoamérica justa y sostenible*", aprobaron la Declaración de Santo Domingo.

En un contexto en el que la humanidad enfrenta múltiples crisis, la acción gubernamental, el respeto y la defensa del multilateralismo y la implicación de otros actores relevantes según corresponda, será fundamental para la construcción de soluciones colectivas que respondan a los desafíos locales de los países iberoamericanos, en aras de garantizar la cohesión de nuestras sociedades, propiciar la igualdad de oportunidades y derechos, para alcanzar sociedades más equitativas.

La Declaración de Santo Domingo con la que culminó la XXVIII Cumbre Iberoamericana sentó bases para afianzar la comunidad conformada por los veintidós países de esta región. Bajo esos principios se aprobaron dentro de la Declaración de Santo Domingo los cuatro instrumentos sobre los que se había construido esta cumbre, la primera de carácter presencial tras la irrupción de la pandemia. Así, el documento culminante de los debates abarcó una carta medioambiental iberoamericana, una carta de principios y derechos digitales, un marco para el diseño de una nueva arquitectura financiera y una ruta para una seguridad alimentaria inclusive y sostenible.

25 de marzo de 2023

URI: <https://www.segib.org/?document=declaracion-de-la-xxviii-cumbre-iberoamericana-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-republica-dominicana-2023>

Documento disponible en: https://www.segib.org/wp-content/uploads/Declaracion-xxviii-cumbre-rd_Es.pdf

3) Carta Medioambiental Iberoamericana. Compromiso Con Las Próximas Generaciones Iberoamericanas (XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno. Secretaría General Iberoamericana)

La XXVIII Cumbre Iberoamericana adoptó la Carta Medioambiental común para atajar los efectos del cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la contaminación, tres crisis simultáneas que amenazan el futuro de la región y del mundo.

La aprobación de esta Carta permite aunar esfuerzos y fortalecernos de forma coordinada en la aplicación de las normativas ambientales, innovación e intercambio de buenas prácticas como una herramienta que nos asista en la planificación y cooperación hacia soluciones que respondan a necesidades ambientales. La Carta Medioambiental Iberoamericana propone acuerdos y compromisos sobre cambio climático, recuperación de la biodiversidad, contaminación y recursos hídricos.

La Carta es el resultado de casi tres años de intenso trabajo técnico y de un diálogo con organismos internacionales y redes de la sociedad civil, luego de que, tras 11 años de pausa, la región retomase en septiembre de 2020 la temática medioambiental en los trabajos preparatorios de las cumbres iberoamericanas. Esta hoja de ruta común es la continuación del trabajo logrado en la Cumbre de Andorra en 2021, en cuya declaración se consagró la necesidad de integrar la dimensión medioambiental a los planes de recuperación postpandemia.

25 de marzo de 2023

URI: <https://www.segib.org/?document=carta-medioambiental-iberoamericana>

Disponible en: https://www.segib.org/wp-content/uploads/Carta-Medioambiental-Iberoamericana_Es.pdf

4) América Latina y El Caribe en la Mitad del Camino Hacia 2030: Avances y Propuestas de Aceleración (Comisión Económica Para América Latina Y El Caribe -Cepal-)

Los países de América Latina y el Caribe se encuentran en la mitad del período establecido para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. El avance hacia esos Objetivos y metas se vio seriamente obstaculizado por la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19), que causó un fuerte impacto en el mundo a partir de 2020 y comprometió el progreso hacia la consecución de la Agenda en vastas regiones del planeta, incluida América Latina y el Caribe, la región del mundo más afectada por la pandemia.

En el último bienio, se han sumado, además, acontecimientos de alcance mundial desfavorables para el progreso hacia el logro de los ODS, como el conflicto en Ucrania, las tensiones comerciales y los conflictos geopolíticos, las migraciones forzadas y el rebrote de procesos inflacionarios. En este informe se analizan tres aspectos clave. En primer lugar, se examina el avance general hacia

la consecución de todos los ODS y luego, más en profundidad, el avance hacia el logro de cinco de ellos: agua limpia y saneamiento (ODS 6); energía asequible y no contaminante (ODS 7); industria, innovación e infraestructuras (ODS 9); ciudades y comunidades sostenibles (ODS 11), y alianzas para lograr los Objetivos (ODS 17). En segundo término, se argumenta que para retomar la senda hacia el cumplimiento de las metas de los ODS en 2030 se requiere no solo un esfuerzo de mayor inversión y financiamiento, sino un cambio en la forma de hacer política pública. En tercer lugar, se analizan los procesos institucionales que se han concretado alrededor de la implementación y el seguimiento de los ODS.1 de septiembre de 2022.

20 de abril de 2023

URI: <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/48823>

Disponible

en:

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/48823/S2300097_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

5) Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022 (Comisión Interamericana De Derechos Humanos, -Cidh-)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó su Informe Anual 2022 que contiene el detalle de los avances y desafíos más relevantes en derechos humanos para la región, así como información de su gestión institucional para el cumplimiento de su mandato. En su conjunto, el Informe representa un instrumento de referencia regional, acceso a la información y transparencia institucional.

El Informe Anual de la CIDH es un instrumento de referencia regional que compila la situación de los derechos humanos en el hemisferio, el cual presenta los avances y desafíos de los Estados miembros de la OEA en la materia; y expone los logros institucionales, el trabajo y actividades realizadas por la Comisión para garantizar y proteger los derechos humanos de todas las personas en la región.

El Informe consta de 6 capítulos. El capítulo I presenta las actividades de la Comisión, con la aprobación del nuevo plan estratégico 2023-2027, el cual es la actual hoja de ruta que orienta la gestión institucional en los próximos años, elaborado con amplia participación y estrecho diálogo con la comunidad interamericana. Respecto del acceso a la justicia interamericana, el capítulo II da cuenta del trabajo del sistema de peticiones, casos, medidas cautelares y la labor y rol de la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En lo que refiere al mandato de monitoreo y promoción de los derechos humanos, el capítulo III se enfoca en las actividades de las relatorías temáticas y de país, de promoción y capacitación. En el capítulo IV se presenta un completo panorama de las observaciones y desafíos en derechos humanos. La CIDH realiza seguimiento a las recomendaciones formuladas a los países a través de sus

informes, el cual se reporta en el capítulo V, en el que se incluye el seguimiento de las recomendaciones de los informes sobre los Estados de Brasil, El Salvador, Honduras y México. La transparencia institucional y la rendición de cuentas son inherentes al mandato de la CIDH. En el capítulo VI, se detalla la estructura y personal; los recursos financieros y ejecución presupuestaria; así como la planeación, movilización de recursos, y administración de proyectos. En los anexos del Informe Anual se encuentran informes y resoluciones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE); y de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA).

20 de abril de 2023

URI: <https://www.oas.org/es/CIDH/informes/IA.asp?Year=2022>

Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2022/capitulos/2-IA2022_Introduccion_ES.pdf

6) Trigésimo Cuarto Informe del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de los Estados Americanos (Mapp/Oea) (Secretaría General, Organización De Los Estados Americanos, Sg/Oea)

La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (SG/OEA) presentó en mayo de 2023, ante el Consejo Permanente, el Informe 34 sobre las labores de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA) en el segundo semestre de 2022. En el Informe reafirma el acompañamiento a la Política de Paz Total del Gobierno colombiano e insta a los grupos armados ilegales a comprometerse con esta oportunidad única de diálogo, así como a cesar los ataques contra la población civil y los actores humanitarios.

El Informe 34 corresponde a la labor desarrollada entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2022, período en el que se llevaron a cabo 1.121 misiones en terreno, en 585 centros poblados de 190 municipios, en 24 departamentos colombianos. Estos centros poblados incluyen cabeceras municipales, corregimientos, veredas, resguardos indígenas y consejos comunitarios. En este período se recorrieron 124.293 kilómetros por vía terrestre y 5.642 kilómetros por vía fluvial.

La MAPP/OEA, comprometida en aportar a la construcción de Paz Completa en Colombia, entrega en este informe, 24 recomendaciones dirigidas a más de 18 entidades del orden nacional e invita a que se profundice un diálogo directo con la ciudadanía, el cual enriquecerá las acciones que se adelantan. El documento visibiliza que en Colombia persisten las amenazas, los homicidios, los confinamientos, el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, el desplazamiento forzado, la violencia sexual y la instalación de minas antipersonal por parte de los grupos armados ilegales.

1 de mayo de 2023

URI: <https://www.mapp-oea.org/publicaciones-2/informes-semestrales/>

Documento disponible en: <https://www.mapp-oea.org/wp-content/uploads/2023/05/INFORME-XXXIV-Esp-1.pdf>



Lex

BIBLIOTECA DE CIENCIAS JURÍDICAS

CATÁLOGO GENERAL TERAN 2023

EDICIONES OLEJNIK



Ediciones
Olejnik

Nuestras temáticas

AUTORES ALEMANES

AUTORES FRANCESES

AUTORES ITALIANOS

CRIMINOLOGÍA

Derecho Administrativo

DERECHO CIVIL

DERECHO COMERCIAL

DERECHO CONSTITUCIONAL

Derecho Penal

DERECHO PROBATORIO

DERECHO PROCESAL

DERECHO ROMANO-LATÍN JURÍDICO

DERECHO TRIBUTARIO

Derechos Humanos

Filosofía del Derecho

LITIGACIÓN

LÓGICA JURÍDICA

MEDIACIÓN

PODER JUDICIAL

y mucho más...

Visite www.edicionesolejnik.com