LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina

Tesis destacadas del año académico 2014-2015

Rocío Comas

Román De Antoni

Pamela Alejandra Donoso Norambuena

Lucía Marcela Hidalgo Garza

Lenin Miranda Maldonado

DIEZ AÑOS

UNSAM EDITA

LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y
Democratización para América Latina

Rocío N. Comas ... [et al.].
Maestría en derechos humanos y democratización en América Latina y el Caribe : tesis destacadas del año académico 2014-2015

1a edición - San Martín : UNSAM EDITA, 2016.

376 pp. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-4027-40-5

1. Derechos Humanos. 2. Democratización. I. Comas, Rocío N.

CDD 323

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

1ª edición, octubre de 2016

© 2016 Rocío Comas
© 2016 Román De Antoni
© 2016 Pamela Alejandra Donoso Norambuena
© 2016 Lucía Marcela Hidalgo Garza
© 2016 Lenin Miranda Maldonado
© 2016 UNSAM EDITA de Universidad Nacional de General San Martín

Campus Miguelete, Edificio Tornavía
Martín de Irigoyen 3100, San Martín (B1650HMK), provincia de Buenos Aires
unsamedita@unsam.edu.ar
www.unsamedita.unsam.edu.ar

Se imprimieron 300 ejemplares de esta obra durante el mes de octubre de 2016 en Albors Adrián y Trabucco Carlos S. H., California 1231, CABA

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723
Editado e impreso en la Argentina
Prohibida la reproducción total o parcial, incluyendo fotocopia, sin la autorización expresa de sus editores.

LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina

Tesis destacadas del año académico 2014-2015

Rocío Comas

Román De Antoni

Pamela Alejandra Donoso Norambuena

Lucía Marcela Hidalgo Garza

Lenin Miranda Maldonado

DIEZ AÑOS

UNSAM EDITA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN

Carlos Ruta
Rector

Daniel Di Gregorio
Vicerrector

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Jorge Taiana
Director General

Verónica Gómez
Dirección de Investigación, Enseñanza y Comunicación

Marina Pecar
Dirección de Gestión y Planeamiento

Claudia Couso
Coordinación de Publicaciones

Jorge Taiana	**Prólogo**	9
Rocío Comas	**La invisibilidad de género y el interés superior del niño en la administración de justicia del Estado argentino: análisis sobre la solicitud de arresto domiciliario de Ana María Fernández**	11
Román De Antoni	**La aplicación y control de los estándares de la convención de derechos humanos a nivel judicial respecto de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires**	99
Pamela Alejandra Donoso Norambuena	**Modalidades de participación en los reclamos territoriales de los pueblos indígenas en Chile: el caso de las comunidades mapuche del Lof Butakura de Lumako (2011-2014)**	197
Lucía Marcela Hidalgo Garza	**La ley de interrupción legal del embarazo en Ciudad de México: el proceso de construcción legislativa y sus efectos**	251
Lenin Miranda Maldonado	**La construcción discursiva sobre el proyecto ambiental Yasuní-ITT a través de los discursos de Rafael Correa**	317
	Sobre los autores	375

PRÓLOGO

El presente volumen incluye la producción más destacada de la cohorte 2014-2015 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe que dicta el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), con la participación de las universidades que conforman la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina (REDALDH), el Campus Global de Derechos Humanos y de destacados académicos, expertos, personalidades y funcionarios nacionales e internacionales provenientes de América Latina y de otras regiones del mundo.

Este programa de posgrado está destinado a la formación profesional de graduados provenientes de diversas disciplinas, con un enfoque interdisciplinario y regional. El programa de estudios involucra la participación de docentes de las universidades de San Martín, Buenos Aires, Quilmes, Lanús, General Sarmiento, Mar del Plata y Villa María (Argentina); Mayor de San Andrés (Bolivia); Federal de Río Grande do Sul (Brasil); FLACSO (México); San Francisco de Quito (Ecuador), del Pacífico (Perú) y de la República (Uruguay). Asimismo, integra el concierto de maestrías regionales ofrecidas en marco del Campus Global de Derechos Humanos y se nutre de intercambios de docentes y expertos de los programas regionales que se dictan en Europa comunitaria (Venecia), los Balcanes (Sarajevo), el Cáucaso (Ereván), África (Pretoria), Asia-Pacífico (Bangkok), con la participación de un centenar de universidades en todo el mundo.

La cohorte 2014-2015 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe se desarrolló en un estimulante ambiente multicultural, con estudiantes provenientes de once países de América Latina y Europa. Los trabajos ofrecidos en este volumen fueron producidos en el marco del taller de tesis dictado en forma paralela a la cursada de materias troncales y seminarios, en los que se brindó apoyo epistemológico en la definición y desarrollo de los planes de tesis. Vaya nuestro agradecimiento especial a los integrantes del Comité Académico de la Maestría, Susana Méndez, María Sondereguer y Víctor Abramovich; a la docente responsable por el taller de tesis, la doctora Nancy Cardinaux; al tutor de la Maestría, Diego López; al coordinador académico, Sebastián Scioscioli; y a los tutores académicos que supervisaron la escritura de las tesis junto a los estudiantes, por el acompañamiento brindado durante el intenso período de producción de estos trabajos.

Las tesis seleccionadas a efectos de integrar este volumen se destacan por su actualidad, relevancia y valor testimonial, siempre con rigor académico, perspectiva interdisciplinaria y visión sobre los temas de la realidad latinoamericana en materia

de derechos humanos y democracia. Concretamente, versan sobre la perspectiva de género y el interés superior del niño en la administración de justicia; el control de convencionalidad respecto de personas privadas de la libertad; la participación indígena en los reclamos de territorios ancestrales en Chile; la ley de interrupción legal del embarazo en México y la construcción del discurso político frente a la explotación petrolera en el Ecuador. Corresponde destacar y agradecer el trabajo de la coordinadora de publicaciones del CIEP, Claudia Couso, y muy especialmente, el apoyo de Daniela Verón y el equipo de UNSAM EDITA, en la edición y publicación de este volumen.

El Centro Internacional de Estudios Políticos de la UNSAM se enorgullece de difundir la producción de sus graduados, con la convicción de que esta publicación constituye un aporte al debate continuo sobre el fortalecimiento de la cultura democrática y de respeto y promoción de los derechos humanos en América Latina.

Jorge E. Taiana
Director general del CIEP
Buenos Aires, julio de 2016.

LA INVISIBILIDAD DE GÉNERO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL ESTADO ARGENTINO:

ANÁLISIS SOBRE LA SOLICITUD DE ARRESTO DOMICILIARIO DE ANA MARÍA FERNÁNDEZ

ROCÍO COMAS

Director: Martiniano Terragni

El sistema de signaturas invierte la relación de lo visible con lo invisible. La semejanza era la forma invisible de lo que, en el fondo del mundo, hacía que las cosas fueran visibles; sin embargo, para que esta forma salga a su vez a la luz, es necesaria una figura visible que la saque de su profunda invisibilidad.

Michel Foucault

INTRODUCCIÓN

El número de mujeres privadas de libertad ha ido creciendo sostenidamente a lo largo de los últimos años. Según el Servicio Penitenciario Federal de Argentina, en el año 1990, la población femenina en cárceles federales era de 298 reclusas, mientras que en el año 2013 era de 2839, es decir que aumentó alrededor de diez veces en apenas trece años.[1] A su vez, conforme a una investigación de 2008 basada en personas detenidas en cárceles federales, casi 9 de cada 10 mujeres son madres, ejercen la función de encabezar familias monoparentales y, en promedio, tienen entre dos y tres hijos menores de 18 años de edad.[2]

En este sentido, las mujeres que son encarceladas dejan de ocupar un rol central en el cuidado cotidiano de su familia y ello afecta indefectiblemente la vida de sus parientes más cercanos. Los niños[3] que pierden la convivencia con su madre sufren los efectos de esta situación: la separación de sus hermanos, el traslado por diferentes hogares, la institucionalización o colocación en familias sustitutas, el contacto irregular con la madre y otros familiares, el aumento del grado de vulnerabilidad económica, el rol de cuidado asumido por hermanos menores, la afectación a la salud, la depresión y los intentos de suicidio, entre otras consecuencias.[4]

Para evitar la ruptura del vínculo materno filial, existen en la actualidad, dos alternativas: la primera es la que contempla la Ley de Ejecución de la Privación de

1 Ultimo año registrado por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). Ver Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). *Informe anual. República Argentina SNEEP 2013.* Buenos Aires, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Subsecretaría de Política Criminal. Secretaría de Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, documento electrónico disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/2736750/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202013.pdf. Acceso 7 de julio de 2015. No obstante, se debe advertir que el SNEEP no brinda información sobre la totalidad de personas en conflicto con la ley penal privadas de libertad en el país, ya que no contabiliza aquellas que se encuentran recluidas en los centros de detención, como las comisarías, Prefectura y Gendarmería, entre otras.

2 Elaboración de la investigación sobre la base de entrevistas a 148 detenidas en cárceles federales. Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo.* Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 199.

3 Con el objetivo de simplificar la redacción del presente trabajo, se utilizará la expresión "niño" en el sentido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "El término niño abarca (…) niños, niñas y los adolescentes" (Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A Nº 17, del 28 de agosto de 2002, nota 45). En adhesión a ello, una de las partes intervinientes en el caso es ciertamente un niño.

4 Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión, op. cit.*, pp. 199-200; Oliver Robertston. *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos, Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez en el Día del Debate General 2011*. Ginebra, Quaker United Nations Office. Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos, agosto 2012, p. 2.

la Libertad, Nº 24.660,[5] de alcance nacional,[6] y que prevé en su art. 195 la posibilidad de las madres de mantener a sus hijos hasta los cuatro años de edad con ellas en la unidad penitenciaria;[7] la segunda posibilidad, es la contemplada por la Ley Nº 26.472 que reformó, a comienzos de 2009, el art. 32 de la mencionada Ley Nº 24.660, el art. 10 del Código Penal (CP) y el art. 502 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), al disponer que el Juez de Ejecución, o juez competente, podrá otorgar el beneficio de la prisión domiciliaria[8] a mujeres embarazadas y madres de niños menores de cinco años.[9]

La nueva modalidad que permite acceder al arresto domiciliario por medio de la ampliación de los supuestos contemplados en el art. 32 de la Ley Nº 24.660 parte de la hipótesis de que la cárcel no es un lugar apropiado para una mujer gestante que va a concebir a un niño.[10] Supone, además, el cuestionamiento a la posibilidad que tienen las madres de criar a sus hijos menores de cuatro años en una unidad penitenciaria por medio de la facultad que le otorga el art. 195 de la mencionada ley de ejecución. Por este motivo, con la nueva ley se facilitan las condiciones para el egreso de la madre de las unidades penitenciarias, antes que el ingreso de los hijos a estos establecimientos.[11]

A pesar de ello, en el Sistema Penitenciario Federal prevalece un número elevado de mujeres embarazadas o con niños privados de su libertad, y también madres que consideraron no tener a sus hijos con ellas. Por ello, resulta necesario reflexionar sobre el real acceso a las medidas alternativas a la privación de la libertad en una unidad penitenciaria, como es el arresto domiciliario.

En este sentido, el objetivo del trabajo de investigación es analizar el papel asignado a derechos relacionados con el interés superior del niño y la perspectiva de género a través del estudio de casos de solicitud de arresto domiciliario en la República Argentina.

Se toma como caso paradigmático el de Ana María Fernández, único fallo hasta el año 2013 sobre arresto domiciliario, que ha sido resuelto por la Corte Suprema de la Nación Argentina en relación con la perspectiva de género y el interés superior del

5 La Ley N° 24.660 fue sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 8 de julio del mismo año.

6 La Constitución Nacional, en el art. 75, inc. 12, establece que el Congreso dictará de manera exclusiva y excluyente la materia penal, por ende la ejecución de la pena. Asimismo, el art. 228 de la Ley N° 24.660 establece el plazo de un año para que las provincias concordaran sus disposiciones a la normativa nacional, es decir que prevé su adhesión. A su vez, en el art. 229 hace expresa mención de sus alcances como complementaria del Código Penal de la Nación.

7 Ley Nº 24.660, art. 195: La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado.

8 Se utilizará en adelante, indistintamente, los términos prisión domiciliaria, arresto domiciliario, arresto o instituto de arresto.

9 La Ley Nº 26.472, sancionada el 17 de diciembre de 2008 y promulgada de hecho el 12 de enero de 2009, modificó, entre otros, el art. 32 de la Ley Nº 24.660: El juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: f) a la madre de un niño menor de cinco (5) años (…); el art. 10 del Código Penal: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo; y el art. 502 del Código Procesal Penal de la Nación: El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquel. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

10 Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe anual 2012*. Buenos Aires, 2012, p. 404, documento electrónico disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202012%20completo.pdf. Acceso 10 de julio de 2015.

11 Ibíd.

niño.[12] Se consideran como ejes principales, la forma de aplicación de la nueva modalidad de arresto domiciliario por parte de los tribunales intervinientes, como así también su abordaje en relación con el interés superior del niño y la perspectiva de género.[13] A partir de ello, se analiza el principio de interés superior del niño para el efectivo acceso al instituto de arresto domiciliario poniendo, además, en debate el vínculo materno filial en relación al concepto de identidad de género y orientación sexual.[14]

El trabajo se divide en tres capítulos, sucedidos por unas consideraciones finales y un glosario que aclara terminologías vinculadas al género.

El primer capítulo se inicia con un marco teórico enfocado sobre el niño, la madre y el derecho. Para ello, se contemplan las definiciones sobre interés superior del niño –tanto como principio jurídico garantista y como pauta interpretativa–, mientras que con respecto a la madre, se estudiará la perspectiva de género en relación con la identidad y la orientación sexual. Con respecto a ello, para un mayor abordaje sobre el concepto de género se han establecido puentes entre las distintas disciplinas de las ciencias jurídicas y sociales. Asimismo, se identifican patrones dentro del derecho y de su efectiva aplicación por parte de los funcionarios judiciales.

En el segundo capítulo se da cuenta de los compromisos internacionales que tiene el Estado argentino en relación con los derechos del niño y de la madre en un contexto de encierro. Se identifican criterios hermenéuticos de interpretación, que brindan una mayor claridad para el análisis de las normas internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, como son los principios *pro homine*, de no discriminación y la interpretación teleológica. Posteriormente, se define el bloque de constitucionalidad, con el fin de comprender la jerarquía de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico argentino. Se finaliza el capítulo, al identificar, en el sistema nacional, aquellas leyes que por razones de especificidad protegen los derechos de niños (interés superior), madres (identidad de género y orientación sexual) y su vínculo materno filial.

En el tercer capítulo se analiza cronológicamente la aplicación jurisprudencial del instituto de arresto domiciliario en el caso de Ana María Fernández, tanto por parte del Tribunal Oral en lo Criminal de Primera Instancia, como la Cámara de Casación de Segunda Instancia hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se identifican, por medio de herramientas como el interés superior del niño y la perspectiva

12 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156, de fecha 18 de junio de 2013. Asimismo, se utilizará en adelante, indistintamente, los términos Corte, Corte Suprema, Alto Tribunal o CSJN.

13 En el marco conceptual de la perspectiva de género basado en cuatro elementos (institucional, simbólico, subjetivo y normativo), se incluye la orientación sexual y la identidad de género. Se desarrollará la categoría de análisis en el capítulo 1, pto. 2: La madre y la perspectiva de género.

14 Se entiende la homosexualidad/lesbianismo como categoría de identidad y de sexualidad propiamente dicha. La orientación sexual y la identidad de género se producen a través de la relación entre la identificación y el deseo. La teoría *queer* sostiene un marco conceptual en el que confluyen el género y la sexualidad. Ver C. Fonseca Hernández y M. L. Quintero Soto. "La Teoría *Queer*. La de-construcción de las sexualidades periféricas", *Sociológica*, Año 24, N° 69, enero-abril de 2009, pp. 43-60. Asimismo, la identidad de género es entendida como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Se incluyen otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. A su vez, la orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas" (Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. *Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos*, 2013, p. 3, documento electrónico disponible en: http://acnudh.org/2013/11/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/. Acceso 13 de julio de 2015. Los conceptos se desarrollarán con mayor profundidad en el capítulo 1, pto. 2: La madre y la perspectiva de género.

de género en el plano legal, los argumentos esgrimidos tanto en las denegatorias al acceso de arresto domiciliario de Fernández, así como también en su otorgamiento. Ello nos permite evidenciar qué tipo de limitaciones[15] se dan en su aplicación, y si estas están fundamentadas mediante una interpretación acorde a la protección de los derechos humanos contemplada tanto de manera nacional como internacional.

15 Es necesario mencionar que este trabajo de investigación ha sido escrito en su versión original en idioma español, debiéndose considerar como la lengua española es atravesada por el control de la producción de significados. En este sentido, George Orwell, en su novela *1984,* lo precisó de esta manera: "¿No ves que la finalidad de la neolengua es limitar el alcance del pensamiento, estrechar el radio de acción de la mente? Al final, acabamos haciendo imposible todo crimen del pensamiento (…) Cada año habrá menos palabras y el radio de acción de la conciencia será cada vez más pequeño. Por supuesto, tampoco ahora hay justificación alguna para cometer crimen por el pensamiento. Solo es cuestión de autodisciplina, de control de la realidad" (George Orwell. *1984*, p. 32, documento electrónico disponible en: http://antroposmoderno.com/word/George_Orwell-1984.pdf. Acceso 13 de julio de 2015). En esta dirección, se señala, a su vez, que el español propiamente dicho ha sido penetrado por dominaciones de poder: "saber decir y saber escuchar requiere mirar a las mujeres y escuchar sus voces que recuerdan a los canverberos de la lengua que el castellano, a diferencia de otras lenguas, enuncia los géneros e indica si quien existe, habla, nombra, crea, goza, trasciende, es mujer o es hombre (…) El hombre universal no es una construcción lingüística, sino filosófica y política con la que se subsume la categoría mujer en la categoría hombre, y se desaparecen todos sus contenidos de especificidad humana. Se construye en la historia, en las mitologías, las religiones, a través de las políticas de dominio y sus ideologías cotidianas. Los procesos que traicionan la pluralidad del castellano se nombran en esta lengua cultural patriarcal" (En Marcela Lagarde. *Ponencia* presentado en la *Conferencia de mujeres. Visión futura de la mujer y la familia en el desarrollo nacional. Las mujeres y la familia en el fin del milenio*, Tegucigalpa, Honduras, 5 de julio de 1996, documento electrónico disponible en: http://www.sidocfeminista.org/images/books/02154/02154_00.pdf. Acceso 13 de julio de 2013.

Capítulo 1

CONCEPTOS FUNDAMENTALES ACERCA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. El interés superior del niño

Se entiende por fuente del derecho, un mandato normativo por el cual los órganos estatales están obligados a su aplicación. Su comprensión es de vital importancia para la correcta interpretación y aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Es decir que es necesario delimitar qué es lo que se entiende como el interés superior.

Philip Alston se refiere a este como una lente a través de la cual se ven todos los demás derechos.[16] Una lente que está contemplada en la Convención de los Derechos del Niño en su art. 3, entendida como un principio garantista,[17] y en los restantes artículos, como pauta interpretativa para dirimir potenciales conflictos que se dan entre los derechos del niño tutelados por la CDN.[18] Es decir que funciona de manera simultánea como principio y como derecho en sí mismo, por medio del cual los demás derechos deben ser vistos e interpretados.

Al mismo tiempo, se entiende como la plena satisfacción de todos los derechos del niño, en la que su función primordial es iluminar la conciencia del juez o la autoridad, para que tome una decisión correcta, es decir, aquella que tutele mejor la satisfacción de sus derechos. El ejercicio de la autoridad debe estar orientada y limitada por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los niños. A su vez, el interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de unos derechos sobre otros.

Así lo sostiene Miguel Bruñol:

> Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios

16 Philip Alston. "The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, N° 1, p. 5.

17 CDN, art. 3, inc. 1, dispone que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Se ampliará su desarrollo en el capítulo 2.

18 CDN, art. 9, inc. 1, 3; art. 18, inc. 1; art. 21; art. 37; art. 40, inc. 2.

> derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".[19]

En sede judicial se considera que una correcta aplicación al principio requiere un análisis por medio de la resolución de una autoridad determinada sobre los derechos afectados y sobre aquellos que pueden afectarse. Eso implica que la decisión no solo debe satisfacer la mayor cantidad de derechos posibles, sino también debe considerar su relevancia con respecto a los demás. No obstante, la discrecionalidad por parte del Poder Judicial y del propio Estado ha llevado a la crítica sobre el real alcance del interés superior.[20] Así, es señalado como:

> Una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en el interés superior se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.[21]

Es por este motivo, y para evitar cierto grado de discrecionalidad por parte de las autoridades estatales en su interpretación y aplicación, que se lo define por medio del paradigma de la protección integral.[22] Freedman señala que el principio del interés superior del niño implica el vínculo de dos conceptos: como principio jurídico garantista, y como pauta interpretativa.[23]

1.1. Principio jurídico garantista

El fundamento como principio jurídico garantista,[24] que se desprende del interés superior, es tomado por Ferrajoli como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales.[25] Es decir que existe una obligación preexistente que las limita a actuar en detrimento de la afectación de los derechos por medio de los principios garantistas. Con base en esta teoría, se induce que existe un deber del Estado de garantizar el goce efectivo de los derechos subjetivos de los niños.

El problema se encuentra, entonces, en la dificultad de dirimirlos por medio de la ponderación de ciertos derechos sobre otros, en caso de un conflicto dado. Por este motivo, es interesante la interpretación de Freedman sobre los derechos, quien establece que la CDN no permite una limitación y, de esa forma, llega a la idea que existe:

---

19 Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño.* 1998, p. 1, disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf. Acceso 15 de junio de 2015.

20 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internacionale e della politica globale*, 2005, p. 1, documento electrónico: http://www.juragentium.org/topics/latina/es/interes.htm. Acceso 15 de junio de 2015.

21 Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, *op. cit.*, p. 71

22 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *op. cit.*, p. 1.

23 Ibíd.

24 CDN, art. 4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

25 L. Ferrajoli. *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid, Trotta, 2001, p. 45.

> Un "núcleo duro" de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal.[26]

Es decir que los derechos pertenecientes al núcleo duro no pueden discrecionalmente dejarse de lado, ni por las autoridades judiciales ni por las estatales. En relación con ello, y en el mismo orden de ideas, Freedman establece que el Estado está obligado a priorizar el destino de políticas públicas que garanticen el núcleo duro de los derechos tutelados de la CND.[27]

1.2. Pauta interpretativa

El interés superior, a su vez, actúa como pauta interpretativa cuando se presenta un conflicto entre diferentes derechos del niño. La doctrina establece que, en este tipo de casos, el interés superior del niño funciona como un criterio sistemático de interpretación:

> Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño. Permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.[28]

Freedman asimismo considera que la CDN, al establecer que el interés superior hace ceder un derecho del niño determinado, está contemplando que ciertos derechos prevalecen en detrimento de otros que sufren una limitación. Es lo que el autor llama el núcleo duro de la Convención.[29] Por lo tanto, el interés superior del niño funciona como una manera de limitar la discrecionalidad del Estado, al ser una herramienta que permite, cuando hay una disputa entre dos derechos protegidos por la CDN, dilucidar la ponderación de los derechos que forman parte del núcleo duro, por aquellos que no gozan de tal jerarquía.

Por consiguiente, Freedman concluye que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, que impone al Estado el deber de ponderar los derechos pertenecientes al núcleo duro frente a otros; y en ese mismo orden de ideas, diseñar e implementar políticas públicas con el mencionado orden de jerarquía. A la vez, funciona como un método de resolución de conflictos entre los derechos que pertenecen al núcleo duro y los que no. Así, de esta forma, se garantiza la limitación al poder discrecional estatal.[30]

A renglón seguido, se analizará la perspectiva de género en relación con la mujer, que a su vez es madre, al ser la otra parte interviniente del caso de estudio. En este

26 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *op. cit.*, p. 2.

27 Ibíd., p. 3.

28 Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, *op. cit.*, p. 81.

29 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *op. cit.*, p. 3.

30 Ibíd.

sentido, como ya se anticipó en la introducción, se analizarán desde distintas disciplinas la categoría de género, para luego relacionarla con el derecho y su aplicación por parte de las autoridades judiciales.

2. La madre y la perspectiva de género

El ser humano, en tanto vive en sociedad, ha moldeado su comportamiento de acuerdo a una serie de normas y principios que cambian de un lugar a otro. Se define qué es el hombre y qué es la mujer, y cuáles son las influencias que inciden en la manera de percibir lo que corresponde a lo masculino y a lo femenino, lo adecuado y lo socialmente aceptable para cada género. A partir de la premisa "que uno no nace sino que se hace" y trabajando con distintos enfoques desde la perspectiva de la sociología, la antropología, la filosofía y el derecho, se busca desentrañar las desigualdades de género.[31]

La sociología, ciencia que se enfoca en la estructura social, va a analizar la perspectiva de género a partir de la construcción ideológica consumada por instituciones como la familia, la Iglesia y el propio Estado.[32] Se caracteriza a la desigualdad como un carácter interactivo, relacional y jerárquico. La antropología social, con una mirada sobre la cultura, propone que la construcción de la perspectiva de género se base en la cotidianidad ritual de cada sociedad que forma estructuras y relaciones de poder.[33] Desde la mirada de la filosofía, se vislumbra la construcción de las identidades sexuales y del género, así como su carácter simbólico, en la determinación de usos, prácticas y modos de pensar, sentir, hacer, ser y estar en una sociedad atravesada por lo diferencial. En el ámbito del derecho, el género connota un carácter jurídico normativo, que define conductas, responsabilidades, deberes y derechos de mujeres y hombres al cumplir un rol específico en la sociedad.

2.1. El género como categoría de análisis

Un primer antecedente en la utilización del término "género", fue en el año 1949 por Simone de Beauvoir, al plantear un gran desafío en la concepción biológica del ser humano –hombre/mujer–, al afirmar que la mujer no nace, sino que se hace:

> No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres. No existe ningún destino biológico, psicológico o económico que determine el papel que un ser humano desempeña en la sociedad; lo que produce ese ser indeterminado, entre el hombre y el eunuco, que se considera femenino es la civilización en su conjunto.[34]

A partir de dicha afirmación, fue posible sostener que el significado de ser mujer es el resultado de una construcción social y que no deviene de ciertas características que son naturalmente femeninas. La diferencia entre sexos funcionaba como base sobre la cual se imprimían ideas, normas y valores que formaban el concepto de ser mujer.

---

31 Estas cuatros disciplinas han sido elegidas, ya que responden a la conceptualización que realiza Joan Scott sobre la perspectiva de género, como se verá a continuación.

32 Pierre Bourdieu. *La dominación masculina.* Barcelona, Anagrama, 2000, p. 1.

33 Françoise Héritier. *Masculino/Femenino. El pensamiento de la diferencia*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 21.

34 Simone De Beauvoir. *El Segundo Sexo.* México, Alianza/Siglo XXI, 1989, p. 240.

Fue en el año 1968 que Robert Stoller estableció la diferencia conceptual entre sexo y género. En cuanto al primero, estaba definido en relación a un hecho biológico, mientras que el segundo término dependía de la significación que cada sociedad le atribuía a ese hecho. A partir de los años ochenta, el concepto de género se complejizó aún más. Joan Scott lo define de esta manera: "el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder".[35]

Sobre la primera afirmación, el género se define por medio de la interrelación de cuatro elementos que son: i) el institucional, referido a la familia, relaciones de parentesco, educación, política; ii) el simbólico, que son aquellas representaciones múltiples y a veces contradictorias; iii) el subjetivo, en relación con la construcción de la identidad; y iv) el normativo, que expresa interpretaciones de símbolos basados en doctrinas educativas, religiosas, científicas, legales y políticas que sostienen categóricamente el significado de lo masculino y lo femenino.

En lo que se refiere a la segunda afirmación, la autora devela que el género es un campo que al distinguir lo femenino de lo masculino, se ha podido legitimar el poder y la dominación de lo público.

Señalados los cuatro elementos que constituyen la categoría del género, es que se organizaron los próximos conceptos en función del modelo desarrollado por Joan Scott en el párrafo anterior. Por este motivo, se analizará primeramente el elemento institucional, seguido por el simbólico, el subjetivo y por último el normativo.

a) La dominación masculina como elemento institucional:

Para Bourdieu, es necesario preguntarse por los principios históricos responsables de la producción y reproducción de relación entre géneros y las estructuras de la división sexual:

> El orden de las cosas no es un orden natural contra el que nada puede hacerse, sino que es una construcción mental, una visión del mundo con la que el hombre satisface su sed de dominio. Una visión que las propias mujeres, sus víctimas han asumido, aceptando inconscientemente su inferioridad.[36]

En definitiva, la forma o idea que las personas poseen del mundo son construcciones divididas de manera bipolar, que se tienden a naturalizar. Ello se fundamenta en la arbitrariedad de la división de las cosas y actividades de acuerdo con lo femenino y masculino. De esta forma, tomando como base la diferencia biológica entre los sexos, y más específicamente sobre los órganos sexuales, se justifica naturalmente tal diferenciación por medio de la dominación del hombre sobre la mujer.

En ese orden de ideas, los dominados aplican los mismos esquemas de dominación sobre la concepción de la división sexual del trabajo (alto/bajo, duro/blando, seco/húmedo) que las hace concebir una forma negativa de su propio sexo. Desde el comienzo, tales estructuras se imponen en las mujeres para asumir el papel de dominadas, gracias a la construcción social e histórica de los cuerpos, una visión

35 Joan Scott. "El eco de la fantasía: la historia y la construcción de la identidad", en Marta Lamas (comp.): *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp. 289-292.

36 Pierre Bourdieu. *La dominación masculina*, *op. cit.*, p. 1.

androcéntrica del mundo desde que se organiza la división del género, marcando la concepción de la jerarquía de las esencias sociales.

El autor pone en tela de juicio la heterosexualidad como la manera natural y jerárquica de relacionarse entre sí:

> La historia debería dedicarse sobre todo a describir y a analizar la reconstrucción social siempre recomendada de los principios de visión y de división de generadores de los géneros y, más ampliamente, de las diferentes categorías de prácticas sexuales –heterosexuales y homosexuales en particular–, al ser la heterosexualidad construida socialmente y socialmente constituida en patrón universal de cualquier práctica sexual normal.[37]

Por este motivo, Bourdieu señala que para comprender cabalmente la condición de las mujeres y la relación entre los sexos, se tiene que partir del análisis de las estructuras que las producen, reproducen y perpetúan el orden, y las transformaciones de esos mecanismos. La dominación masculina se manifiesta históricamente en las estructuras subjetivas y objetivas. Por ello plantea la necesidad de analizar las permanencias ocultas dentro de los cambios.

La perpetuación del dominio y el mantenimiento del orden de los sexos quedó asegurado a través del trabajo permanente de tres instancias principales: la Familia, la Iglesia y el Estado. Ellas operan de manera de que el dominio y el orden quedan perpetuados operando conjuntamente sobre las estructuras inconscientes. La familia, señala Bourdieu, es la que asume el papel principal en la reproducción de la dominación y la visión androcéntrica: "en la Familia se impone la experiencia precoz de la división sexual del trabajo y de la representación legítima de esa división, asegurada por el derecho e inscrita en el lenguaje".[38]

En lo que atañe a la Iglesia, caracterizada por un profundo antifeminismo dispuesto a condenar todo tipo de faltas femeninas a la decencia –es el ejemplo de la vestidura– y marcando su papel como "notoria reproductora de una visión pesimista de las mujeres y de la feminidad, inculca explícitamente una moral profamiliar, enteramente dominada por los valores patriarcales, especialmente por el dogma de la inferioridad natural de las mujeres".[39]

Como tercera institución marcada por la dominación masculina, se encuentra el Estado, "que ha acudido a ratificar e incrementar las prescripciones y las proscripciones del patriarcado privado con las de un patriarcado público, inscrito en todas las instituciones encargadas de gestionar y de regular la existencia cotidiana de la unidad doméstica".[40]

Bourdieu establece que los Estados más moderados, sin considerar los extremos de paternalismo y autoritarismo que son sedes de la visión que convierte a la familia patriarcal en el principio y en el modelo del orden social como natural, han impreso en el derecho de la familia, especialmente en las normas sobre el estado civil de las personas, todos los principios del sistema de dominación androcéntrico.

Asimismo, más allá de la habitualidad de las conductas de las personas y del derecho, que tiende a no transformar los órdenes dados sobre la familia real, que es

37 Ibíd., p. 106.

38 Ibíd., pp. 106-107.

39 Ibíd.

40 Ibíd.

heterosexual, legítima y orientada a la reproducción, donde se organizan las maneras de relacionarse de manera tradicional, aparecen nuevos tipos de familia, como así también nuevos modelos de sexualidad que contribuyen a repensar y romper con el orden dado. Ello produce la ampliación de la cosmovisión que se tiene sobre qué es lo tradicionalmente correcto en materia sexual y qué no.[41] Bourdieu considera a la sexualidad como un invento histórico, pero que ha sido producto de la formación progresiva a medida que se realizaba la división de los diferentes campos.

En este orden de ideas, Bourdieu señala que:

> La eclosión de la sexualidad como tal es indisociable asimismo de la aparición de un conjunto de ámbitos y de agentes en concurrencia con el monopolio de la definición legítima de las prácticas y de los discursos sexuales, ámbito religioso, ámbito jurídico, ámbito burocrático, y capaces de imponer esa definición en las prácticas, especialmente a través de las familias y la visión familiarista.[42]

El autor plantea hacer un giro hacia el análisis estructural de las relaciones asimétricas de dominación, para trascender las apariencias y plantear políticas y trabajos mutuos colectivos entre mujeres y hombres. Todos los individuos están llamados a romper con las estructuras dicotómicas y asimétricas que están selladas y entendidas como naturales en nuestros cuerpos. La posibilidad de esa misión dependerá del pleno reconocimiento de las propias estructuras de dominación cuya fuerza impide desarmarla fácilmente.[43]

b) La diferencia de los sexos como elemento simbólico

Desde la antropología, Françoise Héritier establece un sistema binario de los opuestos, donde esa relación se despliega de manera natural, en la que un lado es positivo y el otro indefectiblemente negativo: caliente/frío, alto/bajo, grande/pequeño, masculino/femenino. Atribuye tal afirmación y la sitúa a partir de la propia emergencia del pensamiento de los hombres, donde lo observable más de cerca eran el cuerpo y el medio en el cual estaba inmerso: "el cuerpo humano, lugar de observación de constantes –asiento de órganos, funciones elementales, humores–, presenta un rasgo notable y ciertamente escandaloso: la diferencia de sexos y el papel distinto de estos en la reproducción".[44]

El texto citado analiza las relaciones del sexo por medio de sistemas de representación, sin implicarse en las categorías propias del sexo y del género. La construcción social del género, sostiene Héritier, es un orden general basado en la división sexual de las tareas –junto con la prohibición del incesto y la forma reconocida como unión– y constituye uno de los tres pilares de la sociedad y la familia.[45] Asimismo, esa construcción social funciona como artefacto de orden particular, resultado del proceso de manipulación por medio de símbolos concretos que afectan a los individuos. Esta construcción se adhiere a la primera.[46]

41 Ibíd., p. 102.

42 Ibíd., p. 129.

43 Ibíd., p. 141.

44 Françoise Héritier. *Masculino/Femenino, op. cit.*, pp. 17-19.

45 Claude Lévi-Strauss ("La famille". *Annales de l'Uuniversité d'Abidjan*, serie F, T III, 1971) citado en ibíd.

46 Ibíd., p. 20.

La autora parte de la hipótesis de que la valencia de los sexos se da de manera universal, y no se trata de una carencia por parte de la mujer (fragilidad, embarazo, lactancia), sino en cuanto al propio control sobre la reproducción de los que no tienen ese poder particular.[47] Es la propia necesidad del varón de dominar la capacidad de procreación de la mujer, de establecer alianzas entre sus pares y de tener la certeza sobre su paternidad para traspasar su herencia.

> No cabe prescindir, cuando se trata de las categorías de sexo, de todas las representaciones relativas a la procreación, a la formación del embrión, a las aportaciones respectivas de los progenitores y, por tanto, a las representaciones de los humores del cuerpo: sangre, esperma, leche, saliva, linfa, lágrimas, sudor, etc. Se observan por lo demás estrechas articulaciones entre esas representaciones y los datos más abstractos sobre todo del parentesco y la alianza. Los humores del cuerpo son en todas partes datos de observación, sometidos a trituración intelectual, si es que no son reductibles en todos los lugares a un mismo núcleo elemental indisociable de su carácter fluido, que se puede derramar y proyectar fuera del cuerpo.[48]

Asimismo, la autora reflexiona sobre la idea de Aristóteles, al explicar la procedencia de la debilidad natural de la mujer, que es por su frialdad y humedad. Fiel reflejo de ello es la pérdida de sustancia sanguínea que la mujer experimenta, carente de la posibilidad de oponerse al proceso. El hombre, en cambio, pierde la sangre de manera voluntaria. Ejemplos de ello son la caza, la guerra o la competición. Es decir que la pérdida de sustancia no se produce de la misma manera entre la mujer y el hombre:

> En esta desigualdad –lo controlable frente a lo incontrolable, lo deseado frente a lo sufrido– podría hallarse la matriz de la valencia diferencial de los sexos, la cual también estaría, por tanto, inscripta en el cuerpo, en el funcionamiento fisiológico, o más exactamente procedería de la observación de este funcionamiento fisiológico.[49]

Así es que, de manera natural (anatómica y fisiológicamente) existe una diferenciación entre los sexos. De las mismas observaciones de los datos recolectados, es que se desprenden nociones abstractas como lo idéntico/diferente, en donde se utiliza tanto de otras oposiciones conceptuales como las clasificaciones asimétricas que concluyen en una atribución de valor. La relación conceptual que se orienta de manera subjetiva se puede traducir en una desigualdad en la práctica. La imposición universal de la valencia diferencial de los sexos es la respuesta de las propias necesidades, donde se trata de construir lo social y las distintas reglas que le permitan funcionar:

> A los tres pilares que para Claude Lévi-Strauss eran la prohibición del incesto, el reparto sexual de las tareas y una forma reconocida de unión sexual, añadiré un cuarto, tan evidente que no se advertía, pero absolutamente indispensable para explicar el funcionamiento de los otros tres, que tampoco tienen en cuenta más que la relación de lo masculino y lo femenino. Este cuarto pilar o, si se prefiere, la cuerda que liga entre sí los tres pilares del trípode social, es la valencia diferencial de los sexos.[50]

47 Ibíd., p. 24.

48 Ibíd., p. 25.

49 Ibíd.

50 Ibíd., p. 26.

La autora, aclara que las posiciones binarias tienen que ser entendidas como "signos culturales y no como portadoras de un sentido universal. El sentido reside en la existencia misma de estas oposiciones y no en su contenido; tal es el lenguaje del juego social y del poder".[51] Es decir que no por la misma naturaleza se da este orden jerárquico de ideas, sino que es del sentido de la propia recolección de datos que se imponen ciertos valores que son preponderantes sobre otros. La fecundidad, entonces, es lo que diferencia al hombre de la mujer, y el dominio del primero consiste "fundamentalmente en el control, en la apropiación de la fecundidad de la mujer en el momento en que esta es fecunda".[52]

En el lenguaje de la autora, la atribución de valores (positivo/negativo) de manera implícita sobre las categorías binarias principales (masculino/femenino, alto/bajo, etc.) funciona de manera positiva para el hombre y, en consecuencia, negativamente para la mujer.[53]

c) El feminismo y la subversión de la identidad como elemento subjetivo

Judith Butler plantea el cuestionamiento a las identidades de género, de lo que propiamente se entiende como masculino y como femenino, y afirma que no hay un original detrás de esta dupla de términos. Entonces, por medio de la apropiación de ciertas normas y códigos, se demuestra que lo heterocentrado se posa en estructuras de débil sedimento. Las normas, entendidas como gestos y actuaciones, se despliegan antes del nacimiento del propio sujeto y son concebidas, según Butler, por un orden simbólico, es decir, el lenguaje. Un código que traduce significados y que determina el origen de la subjetividad sobre la percepción de los cuerpos. Desde el momento del nacimiento, se denomina aquello como "un niño" y aquella como "una niña". Sostiene que son enunciados performativos, que distan de la constatación real, porque carecen de una descripción en tanto que responden a una normatividad impuesta. Los considera más bien como invocaciones o citaciones ritualizadas de la heterosexualidad normativa.

Plantea que el sexo, entendido como la base natural del género –concepto de raigambre cultural– es el efecto de una concepción que se da en el interior de un sistema social determinado ya atravesado por la normativa del género, es decir, por la lógica del binarismo. Considera primeramente, que la diferencia sexual se aclama y se sostiene por razones materiales. Sin embargo, no hay que dejar de soslayar que la diferencia trasciende lo material y es marcada por la interpelación de prácticas discursivas que la interpretan.[54] Agrega, a su vez, que la categoría del sexo es, desde sus comienzos, normativa:

> El "sexo" no solo funciona como norma, sino que además es parte de una práctica reguladora que produce los cuerpos que gobierna, es decir, cuya fuerza reguladora se manifiesta como una especie de poder productivo, el poder de producir-demarcar, circunscribir, diferenciar los cuerpos que controla. De modo tal que el "sexo" es un ideal regulatorio cuya materialización se impone y se logra –o no– mediante ciertas prácticas sumamente reguladas. En otras palabras, el "sexo" es una construcción ideal que se materializa obligatoriamente a través del tiempo. No es una realidad simple o una condición estática de un cuerpo, sino un proceso

51 Ibíd., p. 221.

52 Ibíd., p. 227.

53 Ibíd., p. 291.

54 Judith Butler. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo.* Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 17.

> mediante el cual las normas reguladoras materializan el "sexo" y logran tal materialización en virtud de la reiteración forzada de esas normas.[55]

La identidad sexual, señala Butler, es el resultado de prácticas discursivas y teatrales del género: "el género en sí mismo es una ficción cultural, un efecto performativo de actos reiterados, sin un original ni una esencia".[56] Ello no quiere decir que niegue el sexo como tal, sino que existe una obturación en el acceso directo a la materialidad del cuerpo y se alcanza defectuosamente a través de los discursos, las prácticas y las normas. La idea de existencia de un sexo natural sistematizado en un orden de conceptos opuestos (mujer/hombre) es un dispositivo[57] por el cual el género se ha estabilizado dentro de una la matriz heterosexual.[58]

El género, entonces, no es la expresión de un ser interior o un análisis del propio sexo anterior al género; más bien se tiene que tomar como una categoría de cierta inestabilidad que ha sido construida en el tiempo por medio de la repetición de actos. La identificación del yo como un constante es el resultado de la perspectiva del mundo sobre la mirada de estilos, movimientos y gestos: "la apariencia de sustancia es precisamente eso, una identidad construida, una realización performativa en la que el público mundano, incluidos los mismos actores, llega a creer y a actuar en la modalidad de la creencia".[59] Por lo tanto, la construcción de un modelo de identidad está reflejado solamente en un tiempo social determinado. Por ello, la autora cree que la institución del género es el resultado de una mecánica discontinúa de producción de actos.

La necesidad de la acción de reiteración por parte de determinadas conductas le hace pensar a Butler que el proceso de materialización es de una forma incompleta, es decir que los cuerpos aún se resisten, en cierta medida, a la imposición de su materialización. Allí mismo, en la inestabilidad, se da un margen que puede ser aprovechado para la rematerialización, en donde la fuerza reguladora puede ir en su contra y originar, en consecuencia, rearticulaciones que cuestionen la hegemonía de la normativa reguladora.

Hablar sobre la performatividad del género implica que la conducta de los sujetos está afectada por normas sociales que no pueden controlar:

> No como un acto singular y deliberado, sino, antes bien, como la práctica reiterativa y referencial mediante la cual el discurso produce los efectos que nombra. Las normas reguladoras del "sexo" obran de una manera performativa para constituir la materialidad de los cuerpos y, más

55 Ibíd., p. 18.

56 Judith Butler. *El género en disputa*. México, Paidós, 2001, p. 172.

57 El dispositivo es entendido como: "Aquello sobre lo que trato de reparar con este nombre es (…) un conjunto resueltamente heterogéneo que compone los discursos, las instituciones, las habilitaciones arquitectónicas, las decisiones reglamentarias, las leyes, las medidas administrativas, los enunciados científicos, las proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas. En fin, entre lo dicho y lo no dicho, he aquí los elementos del dispositivo. El dispositivo mismo es la red que tendemos entre estos elementos. (…) Por dispositivo entiendo una suerte, diríamos, de formación que, en un momento dado, ha tenido por función mayoritaria responder a una urgencia. De este modo, el dispositivo tiene una función estratégica dominante (…) He dicho que el dispositivo tendría una naturaleza esencialmente estratégica; esto supone que allí se efectúa una cierta manipulación de relaciones de fuerza, ya sea para desarrollarlas en tal o cual dirección, ya sea para bloquearlas, o para estabilizarlas, utilizarlas. Así, el dispositivo siempre está inscripto en un juego de poder, pero también ligado a un límite o a los límites del saber, que le dan nacimiento pero, ante todo, lo condicionan. Esto es el dispositivo: estrategias de relaciones de fuerza sosteniendo tipos de saber, y [son] sostenidas por ellos". Ver Michel Foucault. "Dits et écrits", vol. iii, p. 229 y ss, citado en Giorgio Agamben. "¿Qué es un dispositivo?", *Sociológica*, Año 26, N° 73, mayo-agosto de 2011, pp. 249-264.

58 Judith Butler. *Cuerpos que importan*, *op. cit.*, p. 20.

59 Ibíd.

> específicamente, para materializar el sexo del cuerpo, para materializar la diferencia sexual en aras de consolidar el imperativo heterosexual.[60]

La performatividad está atravesada por la obligatoriedad de la repetición de normas, cuya existencia no depende del sujeto, sino que tiene una temporalidad anterior a este, y por ello este no puede, en términos generales, voluntariamente cambiar su dirección. El carácter fijo del cuerpo, su superficialidad, es plenamente material, e insiste en que:

> La materialidad deberá reconcebirse como el efecto del poder, como el efecto más productivo del poder. Y no habrá modo de interpretar el género como una construcción cultural que se impone sobre la superficie de la materia, entendida o bien como "el cuerpo" o bien como su sexo dado. Antes bien, una vez que se entiende el "sexo" mismo en su normatividad, la materialidad del cuerpo ya no puede concebirse independientemente de la materialidad de esa norma reguladora. El "sexo" no es pues sencillamente algo que uno tiene o una descripción estática de lo que uno es: será una de las normas mediante las cuales ese "uno" puede llegar a ser viable, esa norma que califica un cuerpo para toda la vida dentro de la esfera de la inteligibilidad cultural.[61]

Es decir que existe una inexorable relación entre la normatividad de lo que se entiende por sexo y lo que se entiende por su materialidad. La materia de los cuerpos no puede separarse de las normas reguladoras que gobiernan su materialización y construyen el significado del sexo, no como una diferencia corporal dada, "sino como una norma cultural que gobierna la materialización de los cuerpos".[62] La propia percepción de los sexos está afectada de antemano y depende de lo que la norma quiere establecer como identidad a través de un sistema de recompensas y castigos. La performatividad del género es una práctica social, es decir, una práctica constante y reiterada, en la que la normativa de género se negocia, ya que el sujeto no realiza cualquier tipo de conducta que le plazca, sino que se ve obligado a actuar en función de una normativa genérica que promueve y legitima o sanciona y excluye.

Existe una matriz excluyente por la cual el sujeto se encuentra condicionado en el momento de adoptar una determinada identidad –influida también por los medios discursivos que emplea la normativa heterosexual–, que le permite adoptar ciertas identificaciones y excluir otras. De esta manera, se forman sujetos y al mismo tiempo se excluyen otros, los llamados seres abyectos, es decir, los no sujetos que forman el universo exterior del campo de los sujetos:

> Lo abyecto designa aquí precisamente aquellas zonas "invivibles", "inhabitables" de la vida social que, sin embargo, están densamente pobladas por quienes no gozan de la jerarquía de los sujetos, pero cuya condición de vivir bajo el signo de lo "invivible" es necesaria para circunscribir la esfera de los sujetos. Esta zona de inhabitilidad constituirá ese sitio de identificaciones temidas contra las cuales –y en virtud de las cuales– el terreno del sujeto circunscribirá su propia pretensión a la autonomía y a la vida. En este sentido, pues, el sujeto se constituye a través de la fuerza de exclusión y la abyección, una fuerza que produce un exterior constitutivo del sujeto, un exterior abyecto que, después de todo, es "interior" al sujeto como su propio repudio fundacional.[63]

60 Ibíd., p. 18.

61 Ibíd., p. 19.

62 Ibíd., p. 20.

63 Ibíd.

Ello genera el rechazo de los sujetos, cuya identidad es impuesta por la normativa heterosexual. En consecuencia, aquellos cuerpos abyectos o deslegitimados que no llegan a ser considerados cuerpos crean una amenaza para el propio orden. Estas áreas de exclusión, al convertirse en el exterior del mundo, de lo humano, de lo legítimo, limitan su propia existencia al representarse como un peligro para tales fronteras, pues ello indica la oportunidad de reestructuraciones y cambios.[64]

La autora, al definirse como *queer,* invierte la fuerza performativa por medio del lenguaje que disciplina lo diferente. Propone, al mismo tiempo, un espacio de recodificación al interpelar el lenguaje de palabras y sus efectos performativos por medio de la resistencia sobre los discursos dominantes:

> Sugiero que esta estrategia es esencial para crear el tipo de comunidad en la que no sea tan difícil sobrevivir con sida, en la que las vidas queer lleguen a ser legibles, valoradas, merecedoras de apoyo, en la cual la pasión, las heridas, la pena, la aspiración sean reconocidas sin que se fijen los términos de ese reconocimiento en algún otro orden conceptual de falta de vida y de rígida exclusión.[65]

Apela a una resignificación radical en relación con el mundo simbólico y desviar, al mismo tiempo, la cadena de citas hacia la expansión de un pensamiento que considera un cuerpo valuado y valorable.

d) Género y derecho como elemento normativo

El derecho como ciencia jurídica está atravesado por el lenguaje. Se lo denomina también como un universo simbólico, es decir, un mundo de signos y de significados cuyo alcance normativo depende de cómo vienen concretamente entendidos y practicados.[66] No solo se compone de leyes, sino que es reflejo de valores, mitos, dogmas, imaginarios e ideologías de una sociedad. Al mismo tiempo, esos componentes que forman parte del derecho se transforman en supuestos que garantizan y legitiman su existencia. Se entiende al derecho, también, como el resultado de un proceso de construcción social atravesado por discursos, subjetividades y relaciones de poder.

Asimismo, un ordenamiento jurídico está compuesto por normas entendidas como signos, y su interpretación no es del todo precisa o unívoca. Las normas, a su vez, son reflejo del conflicto de ciertos actores por ponderar ciertos principios en detrimento de otros.[67] El impacto de la ley no está tanto relacionada con la motivación simbólica del principio, sino más bien con la forma en que la ley ha sido aplicada e interpretada por los operadores judiciales. En este sentido, se plantea el rol de la mujer dentro de las ciencias jurídicas en relación con la figura que ocupó en la historia hasta la actualidad.

En esta dirección, Tamar Pitch sostiene que la mujer, entendida como sujeto de derechos, no tiene el pleno dominio de su cuerpo:

> El cuerpo de las mujeres, a diferencia del cuerpo de los varones siempre ha sido un espacio conflictivo sometido a los discursos públicos –jurídicos, éticos, políticos–, a prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. Dicho de otro modo ha sido, es

64 Ibíd., p. 26.

65 Ibíd., p. 47.

66 Tamar Pitch. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid, Trotta, 2003, p. 16.

67 Ibíd., p. 235.

> todavía, objeto de derecho y de derecho de otros, como cuerpo no autónomo, sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios.[68]

Es decir que la libertad de la mujer es analizada en estrecha conexión con su cuerpo. El cuerpo femenino ha sido durante muchos años, y hasta la actualidad, tratado como un objeto antes que un sujeto de derechos. Y por este motivo, la proposición de alcanzar la real y efectiva libertad femenina se parte aún hoy en día como "una lucha de liberación de los cuerpos de las mujeres".[69] Una libertad de la mujer que se convierte en un paradigma de doble sentido:

> En cuanto que tal libertad es inmunidad del cuerpo frente a constricciones, vejaciones y discriminaciones; en cuanto que la mujer constituye el paradigma del otro y por ello su opresión-discriminación son paradigmáticas de todas las desigualdades que hoy persisten bajo el velo de la igualdad de derechos.[70]

En el siglo XIX y gran parte del XX, el derecho penal contribuyó a atribuir y reproducir un determinado significado al ser social de la mujer. Por un lado, se entiende a la mujer como una persona sujeta a tutela y sin responsabilidad de sus actos y, por otro, se despliega un control social sobre la sexualidad femenina y estereotipos determinados sobre su sexualidad.[71]

En los años setenta, muchos estudios abordaron las latentes discriminaciones en las normas penales y en las sentencias dictadas por los jueces. En los años ochenta, surge la idea de que la paridad de los sexos en las normas jurídicas no implica la igualdad material del hombre y la mujer ante el derecho. Y ello lleva a pensar que la justicia a nivel formal no es condición *sine qua non* de la existencia de una justicia igual en el plano material, ya que las normas que son para toda la sociedad han sido aplicadas a grupos con grandes desigualdades sociales. La mujer criminalizada, entonces, debe "enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionalizadas profundamente marcadas por las relaciones patriarcales".[72] Ello se comprueba en estudios sociojurídicos y criminológicos llevados a cabo, en los que se muestra una mayor marginación y discriminación sufridas por la mujer en conflicto con el derecho penal.[73] En palabras de Bodelón:

> En ambos casos, hay un elemento común, el hecho de que el sistema de justicia penal tiende a consolidar la estructura de géneros y a reproducir los elementos que provocan la discriminación sexual. Por lo tanto, desde la perspectiva de las mujeres criminalizadas se debe afirmar que no solo el derecho penal no ayuda a resolver los conflictos planteados, sino que la aplicación del derecho penal origina nuevas discriminaciones.[74]

---

68 Ibíd., p. 12.

69 Ibíd., p. 15.

70 Ibíd.

71 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *Delito Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, N° 11/12, 1998,p. 126.

72 Ibíd., p. 127.

73 Ann Lloyd. *Doubly deviant, doubly dammed. Society's tratment of violent women*. London, Penguin Books, 1995. Especialmente significativos resultan los estudios de las mujeres en prisión y sobre el tratamiento de estas ante los tribunales penales en Mary Enton. *Justice for Women? Family, Court and Social control*. London, Open Universtity Press, 1986.

74 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*, pp. 127-128.

Surge, en los años ochenta, lo que se denominó teoría legal feminista. Consistía en el estudio que analiza las relaciones entre el género y el derecho, y se nutrió de disciplinas como la antropología, la sociología y la economía. Buscó visualizar las limitaciones que tienen las reformas normativas en relación con sus políticas. Así es que, diez años atrás, parte del movimiento feminista volcó su lucha en las reformas legales, como son las políticas de empleo, derecho de familia y derecho penal. Luego de diez años, esas reformas parecieron haber llegado a su tope y empezaron a generar dudas sobre la real eficacia de las reformas legislativas. Ello hizo que los movimientos feministas cambiaran el foco de la discusión y comenzaran a encontrar que las razones de las obstrucciones de cambios se encontraban en características de la doctrina legal moderna y de las estructuras políticas.[75] Visibilizar el hecho de que el derecho estaba atravesado por la diferencia de los sexos hizo que se tomen en cuenta determinadas prácticas que eran desplegadas en la justicia penal:

> El sexismo se podía predicar tanto de la norma, como de su aplicación. El Código penal o las prácticas del sistema penal eran sexistas en la medida en la que se proponía o se efectúa una aplicación diferente de la norma en función del sexo –por ejemplo, el hecho de que los tribunales valoraran de forma diferente la misma conducta sexual en función de si se trata de un hombre o una mujer–.[76]

De la misma manera que se denunció el sexismo dentro del derecho penal, se consideró de qué forma la justicia analizaba la misma conducta y la diferencia de tratos, según si el sujeto que la realizaba era un hombre o una mujer.

En la década de los ochenta, Gelsthorpe realizó un estudio donde analizaba el funcionamiento de los tribunales de menores en los casos de mujeres en conflicto con la ley penal.[77] Con ello, la autora no solo consideraba analizar las sentencias dictadas por los tribunales, sino también hacer el análisis de la compleja actividad que tiene un tribunal en su cotidianeidad y de las diferentes instancias del sistema de la justicia criminal. Detenerse en esas conductas pudo revelar los criterios de normalidad con los que eran juzgados niñas y niños. El problema, señala la autora, estaba en que en la práctica, los tribunales ignoraban, o pasaban por alto, circunstancias distintas, o también que generalizaban, por medio de prototipos, a los hombres y mujeres. Y con ello, concluyó, se afianzan discriminaciones preexistentes.[78]

La idea de masculinidad en el derecho contempla la existencia de ciertas características relacionadas con la masculinidad en sentido cultural. Realizar esta afirmación hace pensar que el derecho no discrimina por su aplicación desigual entre el hombre y la mujer, sino porque en la apariencia se aplican criterios objetivos y neutrales pero que, quitándoles el velo, responden a un conjunto de valores que son masculinos.[79]

Durante los años noventa, los estudios que habían comenzado denunciando la aplicación sexista del derecho penal, se abocan a analizar la forma en que se produce la discriminación de manera un poco más compleja. El trabajo de Mary Eaton

75 Ibíd., p. 129.

76 Ibíd., p. 130.

77 Loraine Gelsthorpe. *Sexism and the Female Offender*. Vermont, Gower Publishing Company, 1989.

78 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*, p. 130.

79 Ibíd.

estuvo enfocado en la actividad de los tribunales.[80] Analizó, a su vez, el tratamiento que recibían las mujeres y llegó a la conclusión de que los jueces solían basar sus razonamientos en consideraciones de tipo familiar. Afirmó que los tribunales reproducían las relaciones entre sexos, pues consideraban a la mujer no como un sujeto, sino en función de las relaciones familiares. El funcionamiento rutinario de los tribunales pasó a ser el foco de análisis:

> Se ilustra cómo los diversos operadores jurídicos incorporan a su actividad cotidiana estereotipos y valoraciones sobre la división de géneros. Estas referencias familiares aluden a cuestiones tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. Es decir, refuerzan un concepto tradicional de familia tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres.[81]

En este orden de ideas, se hace la salvedad de que, al fortalecerse el modelo tradicional familiar, se consolidan las relaciones familiares. Esto significa una clara desventaja para las mujeres. La reproducción de la división de los géneros se da más por la aplicación sistemática y rutinaria de ciertos criterios de normalidad, que por la manera desigual de aplicación de un criterio.

Luego de analizar la categoría de género por medio de la interrelación de los cuatro elementos que de alguna forma intenta evitar la ambigüedad del término,[82] en el capítulo 2 se abordará la normativa que contempla los derechos del niño y de la mujer.

80 Mary Eaton. *Justice for Women?*, *op. cit.*

81 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*, p. 131.

82 Joan Scott, en ese sentido, ha señalado que la confusión en el uso de las palabras sexo y género forma parte de la "dificultad de representar los cuerpos como artefactos sociales completos dentro de la oposición entre naturaleza y cultura" (en *Género e historia*. México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Autónoma de México, 2008, p. 246. En este sentido, Bordieu lo denuncia como "la deshistorización y la eternización relativas de las estructuras de la división sexual y de los principios de división correspondientes" (en *La dominación masculina*, *op. cit.*, p. 8).

Capítulo 2

NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA MUJER

En este capítulo se expone tanto lo referido a la legislación internacional como la del Estado argentino. A modo de introducción, se abordará el concepto de derechos humanos y su utilización en cuanto herramienta hermenéutica para la interpretación de las distintas fuentes del derecho. Posteriormente, se explicitarán cuestiones referentes a los derechos del niño, la noción de *corpus juris* y los principios derivados de la Convención de los Derechos del Niño. Luego, se analizará la particular situación que atraviesa una madre con su hijo privados de libertad, para después seleccionar aquella normativa que protege la orientación sexual y la identidad de género. Finalmente, se tomarán aquellas leyes nacionales que amparan a las partes en el caso de estudio, interpretadas, asimismo, bajo el concepto de bloque de constitucionalidad. El énfasis de este capítulo está puesto, entonces, sobre las normas internacionales en el sistema universal y sobre los sistemas regionales interamericano y en determinados puntos por su particularidad, del africano.[83]

1. Normativa internacional

Las ciencias jurídicas, entendidas como pautas de convivencia dentro de una sociedad, no siempre han reconocido la aptitud y el goce de los derechos humanos por parte de sus integrantes. Ello no implica que las personas, por el solo hecho de existir, no hayan podido gozar de la libertad, sino que esta no era ejercida por todos de igual modo, ni tampoco era reconocida como un derecho en sí.[84]

Por este motivo, antes de avanzar en el desarrollo del presente capítulo, es necesario aclarar que derechos humanos se define como "el derecho a tener derechos". Es el doble poder de la palabra y de la acción que produce, como consecuencia, efectos a nivel de la vida de la comunidad. No obstante, este derecho es aquel que ha sido arrebatado a los excluidos de la humanidad como tal. Arendt señala que el conflicto no es la pérdida de la libertad, sino la naturalización de que ciertos individuos no están

83 En este sentido, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos coexisten entre sí, tanto el universal como los regionales (interamericano, africano y europeo). "Ello implica que los diferentes sistemas se nutren y se complementan mutuamente en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos". Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.* 2a ed., capítulo I, párrafo 52.

84 Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 1.

en condiciones para luchar por ella. Para ello, la autora pone el foco sobre la relación indisoluble del individuo con la comunidad política a la cual pertenece. El ámbito público es en el que se goza de la igualdad creada:

> La igualdad, en contraste con todo lo que está implicado en la simple existencia, no nos es otorgada, sino que es el resultado de la organización humana, en tanto que resulta guiada por el principio de la justicia. No nacemos iguales; llegamos a ser iguales como miembros de un grupo por la fuerza de nuestra decisión de concedernos mutuamente derechos iguales.[85]

En resumidas palabras, las personas que viven por fuera de la ley pierden su carácter de iguales. Es decir que la existencia de los derechos humanos, en cuanto normativa creada, implica el otorgamiento de una igualdad guiada por aquello que es justo, una relación intrínseca y relacional entre la igualdad y la organización humana en sociedad. A *contrario sensu*, aquellos que no interpelan aquellas reglas carecen de la igualdad alcanzada y concretada por los que han decidido organizarse en sociedad.

Por ello, es fundamental entender al derecho por su carácter deconstruible y por el rol que juega en el marco del cambio social:

> el papel del derecho (…) depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política.[86]

Por este motivo, es necesario pensar el derecho de una forma que se pueda acceder a él, por medio de la crítica, pero no de su rechazo absoluto, y develar su sistema de códigos e interpretaciones, para lograr una mejor comprensión de su funcionalidad.

1.1. La hermenéutica de los Derechos Humanos

La vastedad de fuentes de derecho de los derechos humanos, tanto de origen interno así como internacional, hace que resulte de vital importancia señalar el alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por parte de los Estados. Tal necesidad surge a partir de que en ciertas ocasiones análogas, las normativas se superponen y, en consecuencia, pueden producir soluciones dispares.

Las fuentes de derecho, como son las declaraciones de derechos humanos, entendidas como normas consuetudinarias, tratados universales y regionales, son adoptadas por los Estados e integradas a su normativa doméstica que también contiene, entre otros preceptos, la protección de los derechos humanos. Mónica Pinto señala que:

> Sin perjuicio de la autonomía de cada orden jurídico para determinar los modos de su integración, para establecer el orden jerárquico de sus normas y, por lo tanto, individualizar los criterios para resolver y superar los eventuales conflictos que puedan plantearse, la pluralidad de fuentes apuntada impone [la necesidad de desarrollar criterios específicos que deriven en] una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.[87]

85 Hannah Arendt. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid, Taurus, 1998, p. 251.

86 E. Marí *et al. Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 152.

87 Mónica Pinto. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en M. Abregú y C. Courtis (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires*. Centro de Estudios

En términos generales, los tratados de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones permite la limitación de derechos protegidos en mayor medida que la establecida, reducir el goce y ejercicio de cualquier otro derecho reconocido en otra norma internacional o interna, ni limitar o excluir el efecto que puedan tener las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.[88]

Al mismo tiempo, se utilizan una serie de principios del derecho internacional, en general, y de principios del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, que brindan mayor claridad para la interpretación de las normas referidas al derecho internacional de los derechos humanos. Primeramente, es dable destacar el principio *pro homine*, entendido como:

> Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.[89]

En otras palabras, en los casos donde se presenta una disyuntiva sobre la aplicación de las fuentes del derecho en relación con la protección de los derechos humanos, la interpretación de las normas debe ampararse en su peso sustantivo y no en criterios formalistas que atenten contra su ejercicio efectivo.

Como segundo principio general para la correcta interpretación y aplicación de normas que protegen derechos humanos, se encuentra el de no discriminación. Vale aclarar que es un derecho en sí mismo, y a la vez se lo entiende como condición de ejercicio de todos los derechos protegidos:

> Por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones públicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera.[90]

El principio a la no discriminación está íntimamente relacionado con la noción de igualdad. Toda persona, sin distinciones, tiene derecho a disfrutar de todos los derechos humanos, incluidos los derechos a la igualdad ante la ley y el derecho a ser protegido ante cualquier eventual discriminación por diversos motivos.

Al mismo tiempo, se distingue, como tercer herramienta, la denominada interpretación teleológica que surge del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:[91] "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de

---

Legales y Sociales, Del Puerto, 1997, p. 163.

88 Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; Convención contra la Tortura, art. 1.1; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 41; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5.

89 Mónica Pinto. *El principio pro homine, op. cit.,* p. 163.

90 Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos, op. cit.,* p. 85.

91 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscripta el 23 de mayo de 1969, aprobada en Argentina por la Ley N° 19.865 el 3 de octubre de 1972, y su entrada en vigor fue el 27 de enero de 1980.

estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".[92] En este sentido, Pinto señala que en lo que atañe a la protección de los derechos humanos, se considera como primordial la última parte del fragmento del mencionado artículo, es decir, el objeto y fin de las normas en esta materia.[93]

A fin de evaluar cómo mejor atender las necesidades y derechos de un menor y una madre privados de su libertad, a renglón seguido se revisarán aquellos derechos sobresalientes previamente identificados como los más relevantes en estas circunstancias.

1.2. Antecedentes sobre los derechos del niño y la noción de corpus juris

La positivización de las normas surge aproximadamente en el año 1919, cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró una serie de convenciones sobre normativa laboral para niños trabajadores. Recién con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño adoptada por la Liga de Naciones en el año 1924, se reconocieron sus derechos de manera general. Hubo un incremento de su desarrollo en el año 1959, por medio de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Las prescripciones eran de tinte proteccionista, es decir que el niño "no estaba en posición de ejercer sus propios derechos; los adultos los ejercían por ellos y al hacerlo estaban sujetos a ciertas obligaciones. Así, podía decirse que un niño o niña tenía una condición jurídica especial por su incapacidad de ejercer sus derechos".[94]

Con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño[95] en el año 1989, hubo una ampliación en cuanto al reconocimiento del niño como sujeto activo de derechos.[96] La Convención contiene derechos como el de la vida, así como también civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. No obstante, es necesario mencionar la observación realizada por el Comité de los Derechos del Niño[97] en cuanto a

92 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Entrada en vigencia el 27 de enero 27 de 1980.

93 "En esa perspectiva, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si recordamos además que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados partes, sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente" (en Pedro Nikken. *Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos, en Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington D. C., CIDH, 1984, citado en Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*, *op. cit.*, p. 84.

94 Delegado francés en la Comisión de Derechos Humanos en 1959, según citado en Philip Verrman. *The rights of the child and the changing image of childhood.* Dordrecht, Nijhoff, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 164.

95 La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Argentina por la Ley N° 23.849 el 27 de septiembre de 1990, y su entrada en vigor fue el 2 de septiembre de 1990.

96 "En este sentido, la idea de que los niños son sujetos de derecho internacional no comienza con la Convención sobre Derechos del Niño. Este tratado es, hasta la fecha, su expresión más acabada, más completa, un hito en un largo proceso jurídico-cultural, ejemplo de un *continuum* en la historia de la protección jurídica a la infancia más que ejemplo de una ruptura –más allá de lo relacionado con la mayor exigibilidad que implica el tratado como norma convencional respecto de normas no convencionales–" (Mary Beloff. *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, en Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia.* S/l., Defensoría General de la Nación, La Ley, 2008, p. 360).

97 "El Comité de los Derechos del Niño ha sido creado como órgano de control, integrado por expertos independientes que supervisan la aplicación de la Convención. Está compuesto por diez integrantes, duran cuatro años en sus funciones y sesionan tres veces por año en Ginebra. Todos los Estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de observaciones finales. El Comité a su vez, también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general". Arts. 43, 44 y 45 de la CND. Información extraída de la

que no es la única herramienta para la protección de los derechos del niño, sino que "refleja una perspectiva holística sobre el desarrollo temprano en la niñez en base a los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos".[98] A su vez, es necesario adherir que los Estados parte han asumido la obligación de respetar y garantizar todos los derechos contemplados en la CDN dentro de su respectiva jurisdicción, sin ningún tipo de discriminaciones e independientemente de la condición procesal progenitores.

En este orden de ideas, y acorde a lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño en el párrafo anterior, para una mayor profundización en relación con el análisis normativo internacional de los derechos humanos, se introduce el concepto de *corpus juris*[99] implementado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y reconocido como:

> Un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.[100]

El concepto de *corpus juris* en materia de niñez significa el reconocimiento de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el objetivo de proteger los derechos humanos del niño. Asimismo, la Corte IDH lo ha reconocido a través de la aplicación jurisprudencial al fusionar instrumentos de protección, como son la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana, y lo refleja de la siguiente manera: "forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana".[101]

La Corte IDH, a su vez, ha señalado que el concepto de *corpus juris* es el resultado de un desarrollo evolutivo sobre el derecho internacional de los derechos humanos, que tiene como núcleo de protección al niño entendido como sujeto de derechos. Es decir que el ámbito que toma la Corte para ejercer su protección no solamente se limita a considerar el art. 19 de la Convención Americana (CADH),[102] sino que incluye, entre otros,[103] las disposiciones comprendidas en las Declaraciones sobre los

---

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, documento electrónico disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/. Acceso 4 de julio de 2015. Para más información, ver Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 121-124.

98 Comité sobre los Derechos del Niño. *Day of Discussion on Implementing Child Rights in Early Childhood.* 17 de septiembre de 2004, párrafo 1. Traducción propia.

99 "*Corpus juris* es una expresión en latín simple y elocuente para aludir no solo a normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas" (Mary Beloff. *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, en Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, op. cit.*).

100 Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 115.

101 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 37, 53 y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros).* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194.

102 La Convención Americana fue firmada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 y aprobada por la Argentina por medio de la Ley N° 23.054 el 1 de marzo de 1984. El art. 19 expresa que: "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

103 La Corte IDH también considera a los fines de interpretación: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de

Derechos del Niño de 1924 y 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, sin dejar de mencionar aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que poseen alcance general.

En este sentido, con la introducción del concepto mencionado es que se permite utilizar herramientas de interpretación normativa y jurisprudencial adoptadas incluso fuera del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Por ello, es dable considerar no solamente el propio texto de la CDN, sino también aquellas decisiones por parte del Comité de Derechos del Niño, para interpretar el contenido y el alcance de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CADH. Por este motivo, se entiende que el *corpus juris* reviste una importancia medular,[104] ya que amplía el sistema de protección regional por medio de la incorporación de principios receptados por parte de la CDN como son: el principio de no discriminación, del desarrollo y supervivencia, y el interés superior.[105]

La perspectiva, entonces, introducida por el concepto *corpus juris*, genera una expansión y un avance que evidencia la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos que protegen al niño y, a su vez, genera vínculos interdependientes en el ámbito internacional entre los distintos sistemas en materia de niñez, como es el universal y el interamericano.[106] Por este motivo, a continuación se desarrollarán brevemente aquellos principios generales que el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado y que a su vez resumen la CDN: i) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; ii) el interés superior del niño; iii) la participación y iv) la no discriminación.[107]

1.3. Principios generales de la Convención del Derecho del Niño

a) El derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Para delimitar lo que se entiende por niño, la CDN establece, en su art. 1, la definición como el "ser humano menor de dieciocho años de edad".[108] El primer dere-

Justicia de Menores (Reglas de Beijing de 1985), las Reglas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad de 1990), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

104 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.* 2a ed., capítulo I, párrafo 44.

105 Es necesario mencionar una de las primeras oportunidades en que la Comisión se refirió al principio de interés superior del niño: "en todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño". Ver CIDH. *Informe Anual 1997.* Capítulo VII. OEA/Ser.L/V/II.98 Recomendaciones a los Estados miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

106 A modo de ejemplificar la interacción entre el Sistema Interamericano y el Sistema Universal en materia de niñez se ha dado en los ámbitos: i) de desarrollo sustantivo por medio de la aplicación del *corpus juris* que permite que los sistemas se influencien entre sí para un mayor alcance de protección; ii) de prueba: el valor probatorio de las decisiones adoptadas entre los dos sistemas, por ejemplo en peticiones individuales en el sistema interamericano cuando se presenta como medio de prueba una situación particular que evidencia el Comité de Derechos del Niño por medio de la emisión de observaciones finales respecto del país que se acusa; iii) de monitoreo y evaluación de situaciones generales: en el caso del sistema universal, el Comité sobre los Derechos del Niño evalúa la situación de los países que ratificaron la CDN, y por el lado de la Comisión del sistema interamericano puede evaluar a los Estados que con parte de la CADH y aquellos que no han ratificado dicho instrumento pero que son parte de la OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.* 2a ed., capítulo I, párrafo 52.

107 Comité sobre los Derechos del Niño. Comentario General N° 5, CRC/GC/2003/5, pp. 3-5.

108 Entre las reservas y declaraciones que realizó la Argentina al momento de ratificar la CDN, formuló lo siguiente: "con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido

cho está contemplado en el art. 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[109] así como también en el art. 6 de la CDN. Se reconoce el derecho de los niños a vivir, sobrevivir y desarrollarse. El derecho a la vida tiene un valor fundamental, por el cual sin su respeto y garantía, los demás derechos perderían el sentido de existencia. El Estado está obligado a proteger la vida del menor y garantizar al mismo tiempo su desarrollo y supervivencia.

El derecho al desarrollo,[110] debe definirse según lo estipulado por el Comité sobre los Derechos del Niño, de manera similar a como el derecho se define en el art. 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo de 1986,[111] y lo expresa al denominarlo como "crecer de manera saludable y protegida, libres de temores y deseos, y desarrollar su personalidad, talentos y capacidades mentales y físicas en todo su potencial de acuerdo a sus capacidades en desarrollo".[112]

b) El interés superior del niño

El interés superior, en cuanto principio, puede verse plasmado en diversos instrumentos internacionales. A modo de ejemplo, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW),[113] en su art. 5 (b), cuando expresa que en "la educación y al desarrollo de sus hijos (…) el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos". En esta línea, el art. 16 del mismo cuerpo normativo establece la prevalencia del interés con respecto al matrimonio y las relaciones familiares.

El interés en la CDN surge en el art. 3 (1): "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Con ello, se busca enfatizar la importancia de los derechos del niño en el momento, por ejemplo, en que el juez debe evaluar qué derechos ponderar por sobre otros. Los derechos del niño están, a su vez, sujetos a los derechos e intereses de los demás. La tensión que proviene del reproche de una determinada conducta por parte de la sociedad no indica que se pueda anular los derechos del menor, que son, por ende, a preservar el vínculo materno filial. En cuanto al art. 3 (2) de la CDN:

> Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

---

que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad", documento electrónico disponible en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf. Acceso 4 de julio de 2015.

109 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, aprobado en Argentina por la Ley N° 23.313 el 17 de abril de 1986, y su entrada en vigor fue el 23 de marzo de 1976, A/RES/2200A (XXI).

110 Directamente relacionado con el derecho al desarrollo, está el art. 18 de la CDN, en el que se expresa el papel primordial que tienen los progenitores en relación al cuidado y desarrollo del niño: "Los Estados Parte pondrán al máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

111 M. Nowak. *Article 6 – The right to life, survival and development.* Leiden, Nijhoff, 2005, p. 2.

112 Ibíd.

113 La CEDAW fue adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, aprobada en Argentina por la Ley N° 23.179 el 8 de mayo de 1985, y su entrada en vigor fue el 3 de septiembre de 1981, A/RES/34/180.

Esta parte del artículo obliga al Estado a asegurar el cuidado y protección sobre los niños, sin dejar de lado los derechos y deberes de sus progenitores. El art. 3 (3) expresa que:

> Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado a la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Esta parte del artículo de la CDN obliga a los Estados a garantizar el adecuado funcionamiento de las instalaciones que estén destinadas al cuidado de los niños.

c) La participación y la no discriminación

El principio de participación del niño está consagrado en el art. 12 de la CDN y estipula que el Estado debe garantizar que el niño sea oído, si está en condición de expresar su opinión, en situaciones en que se ve afectado de una manera libre, en función de su edad y madurez. Es interesante señalar la particularidad del art. 12 de la CDN por medio de la interpretación del Comité de los Derechos del Niño al observar en el Comentario General N° 5, que la participación activa es, además de uno de los cuatro principios de la CDN,[114] un derecho autónomo.[115] El núcleo de este principio y derecho a su vez, señala el Comité, yace en lo que denominó un nuevo contrato social, donde no solo se los reconoce como sujetos de derechos, sino partícipes en toda situación pasible de afectación a sus derechos.[116]

En cuanto al principio de no discriminación, se mencionará brevemente que está consagrado en el art. 2 de la CDN y estipula que el Estado debe tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido de todas las formas de discriminación y castigo. En cuanto al art. 2 (2), el Estado parte está obligado a garantizar que ningún niño sea discriminado por las acciones de sus progenitores.[117]

1.4. Niños y madres privados de libertad

Los derechos del niño, como se ha mencionado anteriormente, han sido desarrollados por medio de la promulgación de tratados, tanto regionales como internacionales, para su protección, respeto y garantía. Sin embargo, se presentan situaciones donde los niños merecen una tutela aún mayor, y es en el momento en el que su madre se encuentra privada de su libertad, y ello, en consecuencia, produce o la separación y la ruptura parcial del vínculo, o la estadía del niño en una unidad penitenciaria. Son estos los casos donde los principios mencionados juegan un papel fundamental en las decisiones de los tribunales respectivos. El interés superior, en cuanto principio, dependerá de factores visibles, como las instalaciones disponibles para su desarrollo, la correcta alimentación para su edad, las aptitudes del personal penitenciario, el

114 Comité sobre los Derechos del Niño. Comentario General N° 5, CRC/GC/2003/5, 4 p.

115 Comité sobre los Derechos del Niño, Recomendaciones finales después del *Day of General Discussion on the Right to be heard*, septiembre de 2006.

116 Comité sobre los Derechos del Niño, Preámbulo de las Recomendaciones finales después del *Day of General Discussion on the Right to be heard*, septiembre de 2006.

117 El principio de no discriminación tiene sus raíces en otros instrumentos internacionales, pero para evitar su reiteración, se remite al Capítulo II, Hermenéutica de los derechos humanos; y orientación sexual e identidad de género.

acceso efectivo de personal especializado para la atención de niños, la cercanía de la cárcel para las visitas familiares, entre otros.

Los niños afectados por estas circunstancias pueden sufrir efectos colaterales que derivan en problemas como: la pérdida de contacto con su progenitora, y por ende impedir la crianza por parte de ella, la pérdida de ingresos y estabilidad y la propia reacción del niño frente a tal problemática. Los impactos negativos que producen la separación y el encarcelamiento de un progenitor han sido los argumentos para realizar medidas que atiendan esta cuestión. A modo de buena regulación legislativa específica, se encuentra en el sistema regional africano la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez,[118] en la que se establece que "siempre se considerará primero una sentencia sin encierro al sentenciar a (…) madres".

Un punto esencial a considerar es el papel de la familia como referente y sentido de pertenencia. El propósito y uso de los tribunales al sentenciar a un progenitor por medio de la pena que la priva de su libertad debe ser tomado en cuenta en un sentido más amplio, es decir, se tienen que tener en cuenta principios como el interés superior del niño, para evitar que se imparta una doble sanción. Por este motivo, es que se desarrollarán en los renglones siguientes las particularidades que afectan directamente a una madre y un hijo al cohabitar en una institución privados de libertad.

a) La decisión de privar a una madre de su libertad

En virtud de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados están obligados a velar por el interés superior del niño; por lo tanto, para decidir sobre la encarcelación de la madre, los jueces deben tener en cuenta el impacto que su encarcelamiento tendrá sobre sus hijos. El Consejo de Derechos Humanos reconoció, por medio de la Resolución 7/29 del año 2008, sobre los derechos del niño, lo siguiente:

> Hace un llamado a todos los Estados para que pongan atención al impacto que el arresto y encarcelamiento de un progenitor tendrá en sus hijos/as y, en particular: para que den prioridad a las medidas sin privación de la libertad al dictar sentencia o al decidir sobre medidas preventivas para una persona que es única o principal cuidadora de un menor, en concordancia con la necesidad de proteger a la comunidad y al menor.[119]

En el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, los Estados expresaron que el uso de la pena privativa de libertad en madres con niños debería estar restringido y que se debía hacer un esfuerzo especial para evitarlo.[120] La oficina de las Naciones Unidas contras las Drogas y

118 La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez establece en su art. 30: "hijos e hijas de madres encarceladas: 1. Los Estados Partes en la presente Carta deberán encargarse de proporcionar tratamiento especial a las embarazadas y madres de infantes o niños/as pequeños/as que hayan sido acusadas o halladas culpables por infringir la ley penal y deberán, en particular: (a) garantizar que siempre al sentenciar a dichas madres se considere primero una sentencia sin privación de la libertad; (b) establecer y promover medidas alternativas sin encierro institucional para el tratamiento de dichas madres; (c) establecer instituciones alternativas especiales para alojar a dichas madres; (d) garantizar que ninguna madre será encarcelada con su hijo/a; (e) garantizar que no se impondrá sentencia de muerte a dichas madres; (f) los objetivos esenciales del sistema penitenciario serán reformar, integrar a la madre a su familia y su rehabilitación social. La Carta estipula la especificidad de este colectivo. Se le exige a los Estados que siempre consideren sentencias que eviten el encarcelamiento como primera opción y que se promuevan alternativas para la morigeración del encierro".

119 Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos del Niño, A/HRC/7/29, párrafo 31.

120 Informe del 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UN Doc.A/Conf.144/28/Rev. 1, 1990, p. 164. El Relator Especial sobre Cárceles y Condiciones de Detención en África expresa que: "La cárcel no es un lugar seguro para mujeres embarazadas, bebés e infantes y no se recomienda separar a los bebés e infantes de sus madres. Sin embargo, es posible encontrar soluciones de modo que estas mujeres no estén encarceladas: aplicar fianza para mujeres en detención preventiva, sentencias sin privación de la libertad o pronta liberación o liberación condicionada, libertad condicional, sentencias suspendidas para las reclusas sentenciadas" (V. Chirwa. *Report of the Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa: Prisons in*

el Delito observó que "las mujeres embarazadas y madres lactando tienen problemas particulares relacionados con su estado, y no debería ser encarceladas a menos que existan circunstancias excepcionales".[121]

Los tribunales basan sus argumentos en principios limitados que han sido establecidos mediante la jurisprudencia y cualquier pauta existente en los instrumentos nacionales. Los casos complejos basados en el bienestar de los niños ofrecen un amplio margen para que el Poder Judicial interprete conceptos mal definidos y los aplique al caso particular que tiene en estudio.

b) Madres pre y posparto

Las mujeres, tanto en un período de embarazo así como también en la lactancia, encuentran especial protección en los distintos instrumentos internacionales que se verán a continuación. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[122] establece, en su art. 10, el especial cuidado sobre las madres antes y después de concebir a un niño.[123] A su vez, en el art. 12 se le reconoce a toda persona el disfrute del más alto nivel en relación tanto con su salud física como mental.[124] También se establece que entre las medidas que debe adoptar el Estado figura el sano desarrollo de los niños. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, órgano de control encargado de interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),[125] en su observación general 28, sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, establece que:

> Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención médica y de salud ofrecen a esas madres y a sus hijos.[126]

Malawi. 17-28 de junio de 2001, p. 36).

121 UN Office on Drugs and Crime. *Criminal Justice Assessment Toolkit, Non Custodial and Custodial Measures: 1 The Prison System*. New York, 2006, p. 27.

122 El PIDESC fue adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, aprobado en Argentina por la Ley N° 23.313 el 17 de abril de 1986, y su entrada en vigor fue el 3 de enero de 1976, A/RES/2200ª (XXI).

123 PIDESC, art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto".

124 PIDESC, art. 12: 1. 2. a) "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los/las niños/as".

125 El Comité de Derechos Humanos es "el órgano de expertos independientes encargado de la supervisión del PIDCP por sus Estados parte. Todos los Estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera que ejercitan los derechos. Inicialmente los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite cada cuatro años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones en forma de observaciones finales. Además, el art. 41 del Pacto establece que el Comité debe examinar las denuncias entre Estados. También tiene competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación a supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados parte en el Protocolo. El Comité se reúne en Ginebra o en Nueva York y celebra normalmente tres períodos de sesiones al año. El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas o sus métodos de trabajo". Información extraída de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, documento electrónico disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/.Acceso 4 de julio de 2015.

126 UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, párrafo 15, pp. 209-210.

Los niños con pocos meses de edad requieren chequeos periódicos. Las mujeres lactantes tienen necesidades especiales de nutrición y salud que, por lo general, en las cárceles no se suele satisfacer de manera completa.[127]

c) El derecho del niño y la madre a la familia

El concepto de familia ha sido pasible de transformaciones en relación a factores como la temporalidad y lugar geográfico.[128] En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[129] la define, en su art. 16 (3), como el "elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado". Asimismo, el PIDESC, en su art. 10, y el PIDCP, en su art. 17, le conceden la misma protección.[130] En relación con la CEDAW, en su art. 16 establece que:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) (c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

Las mayores angustias de las mujeres privadas de libertad derivan de la preocupación por sus hijos, y ello se refleja en formas como: enojo, ansiedad, tristeza, depresión, vergüenza, culpa, baja autoestima y un sentimiento de pérdida.[131] La DUDH establece, en su art. 25 (2), la importancia de la protección sobre la maternidad y la infancia en relación con su cuidado y asistencias especiales.[132] Así también el PIDCP, en su art. 24, y el PIDESC, en su art. 10, expresan la importancia de la familia en relación con su constitución y cuidado.[133]

---

127 En este mismo orden de ideas, el 8° Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, por medio de la Resolución 19 sobre el manejo de la justicia penal y desarrollo de políticas en torno a dictar sentencias, solicitó la limitación del uso del encarcelamiento para cierta categoría, entre otras, mujeres embarazas madres de niños pequeños. Informe del 8° Congreso de las Naciones Unidas. Informe del 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990, UN Doc.A/Conf.144/28/Rev. 1, p. 164.

128 "El núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial y aún sigue siendo la unidad básica de organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas. Sin embargo, la familia moderna ha variado con respecto a su forma más tradicional, en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres". Hoy en día, se define como: "La familia es considerada también como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, trascendiendo la figura de unidad jurídica, social y económica. La familia es una comunidad de amor y de solidaridad" (Enciclopedia Británica en Español. *La Familia: Conceptos, Tipos y evolución*. S/l., 2009, p. 6. Asimismo, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación General N° 21, dispone que: "La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención" (párrafo 13, 1994); Recomendación General N° 19: "La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos constituye discriminación, como la define el art. 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden: (…) (f) El derecho a igualdad en la familia" (párrafo 7, 1992).

129 La DUDH fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, en París.

130 PIDESC, art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. PIDCP, art. 17: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

131 E. Stanley y S. Byrne. *Mothers in prison. Coping with separation from children. Documento* presentado en la *Conferencia Women in Corrections. Staff and Clients*, Adelaide, 31 de octubre-1 de noviembre de 2000, p. 3.

132 DUDH, art. 25(2): "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños (...) tienen derecho a igual protección social".

133 PIDCP, art. 24 (1): "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen

El derecho de la familia a tener privacidad sin la intervención estatal está contemplado en los arts. 17, 23 y 24 del PIDCP.[134] En el caso de una sentencia privativa de libertad a uno de sus progenitores, responsables primarios de la obligación de proteger el cuidado del niño, incide directamente en la efectiva protección de los derechos amparados por el Pacto.

Asimismo, en el art. 9 de la CDN se puede soslayar la importancia del cuidado que merece el niño con respecto a sus progenitores. En el primero de sus cuatro párrafos, el Estado se ve obligado a garantizar la unión del niño con su familia y asegurar que no se lo separe en contra de su voluntad –con la salvedad en que el caso amerite la separación por su interés superior–. En el segundo párrafo procura la intervención de las partes en los casos que existe el riesgo de separación. En relación al tercer párrafo, en el caso que se produzca la separación del niño con sus progenitores, el Estado debe garantizar el mantenimiento de contacto periódico con ellos –siempre en aras de su interés superior–. En cuanto al último párrafo, el Estado como responsable de esa separación proporcionará al niño la información necesaria para dar con el paradero de dicho progenitor.[135]

El derecho del niño a ser cuidado y estar acompañado por su madre está reconocido universalmente por medio de diversos instrumentos internacionales y regionales. La importancia del cuidado de la madre hacia su hijo se ve plasmada, a su vez, en el sistema regional interamericano por medio del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[136] sobre el derecho del niño a ser parte de una familia, y el art. 16 del Protocolo Adicional de la Convención.[137] Sobre el derecho a la lactancia,

---

nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. PIDESC, art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

134 PIDCP, art.17: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Art. 23: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos". Art. 24: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

135 CDN, art. 9: "1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos 3 particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte –incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado– de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas".

136 El art. 19 ha sido mencionado en el presente capítulo II, 1.2. Antecedentes sobre los derechos del niño y la noción de *corpus juris.*

137 El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en material de derechos económicos, sociales y

está específicamente contemplado en el art. 15 del mencionado Protocolo y recepta la obligación de "garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de la lactancia como durante la edad escolar".[138]

d) Alternativas sin privación de la libertad para las mujeres con hijos

Los funcionarios judiciales, al momento de aplicar una pena que implique la privación de libertad, deberían tener en cuenta la forma en que impacta en las mujeres, y en particular la situación de ellas con sus hijos. La cárcel debería ser utilizada como medida de último recurso. En las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio),[139] los Estados asumieron la obligación de evitar el uso innecesario del encarcelamiento por medio de la implementación de una serie de medidas que van desde disposiciones preventivas hasta las postsentencia. Las Reglas pueden ser útiles en tanto que pueden servir de manual sobre distintos tipos de alternativas sin privación de libertad que deberían hacerse efectivas, como las siguientes: la liberación condicionada, sentencias suspendidas o aplazadas, libertad condicional, órdenes comunitarias, libertad bajo fianza y procesos de justicia reparadora.[140] La prisión domiciliaria, por su parte, es una de las medidas previstas por las Reglas mencionadas.

1.5. Orientación sexual e identidad de género

Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans,[141] intersexuales y queer (LGBTIQ) están protegidas por medio de derechos ya amparados en normas internacionales de derechos humanos, tanto de la DUDH como también de tratados internacionales. Sin embargo, a lo largo de los años han sido víctimas de vulneración de sus derechos.[142] Luego de casi veinticinco años se ha comenzado a transformar la cosmovisión que se tiene sobre las personas LGBTIQ, y por eso resulta necesario que tanto los Estados como la sociedad tomen conciencia de este cambio.

La protección de los derechos humanos para las personas LGBTIQ se basa en dos principios fundamentales: igualdad y no discriminación. La orientación sexual y la identidad de género, al igual que la raza, el sexo, el color o la religión, no son fundamentos permisibles para establecer diferencias ni distinciones. En este sentido, las palabras que inician la DUDH reseñan que: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Es decir que su protección no exige la creación de nuevos derechos ni la concesión de derechos especiales, sino que es necesario que se

culturales (Protocolo de San Salvador) fue adoptado por la Asamblea General en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, sancionada en Argentina por la Ley Nº 24.658 el 19 de junio de 1996, y su entrada en vigor fue el 16 de noviembre de 1999. Establece el art. 16: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo".

138 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en material de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), art. 15.

139 Las Reglas de Tokio fueron adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, el 14 de diciembre de 1990.

140 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.

141 El término trans se refiere a travestis, transexuales y transgéneros.

142 El 17 de mayo de 1990, la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobó la 10ª Revisión de la Estadística internacional de Clasificación de las Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados, en la cual se reconoció que la orientación sexual no es un trastorno. Hoy en día, el 17 de mayo se considera como el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia.

cumpla la garantía universal de la no discriminación en el goce de todos los restantes derechos.[143]

La prohibición a la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género está contemplada en el art. 2 de la DUHN,[144] art. 2 del PIDECSC y el art. 2.1 del PIDCP, y obliga a cada Estado a respetar y garantizar los derechos contemplados en los instrumentos, sobre todo a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. En relación con la igualdad, el art. 26 del PIDCP, y el art. 7 de la DUHN, de manera similar, expresan que:

> Todos son iguales ante la ley tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.[145]

Estos artículos no especifican las categorías de orientación sexual ni tampoco la identidad de género, pero las figuras se pueden subsumir en la parte que predica cualquier otra distinción o cualquier otra condición social. Es decir que la muestra de opciones que pueden llegar a ser pasibles de discriminación están de algún modo abiertas para la inclusión de otros supuestos que no se detallan expresamente.

Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han sostenido a lo largo del tiempo que la diferenciación en relación con la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos y van en contra de los preceptos de derecho internacional.[146] El Comité de Derechos Humanos, en la causa Toonen,[147] ha establecido que el concepto sexo estipulado en los arts. 2 y 26 del Pacto incluyen el término orientación sexual. A partir de esta causa, el Comité de Derechos Humanos ha solicitado a los Estados parte a "garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual".[148]

Las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas a diversas áreas, como el derecho al trabajo, al agua y a la salud, han establecido que la garantía de no discriminación del Pacto contiene, a su

143 Así lo ha expresado el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon en un discurso dado en Nueva York sobre la igualdad de las personas LGBTI al pedir que se adoptaran medidas contra la discriminación: "como hombres y mujeres de conciencia, rechazamos la discriminación en general y en particular la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género (…) donde existan tensiones entre las actitudes culturales y los derechos humanos universales, los derechos deben prevalecer" Naciones Unidas. Libres & Iguales, *Igualdad y no discriminación*, p. 2, documento electrónico disponible en: https://unfe.org/system/unfe-21-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1c.pdf. Acceso 17 de junio de 2015.

144 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, 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 condición.".

145 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7.

146 El derecho internacional define a la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferenciado que se base, directa o indirectamente, en un fundamento prohibido de discriminación y que tenga la intención de causar o anular o afectar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos garantizados por el derecho internacional", Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 18, párr. 7; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 20, párr. 7. Véase a su vez, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 1; y Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 2.

147 CCPR/C/50/D/499/1992, párrafo 8.7.

148 CCPR/C/USA/CO/3, párr. 25.

vez, la orientación sexual.[149] En esas líneas se expidió el Comité de los Derechos del Niño, que ha considerado incluir la orientación sexual[150] y la identidad de género[151] en el art. 2 de la CDN. Al respecto, el Comité Contra la Tortura, en sus observaciones finales, manifestó que: "la normativa sobre las buenas costumbres puede dar un poder discrecional a la policía y a los jueces que, junto a prejuicios y actitudes discriminatorias, puede resultar en abusos hacia este grupo poblacional".[152]

En este mismo orden de ideas, el Comité de la CEDAW ha expresado que:

> La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación y la identidad de género (…) los Estados parte deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas.[153]

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos aprobó, en junio de 2011, la primera resolución de las Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género, y ello generó la realización de un reporte oficial llamado Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género".[154]

Por otra parte, los Principios de Yogykarta[155] son una herramienta útil para la correcta aplicación de la legislación internacional de derechos humanos sobre cuestiones que se relacionan con la orientación sexual y la identidad de género. Ratifican estándares internacional vinculantes para el cumplimiento por parte de los Estados. Es decir que no crean nuevos derechos, sino que son la enunciación de derechos preexistentes. Cada uno de los principios es acompañado por recomendaciones para los Estados. Al mismo tiempo, esta serie de principios atribuye responsabilidad a todos los actores para promover y proteger los derechos humanos, es decir que van dirigidos no solo a los Estados, sino también a los medios de comunicación, a las ONG, a las instituciones nacionales de derechos humanos, entre otros.

El primer principio recepta la igualdad de los seres humanos en relación con su dignidad y sus derechos.[156] En directa relación está el segundo principio, que esta-

149 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (No discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales), párr. 32; N° 19 (Derecho a la seguridad social), párr. 29; N° 18 (Derecho al trabajo), párr. 12 b); N° 15 (Derecho al agua), párr. 13; N° 14 (Derecho al nivel de salud más alto posible), párr. 18.

150 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño), párr. 6, y Observación General N° 3 (El VIH/SIDA y los derechos del niño), párr. 8.

151 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13 (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia), párrafo. 60 y 72 g) (en que se destaca que los Estados parte deben abordar la discriminación contra los grupos de niños vulnerables o marginados, incluidos lesbianas, gays o transgénero).

152 CAT/C/CRI/CO/2, párr. 11.

153 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 28 (sobre las obligaciones básicas que incumben a los Estados parte en virtud del artículo 2), párr. 18. Asimismo, en la Recomendación General N° 27, el Comité manifestó que: "'con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad o la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual o identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 27 (sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos), párr.13.

154 El reporte fue preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, A/HRC/19/41.

155 Los Principios se celebraron en Yogykarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada del 6 al 9 de noviembre de 2006. Fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un grupo de expertos en derechos humanos de distintas zonas geográficas.

156 Principios de Yogykarta, ppio. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos".

blece la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, y a la vez eleva su grado de vulnerabilidad al incluir otras causales como la raza, edad y religión.[157] Vinculado al principio anterior, se encuentra el relacionado a un juicio justo:

> Toda persona tiene derecho a ser oída en audiencia pública y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra, sin prejuicios ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.[158]

El principio 3 exige el reconocimiento de la personalidad jurídica en relación con la diversidad de la orientación sexual e identidad de género, comprendida como una parte esencial para su personalidad y que constituye, a su vez, un aspecto fundamental de su autodeterminación, dignidad y libertad.[159] Los principios del 19 al 21 señalan la importancia de la libertad de expresión sobre la propia identidad y la sexualidad, sin la intervención del Estado. Incluye la expresión de la identidad mediante "el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección del nombre o por cualquier otro medio".[160] El principio 24 se basa en el derecho a formar una familia y apela a la existencia de la diversidad sobre las configuraciones en que se puede formar una.[161]

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos[162] se hace eco sobre el reconocimiento de cuestiones relacionadas con orientación sexual e identidad de género en el Caso Atala Riffo Vs. Chile.[163] Entre los argumentos esgrimidos por el Tribunal,

157 Principios de Yogykarta, ppio. 2: "Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica".

158 Principio de Yogykarta, ppio. 8.

159 Principio de Yogykarta, ppio. 3: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género".

160 Principio de Yogykarta, ppio. 19.

161 Principio de Yogykarta, ppio. "24: Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes".

162 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre antecede a la DUDH y marca el inicio del sistema interamericano de derechos humanos, que fue aprobado por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Colombia, en 1948. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –que fue aprobada en 1969 y entró en vigor en 1978– es actualmente la piedra angular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Veinticinco de los treinta y cinco países de la OEA han ratificado y son Estados partes de la Convención.

163 "Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la

se identificaron algunos como los potenciales riesgos o daños que puede traer a las niñas la orientación sexual de su primogénita. La sentencia se basó principalmente en el interés superior del niño por sobre otros derechos pertenecientes a sus progenitores. De esta forma, el padre obtuvo la custodia de las hijas, y al mismo tiempo significó que el Tribunal ignorase los derechos de la madre, así como también el derecho de las menores de ser oídas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos[164] ha indicado que:

> En casos de cuidado y custodia de menores de edad (...) no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (…) que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño.

El fallo devela que el interés superior del niño no puede entenderse como una mera formalidad jurídica, sino que su concreción debe iluminar interpretaciones que estén plasmadas en hechos reales, sin mermar derechos de terceros. En consecuencia, la Corte consideró que la madre debía adaptar su vida hacia una concepción tradicional, es decir, más acorde al rol social de una mujer en función de madre, según lo que la sociedad espera de ella. La mujer, al llevar la responsabilidad principal de la crianza de sus hijas, debía renunciar entonces a un aspecto esencial de su propia identidad. Esa lógica no puede servir de medida idónea para la afectación de un derecho protegido como el que garantiza el pleno ejercicio de derechos humanos sin discriminación alguna. En otras palabras, la Corte dedujo que al no tener una familia heterosexual como la de sus compañeros, llevaría como resultado la potencial situación de que sean discriminadas, ignoradas, y por ello afectaría su desarrollo. El Tribunal no pudo probar tales conjeturas, ni tampoco existió un test de razonabilidad exhaustivo que habilitara a fallar con base en estándares internacionales.

2. Normativa nacional

En este apartado se señala la relevancia de los tratados internacionales en relación con las demás fuentes del derecho, por medio del análisis del bloque de constitucionalidad. Asimismo, se incluye en esta parte el estudio de las leyes nacionales que

---

Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva". Información extraída de la ficha técnica de Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, documento electrónico disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=196&lang=es. Acceso 6 de julio de 2015.

164 La Corte IDH fue establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son los dos órganos que tienen como función asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención. Asimismo, la Corte IDH "es una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA aunque sean terceros respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, elegidos a título personal por los Estados partes en la Convención, en ocasión del desarrollo de las sesiones ordinarias de la Asamblea General de la OEA. El mandato es por seis años y pueden ser reelegidos una vez". En Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*, *op. cit.,* p. 147.

protegen los derechos de niños, madres y su vínculo filio maternal. Se han ponderado dos leyes por su grado de protección de derechos y su especificidad para el caso de estudio: la ampliación de los supuestos del instituto de arresto domiciliario en la ley de ejecución sobre la pena privativa de libertad, junto con su debate parlamentario, y la ley de identidad de género.

2.1. Bloque de constitucionalidad

Luego de la reforma constitucional de 1994, se incorporó el nuevo inc. 22 del art. 75, que establece que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes", es decir que aprobados y firmados con el procedimiento requerido por el cuerpo normativo –aprobados por el Congreso por medio del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara– gozarán de jerarquía constitucional.[165] El bloque de constitucionalidad, entonces, consiste en ponderar los tratados sobre la ley y, a su vez, situarlos al mismo nivel de la Constitución. Entendido por Bidart Campos como "la asignación de jerarquía constitucional, a más de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la Constitución, comparten supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico".[166]

Sobre la aplicación de los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno del Estado parte, en concordancia con la Convención de Viena[167] sobre derecho de los tratados, que establece en su art. 27 la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno del Estado parte, cada Estado asume la obligación de adoptar medidas para garantizar el ejercicio y goce de los derechos protegidos. Un ejemplo de ello, anterior a la reforma de la Constitución, es cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el 7 de julio de 1992 en el caso Ekmekdjián contra Sofovich, argumentó que:

> Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.[168]

165 Constitución de la Nación Argentina, art. 75, inc. 22: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

166 Germán Bidart Campos. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. T. III. Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 276. Refuerza este concepto en el inc. 22 al establecer que no se deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que debe entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

167 Aprobada por la Ley N° 19.865, el 3 de octubre de 1972, y entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

168 *La Ley*, 1992-C:547.

La Corte en este caso, hizo una interpretación del art. 27 de la Convención de Viena de 1969, que estipula que el Estado parte no podrá invocar su ordenamiento interno para exceptuarse al incumplir una norma convencional.

La nueva jerarquía constitucional establecida implica una igualdad entre las normas de la Constitución y los instrumentos internacionales que se introdujeron al cuerpo normativo por medio del art. 75, inc. 22. Y ello conlleva a pensar que tanto los Tribunales de Primera y Segunda Instancia, así como también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, deberían tener en cuenta la normativa mencionada para dirimir un caso en concreto, a la luz de las competencias que la Constitución les estipula en los arts. 116 y 117.[169]

Es necesario destacar la interpretación que posee la CSJN sobre la norma *ius cogens*[170] en casos como Cabrera, W. J. E. Vs. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, donde la definió como "norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados".[171] Sigue, de este modo, la terminología utilizada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.[172]A continuación, como se adelantó a comienzos del capítulo 2, se analizarán aquellas leyes que amparan a las partes del caso de estudio.

2.2. La Ley de Ejecución de la Privación de la Libertad Nº 24.660 y su modificatoria Ley Nº 26.472

Con la sanción de la Ley Nº 26.472 –modificatoria de la Ley Nº 24.660, el CP y el CPPN–[173] se ampliaron las causales para acceder al régimen de detención domiciliaria. Hasta diciembre de 2008, el instituto, según versa el anterior art. 33 de la Ley Nº 24.660, estaba contemplado solamente para "el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena

169 Constitución de la Nación Argentina, art. 116: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero". Art. 117: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".

170 La figura del *ius cogens* "consiste en el conjunto de normas internacionales llamadas 'imperativas', recogidas en su ámbito con el rasgo de la inderogabilidad o indisponibilidad –sea que su existencia provenga de tratados o del derecho consuetudinario (de gentes)–. El *ius congens* no puede ser dejado de lado por normas opuestas o distintas de un tratado y, por ende, si echamos mano del diseño piramidal, podemos decir que la pirámide del derecho internacional se encabeza en su vértice con el *ius cogens* (…) Después de la reforma de 1994, los tratado con jerarquía constitucional coinciden con nuestra constitución, por lo que no se plantea problema alguno, dados los similares contenidos de ambos y la igual prelación compartida que revisten en el derecho interno", según Germán Bidart Campos. "El 'ius cogens'", punto 21, en: *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II. Documento electrónico: http://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/material-libros-pdf/.

171 CSJN, 05/10/1983 –Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/despido –Fallos 305:2150.

172 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: art. 53: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

173 La Ley Nº 26.472 fue sancionada el 17 de diciembre de 2008 y promulgada de hecho el 12 de enero de 2009, documento electrónico disponible en: http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/149566/norma.htm. Acceso 21 de junio de 2015.

impuesta en detención domiciliaria (...) previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique". Es decir, que la ley no tenía en cuenta situaciones que excedían el único supuesto contemplado. Entre otras razones,[174] existía la imperiosa reforma de la ley por las dispares soluciones que se presentaban en los casos de solicitud de arresto en relación con madres privadas de libertad junto con sus hijos. Frente a las limitaciones que la norma imponía, hubo distintos tratamientos sobre el asunto.[175]

Debido a la discrepancia en las soluciones dadas por los Tribunales ante el vacío legal que producía el art. 33 de la mencionada ley, se ampliaron los supuestos. El juez de ejecución o competente, en la actualidad, puede conceder el arresto domiciliario en los siguientes casos: i) al interno enfermo, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; ii) al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; iii) al interno discapacitado, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario fuere inadecuada por su condición; iv) al interno mayor de 70 años; v) a la mujer embarazada; vi) a la madre de un niño menor de 5 años o con discapacidad a su cargo.

a) El origen de la reforma

La modificación de la ley fue el resultado de la elaboración de un proyecto por las diputadas Diana B. Conti[176] y Marcela V. Rodríguez, que obtuvo el día 7 de noviembre de 2007 media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación. La diputada Rosario M. Romero expresó en la sesión,[177] que el proyecto era sostenidamente reclamado por los jueces de ejecución penal y por las autoridades estatales que se encargan de la ejecución de la pena. El fin perseguido, explicó la diputada, era ampliar, por razones humanitarias, los casos en que se contempla el acceso a la prisión domiciliaria. De un total de 138 diputados presentes, hubo 130 aprobaciones, 6 abstenciones y 2 votaron en contra.

En relación con las condiciones de las cárceles, la diputada Marcela Rodríguez expresó lo siguiente:

> Ya que como todos los tratados y la propia Constitución lo indican, las cárceles no pueden ser lugares de tortura ni de tratos degradantes ni tampoco ámbitos hacinados. Todos sabemos de los problemas de superpoblación y de la falta de provisión de condiciones mínimas de salud que existen. Esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los

174 Una de las cuestiones que ha derivado en discrepancias jurisprudenciales, y por ello ha sido una de las causales la reforma legal, ha sido la situación de las personas con discapacidad –sin llegar a ser terminal– con tratamiento permanente. En "Peralta, Ricardo N. s/ recurso de casación" [J 22.6243] la sala II de la Cámara Nacional Casación Penal (causa 3880) resolvió el 30/8/2002 revocar la decisión del Juzgado de Ejecución Penal Nº 2 que concedía el arresto domiciliario a un enfermo con serias secuelas neurológicas, porque su condición no se encontraba contemplada en el art. 33 de la Ley Nº 24.660.

175 "Abregú, Adriana T. s/recurso de casación", causa 6667 (rta. el 29/8/2006), la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió revocar la decisión del Tribunal Oral de San Martín N° 3 y conceder el beneficio a la imputada –madre de cuatro hijos–. En un razonamiento contrario, con fecha 6 de julio de 2007, Abeledo Perrot N° 35050950; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal y Económico resolvió denegar el arresto domiciliario en Ruiz Díaz de Almirón, I. S., porque para concederlo –madre de 3 hijos y 1 nieto de 3 años de edad–, ser el único sostén del hogar no es razón suficiente ya que el resguardo de los menores puede lograrse por otros medios. Abeledo Perrot N° 1/70040269-1. Para una completa compilación de la jurisprudencia sobre el tema existente con anterioridad a la ampliación de los supuestos de arresto domiciliario, ver Ministerio Público de la Defensa/Unicef. *Mujeres presas. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad. Límitaciones al encarcelamiento*. Buenos Aires, DGN/UNICEF, 2008.

176 El proyecto inicial de la diputada Conti se encuentra publicado en trámite parlamentario 3 del 3/3/2006, expte. 0269D2006.

177 Reunión 22a de la 14a Sesión Ordinaria, correspondiente al tratamiento del proyecto, incluido en el orden del día 1261.

> derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.[178]

Recién el 17 de diciembre de 2008, un año después de su tratamiento y aprobación en la Cámara de Diputados, en la 21ª Sesión del mismo año de la Cámara de Senadores de la Nación, el senador por la provincia de La Pampa señaló que el proyecto tiene como fin:

> Extender el beneficio a cuatro grupos vulnerables no comprendidos hasta el momento: la mujer embarazada; la madre de un niño menor de 5 años o de una persona con discapacidad a su cargo; al discapacitado, cuando la prisión efectiva en una cárcel sea inadecuada a su condición, implicándole así un trato indigno, inhumano o cruel; y al interno enfermo en tratamiento, cuando las condiciones del encierro impidan su recuperación, siempre y cuando no correspondiere ser internado en un hospital.[179]

Reafirmó la importancia de prevalecer la figura de los niños para su cuidado: "Me parece que el objetivo que se busca y que trata de ampliar esta figura de la prisión domiciliaria tiene un tema esencial, que es el cuidado de los menores e, indudablemente, adecuar nuestra legislación a los convenios internacionales". En esta línea de ideas, la diputada Paola R. Spatola afirmó que "tal como lo indicó la diputada Rodríguez en oportunidad de fundamentar su proyecto, lo que estamos haciendo es blanquear entre comillas lo que establecen las diferentes convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país".

El diputado Alberto J. Beccani expresó que:

> Cuando se analizaron en la comisión los diversos proyectos existentes y se trató de compatibilizarlos, la primera discusión que surgió consistió en si se debía incluir la palabra "podrá" o "deberá", como facultad del juez. Finalmente, en la comisión primó el criterio de que quedara la palabra "podrá", de manera que fuese una facultad y no una obligación del juez.[180]

Asimismo, la diputada Rosario M. Romero especificó que el criterio esgrimido por la Comisión de Legislación Penal que ella preside fue la facultad del juez de decidir por el otorgamiento del arresto domiciliario o por su denegatoria, y no una obligación impuesta. Es decir que los diputados encargados de la elaboración del proyecto han dejado en claro que el acceso al instituto no es de manera automática si la persona encuadra en alguno de los supuestos.

La diputada Alicia M. Cornelli, al intervenir en el debate, realizó el aporte de una pauta hermenéutica:

> Considero que el proyecto en tratamiento es atendible si el juez tiene en cuenta las medidas de protección de la sociedad, los intereses de las víctimas que son importantes, las necesidades de rehabilitación de los presos y, sobre todo, el respeto por los derechos humanos, porque, obviamente, no debe medir con la misma vara al delincuente... quien administra justicia desde el Estado.

Del debate parlamentario se traduce que el espíritu de la reforma es la protección de un colectivo que, en cierta forma, tiene un grado mayor de vulnerabilidad

178 Sergio Delgado. *La modificación de la detención domiciliaria.* RDP 2009-5-804, 2009, p. 2.

179 Ibíd.

180 Ibíd., p. 3.

en relación con las demás personas en cárceles. Se consideraron, entonces, las razones humanitarias para aumentar los supuestos, así como también la protección del niño[181] y el vínculo materno filial en sus primeros años de vida. Por este motivo es que se entiende que la prisión domiciliaria configura una herramienta que las autoridades judiciales deben utilizar para conciliar los objetivos de política criminal y aquellos que sirven de protección a los derechos humanos.

2.3. Ley de Identidad de Género Nº 26.743

La sanción y promulgación de la ley[182] fue el resultado de una lucha histórica promovida tanto por organizaciones de la sociedad civil, así como también de organizaciones LGBTI,[183] que lograron el reconocimiento a la libre expresión de género, en cuanto derecho humano, y a un trato de igualdad y no discriminación.[184] La ley garantiza el libre desarrollo de las personas conforme a su identidad de género, sin necesidad que corresponda con el sexo al momento del nacimiento y se reconozca de pleno derecho su identidad.[185]

La identidad de género es definida en el art. 2 de la siguiente manera:

> Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia corporal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.[186]

El surgimiento del concepto propone un nuevo paradigma, en el que la propia identidad y expresión de la persona está plasmada por una multiplicidad de vivencias y experiencias. Con esta nueva ley, se hacen visibles una variedad de identidades que

181 La Ley Nº 26.061 ha sido sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005, en su art. 3 dispone el interés superior del niño como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Es decir que se enfatiza el respeto por: i) Su condición de sujeto de derecho; ii) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; iii) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; iv) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; v) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; vi) Su centro de vida –entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia–.

182 La Ley de Identidad de Género fue sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 23 de mayo de 2012 y promovida en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012.

183 Entre ellas, la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Federación Argentina LGBT, 100% Diversidad, Frente Nacional por la Identidad de Género, Lesmadres y Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de la Argentina. En *Clarín.* "Paso clave en la ley de identidad de género", 9 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/Paso-clave-ley-identidad-genero_0_587941314.html.

184 Pedro Paradiso Sottile, secretario y coordinador del área jurídica de la CHA, destacó el gran paso hacia la igualdad de derechos y la no discriminación que significa la promulgación de la Ley de Identidad de Género. "Es un acto de justicia y reparación, un grito de libertad y dignidad frente a los años de silencio cómplice, de exclusión y discriminación, que sufren las personas en base a su identidad de género autopercibida y sus diversas expresiones. Con la promulgación de esta ley, Argentina cumple con sus obligaciones y responsabilidades nacionales e internacionales y nos coloca nuevamente a la vanguardia en el camino de una ciudadanía plena a nivel mundial, donde se respeten y garanticen los derechos humanos de todas y todos, sin discriminación alguna". Ver: http://www.cha.org.ar/ley-de-identidad-de-genero-ley-no-26-743-promulgada-y-publicada-en-el-boletin-oficial-el-24-de-mayo-de-2012/. Acceso 22 de junio de 2015.

185 Ley Nº 26.743, art. 1: "Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) al ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombres/s de pila, imagen y sexo con los que allí queda registrada".

186 Ley Nº 26.743, art. 2.

hasta el momento no eran tomadas en cuenta, y en consecuencia las personas no identificadas con las formas hombre-mujer eran invisibilizadas, al no ser entendidas como sujetos de derecho.

El art. 13 de la ley establece el derecho a no sufrir discriminación por identidad de género y va en consonancia con el art. 16 de la Constitución Nacional[187] y art. 1 de la Ley sobre Actos Discriminatorios Nº 23.592.[188] Establece que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas y que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas. La interpretación y aplicación de las normas siempre tienen que estar a favor del acceso al mismo. Es decir que se establece que la identidad autopercibida no puede ser causal de discriminación esgrimida por el Estado o los particulares para el goce y ejercicio de las personas.

No obstante, la Ley de Identidad de Género ha sufrido críticas,[189] entre otras, en cuanto al control social del Estado por medio de la clasificación de la identidad (masculino/femenino). Es una ley que, en síntesis, visibiliza la diversidad y está en la clara dirección hacia un nuevo paradigma sobre la lectura de los cuerpos.

187 Constitución Nacional, art. 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

188 Ley Nº 23.592 sancionada el 3 de agosto de 1998 y promulgada el 23 de agosto de 1988, art. 1: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

189 Marlene Wayman, activista trans del Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género, en una nota dada al suplemento Soy, del diario *Página/12* expresó: "Cada compañerx que hace el cambio en el DNI estará des-inscribiéndose de una identidad trans para un Estado que lx leerá como eso que dicen que lx identifica 'hombre' y 'mujer'. Quienes nos propongamos otrxs, y sobre todo en la arena política, tendremos que seguir demandando una manera en que el Estado nos lea. Es tan simple como que si muero y mi lápida coincide con los datos que hoy figuran en mi DNI, sería un hombre y mi identidad estará vulnerada seriamente; si hago el cambio en mi DNI y tanto en mi lápida como en él figuran los nuevos datos Marlene Wayar sexo femenino, estarían vulnerando mi identidad travesti (trans) de modo no menos serio". En *Página/12*. "¿Qué pasó con la T?", 11 de mayo de 2012, documento electrónico disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-2436-2012-05-14.html. Acceso 22 de junio de 2015.

Capítulo 3

ANÁLISIS DEL CASO ANA MARÍA FERNÁNDEZ

En el siguiente capítulo se analiza el caso de arresto domiciliario promovido por la defensa de Ana María Fernández. El criterio de selección, como se adelantó en la introducción, fue debido a que es el único caso de prisión domiciliaria que ha sido tramitado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la perspectiva de género y el interés superior del niño. En adhesión a ello, es importante señalar que la CSJN no solamente es la última instancia de revisión a nivel nacional, sino también es el órgano máximo del Poder Judicial. En consecuencia, sus decisiones poseen una repercusión y trascendencia político-institucional.[190]

Para entender visualmente el caso, se propone su acercamiento por medio de la utilización de un esquema de organización derivado del átomo.[191] Se emplea el modelo mencionado para mostrar cómo, de hecho, funcionan los componentes del

190 En este sentido, Bidart Campos sostiene que: "en el gobierno tripartito que organiza nuestro derecho constitucional del poder, la Corte también gobierna, o sea, comparte dentro del poder estatal las funciones en que eses poder se exterioriza y ejerce. Y las comparte reteniendo una de ellas, que es la administración de la justicia (…) La Corte gobierna, en el sentido de que integra la estructura triangular del gobierno, pero no en el de apoyar o combatir hombres o ideas que ocupan el gobierno en un momento dado. La Corte toma a los otros departamentos del gobierno impersonalmente, como órganos-instituciones y no como órganos-personas físicas. En este concepto científico de la política, la Corte es tan política como políticos son el poder ejecutivo y el congreso; todos gobiernan, y gobernar es desplegar política sobre el poder (…) Así, cabe recordar que la Corte: a) da desarrollo a la doctrina constitucional en diversos campos, a medida que sus sentencias despliegan la interpretación y la aplicación de la constitución; b) ejerce en instancia última el control judicial de constitucionalidad, incluso cuando el derecho provincial discrepa con la constitución; esta especie de 'intervención' judicial de la Corte le asigna un papel relevante en el diseño de las políticas estatales, según cuál sea la materia sobre la cual juzga la constitucionalidad de sus contenidos; c) actúa como custodio del sistema de derechos; d) vigila que los tratados internacionales no se violen, ni por acción ni por omisión, para resguardar la responsabilidad internacional del Estado que los ha incorporado a nuestro derecho interno; e) tiende a concertar armoniosamente las competencias federales y las provinciales para evitar la pugna entre unas y otras; f) integra los vacíos normativos de la constitución y del derecho infraconstitucional, y confiere desarrollo y contenidos a las normas que, por su generalidad y apertura, requieren irse completando; g) controla la correcta aplicación del derecho, especialmente cuando se hace cargo de las sentencias arbitrarias dictadas por tribunales inferiores –sean federales o locales–; h) ejerce –según ya lo dijimos– un 'poder' del Estado, por lo que comparte el gobierno en orden a las competencias que le son propias; o sea, es 'tribunal' y es 'poder'". Ver Germán Bidart Campos. "El 'ius cogens'", punto 21, *op. cit.*

191 Para sostener el modelo de composición del átomo, Nietzsche denomina la metáfora como forma de pensar el universo. Es decir que el universo es pensable en virtud de ella y asimismo el territorio de la significación humana es metafórico. La semejanza construye relaciones distintas entre lo identificable y este procedimiento será el origen de la productividad del lenguaje, "la extraordinaria productividad del entendimiento, es una vida en imágenes" (Friedrich Nietzsche. *El libro del filósofo seguido de Retórica y lenguaje.* Madrid, Taurus, 1974, p. 37). "Este instinto que impulsa a la formación de metáforas, este instinto fundamental del hombre, del que en ningún momento se puede prescindir, porque en tal caso se habría prescindido del hombre entero" (Ibíd., p. 98). La creación metafórica que deviene del impulso e instinto del ser humano es la necesaria condición de su existencia. El descubrimiento de las semejanzas es producto de la unión de una sensación y una imagen visual por medio de la analogía. "Se abren todas las palabras y los armarios del ser: todo quiere hacerse palabra, todo devenir quiere aprender a hablar en metáfora" (Friedrich Nietzsche. *Así habló Zaratustra.* Madrid, Alianza, 1985, p. 259). "Nuestros sentidos imitan la naturaleza retratándola constantemente. La imitación presupone una recepción y después una transposición continuada de la imagen recibida a mil metáforas, todas eficaces, Lo análogo" (Ibíd., p. 69). Se trata, entonces, de un modelo que revela vías de pensamiento a partir del despliegue del significado de una intuición originaria dada en una metáfora también originaria.

caso de análisis. Su núcleo está compuesto por protones con carga positiva (el *corpus juris* de protección del niño) unidos a neutrones con carga neutra (el derecho aplicado por órgano jurisdiccional) y los electrones con carga negativa (el derecho a la orientación sexual y a la identidad de género). Los electrones, asimismo, orbitan alrededor del núcleo atómico dentro de una matriz normativa.[192] Luego de haber realizado el esquema representativo del átomo, se volverá a su tratamiento en las consideraciones finales.

Antes de comenzar a analizar el caso de arresto domiciliario de Ana María Fernández que motivó este trabajo de investigación, no debe dejarse de mencionar la causa principal por la cual derivó en su privación de libertad, que no atañe, como se verá, al caso de análisis pero sí a su situación procesal penal en la actualidad.[193] *A posteriori*, se analizarán las sentencias impartidas por los tribunales que estuvieron a cargo de la solicitud de arresto domiciliario de manera cronológica. Por último, se examinarán causales de la invisibilidad de género por parte de las autoridades judiciales en el caso de estudio, por medio de las distintas disciplinas analizadas en el capítulo 1.

1. Antecedentes del caso: causa Cromañón

De las actuaciones judiciales se pudo extraer la siguiente información:[194] El día 30 de diciembre de 2004, durante una presentación del grupo musical Callejeros en el local bailable República Cromañón, ubicado en la Capital Federal, alrededor de las 22.50 horas, uno de los asistentes al concierto detonó un artefacto pirotécnico que, al impactar contra el techo del lugar, provocó un foco ígneo. Ello derivó en la combustión del género que cubría el cielorraso. Humo espeso por la inflamación del material invadió el interior del local y en respuesta, las personas que habían concurrido al evento se dirigieron estrepitosamente a las salidas. Tres factores convergieron para derivar en un desenlace fatal: la excesiva cantidad de concurrentes –cuatro veces superior a la habilitada–; la obturación de las vías de evacuación –con alambre y candado– y el corte de luz que se produjo en el lugar. Ello motivó la imposibilidad de muchos de abandonar el lugar a tiempo. Como resultado, 193 personas perdieron su vida y 1432 sufrieron lesiones.[195]

192 La composición del átomo –proviene del griego, y significa indivisible– está compuesto por tres partículas fundamentales: electrón (carga negativa), protón (carga positiva) y neutrón (carga neutra). Los protones y neutrones –llamados nucleones– forman el núcleo del átomo –se concentra la mayor parte de la masa atómica– y se logra su unión a través de la energía nuclear, mientras que los electrones permanecen orbitando alrededor del núcleo del átomo por medio de la fuerza electromagnética. La fuerza nuclear tiende a ser generalmente más fuerte que la fuerza electromagnética. Asimismo, una reacción nuclear se produce mediante el bombardeo del núcleo con un proyectil nuclear. La fisión nuclear, por su parte, produce la liberación de neutrones y de energía. Por cada neutrón absorbido para producir una fisión, se emiten más de dos neutrones, y ello hace posible que ocurra una reacción en cadena. Ver M. Alonso y E. J. Finn. *Física*. Buenos Aires, Addison-Wesley Iberoamericana, 1995, pp. 7, 874, 897.

193 En este sentido, el día 14 de julio de 2015 se cumpliría el plazo de 20 días hábiles que fijó la Sala IV en la última audiencia. Ver *Télam*. "Se realiza una audiencia clave para revisar condenas por Cromañón", 15 de junio de 2015; *Clarín*. "Familiares de Cromañón reclaman una resolución final en la causa", 14 de julio de 2015.

194 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156, de fecha 18 de junio de 2013; Procuración General de la Nación, Fernández, Ana María s/causa N° 17.516, de fecha 29 de mayo de 2013.

195 Es necesario mencionar que en estas cifras no se contabilizaron los fallecimientos posteriores a lo ocurrido en Cromañón. Para más información, ver: *Página/12*. "Cromañón, el drama que no se termina. Sociedad", 9 de febrero de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-265746-2015-02-09.html. Acceso 13 de julio de 2015.

Específicamente, en relación con la situación procesal de Ana María Fernández se pudo señalar que el 19 de agosto de 2009 fue condenada por considerarla autora penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a la pena de dos años de prisión y cuatro años de inhabilitación especial (art. 29, incs. 3, 45 y 258 "in fine" del CP, y arts. 403 y 531 del CPPN). El fallo de agosto de 2009 fue apelado, y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) resolvió que la funcionaria sabía de la situación irregular en el boliche y por ello fue condenada por el delito de "omisión de los deberes de funcionario público en concurso ideal con el delito de incendio culposo seguido de muerte".[196]

Con posterioridad a la sentencia de la Sala III, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24, el día 29 de abril de 2011 resolvió condenar a Fernández a la pena de tres años y seis meses de prisión como autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte.[197] La pena fue apelada y nuevamente confirmada por la Sala III, el 17 de octubre de 2012.[198]

La defensa de Fernández, el día 15 de noviembre del mismo año, solicitó al Tribunal Oral Nº 24 que disponga el cumplimiento de la pena de prisión impuesta bajo la modalidad de prisión domiciliaria. El 21 de diciembre se rechazó el pedido y en consecuencia, Ana María Fernández se puso a disposición del Tribunal e ingresó junto a su hijo a la Unidad Nº 31 del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. De forma simultánea, el día 20 de diciembre de 2012, la Sala III rechazó el recurso presentado por la defensa y ordenó el inmediato cumplimiento de la sentencia condenatoria.[199] La defensa de Ana María Fernández interpuso un recurso de queja ante la Corte, que fue concedido.[200]

La Corte Suprema de Justicia, el 5 de agosto de 2014, solicitó la designación de una nueva sala para la revisión de la sentencia condenatoria impartida por la Cámara Revisadora.[201] Por lo tanto, el Tribunal Oral Nº 24 dejó sin efecto el arresto domiciliario concedido a Fernández y le otorgó su inmediata libertad.[202] Un día después se hizo efectiva por medio del Tribunal Oral Nº 24.[203] Según el fallo del Tribunal mencionado, se expresó lo siguiente:

196 *Página/12*. "Todos condenados por el incendio de Cromañón", 21 de abril de 2011, documento electrónico disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-166689-2011-04-21.html. Acceso 13 de julio de 2015.

197 Conforme lo resuelto por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Nº 11684 "Chabán, Omar Emir y otros s/recurso de casación" del 20/4/2011 (arts. 12; 26, inc. 3,;45; 54; 249; 189, párr. 2 del Código Penal; 403; 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

198 *Agencia Nacional de Noticias Jurídicas. Infojus Noticias*. "Cromañón: los puntos emblemáticos del proceso judicial", 28 de diciembre de 2013, documento electrónico disponible en: http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/cromanon-los-puntos-emblematicos-del-proceso-judicial-2758.html. Acceso 13 de julio de 2015.

199 *La Nación*. "Cromañón: los 14 condenados a prisión", 21 de diciembre de 2012, documento electrónico disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1539141-cromagnon-los-14-condenados-a-prision. Acceso 24 de junio de 2015.

200 Corte Suprema de la Nación Argentina, recurso de hecho: "Chabán, Omar Emir y otros s/causa Nº 11.684" de fecha 5 de agosto de 2014.

201 "La Corte Suprema, en el expediente C.11/2013.XLIX interpuesto por la defensa de Fernández resolvió hacer lugar a la queja y declarar procedente el recurso extraordinario, ordenando la remisión de las actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal para que una nueva sala proceda a la revisión de la sentencia condenatoria (cfr. Fs. 73.910/911)". Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24, causa N° 11.684 "Chabán Omar Emir y otros s/recurso extraordinario", de fecha 6 de agosto de 2014.

202 *Agencia Nacional de Notificias Jurídicas. Infojus Noticias*. "Cromañón: los puntos emblemáticos del proceso judicial", *op. cit.*

203 *Página/12*. "Orden de liberación para Callejeros y otros imputados", 6 de agosto de 2014, documento electrónico disponible en:

> La sentencia condenatoria dispuesta por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal ha perdido vigencia en relación a los imputados a quienes se les hizo lugar al recurso extraordinario, hasta tanto sea revisada por otra sala de ese mismo tribunal de casación. De modo que, dada la naturaleza suspensiva de los recursos en trámite, corresponde retrotraer la situación procesal ambulatoria de esos condenados por sentencia no firme a la que gozaban hasta el 20 de diciembre de 2012.[204]

Los tres jueces que integran la Sala IV decidirán si confirman, revocan o modifican las penas impuestas por la Sala III de Casación.[205] Con su decisión, aplicarán el doble conforme exigido por la Corte Suprema de Justicia.[206] Es decir que en la actualidad, la sentencia condenatoria de Ana María Fernández no se encuentra firme y, en consecuencia, aún se desconoce si ella y su hijo menor permanecerán en libertad.[207]

2. Presentación y desarrollo del caso

En este apartado se extraen fragmentos argumentativos considerados trascendentales, para comprender las distintas formas de interpretación ejercidas por las autoridades judiciales en relación con la aplicación del art. 32, inc. f) de la Ley Nº 26.472. Principalmente, se enfocará sobre aquellos fundamentos que le dieron sustento a los Tribunales para dirimir sobre su otorgamiento o denegatoria. El análisis de las argumentaciones se hará por medio del uso de herramientas como la perspectiva de género y el interés superior del niño. Como parte complementaria, se mirará también las normativas internacional y nacional seleccionadas en el capítulo 2. Para mejor entendimiento del lector, en el paso siguiente se procederá a relatar el camino que transitó la solicitud de arresto domiciliario por las distintas instancias del Poder Judicial.

Según surge de las actuaciones judiciales,[208] la solicitud de arresto domiciliario fue interpuesta en el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 por la defensa de Ana María Fernández el día 15 de noviembre de 2012. El Tribunal resolvió denegarle la

---

http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-252373-2014-08-06.html. Acceso 24 de junio de 2015.

204 *Agencia Nacional de Noticias Jurídicas. Infojus Noticias*. "En un fallo inédito liberaron a los músicos de Callejeros", 28 de diciembre de 2013, disponible en: http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/en-un-fallo-inedito-liberaron-a-los-musicos-de-callejeros-5132.html.

205 *La Nación*. "En marzo, audiencia en Casación", 30 de diciembre de 2014, documento electrónico disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1756308-en-marzo-audiencia-en-la-casacion. Acceso 13 de julio de 2015.

206 En el caso Cromañón se aplicó la novedosa doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la cual en los procesos en los que se ha dictado sentencia condenatoria en la Cámara de Casación –con base en un recurso de parte acusadora contra una sentencia anterior absolutoria– el imputado tiene el derecho a que ese fallo sea revisado por otros jueces de la misma Cámara de Casación Penal con revisión plena y amplia del fallo garantizándose así el derecho al recurso de rango constitucional. Asimismo, surge también de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 8, inc. 2, ap. H), y el art. 14, inc. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver, a su vez, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Duarte, Felicia s/recurso de casación XLVIII", de fecha 5 de agosto de 2014.

207 En virtud de ello, es necesario señalar que la Unidad N° 31 de Ezeiza ha sufrido cambios desde que a Ana María Fernández le otorgaron la prisión domiciliaria. Por medio de la resolución Nº 557/14 DNSPF, del Servicio Penitenciario Federal, se ha trasladado a personas detenidas por crímenes cometidos en la última dictadura cívico-militar argentina por motivos de superpoblación, para alojarlos transitoriamente a la Unidad N° 31, hasta la construcción de una residencia específica en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. En consecuencia, la Unidad N° 31 ha visto reducidos espacios vitales que disponen las madres y niños, como restricciones sobre el acceso a prestaciones y servicios. Para más información, ver Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe Anual 2014*. Buenos Aires, 2014, pp. 337-338, documento electrónico disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf. Acceso 13 de julio de 2015. Luego de presentado el presente trabajo de investigación se agrega un Anexo para actualizar la situación procesal de Ana María Fernández.

208 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.

solicitud el 21 de diciembre del mismo año e hizo efectiva la condena, por ende, su situación ambulatoria. La defensa ante la denegatoria apeló por medio de un recurso en casación en contra de la resolución dictada por el Tribunal Oral Nº 24. El Tribunal le concedió el remedio. La Sala de Feria de la Cámara de Casación resolvió rechazar nuevamente el recurso de casación con costas. Dicha sentencia motivó la interposición de dos recursos extraordinarios de la defensa de Fernández y del representante del menor, cuyas denegatorias por parte de la Sala III motivaron la presentación de las quejas ante la Corte Suprema de Justicia. El día 18 de junio de 2013, el Alto Tribunal hizo lugar a las quejas deducidas, declaró procedentes los recursos extraordinarios y dejó sin efecto la sentencia apelada. Por último, la Sala III compuesta por los jueces Hornos, Borinsky y Madueño tomó conocimiento del recurso de casación interpuesto por la defensa y resolvió hacer lugar a la solicitud de prisión domiciliaria.

2.1. Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24

La solicitud de arresto domiciliario interpuesto por parte de la defensa de Fernández fue rechazada por el Tribunal de Primera Instancia, como se adelantó en el apartado anterior. De las argumentaciones sobre su denegatoria, se seleccionó la siguiente:

> Así, el art. 32 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad –que la defensa plantea aplicable a Fernández en virtud del art. 1–, produce una tensión entre el principio general del cumplimiento de la pena de prisión en un establecimiento (cfr. arts. 5 y 6 del Código Penal) y el interés superior del niño a no ver afectado sus derechos básicos de vinculación con la madre en los primeros meses y años de vida, reconocidos expresamente en el Tratado Internacional invocado.[209]

El Tribunal arguyó que existía un conflicto entre la finalidad punitiva dispuesta en la sentencia de condena (arts. 5 y 6 del CP) y el interés superior del niño contemplado en la Convención de los Derechos del Niño. Es decir que al fundamentar el rechazo de arresto, el Tribunal ponderó el interés del Estado de hacer cumplir una condena, en desmedro de normas de rango constitucional y tratados internacionales que protegen el interés superior del niño y el vínculo materno filial. En este orden de ideas, el Tribunal los equiparó así: "de esta forma, cuando existen conflictos entre derechos o intereses de igual rango normativo". El rango constitucional de los tratados internacionales está expresamente contemplado en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (CN).[210]

Específicamente, la Convención de los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional desde el año 1994, y ello significa "que comparte con la Constitución su misma supremacía y que por ende, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico".[211] Es decir que al "ocupar esa cabecera proyecta hacia el derecho infraconstitucional las mismas consecuencias que surgen de la Constitución: leyes, derechos,

209 Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 de la Capital Federal, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández en la causa Nº 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012.

210 Ver capítulo 2, Bloque de constitucionalidad.

211 Germán Bidart Campos. "Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", pp. 35-37, en María del Carmen Bianchi (comp.): *El Derecho y los Chicos*. Buenos Aires, Espacio, 1995.

reglamentos del poder ejecutivo (…), y sentencias, deben darle aplicación".[212] Por este motivo, la CN, al reconocer tratados internacionales de derechos humanos con un rango equivalente a ella –bloque de constitucionalidad–, hace vincular los poderes públicos por medio del impedimento de la violación de los tratados, ya sea por acción u omisión.[213] En este orden de ideas, un tratado como "la Convención sobre los Derechos del Niño impone pautas, criterios, normas de aplicación directa, descarte de leyes incompatibles, interpretación de las existentes a la luz del tratado, etc.",[214] y ello implica entenderlas como normas jurídicas, que son derecho, que obligan, vinculan y que tienen aplicabilidad directa.[215]

En relación con la Ley Nº 26.472, que amplió los supuestos para el acceso al instituto de arresto, tuvo como fundamento principal, además de un inobjetable criterio humanitario, la contemplación de ciertos grupos que merecen una protección especial al tener un grado mayor de vulnerabilidad en relación con otros que forman parte del colectivo carcelario. Entre ellos, está incluida la situación de una madre embarazada o con niños menores de cinco años a su cargo.[216] Es decir que, dadas las razones humanitarias de resaltar y proteger determinados casos, no debería injerirse que el principio de interés superior del niño está en conflicto con el cumplimiento de la pena de su madre. El objeto fin de la reforma de la ley es subsanar situaciones como las que se presentan en este tipo de casos, ya que se trata de preservar la salud física y mental del niño por medio de la permanencia del vínculo con su madre. La ley, al contemplar la edad del niño (menor a cinco años) responde a la protección del período de su desarrollo en un ambiente saludable, en un contexto que distaría de la realidad carcelaria en la actualidad.[217]

Asimismo, es importante mencionar que el instituto de arresto domiciliario es equivalente al cumplimiento de la pena,[218] ya que justamente es una modalidad

212 Ibíd.

213 Sobre la interpretación de tratados y del derecho internacional no escrito en el derecho interno, Bidart Campos señala que: "Con independencia del rango que un tratado tenga en nuestro derecho interno, conviene dejar en claro que: a) su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos es obligatoria de acuerdo con el derecho internacional, debiendo sentenciarse las causas en que es aplicable de conformidad con el mismo tratado; b) se incurre en violación del tratado tanto cuando se aplica una norma interna que le es incompatible o contraria, como cuando simplemente se omite aplicarlo; c) todo incumplimiento de un tratado –por acción u omisión– por parte de nuestros tribunales engendra para nuestro estado la responsabilidad internacional, y ello aunque acaso la desaplicación de un tratado de rango infraconstitucional se sustente en su inconstitucionalidad". Ver German Bidart Campos. "El 'ius cogens'", punto 21, *op. cit.*

214 Germán Bidart Campos. "Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", *op. cit.*

215 Ibíd., pp. 35-37.

216 Para una mejor comprensión del lector, ver el capítulo 2, el debate parlamentario de la Ley Nº 26.472.

217 Ana María Fernández y su hijo estuvieron alojados en el Pabellón 16 del Centro Federal de detención de mujeres, más conocida como la Unidad N° 31 de Ezeiza. De acuerdo con el informe de situación presentado por la Procuración Penitenciaria de la Nación (Dictamen de la Procuradora General, del 29 de mayo de 2013), el Pabellón 16 carece prácticamente de luz natural, no cuenta con asistencia pediátrica activa las veinticuatro horas y los pedidos de consultas médicas son tramitados con días de demora. Las paredes tienen humedad y se inundan los baños. Las madres deben bañar a los niños en brazos para evitar el contacto con insectos en virtud de que las fumigaciones no resultan efectivas. En el informe se concluye que el pabellón es prácticamente igual a los comunes de detención. A su vez, la investigación elaborada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Ministerio Público de la Defensa reflejó que: "es un establecimiento donde no guarda diferencias con el resto en relación a su infraestructura, tamaño ni condiciones de seguridad. El mismo jardín se encuentra alejado de los pabellones de alojamiento". Para más información, ver Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo, op. cit.*, pp. 52-54.

218 En la causa Nº 14.210 "Sáenz, Guillermo Aldo s/recurso de casación", voto del juez González Palazzo y con la adhesión del juez Diez Ojeda, de fecha 30 de agosto de 2011, la Sala IV de CFCP sostuvo que "Sin perjuicio de ello, siempre entendiendo que lo que se encuentra en discusión es la procedencia de un régimen de detención morigerado, mas que no priva a la sentencia de sus efectos ni

prevista como alternativa de ejecución de la pena privativa de libertad.[219] Posee una modalidad especial en tanto que habilita la posibilidad de cumplir con la sanción fuera del ámbito carcelario.[220] Esto significa que no hay una afectación sobre la potestad punitiva del Estado, es decir que lo que se modifica es el lugar físico de la ejecutoriedad de la pena y no su sanción en sí.[221] Surge claramente de su nombre y de su ubicación en la legislación, que se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de las cárceles son sustituidos por un encierro domiciliario. Resulta, en definitiva, una atenuada modalidad de ejecución del encierro, pero que a su vez implica una privación de libertad. De esta forma, entonces, desmitificaría la tensión planteada por el tribunal entre el interés del Estado y los derechos protegidos del niño.[222]

En concordancia con ello, el Tribunal, al expresar que el interés superior es un principio no ilimitado, que "como todo derecho sustancial debe tenerse en cuenta su concurrencia con otros valores que el ordenamiento jurídico también protege", equiparó el interés superior con el interés social de castigar a la madre. Esta aparente disputa se disipa también, al utilizar el principio *pro homine*.[223] Es decir que debe prevalecer el principio –de rango constitucional–, ya que garantiza mejor la protección de los derechos humanos del niño. En este caso, sería correcta la interpretación de ponderar el interés superior del niño por sobre el interés social que todo delito sea castigado.[224]

El Tribunal asimismo, enfatizó que:

> No se advierte en el supuesto que el interés superior del niño (art. 3, CDN), que se pretende salvaguardar, no pueda verse satisfecho de otro modo que no sea con la presencia materna en el hogar familiar. Por el contrario, a través del informe social obrante a fs. 140 y de las restantes constancias obrantes en la causa, se encuentra corroborado que su grupo familiar podrá continuar brindándole el cuidado y asistencia que resulten necesarios.[225]

---

resulta asimilable a la ejecución condicional de la pena. Es decir, la pena privativa de libertad permanece incólume y solo resulta modificada su forma de cumplimiento, en consonancia con las particularidades características del caso".

219 A. López y R. Machado. *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley Nº 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*. Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004, p. 150.

220 Diego Freedman. "Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 6, 2010, p. 1919.

221 Virginia Sansone. "Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 5, 2010, p.834.

222 "La prisión domiciliaria (…) no debe ser concebida como un beneficio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del tribunal, sino que, los magistrados están obligados a otorgarlo cuando se verifican los requisitos para su procedencia o se acreditan extremos que hacen inviable el cumplimiento de la detención preventiva o de la pena en un establecimiento carcelario". Ver P. Gimol y D. Freedman. "Hijas e hijos de mujeres privadas de libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables", en *Mujeres privadas de libertad: limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación. Comunicación Institucional, 2009, p. 21.

223 Ver capítulo 3, El principio *pro homine*.

224 "Como conclusión, me gustaría reiterar que mientras el castigo de las madres siga siendo la idea central e inamovible, por mucho que se hable del interés superior del menor, se seguirá subordinando este a las exigencias del derecho penitenciario. Se seguirán proponiendo medidas a modo de parche (cárceles de madres más confortables, unidades dependientes para madres en tercer grado, etc.) pero se continuará sin prestar atención a la raíz del problema: el castigo desproporcionado que el Estado impone a estas mujeres. Y, digo yo, todo esto para protegernos… ¿de quién?", según Jorge Kent. *La criminalidad femenina ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática*. Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2007, p. 17.

225 Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández, en la causa N° 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012, p. 2.

Es decir que el Tribunal infirió que su grupo familiar podrá reemplazar el vínculo materno filial entre la madre y el hijo de siete meses de vida, que por cierto se encontraba en pleno período de lactancia.[226] Para echar luz a la afirmación extraída, el art. 9 de la CDN obliga a los Estados a velar "porque el niño no sea separado de sus progenitores contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño",[227] lo cual no se verifica en el caso de estudio. Asimismo, la regla del art. 9 de la CDN debe ser interpretada a la luz de las Reglas de Bangkok.[228] Como premisa, las Reglas, luego de considerar "los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de sus padres", establecen como marco de interpretación que se preferirá imponer penas alternativas a la prisión, en el caso de madres embarazadas o con niños a cargo, y solo se recurrirá a la privación de libertad en los casos que el delito haya sido grave o violento o si la misma madre representa un peligro para su hijo.[229]

El Tribunal, al considerar la sustitución del vínculo materno filial por su grupo familiar para fundar, a su vez, el rechazo de la solicitud de arresto, estaría interpretando el art. 10 del CP y el art. 32 de la Ley Nº 24.660 de manera restrictiva, ya que justifica la ruptura en aras de satisfacer un interés estatal. Sin desmerecer la protección que le puede brindar el grupo familiar, el vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional del niño. Máxime, en casos como el de estudio, en que la permanencia del vínculo es una condición necesaria para que el niño pueda acceder a la lactancia materna.[230]

---

226 La Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que la lactancia materna es la forma ideal de aportar a los niños pequeños los nutrientes que necesitan para un crecimiento y desarrollo saludables. La OMS asimismo, recomienda la lactancia materna exclusivamente durante los seis meses, la introducción de alimentos apropiados para la edad y seguros a partir de entonces y el mantenimiento de la lactancia materna hasta los 2 años de edad o más. Documento electrónico disponible en: http://www.who.int/topics/breastfeeding/es/. Acceso 13 de julio de 2015. Ver, a su vez, OMS *¿Hasta qué edad es adecuado alimentar al bebé solo con leche materna?*, julio de 2013, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/features/qa/21/es/. Acceso 13 de julio de 2015. Sobre la importancia de la lactancia sobre la madre, la OMS ha expresado que: "La lactancia materna contribuye a la salud y bienestar de la madres. Ayuda a espaciar sus embarazos, reduce el riesgo de cáncer de ovario y mama (...) y es una forma de alimentación segura", documento electrónico disponible en: http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/es/. Acceso 13 de julio de 2015.

227 El art. 9 de la CDN establece que la separación del hijo con sus progenitores debe ser utilizada de manera excepcional, y solo se justificará en pos del interés superior del niño por medio de revisión judicial, y a modo de ejemplo expresa que: "(…) tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

228 Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) han sido aprobadas en el sexagésimo quinto período de sesiones por la Asamblea General, el 16 de marzo de 2011

229 Reglas de Bangkok (A/RES/65/229), Regla 64: "Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños".

230 La lactancia materna está contemplada en los siguientes artículos de instrumentos internacionales: DUDH, art. 25: 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"; CEDAW, art. 5: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial

Como último punto, el Tribunal, antes de rechazar la solicitud de arresto domiciliario, expresó lo siguiente:

> No se vislumbra en este caso ninguna circunstancia de magnitud excepcional que ponga en evidencia una necesidad que solo pueda ser satisfecha con la presencia materna en el hogar y no con el apoyo del entorno familiar, pues como bien lo señala el Fiscal en su dictamen, existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que pueda demandar el menor de edad.[231]

El Tribunal, con las argumentaciones esgrimidas,[232] parece haber valorado un factor determinante sobre la identidad de género y orientación sexual de Fernández, que ciertamente es contradictorio con normas internacionales y nacionales, como se verá a continuación.

Primeramente, es necesario destacar la manera en que el Tribunal se refirió al vínculo materno filial como si fuese susceptible de reemplazo. Como ya se ha señalado, la relación de la madre con su hijo es necesaria e irremplazable, y por ello ha sido protegida por diversas normas de raigambre tanto internacional como nacional. Con relación a la frase "otra madre", el Tribunal ha valorado que Fernández contrajo matrimonio con otra mujer, lo que garantizaría una madre más en el hogar. Es decir que, según esa lógica, el vínculo del niño para con sus progenitores variaría si es una unión entre una mujer y un hombre, o entre una mujer y una mujer.

En este caso, si una de las madres se encuentra privada de libertad, la otra madre supliría fácilmente ese rol. *A contrario sensu*, si la pareja de Ana María Fernández hubiese sido de sexo masculino, el razonamiento sobre los cuerpos reemplazables no habría dado lugar y quizás, si se permite la deducción, el otorgamiento de la prisión domiciliaria no hubiese sido obstaculizado por el reconocimiento de la familia heterosexual. La orientación sexual de una persona no habilita al Tribunal a la restricción de un derecho, y por ello resulta violatorio de los arts. 2 y 7, de la DUHN, del art. 2, del PIDESC, y de los arts. 2.1 y 26, del PIDCP.[233]

Precisamente, el *corpus juris,* en tanto que expande y protege los derechos del niño de manera holística, sirve para interpretar el contenido y alcance del art. 19 de la CADH, que establece que el niño tiene derecho a ser protegido por parte de su familia, la sociedad y el Estado. En este sentido, se incorpora el interés superior del niño y la no discriminación como principios receptados de la CDN. En cuanto al interés superior, el Estado está obligado a asegurar el cuidado y protección, sin dejar de lado los derechos y deberes de sus progenitores. Sobre el principio de no discriminación,

---

en todos los casos". Para mayor profundidad, ver capítulo 2, 1.4.b) Madres pre y posparto.

231 Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández en la causa Nº 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012.

232 "La sentencia no es mera aplicación automática de una norma general. Subsumir el caso judiciable en el orden jurídico vigente no es componer un silogismo. La aplicación supone interpretación –de la norma y del caso– y ello aun cuando el juez en 'su' interpretación deba acatar acaso la interpretación obligatoria de un órgano judicial superior (…) porque nunca deja él mismo de interpretar para poder aplicar la norma general al caso. De todo ello surgen dos requisitos de la sentencia: a) su motivación; b) su fundamentación. Se suele decir que la sentencia se motiva en los hechos del caso, y se funda en el derecho aplicable. La fundamentación y la motivación –razonada y razonablemente expuestas por el juez– explican por qué el caso se resuelve como se resuelve. O sea, por qué la decisión es la que es, y dónde halla sustento (...) La carencia de fundamento mínimo o el fundamento caprichoso o dogmático, insostenible o insuficiente, constituyen un vicio que tipifica uno de los casos de arbitrariedad de sentencia". Ver German Bidart Campos. "La motivación y la fundamentación", puntos 10 a 12. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo III, documento electrónico disponible en: http://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/material-libros-pdf/. Acceso 7 de julio de 2015.

233 Ver el capítulo 2, 1.5, Orientación sexual e identidad de género.

dispone que el Estado debe tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que ningún niño sea afectado por discriminación.

Asimismo, la DUDH, en su art. 16 (3), define a la familia como el elemento natural y fundamental que merece la protección del Estado. La CEDAW, en su art. 16, establece que el Estado debe adoptar todas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer, en relación con el matrimonio y las relaciones familiares, y debe asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.[234] Y con ello se entiende a la familia como un núcleo de amor y solidaridad, que trasciende la figura de unidad jurídica, social y económica.

La circunstancia sobre el estado civil de Ana María Fernández, y por ende su orientación sexual e identidad de género, no puede ser considerada como un dato que merece ser señalado por el Tribunal. Ni tampoco debe ser razón de afectación de derechos protegidos, como el vínculo entre la madre y el hijo o el efectivo acceso a una prisión domiciliaria.

2.2. Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal

En Segunda Instancia, mediante el voto conjunto y mayoritario de los integrantes de la Sala, jueza Liliana E. Catucci y Eduardo R. Riggi, y la disidencia de la jueza Ángela E. Ledesma, se resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Ana María Fernández con los siguientes argumentos:

> En efecto, de las constancias agregadas al expediente surge que el niño Fernández Aguad no se encuentra en situación de desamparo ni de inseguridad material o moral. Ilustrativo es en ese sentido el informe socioambiental glosado a fs. 140 en cuanto señala que la crianza, cuidado y atención del menor está a cargo de ambas integrantes de la pareja.[235]

Similares fundamentos han sido esgrimidos por el Tribunal de Primera Instancia en cuanto a la interpretación restrictiva del instituto de arresto domiciliario. Sin embargo, se debe señalar la valoración que hizo la Cámara de Casación sobre la situación del niño, quien no se encuentra en una situación de desamparo ni de inseguridad material o moral porque, gracias a que la madre tiene una pareja –según surge del informe socioambiental–, la primera puede ser suplida en la crianza, el cuidado y su atención. Es decir que la CFCP parecería haber creado una excepcionalidad a la ley de arresto, en tanto a que su otorgamiento dependerá si la madre privada de su libertad tenga una pareja que pueda suplir su rol, y en ese orden de ideas, si en efecto no tuvo la oportunidad de estar unida a una persona no privada de libertad, se necesitará probar que el niño tiene que encontrarse en una situación de desamparo o inseguridad material. Cuestión poco probable dado que el niño, en este caso, tenía en su momento 7 meses de edad, y ante el hipotético caso planteado por la Cámara, el rol de crianza, cuidado y atención sería suplido por el Estado mediante la institucionalización del menor.[236] El razonamiento esgrimido torna y reduce a la Ley Nº 26.472 a una forma casi impracticable de ejercer la protección de las personas amparadas en ella.

234 Ver el capítulo 3, 1.4.c, El derecho del niño y la madre a la familia.

235 Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa Nº 33/12 –Sala de Feria– "Fernández, Ana María s/recurso de casación", de fecha 10 de enero de 2013.

236 CDN, art. 20.3. El Comité de los Derechos del Niño se ha manifestado a través de diversas decisiones sobre la consideración de la

El espíritu de la ley mencionada contempla situaciones como la de marras *a priori*, es decir que no se tiene que probar una situación que ya de antemano ha sido el motor inicial para su promulgación.[237] A su vez, se debe añadir el análogo razonamiento del Tribunal de Primera Instancia en tanto que expresó el carácter reemplazable de la madre por sobre el grupo familiar o, en palabras del Tribunal, la otra integrante de la pareja.

En el siguiente apartado, la Cámara expresó lo siguiente:

> Se puede ir concluyendo pues en este orden de ideas que, si bien resultaría deseable que no se produjeran situaciones como las que motivan la intervención de este Tribunal en la presente causa, las disposiciones legales vigentes contienen razonables y suficientes herramientas para posibilitar que las consecuencias jurídicas de la privación de la libertad que sufren las madres debido a procesos penales seguidos en su contra, no se trasladen y sean sufridos por sus hijos menores, de manera alguna que pueda llegar a comprometer el interés superior del niño.[238]

La argumentación de la CFCP parecería ser coincidente con el espíritu de la Ley Nº 26.742, solo que interpretada de forma restrictiva al aducir un desenlace contrario al interés superior y al vínculo materno filial. Con relación a lo referido sobre "las disposiciones legales vigentes contienen razonables y suficientes herramientas", la Cámara podría haber utilizado el concepto de *corpus juris* como marco jurídico común del derecho internacional de los derechos humanos que protegen al niño y al vínculo con su madre.

En este orden de ideas, el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño reconoce que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia". En efecto, el art. 7.1 de la CDN reconoce el derecho del niño a "conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos". A su vez, el art. 8.1 dispone que "incumbirá a los padres (…) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño". Es decir que se le reconoce a la familia un estatus primordial en cuanto al cuidado de los progenitores sobre la crianza y desarrollo del niño.

El Estado, por su parte, está obligado a garantizar "en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".[239] Así también lo reconoce el art. 14 bis, tercer párrafo de la CN, al obligar al Estado a garantizar "la protección integral de la familia".[240]

El interés superior del niño que surge del art. 3.1 de la CDN debe ser utilizado por las autoridades judiciales como eje interpretativo para casos como el de estudio. Sobre este particular, la Corte IDH, que debe servir a los jueces como guía en el

---

medida de cuidados alternativos en una institución como una medida de último recurso. Ver al respecto, Comentario General N° 13, "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 47 d) iii); y Comentario General N° 3, el VIH/SIDA y los derechos del niño, Doc. CRC/GC/2003/3 (2003) párrs. 34 y 35.

237 Se remite a lo expresado con relación al objeto fin de la ampliación de la ley en el capítulo 3, pp. 57-58. Ver, a su vez, el capítulo 2, Debate parlamentario de la Ley Nº 26.472.

238 Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa Nº 33/12 –Sala de Feria– "Fernández, Ana María s/recurso de casación", de fecha 10 de enero de 2013.

239 CDN, art. 6.2.

240 Constitución Nacional, art. 14 bis, tercer párrafo: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia. La defensa del bien de familia; a compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

momento de tomar decisiones,[241] expresó que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para separarlo de la familia".[242]

En este mismo orden de ideas, la Corte IDH señaló que "el Estado se halla obligado, no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".[243] Asimismo, el órgano mencionado ha establecido que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como último objetivo el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que le han sido reconocidos, y es obligación del Estado la adopción de medidas para alentar su desarrollo en su propio ámbito y apoyar al mismo tiempo a la familia, que es la que naturalmente tiene al niño a su cargo.[244] Es decir que a la luz de los razonamientos impartidos por parte de la Corte IDH, la solución más propicia para el niño hubiese sido preservar el vínculo con su madre a través del otorgamiento del instituto de arresto domiciliario.

Asimismo, se debe mencionar que sobre "las disposiciones legales vigentes contienen razonables y suficientes herramientas" que ha señalado la CFCP, la Corte IDH ha entendido que el interés superior del niño constituye un límite frente a la discrecionalidad del Estado por parte de los órganos jurisdiccionales en tanto que no deben hacerse distinciones especulativas o imaginarias sobre características personales de una madre que responden a conceptos tradicionales de familia.[245] Es decir que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en esta materia. En este sentido, el Estado está obligado a utilizar el principio del interés superior para la correcta interpretación de los derechos de la Convención que, en este caso puntual, hubiese sido la permanencia del vínculo materno filial por medio de la prisión domiciliaria.[246]

En este orden de ideas, así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al definirlo como poseedor de una doble funcionalidad: como pauta de decisión ante un

241 Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallos 314:514.

242 Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 77, p. 67.

243 Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 66, p. 64.

244 Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 53, p. 60.

245 Corte IDH. Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), considerando 109. En relación a los límites en cuanto a la discrecionalidad de las autoridades judiciales en relación a la invocación del interés superior del niño, la Corte IDH ha expresado que: "Se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia". Considerando 151: Por otra parte "las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares". De esta forma, la invocación del interés superior no puede ser utilizado para justificar la discriminación en contra de la madre por su orientación sexual.

246 Corte IDH. Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2009 (excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas), considerando 134: "Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable".

conflicto de intereses y como criterio para la intervención institucional destinada a protegerlo.[247] Asimismo, la Corte, en otra oportunidad, lo definió como "un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados los menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor".[248] Por este motivo, la Cámara de Casación parecería haber tenido suficientes herramientas para evitar la afectación de los derechos del niño –que es preservar el vínculo con su madre– y resolvió rechazar la solución que mejor lo protegía.

En este sentido, es necesario señalar que, en el caso analizado, resultaría desatinado aducir que el interés superior del niño no se vería afectado por medio de la vigencia de normativa que contempla este tipo de situaciones, ya que en el caso de estudio, su interés superior estuvo afectado desde el momento en que la madre fue privada de libertad, y para ello no existen remedios legales que puedan revertir dicha situación, pero sí atenuarla por medio del otorgamiento de la prisión domiciliaria. Por este motivo, es que el Tribunal, acorde con el *corpus juris* de protección y el principio *pro homine,* debería haber orientado sus argumentos en aquellos que tutelen o protejan mejor los derechos humanos, y *a contrario sensu*, aquellos que restrinjan en menor medida su ejercicio.

Seguidamente, el tribunal señaló que:

> Por otra parte, la decisión de mantener al bebé consigo es del resorte decisivo de su progenitora, habida cuenta que su pareja no se encuentra impedida de hacerse cargo en la medida de sus posibilidades. Alternativas que no inciden en detrimento de la integralidad de los derechos del niño. [249]

Las argumentaciones esgrimidas por la Cámara de Casación dan cuenta de que a la madre le fueron concebidas dos alternativas a escoger sobre el destino de su hijo:[250] la interrupción del vínculo materno filial por medio del reemplazo de la madre por

247 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S.,C s/adopción", 2 de agosto de 2005. Voto de los magistrados Carlos Fayt, Raúl E. Zaffaroni y Carmen Argibay, considerando 5º, sostuvo sobre el interés superior del niño que: "apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos (…) El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto".

248 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias", 3 de abril de 2001. Voto de los magistrados Antonio Boggiano y Adolfo Vázquez al sostener que: "la 'protección especial' enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3° –dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos–, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes".

249 Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa N° 33/12 –Sala de Feria– "Fernández, Ana María s/recurso de casación", de fecha 10 de enero de 2013.

250 En este sentido, "la primera opción implica la privación de libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, solo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo", según Alderete Lobo, Rubén Adrián. *La expulsión anticipada de mujeres extranjeras*, Capítulo VIII, en *Violencia de género. Estrategias de litigio para las mujeres privadas de libertad*, Buenos Aires, Embajada Británica, Defensoría de la Nación, 2012, 265 p.

su pareja, o la aptitud de la madre de preservar la relación con su hijo en la unidad penitenciaria.[251]

Es decir, que el Tribunal le concedió la opción a la madre para que pueda elegir, en la medida de sus posibilidades, qué era lo mejor para la integralidad del niño. Sobre la primera alternativa que tuvo Fernández, el detrimento de la integralidad de los derechos del niño fue no mantener el vínculo materno filial y sugerir su reemplazo por la pareja.[252] En este sentido, el Estado está obligado no solo a proteger la vida del menor, sino también su desarrollo y supervivencia, según el art. 6 del PIDCP y el art. 6 de la CDN. Se puede comprender la fundamentación de la Cámara conforme a los arts. 3 y 18 de la CDN, en los que se establece el papel primordial que tienen los progenitores con relación al cuidado y desarrollo del niño.

Pero, en este caso particular, el rol de la progenitora se encontraba mermado por su privación de libertad, por este motivo, la concesión de decidir por la cohabitación con el hijo o por la irrupción del vínculo materno-filial son opciones que denotan el carácter restrictivo del instituto de arresto. Si se hubiese considerado el otorgamiento de la prisión domiciliaria no entendida de manera excepcional, las alternativas dadas por la Cámara no serían viables, dado que el domicilio de la progenitora se encontraba más acorde al interés superior del niño y por ende a su vínculo con la madre.

En relación con la habilitación que le da el art. 195 de la Ley de Ejecución a la madre, son numerosas las investigaciones que confirman que la "prisionización" de los niños acarrea efectos negativos en su desarrollo.[253] Independientemente de las instalaciones que pueda brindar una unidad penitenciaria,[254] como ya se ha señalado, una

---

251 Ley N° 24.660, art. 195: la interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado.

252 La Procuración Penitenciaria de la Nación, desde el área de Salud Mental, elaboró un documento por el cual esgrimió su posición sobre el caso de estudio: "la vulnerabilidad y la incertidumbre más la mortificación sistematizada del yo se resumen en un grado de tensión psíquica que se expresa mediante malestares. Malestar en y con el cuerpo y en los lazos sociales. (…) por qué forzar el corte de un lazo que viene siendo de crianza por parte de una mujer avocada de modo exclusivo a su hijo. Por qué desconocer en esa mujer la función de madre, que desde nuestro campo de saber, nombraremos como la expresión de un deseo no anónimo sino singularizado. Un deseo de 'poner su cuerpo' para engendrar, parir y criar. Se podría decir que en esta decisión es que Ana adviene madre. (…) La cárcel o el corte del lazo cotidiano de una mamá con su hijo en sus primeros años de vida conlleva marcas significantes. Nos referimos a que el atravesamiento de esta situación, ya sea por la vía del distanciamiento del bebé con su madre o por la alternativa de que conviva con ella en la cárcel, puede advenir en un acontecimiento que se inscriba como una marca en el psiquismo que acarree efectos perniciosos para ese bebé (...) Los niños alrededor de los ocho meses de vida evidencian respuestas ante los desconocidos que se podrían resumir en angustia. Lo que se conoce y se nombra como 'la angustia de los ocho meses', sin entrar en disquisiciones teóricas diremos que la percepción de un rostro desconocido no coincide con las huellas anémicas del rostro de la madre. El niño transitaría por un tiempo lógico en el que diferencia el semblante de la madre adjudicándole un lugar único entre todos los demás rostros humanos, lo que daría cuenta del entramado de una 'relación' –que en psicología se denomina de objeto libidinal–. Su respuesta ante lo desconocido da cuenta de la inscripción de la ausencia de lo conocido, su madre". Licenciada Liliana Martínez. Documento electrónico disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Ana%20FErn%C3%A1ndez%20Salud%20mental.pdf. Acceso 1 de julio de 2015.

253 En el ámbito de la psicología, estudios han concluido que la privación de libertad incide de forma negativa en el desarrollo psicosocial del niño, tanto en forma directa, por la adaptación a un entorno anormal, la rigidez de horarios, la limitación espacial y de experiencias, como también indirectamente, a través de la influencia de la madre, que suele presentar una ausencia de responsabilidad, crisis de ansiedad, drogadicción, falta de perspectivas de futuro, etc. Jesus Valverde Molina. "Incidencia psicológica de la privación de libertad en los niños". *Ponencia* presentada en *Primeras Jornadas Nacionales sobre Mujeres, niños y jóvenes en prisión*, Almería, del 21 al 23 de noviembre de 1990. Asimismo, para mayor información, ver Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, *op. cit.*, pp. 199-200; Oliver Robertston. *Convictos colaterales*, *op. cit.*, p. 2.

254 La situación carcelaria del pabellón 16 de la Unidad N° 31 de Ezeiza, donde estaban alojados Ana María y su hijo, se encuentra plasmada en el informe realizado por la Procuración Penitenciaria de la Nación analizado en este capítulo, 2.1 Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, se remite a su lectura.

cárcel no es un ambiente propicio para la crianza de un niño con 7 meses de vida.[255] No parece ser una alternativa viable, al considerar la posibilidad de solicitar la prisión domiciliaria, que justamente contempla este tipo de casos.

La posibilidad de la madre, de preservar el vínculo materno filial significa indefectiblemente que su hijo pierda la libertad. Resulta con ello ir en contra del principio de intrascendencia de la pena,[256] es decir, aquel que limita que la condena de un familiar no pueda afectar a sus parientes más cercanos. Motivo por el cual el niño verá condicionada su libertad, si la madre elije conservar el vínculo mencionado. Las dos soluciones que arbitró el Tribunal parecerían afectar el principio citado, así como también el de *pro homine* y no discriminación.

Otro punto dable de mencionar es el factor de la temporalidad en que se promulgó la nueva ampliación del instituto de arresto domiciliario sobre la ya vigente Ley Nº 24.660. Es decir que el legislador, dadas las razones humanitarias que afectaban a madres con sus hijos en situación de cárcel, decidió ampliar los supuestos para evitar este tipo de situaciones.[257] La ley de arresto domiciliario, entonces, constituye un avance en relación con la cohabitación permitida por el art. 195, es decir que hay un progresivo aumento de derechos en lugar de un retroceso al respecto.[258]

En este sentido, se tiene que considerar el principio de legalidad, en tanto que no se puede retroceder en relación con su aplicación, ya que los derechos han sido reconocidos y consagrados con anterioridad, por medio de normativa internacional con jerarquía constitucional, de modo que la ampliación de supuestos no puede desmejorar las expectativas de una madre privada de libertad.[259] No obstante, el instituto de arresto domiciliario se entiende como una medida que ha avanzado sobre la situación de madres e hijos en cárceles, pero que aún no merece su limitación en relación con su aplicación real.[260] En esa dirección, la Corte IDH ha señalado que "si a una misma

255 La Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, que representó al menor en causa de solicitud de arresto, presentó un informe elaborado por la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, en el que la trabajadora social concluyó que: "desde el punto de vista psicológico cualquier interrupción del vínculo entre madre e hijo, el que se desarrolla en la actualidad en forma adecuada, podría ser perjudicial para el desarrollo psicofísico del niño", y que "se considera conveniente el cumplimiento de su condena en el ámbito domiciliario".

256 Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal, Parte General*. 2a ed. Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 131.

257 El fundamento que sustenta la ampliación de arresto domiciliario es el trato humanitario en la ejecución de la pena, que en el ordenamiento jurídico argentino tiene sustento dentro de los instrumentos internacionales reconocidos en el art. 75, inc. 22, de la CN, en el art. 10 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECP),; en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV, y en el art. 5.2, de la CADH.

258 La protección de los derechos humanos se plasma en un régimen susceptible de ampliación. En este sentido: "La mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de derecho interno o de derecho internacional". Es decir que "La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la 'aparición', es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible. Asimismo, que el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de manera progresiva e igualmente irreversible, porque en materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima". En Pedro Nikken. "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, Vol. 52, 2010, pp.72-73.

259 El principio de legalidad está contemplado en la Constitución Nacional en el art. 18: Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa; y art. 19: ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

260 Entre los factores negativos del instituto de arresto domiciliario, se destaca que: "Urge ubicar el foco sobre los modos en que el encierro carcelario funciona como garante de una subsistencia para las detenidas y sus hijos, y que el arresto domiciliario les imposibilitará al no poder salir a trabajar. Esta problemática pone de manifiesto la ausencia del Estado una vez que la mujer accedió al arresto

situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana".

En resumidas palabras, la Cámara de Casación parece no haber utilizado un enfoque acertado para proteger el interés superior del niño, al contradecir los arts. 3 y 6 de la CDN. Es decir que en el caso de estudio, no se valoró la relación materno-filial en pos del interés superior, sino que se decidió rechazar la prisión domiciliaria y conceder a la madre dos alternativas: criar a su hijo en una unidad penitenciaria o privarse de ejercer la crianza y el desarrollo del niño tutelado en la CDN. En esta instancia se ha vislumbrado una interpretación restrictiva sobre el instituto de arresto domiciliario, al entender de manera excepcional la invisibilidad del género y el entendimiento parcial sobre el interés superior del niño.

2.3. Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia de la Sala de Feria de la Cámara de Casación Penal, que había confirmado la denegación de arresto previamente resuelta por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24. El pronunciamiento acotado por parte del Alto Tribunal se vio compensado con el dictamen de la Procuradora General, que acogió un criterio amplio de procedencia al instituto.

Sobre la procedencia del recurso extraordinario planteado por la defensa de Fernández, ha sido basada en el art. 14, inc. 3, de la Ley N° 48, en tanto que se puso en tela de juicio la interpretación de normas de la Constitución Nacional, de tratados de derechos humanos, y la decisión de la instancia revisadora había sido contraria al derecho apelado por parte de la defensa.[261] Asimismo, la resolución de la Cámara de Casación fue entendida como una sentencia definitiva en los términos del artículo mencionado, al provocar un gravamen en el niño de imposible reparación ulterior derivado de la imposibilidad de ejercer los derechos que la defensa invocó. La Corte entendió, a su vez, que la regla del art. 14 de la Ley N° 48 –cuestiones debatidas que remiten al examen del derecho común– admite excepciones por medio de la doctrina de arbitrariedad,[262] "puesto que si las sentencias se basan en argumentos que le otorgan fundamentos solo aparentes, y no dan, por ello, respuesta acabada a los planteos

domiciliario. Así como el Estado está ausente en la asistencia pospenitenciaria, también lo está en el cumplimiento de este tipo de medidas al no procurar el acceso al trabajo, educación, salud, etc., de las mujeres bajo arresto y sus hijos. Esto tiene la virtualidad de provocar que las propias mujeres detenidas no soliciten la medida alternativa al encierro carcelario –como relatan algunos testimonios que hemos recolectado– por no poder prescindir de los magros ingresos que obtienen de su trabajo intramuros, los cuales en muchos casos tienen una importancia vital para el sostenimiento de sus hogares" en Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2009, 290 p. En ese mismo sentido, la Procuración señaló que: "resulta preocupante la discriminación que subyace a los argumentos esgrimidos por el Poder Judicial en las denegatorias de los pedidos de arrestos domiciliarios. La condición social de las mujeres solicitantes continúa siendo el eje central de los fundamentos judiciales que obstaculizan el acceso al instituto. De este modo, las mujeres quedan inmersas, nuevamente, en una peligrosa zona marginal ya que el poder judicial les deniega el pleno ejercicio de su maternidad en virtud de su origen socioeconómico" en Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2013, 310 p. Véase a su vez Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2012, pp. 404-409; Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2014, pp. 334-336.

261 Ley N° 48, art. 14, inc. 3: "Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda dicha cláusula y sea materia de litigio".

262 La doctrina ha establecido que: "(…) (5) El recurso extraordinario no es propiamente un recurso de casación. Su ámbito de aplicación se extiende solamente a la Constitución Nacional y a las leyes federales, pero no a toda materia jurídica o de derecho, razón por la cual suele ser caracterizado como una casación constitucional, federal, limitada o parcial. Sin embargo, la extensión del recurso extraordinario a los casos de arbitrariedad de la sentencia y de gravedad institucional determina su funcionamiento en materias que, al menos de manera directa, son resueltas sobre la base de la interpretación de los hechos y no necesariamente del derecho". Según Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, 2ª ed., La Ley, 2006, pp. 1230-1231.

que formuló la defensa en sus derechos, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional".[263]

De los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal, se expresó lo siguiente:

> En efecto, en el voto de la mayoría, el a quo no solo ha omitido tratar el agravio formulado por la parte en cuanto a que la decisión de denegar el arresto domiciliario estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio, sino que también se ha limitado a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad de arresto domiciliario.[264]

Así, por un lado, el Alto Tribunal arguyó la omisión por parte de la instancia revisadora sobre el sustento del rechazo que estuvo basado en una valoración que va en contra del principio constitucional que veda todo trato discriminatorio; mientras que, por otro, la Corte señaló que el peso argumentativo para el rechazo de la solicitud de arresto ha sido atribuido al hecho de que la madre ha sido privada de libertad, y si esa condición afectaba de modo alguno al bienestar del menor. Es decir que la Corte presentó, por un lado, un agravio que no ha sido pasible de tratamiento y, por el otro, señaló una visión limitada del enfoque empleado por el Tribunal sobre el interés superior del niño y el instituto de arresto domiciliario.

Los planteos del Alto Tribunal conllevan observaciones en relación con los criterios de interpretación por parte de la instancia revisadora. Más específicamente sobre los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, que brindan pautas hermenéuticas claras en función del caso a estudio. Son las analizadas en el capítulo anterior, pero necesarias de repetición: de *pro homine*, no discriminación y la interpretación teleológica. Es decir que la Cámara de Casación ignoró la acusación de la defensa en tanto que no se respetó el principio de no discriminación. En este sentido, debe ser utilizada como la herramienta que ilumina la aplicación de normas de derechos humanos. A su vez, debe ser tomada necesariamente como condición para el ejercicio de todos los derechos protegidos y no para ser utilizada de modo contrario, es decir que sea la razón por la cual se afecten de derechos protegidos –al denegar el arresto– como son el vínculo materno filial y el interés superior del niño.

Por otro lado, se puede traslucir en base a lo esgrimido, que la Corte basó sus argumentos en relación con la interpretación teleológica del objeto fin de la ley, que en este caso fueron las razones humanitarias por las cuales se evita que madres con niños en situación de cárcel, como es la de *marras*, se subsanen por medio del instituto de arresto domiciliario, y no en su versión inversa en cuanto a la necesidad de probar la afectación del bienestar del niño sobre la privación de libertad de su progenitora.

A su vez, expresó:

> Mas incausadamente se omitió el análisis del caso, desde otra óptica no menos trascendente, cuál es la de determinar si el cambio pretendido en la situación de detención de Fernández, que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada, y sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria.

263 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.

264 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.

En este apartado, el Alto Tribunal señaló que el haber omitido el considerar el otorgamiento del arresto domiciliario basado en el principio del interés superior del niño –que está inexorablemente ligado al principio *pro homine*– fue un potencial de afectación sobre la conclusión del debido proceso y así, de esta forma, poder justificar el rechazo de la prisión domiciliaria.

Así, el Alto Tribunal adujo que la Cámara de Casación tampoco basó sus fundamentos para el rechazo del arresto domiciliario, en relación con la efectiva conclusión del debido proceso de Fernández, y confirmó, a su vez, que el domicilio de la madre es claramente más beneficioso para el menor –en concordancia con su interés superior– y si se permite la añadidura, para su progenitora también.

Por último, la Corte señaló:

> Que, en tales condiciones, debe repararse que al haber sido ignorados fundamentos conducentes íntimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, la sentencia carece de sustento suficiente y, por lo tanto, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

En este apartado, la Corte reconoció la importancia de haber omitido argumentaciones de carácter relevante sobre la suerte del arresto domiciliario, es decir, su denegatoria. En otras palabras, se ignoró la acusación de la defensa en cuanto al quebrantamiento del principio a la no discriminación, sobre la interpretación restrictiva del arresto domiciliario, y si el otorgamiento entorpecería el curso de la justicia en relación a su imputación en la causa principal.

Sin embargo, el solo hecho de nombrar las argumentaciones ignoradas, fue a modo de indicador y no le otorgó un tratamiento cabal y profundizado sobre la tensión en cuestión. En ese sentido, si se analiza lo pronunciado desde la óptica de la doctrina, la Corte Suprema tuvo dos alternativas en relación con el dictamen de la sentencia: expedirse únicamente sobre la validez del pronunciamiento cuestionado y, aceptados los agravios planteados, ordenar la remisión de las actuaciones a la instancia inferior para que dicte nueva sentencia conforme la doctrina sentada por ella. O si se dan determinadas situaciones, como la del caso de estudio, el Alto Tribunal puede resolver sobre el fondo del asunto regulando sus aspectos de hecho y de derecho no federal.[265]

En palabras de la Corte Suprema, "que si bien el fallo impugnado no reviste el carácter de sentencia definitiva, debe ser equiparado a ella por cuanto habida cuenta de su naturaleza y consecuencias, podría generar perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior, derivado de la frustración de los derechos que se invocan." Es decir que para el Alto Tribunal sí existió una gravedad en relación al factor irremediable de las consecuencias del caso. Por este motivo, sería interesante indagar las razones por las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación omitió resolver

265 "(…) (7) En principio, la sentencia dictada por la Corte en el procedimiento del recurso extraordinario se limita a expedirse sobre la validez del pronunciamiento cuestionado. Si se aceptan los agravios planteados, la Corte ordenará la remisión de las actuaciones judiciales al tribunal inferior competente para que dicte nueva sentencia conforme a la doctrina o lineamientos por ella establecidos. Sin embargo, cuando se trata de la simple ejecución de un fallo, o debido a la importancia y gravedad de los intereses comprometidos, o cuando el transcurso del tiempo genere un perjuicio irreparable para los derechos reconocidos en juicio, o si el recurso se interpuso por el incumplimiento del tribunal inferior de la orden impartida por la Corte en un recurso extraordinario anterior y en la misma causa judicial, puede el Alto Tribunal resolver sobre el fondo del asunto regulando sus aspectos de hecho y de derecho no federal". Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II, *op. cit.*, pp. 1231-1232.

sobre el fondo del asunto[266], y por efecto, limitó su pronunciamiento por medio de su devolución al tribunal inferior para el dictamen de nueva sentencia.

a) Procuración General de la Nación

Sobre el dictamen de la procuradora general,[267] se debe hacer mención al hecho de que la pronunciación mencionada sobre el otorgamiento de la solicitud de arresto domiciliario, estuvo basada casi en su totalidad en el interés superior del niño. En palabras de la procuradora general:

> La cuestión en litigio reside en determinar cuáles son los criterios que, a la luz del derecho federal aplicable, debe guiar la interpretación del juzgador al momento de conceder o denegar la solicitud de arresto domiciliario en el caso de madres con hijos pequeños. Por las razones que desarrollaré a continuación, entiendo que le asiste razón a la recurrente en el sentido de que la denegatoria del arresto domiciliario ha vulnerado derechos y garantías de B. F. A. –en particular, su derecho a que se proteja su "interés superior"–, pues no se han adoptado las medidas que protegen, de la forma más adecuada, su derecho a la libertad persona y a desarrollarse en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres.[268]

Parece correcta la apreciación de la procuradora general en cuanto a que el rechazo del arresto domiciliario ha afectado los derechos y garantías del niño. En este sentido, se debería agregar, a su vez, la afectación a los derechos y garantías de la madre por la distinción sufrida en las instancias anteriores. Por ello, se debe mencionar otro de los criterios que deben guiar la interpretación del juzgador al momento de conceder o denegar un arresto domiciliario en un caso como el de estudio, que es el principio de no discriminación.

Es decir que una causal de discriminación como es la distinción o restricción basada en motivos de sexo o cualquier otra índole o condición social, que tenga por objeto menoscabar el goce o ejercicio de los derechos humanos en cualquier esfera, corresponde tal configuración al caso de Ana María Fernández. Su identidad de género y orientación sexual ha sido una valoración de los Tribunales de Primera y Segunda Instancia que ha tenido como resultado la afectación del ejercicio de los derechos de la madre y del hijo, por el rechazo a una prisión domiciliaria. El mencionado principio proclama que toda persona sin distinciones tiene derecho al disfrute de todos los derechos humanos, incluidos los derechos a la igualdad ante la

266 Es interesante señalar, a su vez, el momento en que el fallo fue dictado, es decir, el día el 18 de junio 2013, un año y veinticinco días para ser exactos, que la ley de género fue promulgada (23 de mayo de 2012).

267 Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, se introdujo por medio del art. 120, la figura del Ministerio Público, que es definida como un órgano independiente, que tiene por función la promoción sobre la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en coordinación con los demás autoridades de la República. Con la nueva promulgación de la Ley Nº 27.148, en su art. 1 –además de la función delegada por la CN– establece su misión que es la de velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República es parte. Asimismo, la Ley Nº 24.946 organizó el Ministerio Público por medio de la concreción de pautas establecidas por el art. 120 de la CN. El Ministerio público es bicéfalo y está integrado dos ramas: el Ministerio Público de la Defensa, presidido por el defensor general de la Nación, y el Ministerio Público Fiscal presidido por la procuradora general de la Nación. La procuradora general posee una doble función: por medio de dictámenes que son dirigidos a la Corte Suprema cumpliendo el rol de fiscal, y a su vez es la jefa máxima de todos los Fiscales, coordinando su accionar y estableciendo pautas de política criminal y persecución penal del Ministerio Público. Secretaría de Coordinación Institucional de la Procuración General de la Nación. *Apuntes sobre el sistema judicial y el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina*. Documento electrónico disponible en: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/CoordinacionI/Documentos/Apuntes.pdf. Acceso 2 de julio de 2015.

268 Procuración General de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa N° 17.516", de fecha 29 de mayo de 2013.

ley y el derecho a la protección ante cualquier eventual discriminación por motivos diversos.[269]

De igual forma, es necesario destacar el carácter final que tiene el dictamen sobre el tratamiento de la afectación de derechos, como son la discriminación por razones de identidad de género y orientación sexual, al expresarlo de esta forma: "indica que la orientación sexual de la madre fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria".

En efecto, el único párrafo dedicado a este factor respondería a la trascendencia que se le otorga al tratamiento sobre una discriminación por orientación sexual e identidad de género. La función que le confiere el art. 120 de la Constitución Nacional a la procuradora general es el de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad". Es decir que la mayor parte del dictamen estuvo fundado en el interés superior del niño, y con ello no se quiere quitarle su peso, sino que, en este orden de ideas, parecería que es más conveniente aferrarse a conceptos más visibles para la sociedad que aquellos que no encuentran su eco como son la orientación sexual e identidad de género de una pareja unida en matrimonio. En este orden de ideas, parecería que la discriminación por orientación sexual e identidad de género aún no ha llegado a ser considerada un interés general de la sociedad.

Otro punto a destacar es la apreciación que se tuvo en el dictamen, al entender que los tribunales intervinientes en el caso han tenido una interpretación restrictiva sobre el instituto de arresto domiciliario. Es decir que tanto el Tribunal Oral de Primera Instancia como la Cámara Revisadora han contemplado que al solo efecto de la acreditación de una situación de desamparo se le concedería el arresto domiciliario. En sus palabras:

> El criterio debió ser el inverso. El tribunal debía merituar que la concesión del arresto domiciliario es la solución que mejor protege los derechos de B. F. A. y solo si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella, rechazar esta modalidad de cumplimiento de pena.[270]

El dictamen, entonces, apeló a un criterio más amplio en cuanto a que se tiene que fundar la excepcionalidad con base a la afectación del interés superior del niño, y ese factor debería ser el incidente para la concesión del arresto, y no a la inversa. En relación con la perspectiva de género, no ha sido interpretada como un factor determinante, y por ello el pronunciamiento fue fundado en el interés superior del niño sin analizar la discriminación sufrida por su progenitora.

2.4. Sala III Cámara Federal de Casación Penal

En el recuento de las argumentaciones que emitió la Corte, y por las cuales se denegó la solicitud de arresto domiciliario, no se vislumbra que el primer juez al esgrimir sus fundamentos haya tenido en cuenta la discriminación como factor determinante de la denegatoria. Es decir que lo atribuyó al incurrir en el defecto de no ofrecer una respuesta satisfactoria al reclamo, ya que se utilizaron fundamentos aparentes.

269 El principio de no discriminación ha sido analizado en el capítulo 2, 1.1, La hermenéutica de los derechos humanos.

270 Procuración General de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa N° 17.516", de fecha 29 de mayo de 2013.

Asimismo, el juez agregó que por razones como las garantías de debido proceso y defensa en juicio, la sentencia careció de sustento suficiente. En ese sentido, centró su análisis en el interés superior del niño como se verá a continuación:

El juez Gustavo M. Hornos dijo:

> Es así que el pronunciamiento jurisdiccional deberá ser sustentado en la finalidad de protección que fundamenta la norma, ponderándose en todo momento las características subjetivas y objetivas del caso, en pos del principio rector significado por el interés superior del niño. Este último aspecto representa, entonces, una pauta de interpretación que no puede ser ignorada.[271]

En este orden de ideas, como bien señaló el magistrado, la sentencia debió ser fundada en el espíritu de la ley por la cual fue promulgada y, a su vez, teniendo como pauta de interpretación el interés superior del niño. Sobre la ponderación de características subjetivas y objetivas que deben estar presentes en todo momento, es que se necesita hacer hincapié en aquellas valoraciones que tuvieron los tribunales sobre la vida privada de Fernández. Es decir que se entendió, como se ha analizado con anterioridad, la ponderación de características personales de la persona que de ningún modo hace a la causa. Ello, a su vez, no resultó en miras del interés superior del niño, sino que tuvo un efecto contrario directo, en la denegatoria del acceso.

Por ello, se necesita adherir a esta afirmación el principio de no discriminación, que es sustento de interpretación para el acceso efectivo al instituto de arresto. Porque no se ha tenido en cuenta el principio mencionado, es que se llega a dilatar un proceso como el de estudio, donde intervienen no solamente las tres instancias judiciales posibles, sino que la causa vuelve nuevamente en esta oportunidad para la revisión de la sentencia.

El magistrado también expresó que:

> Tal como dije antes, la ley no establece que por el solo hecho de comprobarse alguno de los extremos previstos en el artículo deba la ejecución de la pena automáticamente cumplirse bajo la forma domiciliaria, sino que lo sujeta a la apreciación judicial. Sin embargo, no es una facultad librada a la discrecionalidad del juez, sino que toda decisión concediendo o denegando esta forma de ejecución debe estar fundada en la finalidades de ejecución de la pena, y de protección que subyacen a las disposiciones legales citadas, y en la consideración de las circunstancias particulares de cada caso.

Parecería correcta la aducción del magistrado en cuanto a que la Ley Nº 26.472 no es imperativa en relación con su aplicación obligatoria, es decir que no ha sido librada a la vinculación automática de un supuesto, y con ello determinar su acceso. Sino que es una potestad del juez en otorgarla o denegarla. Resulta, entonces, que las argumentaciones deben estar fundadas sobre el fin de la ejecución de la pena y sobre la protección que subyace a las disposiciones legales citadas. En este caso de estudio, los Tribunales de Primera y Segunda Instancia han fundado sus sentencias denegatorias en argumentaciones además del entendimiento parcial sobre el interés superior del niño, en relación con la orientación sexual de la madre quebrando con el principio a la no discriminación y *pro homine*.

Así, también señaló que:

271 Radicadas nuevamente las actuaciones ante la CFCP, la Sala III –conformada por los Dres. Hornos, Borisky y Madueño– concedió el arresto domiciliario. CFCP, Sala III, "F., A.M.", 12/07/2013, en Abeledo Perrot Nº AR/JUR/27979/2013.

> Por ello, en estos casos, el análisis del interés superior del niño en los términos del art. 3.1 del CDN, debe ser integrado de forma adecuada con elementos que permitan a los magistrados valorar el interés del menor, como cuestión nuclear y emergente dentro del cúmulo de problemas que se suscitan cuando un integrante del seno familiar se encuentra privado de libertad.

El interés superior del niño, entendido como uno de los principios dentro del concepto de *corpus juris* de protección –cuestión nuclear–, debería añadirse a otros dos principios que resumen la CDN, que es el de no discriminación y el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Dos principios que, en este caso de estudio, están íntimamente relacionados y dependen directamente de la madre y su vínculo con el niño. Ello, a su vez, se debería entender en palabras de la Cámara, cuando manifestó valorar el interés superior en relación con "un integrante del seno familiar privado de libertad" que, dicho sea de paso, está unido a otro integrante del mismo sexo.

La decisión de denegación debería estar fundada, entonces, en el espíritu de la ley de ejecución, que es la resocialización de la persona, y no fundarla en la orientación sexual y la identidad de género. No solamente se debería analizar el interés superior del niño, sino la discriminación sufrida por su progenitora y su pareja, entendidas como el seno familiar del niño. Y finalizó la sentencia: "en definitiva, haciendo un balance de los intereses y valores en juego, propongo la perspectiva que resulte más valiosa para el interés superior del niño (…) considero que corresponde otorgar el beneficio solicitado".

En tenor a lo expresado por el juez Mariano H. Borinsky, basó su argumentación en la omisión sobre la suerte del arresto que podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso, y sobre dicha base fundar la denegatoria. De forma reiterativa, se omitió el tratamiento de la discriminación como factor determinante para la denegación arbitraria de arresto.

Del tratamiento que se realizó para la nueva revisión de la causa sobre la solicitud de arresto domiciliario, se puede dilucidar que efectivamente se otorgó en pos del interés superior del niño, y no hubo un abordaje visible en relación con la valoración sobre la orientación sexual y la identidad de género de la madre al resultar en la afectación de derechos de ella y del hijo.

3. Posibles causales sobre la invisibilidad de género

Luego del análisis del caso de estudio, se han podido dilucidar dos maneras de argumentar esgrimidas por los tribunales en cuanto a la invisibilidad de género: por acción y por omisión. Se hará, entonces, una breve explicación de tales conceptualizaciones.[272]

La invisibilidad de género por acción se despliega cuando las autoridades judiciales, en este caso preciso de Primera y Segunda Instancia, resuelven no otorgar la prisión domiciliaria por la distinción que realizan en relación con su orientación sexual

272 La invisibilidad, según la Real Academia Española, es la cualidad de lo invisible. Lo invisible, a su vez, es aquello que no puede ser visto o que rehúye ser visto. Aquello que no puede ser visto es un cuerpo físico, un objeto mesurable carente de luz que lo visibiliza o que el observador no puede ver. La invisibilidad, entonces, depende, entre otras cosas, de la luz y del observador para hacerse propiamente visible.

e identidad de género, y por efecto colateral se origina una situación desfavorable, es decir, la afectación de sus derechos, como lo son el vínculo materno filial y el acceso a la prisión domiciliaria. La invisibilidad por acción es más conocida como discriminación. En cuanto a la segunda connotación sobre la invisibilidad del género, se hace por omisión y se desarrolla cuando las autoridades judiciales dan cuenta de la restricción basada en el orientación sexual y la identidad de género y deciden igualmente no hacerla visible. La invisibilidad por omisión es la invisibilización propiamente dicha.

Hecha la salvedad en este apartado, entonces, se considerarán las dos argumentaciones pasibles de interpretaciones causales sobre la invisibilidad. Se intentará hacer un breve recorrido por las distintas disciplinas[273] que han sido tratadas en el capítulo 1, para comprender las razones por las cuales los funcionarios judiciales han optado por no visibilizar el género.

Se pueden encontrar respuestas en el campo de la sociología, si se toma en cuenta la construcción social sobre la heterosexualidad, que ha sido convertida en ley universal y por este motivo se toma a lo no normal, es decir, lo que está por fuera de esa ley, como no sujeta de derechos y que atenta contra dicha norma. Es decir, la heterosexualidad que hace unir a una mujer y a un hombre es la bandera autorizada por la cual se expulsa a aquellas conexiones que no forman parte del sistema binario opuesto y le da un orden de prelación, donde lo masculino es predominante. Estructuras sociales creadas como la Iglesia, la familia y el Estado son las que perpetúan dicha asimetría y no dejan lugar a ningún tipo de objeciones al respecto.[274]

Dentro de la antropología, también se pueden comprender patrones generalizados de comportamiento de las personas por medio de la imposición universal de la valencia diferencial de los sexos, que es el producto de la construcción social que le permite funcionar con determinadas reglas y, en efecto, obliga a no practicar otras, como es la unión de dos personas de un mismo sexo. La valencia está dada al analizar los humores del cuerpo y el rol que juegan en la reproducción, donde sí existen diferencias, solo que unas son comprendidas más preponderantes que otras y ello responde al deseo de dominación del hombre sobre el control de reproducción de la mujer.[275]

La filosofía también puede ser utilizada como fuente para una mejor comprensión, si se entiende que las personas viven en un mundo que funciona gracias a una matriz determinada que produce, por medio de una norma reguladora, la materialización de los cuerpos. La matriz que legitima ciertas identidades en detrimento de otras produce la exclusión de los sujetos que no se atan a dicha norma. Aquellos sujetos excluidos son necesarios para definir y limitar al sujeto del que no lo es y, a la vez, presentan una amenaza para el propio orden que les muestra que se puede ir en contra de la norma reguladora. Ante esa inminente amenaza los sujetos, descalifican, rechazan o también ignoran las formas de identidad que no son reconocidas por la matriz heterosexual. La norma se dice neutral, pero se trasluce como una forma de dominación que es funcional a la matriz heterosexual y legitima a los sujetos que se

273 La perspectiva de género entendida como la interrelación de cuatro elementos. Ver capítulo 1.2, La madre y la perspectiva de género.

274 Conceptos extraídos de Pierre Bourdieu. *La dominación masculina.* Barcelona, Anagrama, 2000.

275 Conceptos extraídos de Françoise Héritier. *Masculino/Femenino, op. cit.*

identifican con los patrones impuestos contra aquellos que se cuestionan y reivindican su identidad por fuera de ella.[276]

Como nexo, se construye un puente entre el derecho y las demás disciplinas, al definirlo como aquel brazo ejecutador de la matriz heteronormativa[277] que produce ficciones que legitiman prácticas en la sociedad y en la cultura. Ello produce la segregación de las identidades autorizadas, es decir, en una polaridad opuesta. Asimismo, el derecho, en cuanto ciencia jurídica, se pretende objetiva, ecuánime y neutral, pero esconde detrás de su velo estructuras de poder, dominación y exclusión. Los funcionarios judiciales, en cuanto personas sujetas y operadoras del derecho, están inmersas en el mundo de la normatividad simbólica que expresa ideologías religiosas, políticas y legales que definen determinados patrones.

Las ciencias jurídicas son, a su vez, el campo de batalla que ciertos actores utilizan para ponderar ciertos valores por sobre otros. En el campo del derecho, a la mujer se la ha definido en relación con su cuerpo y por ello se la domina en relación a su sexualidad. En el ámbito penal, como es el traído a estudio, se tiende a consolidar la estructura de género, y en consecuencia se produce una mayor vulnerabilidad en las mujeres. Los jueces tienden a considerar a la mujer no como un sujeto, sino en función de las relaciones familiares que refuerzan el concepto tradicional de familia.[278]

Quizás los fundamentos de los patrones vislumbrados en el caso de Ana María Fernández escapen a la percepción de la persona.[279] Con eso no se quiere decir que las disciplinas no hayan aportado cierta luz en los comportamientos de aquellos. Pero sí es dable reconocer que las conductas de los seres humanos no están echadas al azar ni tampoco son ejercidas con absoluta libertad. Por este motivo, resulta interesante comprender ciertas prácticas desplegadas en un lugar de poder como es el de la Justicia.

276 Conceptos extraídos de Judith Butler. *Cuerpos que importan, op. cit.,* p. 26.

277 La heteronormatividad es el régimen social, político y económico que impone el patriarcado y las prácticas heterosexuales mediante diversos mecanismos médicos, artísticos, educativos, religiosos, jurídicos, etc., y mediante diversas instituciones que presentan la heterosexualidad como necesaria para el funcionamiento de la sociedad.

278 Conceptos extraídos de Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*

279 Immanuel Kant, en *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* intenta discernir la esencia de la moral y propone una guía de comportamiento para el individuo libre y autónomo, y lo ubica, a su vez, en una comunidad moral gobernada por leyes universales. Las leyes eran formuladas bajo la incondicionalidad del imperativo que guiaba las acciones morales. *A priori* era la manera en que se descubría su obligatoriedad mediante el uso de la razón y descarta al mismo tiempo la experiencia. Señala un imperativo categórico como "obra según la máxima que pueda hacerse a sí mismo al propio tiempo ley universal"; "obra según máxima que puedan al mismo tiempo tenerse por objeto a sí mismas, como leyes naturales universales" y "obra con respecto a todo ser racional –a ti mismo y a los demás– de tal modo que en tu máxima valga al mismo tiempo como fin en sí". Es decir que el ser humano es autónomo porque genera por sí mismo la ley moral –siempre y cuando tenga la capacidad, por medio de su razón, de legislar libremente sin necesidad de obligarse a una ley que no sea la propia–. Ver Immanuel Kant. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa-Calpe, 1983, pp. 96-97.

Capítulo 4

CONSIDERACIONES FINALES

A partir del análisis del caso de Ana María Fernández, se realizaron las siguientes observaciones sobre la aplicación del instituto de arresto domiciliario por parte de los funcionarios judiciales intervinientes, y su tratamiento en relación al interés superior del niño y la perspectiva de género. Para una mayor comprensión, en el capítulo final se utilizará la misma metodología que en el capítulo 3, es decir que contiene reflexiones en base a una breve recapitulación cronológica sobre los argumentos esgrimidos. Por último, esbozaré consideraciones específicas para la aplicación del arresto domiciliario, la perspectiva de género y el interés superior del niño.

Tanto el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 de Primera Instancia como la Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal –sin contar la disidencia de la Dra. Ledesma– utilizaron un criterio restrictivo sobre el instituto de arresto domiciliario. Interpretaron la medida alternativa de ejecución de la pena como una excepcionalidad y no como una generalidad a la regla. Es decir que el Tribunal y la Cámara apelaron a que el menor tenía que encontrarse en una situación de riesgo o desamparo, y no en su mejor interés, para el otorgamiento. Argumentación que no necesita su verificación, al haberse aprobado por medio del debate parlamentario de la Ley Nº 26.472 que, *a priori*, reconoce las razones humanitarias de tener a niños en prisión con sus madres.

Al mismo tiempo, se considera que el espíritu de la ley es su interés superior, y ello significa que no debe ser una mera fuente de inspiración por parte de las autoridades en sus decisiones, sino que están obligadas a su uso y al mismo tiempo a su limitación cuando afecta derechos amparados por medio de la discrecionalidad de fundamentos aparentes. La norma citada busca evitar la separación del niño de su madre y no puede ser sustituida sino de manera excepcional y fundada. Es decir que el Tribunal y la Cámara han tenido una interpretación parcial sobre el interés superior del niño.

En relación con la valoración que hizo el Tribunal sobre la orientación sexual y la identidad de género de la madre, esta fue un factor determinante para el rechazo del instituto, ya que se ponderó la existencia de otra madre que la pudo sustituir y ello resultó en un trato diferencial para con ella y para con el niño. Como consecuencia resultó en la afectación a sus derechos. En este mismo orden de ideas, la Sala de Feria de la Cámara de Casación utilizó argumentos similares, que denotaron la confirmación del fallo de primera instancia, por ello se remite a lo anterior.

En cuanto a las argumentaciones esgrimidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con el acceso sobre la prisión domiciliaria, se omitió abordar la discriminación sufrida por Ana María Fernández en relación con su orientación sexual e identidad de género y solicitó una nueva revisión de la sentencia por fundamentos aparentes que no guardan relación con los pedidos por parte de la defensa. Se mencionó en un solo párrafo la discriminación, en relación con la falta de fundamentación por parte de la Cámara de Casación sobre la acusación de la defensa. En este sentido, el Alto Tribunal omitió su tratamiento y ello no permitió dilucidar el grado de discrecionalidad de las autoridades judiciales para el otorgamiento o la denegatoria del instituto. Asimismo, con el solo señalamiento de un trato discriminatorio no se permite entender acabadamente si la orientación sexual y la identidad de género fueron valoraciones determinantes para el rechazo de la prisión domiciliaria. En este orden de ideas, la Corte remitió la causa a la Cámara Federal para su revisión.

Finalmente, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la prisión domiciliaria de Ana María Fernández y omitió abordar, nuevamente, la discriminación señalada por el Alto Tribunal –pero no analizada– y argüir en base al interés superior del niño.

El caso de estudio ha sido desarrollado con el objetivo de intentar comprender la aplicación jurisprudencial sobre el arresto domiciliario y las interrelaciones en relación con la perspectiva de género y el interés superior del niño. Se ha podido dilucidar que la invisibilidad de género ha sido una causa imprescindible por la cual se ha obturado el acceso al instituto. El interés superior del niño, a su vez, ha sido la herramienta por la cual los funcionarios judiciales, al otorgar el arresto, han utilizado como paraguas de protección. Ello significa que los tribunales no han abordado el interés superior del niño en clave con la permanencia del vínculo materno filial y la visibilidad de género. Es decir que, dados los hechos del caso, se prefirió argumentar con base al interés superior del niño y no señalar la invisibilidad por acción sufrida en las instancias previas a su otorgamiento.

Sobre el acceso efectivo a la prisión domiciliaria, como bien señaló la procuradora general en su dictamen, tiene que ser tomado como una regla y no como excepción. Sin dejar de mencionar que la medida alternativa de privación de libertad analizada es una solución parcial y tiene aún un largo camino por recorrer. La progresividad alcanzada hasta el momento no es de ninguna manera un límite para seguir buscando mejores estándares que protejan los derechos humanos, en este caso, de niños y madres privados de libertad.

Es necesario detenerse en el factor determinante que infirió en la conclusión del caso: la invisibilidad del género. En este sentido, el *corpus juris* de protección del niño tutela el derecho a tener una familia, y no por ello debe entenderse como aquella integrada por dos sexos opuestos, sino que los trasciende al definirla como una unión de amor y solidaridad. El niño pensado en una familia tradicional debe ser observado sin una concepción basada en un pilar binario de sexo genérico que polariza y relaciona asimétricamente los opuestos. La mirada familiar reproductiva no debería ser la razón determinante que obligue a las personas a unirse entre sí. Las personas se relacionan y se conectan de múltiples maneras que no necesariamente van de la mano con la normatividad preponderante que tiene como eje fundador la

reproducción y la dominación de ciertos seres sobre otros. La libertad de elección sobre una orientación sexual y una identidad de género es un derecho humano que no merece un trato desigual. Es decir que como todo derecho humano, debe comprenderse de manera universal, indivisible e interdependiente al ser inherente a toda persona.

En este sentido, se debe señalar que en la actual posmodernidad ya no alcanzan categorías étnicas, sexuales, genéricas para una descripción cabal del individuo. Categorías como nación, clase y familia han comenzado a mutar y, hasta cierta medida, a desintegrarse, y ello produce una incertidumbre que origina inseguridad, aun cuando esas conceptualizaciones son de algún modo ficticias. Las relaciones humanas concebidas de manera tradicional han comenzado a sufrir transformaciones como son las nuevas maneras de reproducción. No obstante, las ciencias jurídicas concebidas desde hace muchos años aún preservan antiguas concepciones sobre los roles de los seres humanos en la sociedad.

Para interpretar y entender una categoría como la de género, es necesario asumir su complejidad en cuanto a la conexión de múltiples dimensiones sobre las relaciones de los sexos. Las distintas disciplinas pueden ser utilizadas como potenciales focos para proveer cierta luz a las transformaciones. Por ello, además de los cuatro elementos que definen el concepto de género, se deben añadir otras ciencias para ampliar una mayor comprensión sobre una categoría como la mencionada. Por este motivo, es imperioso escuchar ciencias como las biológicas que de alguna forma han sido calladas por las conceptualizaciones asimétricas y duales que han producido los observadores de la materia.

La sociología, por su parte, establece una manera de resquebrajar estructuras que perpetran la asimetría de los sexos a través del pleno reconocimiento de la dominación que existe aún hoy en día sobre los cuerpos. La antropología, a su vez, apela a que las distinciones binarias han sido construidas como signos culturales que carecen de universalidad, y por ello hay que transformar el sentido de la recolección de datos para limitar la imposición de ciertos valores sobre otros.

En la filosofía se plantea la idea de una rematerialización de los cuerpos, para la generación de rearticulaciones que cuestionan la hegemonía de la normativa reguladora por medio del lenguaje recodificado como resistencia sobre los discursos dominantes. El derecho, a su vez, facilita este tipo de cambios para limitar prácticas que invisibilizan el género, y para evitar la traducción de la diferencia en desigualdad. Es una forma que coincide con la idea de dar batalla por medio de un cambio de paradigma al socavar estructuras de dominación sobre las que está cimentada la visión tradicional dual. En este sentido, el derecho puede ser utilizado como herramienta para hacer inteligibles una multiplicidad de identidades que históricamente no fueron interpeladas como sujetos de derecho. Leyes que promueven y reivindican nuevas formas de ser, que modifican estructuras tanto cognitivas como interpretativas en relación con un basamento dicotómico que divide la realidad en opuestos.

La sociedad le ha otorgado al derecho un discurso de verdad que se traduce en relaciones de poder, saber y desigualdad. A su vez, es entendida como matriz reproductora de identidades que han sido segregadas en una dualidad, porque no conoce otro código o manual de operatividad. Ello se traduce en un control sobre los cuerpos,

entendido como la plena administración de los deseos y placeres. Compleja es su deconstrucción, porque ha sido programada y percibida de manera natural y normal.

En este orden de ideas, según la apelación metafórica de Nietzsche, se entiende que para comprender el vínculo materno filial entre el niño (protones-*corpus juris* de protección del niño con carga positiva) y su madre (electrones-orientación sexual e identidad de género con carga negativa) se debe necesariamente modificar la propia composición del caso de estudio (átomo) en una solución que sea acorde con la protección de los derechos humanos de las partes intervinientes por medio de la transformación de la matriz heternormativa (elemento atómico diferente).

Por este motivo, se considera que para el correcto análisis del instituto de arresto domiciliario debe ser necesariamente entendido por medio de la lente del interés superior del niño en clave con una madre privada de libertad –independientemente de su orientación sexual e identidad de género–, que forman y producen, a su vez, una transformación del concepto familiar tradicional. La luz y el observador son los artífices encargados de la visibilidad. A su vez, el amor y la solidaridad son definitorios del concepto de familia. Por ello, para iluminar la resolución de un caso como el de estudio, necesariamente tienen que estar contempladas las familias aún hoy en día periféricas dentro del *corpus juris* de protección del niño.

ANEXO

El día 21 de septiembre de 2015, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal dictó nuevamente sentencia según lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia y dispuso modificar la condena –con igual calificación legal– contra Ana María Fernández a dos años y diez meses de prisión. Los jueces Hornos y David consideraron necesario disponer una reducción proporcional al observar el maltrato institucional que ha sufrido Fernández y su hijo al rechazar la solicitud de arresto domiciliario al fundar la denegatoria

> sobre la base de inaceptables fundamentaciones de ostensible corte discriminatorio, incompatibles con los más elementales principios de igualdad, consideración y respecto que el Estado debe a todos sus habitantes, y a los compromisos más esenciales asumidos con la comunidad internacional.

Es decir que por razones discriminatorias vinculadas con su orientación sexual se ha denegado la solicitud de prisión domiciliaria.[280] En este orden de ideas, la defensa de Fernández interpuso recurso extraordinario y la misma Sala lo desestimó por inadmisible.

Conocida la sentencia y como consecuencia de aquella decisión, la defensa de Fernández interpuso el recurso de queja al condenarla por autoría de estrago culposo seguido de muerte en concurso ideal con omisión de los deberes de funcionario público. La Corte Suprema de Justicia, el 5 de abril de 2016, rechazó el recurso planteado por la defensa al considerar la presentación inadmisible en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.[281]

En consecuencia, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, que estuvo a cargo del debate oral, intimó el 6 de abril de 2016, a realizar una presentación por parte de la defensa de Fernández para adecuar su situación ambulatoria a la nueva situación procesal al permanecer en prisión durante diciembre de 2012 hasta agosto de 2014 (cuando la Corte Suprema puso en suspenso la pena aplicada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal y ordenó la revisión de la misma). En este sentido,

280 Cámara de Casación Penal – Sala 4 CCC 247/2005/TO1/4/CFC3, p. 246. Asimismo, ver Centro de Información Judicial. *La Cámara Federal de Casación Penal confirmó las condenas en la causa Cromañón*, 21 de septiembre de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.cij.gov.ar/nota-18024-La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-confirm--las-condenas-en-la-causa--Croma--n-.html.

281 Centro de Información Judicial. *La Corte rechazó los planteos de ex integrantes de Callejeros y ex funcionarios contra la sentencia que los condenara por la causa Cromañón*, 5 de abril de 2016, documento electrónico disponible en: http://www.cij.gov.ar/nota-20763-La-Corte-rechaz--los-planteos-de-ex-integrantes-de-Callejeros-y-exfuncionarios-contra-la-sentencia-que-los-condenara-por-la-causa-Croma--n.html.

el Tribunal Oral no libró una orden de arresto contra la mencionada por la magnitud de la pena y el tiempo que ya había pasado en prisión. Por este motivo, Ana María Fernández y en consecuencia su hijo, han permanecido en libertad desde entonces.[282]

Glosario

Bisexualidad: Es la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual, por personas de un género diferente al suyo o también de su mismo género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Gay: Varón homosexual que siente atracción emocional, afectiva y sexual hacia otros varones y que no siente atracción por el sexo opuesto.

Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y del hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

Heteronormativismo: Es el régimen social, político y económico que impone el patriarcado y las prácticas heterosexuales, mediante diversos mecanismos médicos, artísticos, educativos, religiosos, jurídicos, etc., y mediante diversas instituciones que presentan la heterosexualidad como necesaria para el funcionamiento de la sociedad.

Heterosexualidad: Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Homosexualidad: Es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se utiliza generalmente el término *lesbiana* para referirse a la homosexualidad femenina y *gay* para referirse a la homosexualidad masculina.

Identidad de género: Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones como la vestimenta, el modo de hablar o los modales.

Intersexualidad: Integra a las personas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se ha definido como todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Una persona intersex puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno de los dos.

Lesbiana: Mujer homosexual que siente atracción emocional, afectiva y sexual hacia otras mujeres y que no siente atracción hacia el sexo opuesto.

LGTBIQ: Es el acrónimo que alude a personas lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales, intersexuales y *queer*. La terminología se asocia a los movimientos sociales, es decir que se puede encontrar de maneras diversas: LGTB, LGBT,

282 *La Nación*. "La tragedia de Cromagnón: adelantan la libertad de algunos de los condenados", 9 de julio de 2016, disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1916875-la-tragedia-de-cromagnon-adelantan-la-libertad-de-algunos-de-los-condenados.

GLBT, LGTTTBIQ. Esta última alude a las personas transexuales, transgénero y travestis.

Orientación sexual: Se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren a través de las diferentes culturas.

Patriarcado: Dominio de los varones sobre las mujeres en unas relaciones de poder institucionalizadas y naturalizadas mediante un orden de las cosas. El modelo de varón es el de adulto, heterosexual, blanco y de clase media alta.

Sexo: Se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer en base a sus características fenotípicas y genéticas.

Teoría *queer*: Es la elaboración de la disidencia sexual y la deconstrucción de las identidades estigmatizadas, que a través de la resignificación consigue reafirmar que la opción sexual distinta es un derecho humano. *Queer*, como sustantivo, se lo entiende como homosexual. Como verbo, expresa el concepto de desestabilizar, perturbar, jorobar. Como adjetivo, se lo define como raro, torcido, extraño. Su antónimo es *straight*, que significa, derecho, rector, heterosexual.

Transgenerismo: Es un término que se utiliza para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de las intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo.

Transexualismo: Personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad, psíquica, espiritual y social.

Travestis: Son aquellas que expresan su identidad de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio. "¿Qué es un dispositivo?", *Sociológica,* Año 26, N° 73, mayo-agosto, 2011.

Alderete Lobo, Rubén. "La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos. (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)", en: *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires, Embajada Británica, Defensoría General de la Nación Buenos Aires, 2012.

Alonso, M. y Finn, E. J. *Física*. Buenos Aires, Addison-Wesley Iberoamericana, 1995.

Alston, Philip. "The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, N° 1.

Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid. Taurus, 1998.

Ávila Santamaría, R. *et al*. *El género en el derecho. Ensayos críticos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Ecuador, V & Gráficas, 2009.

Badeni, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. 2a ed. Buenos Aires, La Ley, 2006.

Bidart Campos, German. "El 'ius cogens'", en: *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II 1997, dDocumento electrónico: http://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/material-libros-pdf/.

___ "Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", en Bianchi, María del Carmen (comp.): *El Derecho y los Chicos*. Buenos Aires, Espacio, 1995.

___ *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo III. Buenos Aires, Ediar, 1995.

Beloff, Mary. *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Colombia, Temis/Depalma, 1998.

___ *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, en Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Defensoría General de la Nación*. Buenos Aires, La Ley, 2008.

Bodelón, Encarna. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres." *Delito Sociedad*, *Revista de Ciencias Sociales*. N° 11/12, 1998.

Bourdieu, Pierre. *La dominación masculina*. Barcelona, Anagrama, 2000.

Butler, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires, Paidós, 2002.

___ *El género en disputa*. México, Paidós, 2001.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. Documento electrónico disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf. Acceso 15 de junio de 2015.

De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. México, Alianza/Siglo XXI, 1989.

Delgado, Sergio. *La modificación de la detención domiciliaria*. RDP 2009-5-804, 2009.

Eaton, Mary. *Justice for Women? Family, Court and Social control*, London, Open University Press, 1986.

Enciclopedia Británica en Español. "La Familia: Conceptos, Tipos y evolución". 2009.

Ferrajoli, L. *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.

Fonseca Hernández, C. y Quintero Soto, M. L. "La Teoría Queer. La de-construcción de las sexualidades periféricas", *Sociológica*, Año 24, N° 69, enero-abril, 2009.

Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. México, Siglo XXI, 1982.

Freedman, Diego. "Funciones normativas del interés superior del niño." *Jura Gentium*, *Rivista di filosofia del diritto internacionale e della politica globale*, 2005.

___ "Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 6, 2010.

Gelsthorpe, Loraine. *Sexism and the Female Offender*. Vermont, Gower Publishing Company, 1989.

Gimol, P. y Freedman, D. "Hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables", en Defensoría General de la Nación/ Unicef: *Mujeres privadas de libertad: limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*. Buenos Aires, Comunicación Institucional, 2009.

Héritier, Françoise. *Masculino/Femenino. El pensamiento de la diferencia*, Barcelona, Ariel, 1996.
International Journal of Law. "Policy and the Family", Vol. 8, N° 1, 1994.

Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa-Calpe, 1983.

Kent, Jorge. *La criminalidad femenina ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática*. Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2007.

Lagarde, Marcela. "Visión futura de la mujer y la familia en el desarrollo nacional. Las mujeres y la familia en el fin del milenio". *Ponencia* presentada en *Conferencia de mujeres*, Tegucigalpa, Honduras, 5 de julio de 1996. Documento electrónico disponible en: http://www.sidocfeminista.org/images/books/02154/02154_00.pdf.

Lloyd, Ann. *Doubly deviant, doubly dammed. Society's treatment of violent women*, London, Penguin Books, 1995.

Lopez, A. y Machado, R. *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley Nº 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004.

Ministerio Público de la Defensa/Unicef. *Mujeres presas. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad. Limitaciones al encarcelamiento*. Buenos Aires, DGN/UNICEF, 2008.

Marí, E. *et al. Materiales para una teoría crítica del derecho.* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

Nikken, Pedro. *Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos, en Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington D. C., CIDH, 1984.

Nikken, Pedro. "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, Vol. 52, 2010.

Nietzsche, Friedrich. *El libro del filósofo seguido de Retórica y lenguaje*. Madrid, Taurus, 1974.
___ *Así habló Zaratustra*. Madrid, Alianza, 1985.
Nowak, Manfred. *Article 6 – The right to life, survival and development*. Leiden, Nijhoff, 2005.
Organización Mundial de la Salud *¿Hasta qué edad es adecuado alimentar al bebé solo con leche materna?* Julio de 2013. Documento electrónico: http://www.who.int/features/qa/21/es/.
Orwell, George. *1984*. Documento electrónico: http://antroposmoderno.com/word/George_Orwell-1984.pdf.
Pinto, Mónica. *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1993.
___ "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, M. y Courtis, C. (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Del Puerto, 1997.
___ *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, Del Puerto, 2009.
Pitch, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid, Trotta, 2003.
Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe anual 2009*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202009_0.pdf.
___ *Informe anual 2012*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202012%20completo.pdf.
___ *Informe Anual 2013*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202013.pdf.
___ *Informe Anual 2014*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf.
___ *Informe del Área de Salud Mental*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Ana%20FErn%C3%A1ndez%20Salud%20mental.pdf.
Oliver Robertston. *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos, Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez en el Día del Debate General 2011*. Ginebra, Quaker United Nations Office. Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos, agosto 2012.
Sansone, Virginia. "Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 5, 2010.
Scott, Joan. "El género. "El eco de la fantasía: la historia y la construcción de la identidad", en **Marta Lamas** (comp.): *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003.
___ *Género e historia.* México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Autónoma de México, 2008.
Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). *Informe anual. República Argentina SNEEP 2013*. Buenos Aires, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Subsecretaría de Política Criminal. Secretaría de Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Documento electrónico disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/2736750/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202013.pdf. Acceso 7 de julio de 2015.
Stanley, E. y Byrne, S. "Mothers in prison. Coping with separation from children". *Documento* presentado en la *Conferencia Women in Corrections. Staff and Clients*, Adelaide, 31 de octubre-1 de noviembre de 2000.

Valverde Molina, Jesús. "Incidencia psicológica de la privación de libertad en los niños". *Ponencia* presentada en *Primeras Jornadas Nacionales sobre Mujeres, niños y jóvenes en prisión,* Almería, del 21 al 23 de noviembre de 1990.
Verrman, Philip. *The rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, Nijhoff, Kluwer Academic Publishers, 1992.
Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. 2a ed. Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

Fuentes periodísticas

Agencia Nacional de Noticias Jurídicas, Infojus Noticias. "Cromañon: los puntos emblemáticos del proceso judicial", 28 de diciembre de 2013.
___ "En un fallo inédito liberaron a los músicos de Callejeros", 28 de diciembre de 2013.
Clarín. "Paso clave en la ley de identidad de género", 9 de noviembre de 2011.
___ "Familiares de Cromañón reclaman una resolución final en la causa", 14 de Julio de 2015.
Página/12. "Todos condenados por el incendio de Cromañón", 21 de abril de 2011.
___ "¿Qué pasó con la T?", 11 de mayo de 2012.
___ "Orden de liberación para Callejeros y otros imputados", 6 de agosto de 2014.
___ "Cromañón, el drama que no se termina. Sociedad", 9 de febrero de 2015.
La Nación. "Cromañón: los 14 condenados a prisión", 21 de diciembre de 2012.
___ "En marzo, audiencia en Casación", 30 de diciembre de 2014.
Télam. "Se realiza una audiencia clave para revisar condenas por Cromañón", 15 de junio de 2015.

Jurisprudencia contenciosa

Regional

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012.
Corte IDH. Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, sentencia de fecha 8 de septiembre de 2009.

Nacional

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa Nº 6667 "Abregú, Adriana T. s/recurso de casación", de fecha el 29 de agosto de 2006, Abeledo Perrot N° 35050950.
Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, causa Nº 11.684 "Chabán, Omar Emir y otros s/recurso de casación", de fecha 20 de abril de 2011.
Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa Nº 14.210 "Sáenz, Guillermo Aldo s/recurso de casación", de fecha 30 de agosto de 2011.
Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa Nº 33/12 "Fernández, Ana María s/recurso de casación," de fecha 10 de enero de 2013.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/despido", de fecha 5 de octubre de 1983, Fallos 305:2150.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S.,C s/adopción", 2 de agosto de 2005.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, C.11/2013.XLIX.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias".
Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 314:514.
Procuración General de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa 17516", de fecha 29 de mayo de 2013.
Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 de la Capital Federal, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández en la causa Nº 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012.

Jurisprudencia consultiva

Sistema Regional Africano

Carta Africana sobre los derechos y el bienestar de la Niñez
Chirwa, Vera. Report of the Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa: Prisons in Malawi, 17-28 de junio de 2001.

Sistema Regional Interamericano

Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, Serie A Nº 17, 28 de agosto de 2002.
Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A N° 16, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, (segunda edición), Capítulo I.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1997. Capítulo VII. OEA/Ser.L/V/II.98.

Sistema Universal

Comité contra la Tortura, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención, 7 de julio de 2008, CAT/C/CRI/CO/2.
Comité de los Derechos del Niño, Comentario General Nº 5, CRC/GC/2003/5.
Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3, el VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, CRC/GC/2003/3.
Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 13, Derechos del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/11.
Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud art. 12, E/C.12/GC/14.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 15, el derecho al agua, E/C.12/GC/15.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 18, el derecho al trabajo, E/C.12/GC/18.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 19, el derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 20, la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20.
Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos del niño, A/HRC/7/29.
Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, 28 de noviembre de 2005, CCPR/C/USA/CO/3.
Consejo de Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41.
Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación N° 19, la violencia contra la mujer, 1992.
Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación N° 21, la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994.
Naciones Unidas, Informe del 8° Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UN Doc.A/Conf.144/28/Rev. 1.
Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, 12 de mayo de 2004, HRI/GEN/1/Rev.7.
Naciones Unidas. Libres & Iguales, Igualdad y no discriminación. Disponible en: https://unfe.org/system/unfe-21-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1c.pdf.
Naciones Unidas, Office on Drugs and Crime y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2006). Criminal Justice Assessment Toolkit, Non Custodial and Custodial Measures: 1 The Prison System.
Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos, 2013. Documento electrónico: http://acnudh.org/2013/11/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/.
Naciones Unidas, CCPR/C/50/D/499/1992.
Principios de Yogykarta, Indonesia en la Universidad de Gadjah Mada, 6-9 de noviembre de 2006. Documento electrónico: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf.
Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) han sido aprobadas en el sexagésimo quinto periodo de sesiones por la Asamblea General el 16 de marzo de 2011, A/RES/65/229.
Reglas de Tokio, fueron adoptadas por la Asamblea General en la resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

Normativa

Instrumentos internacionales

Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la a Asamblea General en la resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General en la resolución 34/180, de fecha 18 de diciembre de 1979. En vigor desde el 3 de septiembre de 1981.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Colombia, en 1948.
Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en la resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), adoptado por la Asamblea General en la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General en la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976.
Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en material de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), fue adoptado por la Asamblea General en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, sancionada en Argentina por la Ley N° 24.658 el 19 de junio de 1996, y su entrada en vigor fue el 16 de noviembre de 1999.

Normativa nacional

Constitución Nacional
Ley Nº 23.692
Ley Nº 24.660
Ley Nº 26.061
Ley Nº 26.472
Ley Nº 26.743

Agradecimientos

En primer lugar, he de agradecer al tutor de la tesis, el profesor Martiniano Terragni, que sin sus acertadas sugerencias no hubiera podido realizar este trabajo.

A Marta Monclús Masó y a Leonardo Filippini, de la Procuración Penitenciaria de la Nación, por enseñarme que detrás de los muros existen los derechos humanos.

He de agradecer las orientaciones bibliográficas y aportes para trabajar en la tesis a los profesores Jack Vahan Bournazian (Yerevan State University), Julieta Rossi (Universidad de Buenos Aires), Rita Segato (Universidad de Brasilia), María Sonderéguer (Universidad Nacional de Quilmes) y Frans Viljoen (Universidad de Pretoria).

A las veintisiete personas que formaron parte de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización, por nutrir día a día el espíritu de lucha.

A los cuatro pilares que soportan mi red de contención: Nora, Juan José, Dolores y Juan.

A Marcus, por su presencia incondicional.

Por último, a aquellos seres que la realidad me limita a nombrar, pero que estuvieron presentes a lo largo del camino y formaron parte de este proceso.

LA APLICACIÓN Y CONTROL DE LOS ESTÁNDARES DE LA CONVENCIÓN DE DERECHOS HUMANOS A NIVEL JUDICIAL RESPECTO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ROMÁN DE ANTONI

Directora: Anahí Flavia Pérez

En sociedades que prefieren el orden a la justicia, hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares del orden: hay cada vez más gente convencida de que no hay ley que valga ante la invasión de los fuera de la ley.

Eduardo Galeano

PRÓLOGO

El "control de convencionalidad" es una de las innovaciones doctrinarias más importantes entre los desarrollos recientes del derecho internacional de los derechos humanos. Fiel a su trayectoria de liderazgo en el desarrollo progresivo de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha fijado con exactitud que todos los órganos del poder público responden ante la comunidad internacional por el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. No se trata solamente de adecuar la legislación interna a las obligaciones contraídas al suscribir y ratificar tratados multilaterales, ni tampoco solamente de que el poder administrador elabore políticas dirigidas al cumplimiento de tales obligaciones. Además, los tribunales deben ejecutar las decisiones vinculantes de los órganos internacionales de protección establecidos en esos tratados. Y más precisamente, es atribución (a la vez que deber insoslayable) de los tribunales de justicia del derecho interno el analizar leyes, decretos y todo acto administrativo desde la perspectiva de su adecuación a los tratados internacionales.

Más alentador aún es que esta doctrina haya sido adoptada tempranamente también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Verbitsky", que se refiere a la vigencia del recurso de *habeas corpus* colectivo y correctivo para resolver urgentes cuestiones de maltrato y tortura en las cárceles argentinas. Desde el fallo "Giroldi", la justicia argentina se ha destacado en el mundo por su disposición a hacerse cargo del cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales por imperio de la jerarquía otorgada a las convenciones sobre derechos humanos en la reforma constitucional de 1994. En "Giroldi", la Corte afirmó que las "condiciones de su vigencia" (de los tratados) incluyen la interpretación autorizada que de ellos hacen los órganos de implementación establecidos en los mismos instrumentos. En la cultura jurídica argentina existe un saludable y auspicioso reconocimiento del papel fundamental que cabe a los operadores de justicia en la defensa de la dignidad humana de cada persona sometida a su jurisdicción. Es por ello que la doctrina del control de convencionalidad hace pie en la Argentina sin mayores resistencias, al menos en el campo teórico o jurisprudencial.

Y, sin embargo, las mejores decisiones de los jueces se ven neutralizadas por la burocratización y el simple desconocimiento de las mismas por los entes administrativos. También por la tendencia de fiscales a interponer recursos en un mal entendido ejercicio de defensa de los intereses de las corporaciones penitenciarias y de sus autoridades, lo que se agrava con la excesiva demora de algunos tribunales de alzada

en resolver cuestiones que por su urgencia debieran tener un tratamiento prioritario. Paradójicamente, las mejores doctrinas jurisprudenciales, como la del fallo "Verbitsky", muestran poco efecto concreto sobre las condiciones de vida de los reclusos, como así también sobre la impunidad de la que gozan algunos agentes del Estado que abusan de su poder para infligirles torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Se trata, pues, de reafirmar la doctrina del control de convencionalidad, pero también de encontrar maneras para que los tribunales de justicia la apliquen correctamente y con sentido práctico para resolver las situaciones críticas que dieron lugar oportunamente a esos fallos y que lamentablemente siguen siendo recurrentes. Es en este cuadro de situación, que el trabajo de Román De Antoni adquiere una gran importancia. Puede y debe erigirse en una herramienta fundamental para la lucha por condiciones dignas de privación de libertad en todos los ámbitos, como así también para la efectiva erradicación de la tortura.

Desde mi posición de Relator Especial de Naciones Unidas para la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, como así también como observador desde hace muchos años del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no tengo duda de que este libro se constituye desde ya en un aporte fundamental al estudio del derecho internacional de los derechos humanos y especialmente al importante aspecto de su incorporación eficaz al derecho interno. Hago votos, además, para que muy prontamente se convierta también en un instrumento de quienes luchan, desde la función pública y desde la sociedad civil, por la construcción de una sociedad decente, que respete y dignifique a todos los ciudadanos, especialmente a quienes están privados de libertad.

Juan E. Méndez

Relator Especial de Naciones Unidas para la Tortura y profesor residente en Derechos Humanos, (Washington College of Law, American University).

Julio de 2015.

INTRODUCCIÓN

Realizar una investigación sobre la situación carcelaria, las políticas públicas y el control jerárquico de normas no resulta una tarea sencilla; por el contrario, requiere un debate profundo en donde se analicen de manera seria el rol del Estado y la sociedad desde la óptica del papel democrático de los derechos humanos en el mundo globalizado, aquel en donde la cárcel sigue con la pretensión de ampararse en propuestas correccionales resocializadoras, verdaderas ficciones que desde hace más de 30 años han sido cuestionadas y desautorizadas, en particular a partir de la década de 1970, cuando la cárcel sufrió la denuncia pública de su fracaso.[1]

Pese a haber superado las etapas dictatoriales, las unidades penitenciarias de los Estados de América Latina se presentan como el gran foco de persistencia de aquellas prácticas violatorias de derechos humanos basadas en el castigo y el encarcelamiento en contextos de gran exclusión social. En este marco, el mal estado de las prisiones, las prácticas sistemáticas de torturas, los altos índices de prisionización, las muertes por violencia intracarcelaria, entre otros factores, siguen constituyéndose como elementos constantes en cada uno de los informes y denuncias elaboradas por los organismos de derechos humanos de la región.

Esta situación cobra gran relevancia en la República Argentina, no solo por lo que significó el genocidio instalado en 1976, sino también por la implementación de las bases del modelo neoliberal, que llevaría, décadas después, a la consolidación de la pobreza estructural, la destrucción de los lazos sociales, la exacerbación de la antipolítica y la constitución de profundas huellas culturales. Los efectos de esta violencia, asumida y organizada por la dictadura, después consolidada y profundizada por otros medios durante la década de 1990, aún hoy mantiene continuidades y se presenta como uno de los grandes desafíos de la democracia actual.

En este contexto nacional, la provincia de Buenos Aires presenta una de las situaciones más graves y acuciantes de todo el territorio argentino alojando a más de la mitad de las personas privadas de libertad en el país, en un marco con altos índices de prisión preventiva, ausencia de control judicial en la etapa de ejecución de la pena (delegada a la administración) y un muy bajo índice de investigación judicial (y administrativa) de casos de tortura o mal trato,[2] motivo por el cual, cada suceso judicial que acontece en esta jurisdicción adquiere clara repercusión nacional.

---

1 Alcira Daroqui. *De la Resocialización a la Neutralización e Incapacitación*, documento electrónico disponible en: http://www.uba.ar/encrucijadas/43/sumario/enc43-resocializacion.php. Acceso 7 de abril de 2015.

2 Ver CELS. *Informe Mini-sitio habeas corpus*, documento electrónico disponible en: http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=detalle

En este marco, el 3 de mayo del año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN o CS) emitió el fallo más trascendente en las páginas de la historia carcelera argentina "Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*", en el cual decidió, por primera vez, sobre la situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires en espera de ser juzgadas penalmente.[3]

Dicho pronunciamiento fue más allá del establecimiento de estándares básicos de las condiciones de detención y del uso abusivo de la prisión preventiva, ya que avanzó sobre cuestiones de igual relevancia, como la articulación de instancias federales y provinciales en temas de derechos humanos; la aplicación de estándares internacionales en el ámbito interno y el margen de control judicial de políticas públicas, cuando estas afectan el ejercicio de derechos. Todas estas cuestiones fueron delineadas bajo el reconocimiento expreso de una nueva herramienta de protección fundamental de derechos humanos: "El *habeas corpus* correctivo y colectivo" (HCC).

Luego de este suceso, un importante número de defensores y defensoras de derechos humanos del ámbito público y privado, como asociaciones no gubernamentales –entre otras–, han denunciado en reiteradas oportunidades agravamientos en las condiciones de detención en las unidades de encarcelamiento bonaerense remarcando la existencia de superpoblación en algunos centros de detención, malas condiciones de alojamiento y la persistencia de detenciones en distintas comisarías. A ello vale decir que, todas estas acciones, fueron presentadas bajo la tutela del *habeas corpus* colectivo.

Según organizaciones de derechos humanos, la gravedad de la situación no se reduce a una problemática de sobrepoblación carcelaria o de deficiente infraestructura, sino que se extiende también a la permanencia de prácticas arraigadas de tortura, maltrato físico o psicológico sobre las personas detenidas, facilitadas por estructuras penitenciarias cerradas y militarizadas, carentes de control civil y de regulaciones estrictas que disminuyen los altos índices de arbitrariedad en la administración de los lugares de encierro. Esta cuestión no estaría justificada solo por las prácticas penitenciarias, sino que también estaría vinculada de forma directa con políticas y –principalmente– prácticas judiciales.[4]

En forma paralela, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se fueron desarrollando nuevos avances en términos de jurisprudencia protectora de derechos, que significaron un gran cambio de paradigma en cuanto a la labor de los jueces nacionales en relación con el sistema. En efecto, el 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana Derechos Humanos (Corte IDH) dictó el fallo "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile",[5] por medio del cual estableció la obligatoriedad de todos los jueces y juezas nacionales de efectuar un control de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, también llamada Pacto de San José de Costa Rica) y de su propia jurisprudencia en cada decisión que deban adoptar. Esta doctrina es comúnmente conocida en el SIDH como: "Control de convencionalidad".[6]

Tpl&ss=171&ids=158&item1=172&item2=195&idc=. Acceso 14 de mayo de 2015.

3 CSJN. Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*. Sentencia del 3 de Mayo de 2005 (Fallos 328:1146).

4 Ver CELS. *Informe Mini sitio habeas corpus, op. cit.*

5 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

6 De aquí en adelante, indistintamente: "la doctrina del control de convencionalidad", "la doctrina", o "el control de convencionalidad".

Su aparición vino a poner en evidencia el estado de incumplimiento de la normativa internacional por parte de algunos Estados y se ha presentado como una herramienta eficaz para permitir a estos avanzar en materia de justicia. Al mismo tiempo, esta doctrina no encuentra paralelo en ningún otro sistema regional ni universal en materia de protección a los derechos humanos, por lo que, en efecto, dota de una herramienta más a todas las autoridades estatales –en especial al Poder Judicial– para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno Por dicha razón, es posible decir que el control de convencionalidad, además de ser una obligación, es un medio, o una "técnica", que facilita a las autoridades nacionales garantizar el efecto útil del Pacto de San José.[7]

Asimismo, su desarrollo en el SIDH no ha quedado inmovilizado en su pronunciamiento inicial, por el contrario, la Corte IDH se ha valido de numerosos pronunciamientos posteriores extendiendo y desplegando de forma minuciosa cada uno de sus alcances –los cuales serán desarrollados a lo largo de la presente investigación– a tal punto que la actual doctrina del "control de convencionalidad", se encuentra en pleno auge de utilización a través de decisiones judiciales interpretativas dentro de los Estados que forman parte del SIDH donde, justamente, los magistrados que integran la justicia bonaerenses no escapan a su deber de aplicación al momento de resolver sobre los mencionados *habeas corpus* colectivos.

La presente investigación tiene por objeto indagar si los jueces bonaerenses han utilizado el control de convencionalidad al momento de resolver *habeas corpus* colectivos por condiciones de detención y, al mismo tiempo, verificar si los lineamientos marcados por la CSJN en "Vertbitsky" han sido aplicados en sus respuestas. Ello, con el objetivo ulterior de comprobar si tal instrumento se constituye, en la práctica, como un recurso efectivo destinado a mejorar las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires.

La metodología a utilizar consiste en el análisis de algunas resoluciones de la justicia penal bonaerense sobre *habeas corpus* colectivos, seleccionadas en base a la calidad jurídica de sus respuestas y apoyadas en el marco contextual, construido a través de los informes producidos por las organizaciones que trabajan en el campo. Su tratamiento no será realizado desde un enfoque meramente descriptivo de la situación penitenciaria, sino desde la óptica del control de convencionalidad, particularmente, desde una mirada garantista basada en el deber de interpretar las normas internacionales en cada oportunidad que se denuncien transgresiones a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

7 Pablo Domínguez González. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014, p. 8.

Capítulo 1

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL PARADIGMA DEL SIDH. SU INTERNALIZACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

En los distintos sistemas democráticos, la vigencia de los derechos y libertades requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes y los particulares. Para ello, es indispensable contar con un efectivo control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, cuestiones que han sido plasmadas en las diversas Constituciones de América Latina a lo largo de los distintos procesos de constitucionalización ocurridos en los siglos XIX y XX. Estas cartas –inspiradas en los ideales revolucionarios franceses– fueron las que implementaron de forma definitiva los sistemas republicanos basados en la división de poderes contemplando, a su vez, las garantías tendientes a preservar el Estado de derecho.

Al mismo tiempo, y luego de lamentables enfrentamientos armados a nivel mundial, la comunidad internacional comenzó a tomar conciencia de los problemas que azotaban a la población global profundizando los lazos necesarios para implementar de manera efectiva un nuevo marco hegemónico en la tutela de los derechos: la instrumentalización del derecho internacional de los derechos humanos. De esa manera, se fueron construyendo los distintos bloques regionales de protección, entre los cuales se encuentran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conformado por sus instrumentos de protección más importantes: la Declaración Americana de Derechos Humanos[8] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[9]

A lo largo de los años, el SIDH ha tenido una gran importancia histórica y política en toda la región; en particular, durante la etapa marcada por la gran cantidad de quebrantamientos a la democracias latinoamericanas, sin embargo, su trascendencia también ha sido vital gracias al desarrollo de su sistema contencioso que funciona a través de sus dos principales organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH.

La aplicación de estos instrumentos y el valor de su jurisprudencia han sido temas muy debatidos en cada uno de los Estados que conforman el SIDH, en especial durante la etapa de restauración democrática, donde se puso en juego su jerarquía

8 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

9 Celebrada en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

normativa en connotación con los sistemas locales. Por dicha razón, varios de los Estados que conforman el SIDH, como la República Argentina, sintieron la necesidad de ajustar sus Constituciones adecuando los sistemas locales de justicia a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

A pesar de estos avances, siguió persistiendo una cierta incertidumbre sobre el valor interpretativo del derecho internacional por parte de quienes integran los servicios locales de justicia, lo que llevó a que muchos Estados sean pasibles de responsabilidad internacional por la trasgresión a los instrumentos que conforman el SIDH, en particular a la Convención Americana. En este contexto, en aras de fortalecer el cumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los instrumentos de derechos humanos, la Corte Interamericana pronunció –en el año 2006– la doctrina del "control de convencionalidad", la cual implicó un nuevo paradigma en la interpretación del contenido jurídico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el presente capítulo nos detendremos a analizar el concepto y avance del control de convencionalidad, el cual requiere un nuevo compromiso por parte de los Estados, principalmente de quienes integran el Poder Judicial, en adoptar de manera obligatoria las herramientas hermenéuticas internacionales. Asimismo, la comprensión del capítulo argentino del control de convencionalidad nos dotará de un mayor enfoque jurídico para arrimarnos a una aproximación teórica que facilitará el tratamiento de los siguientes.

1. "El control de convencionalidad": una doctrina en constante evolución jurisprudencial

El objeto de estudio de esta investigación se centra, como ya se ha explicitado, en la descripción de la situación del *habeas corpus* colectivo en la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, hemos propuesto una nueva modalidad de enfoque, alejada de las clásicas observaciones que propician las corrientes y organizaciones que trabajan e investigan en el campo. En esta ocasión, se intentará abordar la complejidad del asunto desde la perspectiva de la nueva doctrina instalada en el SIDH y que condiciona inexorablemente la labor de los judiciarios/as: el control de convencionalidad. En efecto, en el presente capítulo se intentará abordar el desarrollo de la doctrina, pasando desde su origen en el SIDH hasta su implementación efectiva en la República Argentina, los cuales servirán para comprender con mayor profundidad la matriz pretendida.

2. Origen, concepto y desarrollo jurisprudencial en el Sistema Interamericano

La doctrina del control de convencionalidad en las decisiones de la Corte Interamericana tiene origen en una serie de votos singulares del juez Sergio García Ramírez,

en los casos "Myrna Mack Chang"[10] y "Tibi".[11] Luego, en "López Alvarez",[12] afirmó que el control de convencionalidad involucra tanto el análisis de cuestiones de hecho como de derecho. Lo cierto es que el concepto es formulado y desarrollado de manera explícita por el cuerpo en pleno recién en el caso "Almonacid Arellano" del año 2006:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas, por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Así, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (…) En esta línea de ideas, esta Corte ha establecido que –según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno–.[13] Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. [14]

Para algunos autores, como Castilla, la introducción explícita del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte encuentra fundamento en la búsqueda de lograr que los tribunales de justicia de los Estados parte del SIDH se sintieran involucrados y obligados a observar y cumplir lo establecido por el Pacto. Tribunales que, a su juicio, configuran "uno de los componentes del Estado que más difíciles son de abrir ante la realidad que muestra el derecho de origen internacional".[15]

Para Sagués, las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son dos, y ambas de derecho internacional:

a. Las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe;
b. No es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.[16]

---

10 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto concurrente del juez García Ramírez. Considerando 27 ("Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del 'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional").

11 Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

12 Corte IDH. Caso López Alvarez Vs. Honduras, Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 30 ("el 'control de convencionalidad' debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero estos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes").

13 Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 35.

14 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, *op. cit.,* párrs. 124 y 125.

15 Karlos Castilla. *El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco*, documento electrónico disponible en: http://www.juridicas.unam.mx. Acceso 9 de junio de 2015.

16 Néstor Pedro Sagüés. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, N° 1, 2010, p. 120.

Lo cierto es que, con posterioridad, el tribunal interamericano desarrolló más en extenso esta doctrina en "Trabajadores cesados del Congreso"[17] y en "Radilla Pacheco".[18] Sin embargo, retoma Sagués, en "Almonacid Arrellano" sienta las líneas fundamentales del control de constitucionalidad que deben realizar los jueces nacionales, su papel represivo –inaplicación de las normas locales opuestas a la Convención americana sobre los Derechos del Hombre y a la jurisprudencia de la Corte IDH– y en "Trabajadores cesados del Congreso" define que ese control debe realizarse aun de oficio, sin pedido de parte. En "Radilla Pacheco" agrega el papel constructivo y armonizante del control: la interpretación y aplicación del derecho local según las referidas Convención y jurisprudencia.[19] A esta clasificación podríamos agregar su papel extensivo en el caso "Gelman", donde se establece que no solo es el Poder Judicial el que está obligado a efectuar el control, sino también todas las autoridades estatales.[20]

En definitiva, según el autor, a partir de esta aparición jurisprudencial, los jueces tienen un doble deber:

1. Inaplicar las reglas jurídicas internas (incluso las constitucionales), opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
2. Hacer funcionar (es decir, interpretar, aplicar, diligenciar) todas las normas jurídicas domésticas –cabe repetir: aún las constitucionales–, de conformidad con dicho Pacto y jurisprudencia.[21]

Por otra parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ha definido las principales características del control de convencionalidad de la siguiente manera:

1. Es una obligación de origen internacional;
2. A cargo de todas las autoridades del Estado –especialmente los jueces–;
3. De interpretar cualquier norma jurídica nacional en casos sujetos a su jurisdicción (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.);

17 "… cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana", en Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 124.

18 "En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas". Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 339.

19 Néstor Pedro Sagüés. "El 'control de convencionalidad' en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo", en A. Von Bogdandy: *La justicia constitucional y su internalización. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina.* México, UNAM, Max Planck Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, p. 382.

20 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013.

21 Néstor Pedro Sagüés. *El habeas corpus en el Sistema Interamericano*, p. 2, documento electrónico disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/bloquex/El%20Habeas%20Corpus%20en%20el%20SIDH.%20Nestor%20Sag%C3%BC%C3%A9s.pdf. Acceso 15 de mayo de 2015.

4. De conformidad con el corpus iuris interamericano –en especial la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH–; [22]
5. En caso de incompatibilidad manifiesta se debe abstenerse de aplicar la norma nacional;
6. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.[23]

Por otro lado, debemos tener en cuenta quiénes son los sujetos pasivos encargados de efectuar este mecanismo. En primer lugar, como vimos en "Almonacid Arellano, la Corte sostuvo que los encargados de realizar el control de convencionalidad eran los magistrados judiciales, sin embargo, desde el caso "Cabrera García", pero más de manera explícita en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso "Gelman", la Corte estableció que dicha obligatoriedad no solo está dirigida al Poder Judicial, sino que "todas las autoridades estatales, tienen la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana",[24] por lo cual –como vimos anteriormente– el más alto tribunal interamericano estableció el deber extensivo del mencionado mecanismo.

Esta construcción jurisprudencial obedece al criterio circunscripto a que las obligaciones de respeto y garantía obligan al Estado como un todo y, por lo tanto, su cumplimiento no puede estar sujeto a la división de atribuciones que señale el derecho interno[25] Sin embargo, no debemos perder de vista que, más allá de lo expuesto, el cumplimiento del control de convencionalidad recae en especial en el Poder Judicial, el cual tiene un rol clave en la protección de los derechos humanos en el orden jurídico interno en base a lo prescripto en los artículos 25 y 1.1 de la CADH. De esta manera, todos los magistrados –independiente del fuero o condición que revistan– tienen la estricta obligatoriedad de velar por el cumplimiento del *Corpus Iuris* interamericano.

3. Su funcionamiento desde el rol de los magistrados

Como venimos analizando, son los magistrados judiciales los principales obligados a aplicar el control de convencionalidad. Sin embargo, es interesante indagar la forma de aplicación que tiene esta doctrina en la tarea judicial. En dicho sentido, para comprender mejor el funcionamiento de este sistema de contralor, debemos previamente mencionar dos características prioritarias que emanan de la jurisprudencia de la corte IDH: (i) su aplicación *ex officio* y (ii) sus límites en las legislaciones nacionales.

En cuanto a la primera, conforme al criterio sustentado en el fallo "García Montiel", el deber de aplicación del control de convencionalidad por parte de los jueces debe ser efectuado "con independencia de que las partes lo invoquen".[26] Esta cuestión es explica-

22 Ver también cuadro en 2.4.

23 Ver en Pablo González Domínguez. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*, *op. cit.*, p. 18.

24 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, *op. cit.,* párr. 66.

25 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

26 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Párr. 42.

da en base al principio proveniente del derecho romano *iura novit curia*, que impone a los jueces el deber de conocer el derecho con independencia del contenido que las partes aleguen en pos de su pretensión. En efecto, la impronta de este enunciado visualiza que la actitud del judiciario al momento de aplicar la norma debe ser *pro homine* y pro víctima, es decir, debe escaparse de aplicaciones excesivamente formalistas en casos en los que haya violaciones de derechos humanos a los efectos no dejar a las víctimas sin una protección judicial (art. 25 de la CADH). Este criterio no es una cuestión menor a la hora de analizar resoluciones judiciales sobre *habeas corpus*, como más adelante efectuaremos.

La segunda cuestión a tener en cuenta tiene que ver con los límites existentes en las legislaciones nacionales al momento de aplicar el mecanismo. Para ello, debemos tomar en cuenta lo enunciado por la Corte IDH en "Trabajadores Cesados del Congreso", donde de manera explícita indicó que el control de convencionalidad debe ser ejercido "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[27] Esta cuestión impone una excepción al principio *ex officio* y tiene que ver con la forma en que las legislaciones nacionales organizan las competencias judiciales, es decir si –conforme a cada Constitución– el control de las normas de más alta jerarquía es centrado –el control recae en un solo organismo– o si es difuso –el control es ejercido por todos los jueces–.[28] Sin embargo, si nos detenemos en el caso argentino –como más adelante veremos–, la función es distribuida en cada uno de los organismos judiciales.

Ahora bien, sentadas estas dos cuestiones, pasaremos a describir las labores que deben efectuar aquellas personas a cargo de la judicatura al momento de aplicar la doctrina del control de convencionalidad:

1) Aplicar parámetros convencionales: Los magistrados deben interpretar la ley conforme a los estándares sentados en el *corps iuris* interamericano y en consecuencia desechar toda norma que sea contraria a dichos contenidos o que otorgue una menor protección a los derechos consagrados, en especial, a la Convención Americana. Al respecto, Sagués indica que

> si una cláusula de una constitución nacional –o una norma subconstitucional– permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana de derechos humanos. A contrario sensu, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[29]

De esta manera, afirma el autor, el operador judicial podrá evitar declaraciones de invalidez por "inconvencionalidad" realizando interpretaciones "conformes" a la Convención Americana. Cabe destacar que, de acuerdo al criterio sustentado en el caso "Atala", los jueces están obligados a que su interpretación sea conforme a la

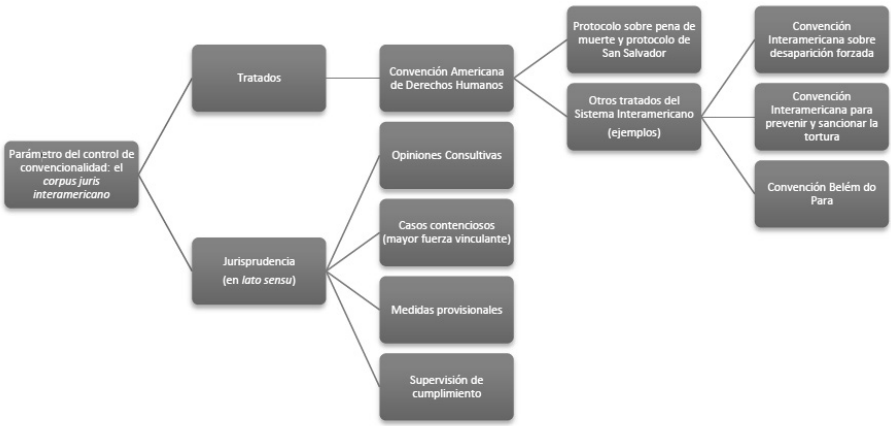
27 Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 128.

28 Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *El control difuso de convencionalidad*, p. 173, documento electrónico disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf. Acceso 10 de junio de 2015.

29 Néstor Pedro Sagüés. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *op. cit.*, p. 130.

Convención, aun cuando esas leyes no sean *per se* incompatibles con los mencionados instrumentos normativos.[30]

Asimismo, es dable señalar que el *corpus iuris* interamericano se encuentra conformado bajo los siguientes parámetros:



Fuente: Cuadro extraído de Pablo Domínguez González. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, op.cit.*, p. 30.

2) Inaplicar normas inconvencionales: Esta tarea tiene que ver con la conclusión que vimos en la segunda parte de la cita extraída del profesor Sagués, en cuanto indica que el operador debe rechazar cualquier interpretación contraria al *corpus iuris* interamericano.

3) Llenar vacíos legales en caso de graves violaciones de derechos humanos: Esta conducta proviene de la doctrina emanada en el caso "Heliodoro Portugal", en la cual la Corte sostuvo que, ante la falta de tipificación de conductas graves, las autoridades deben "utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos".[31] Este enunciado hace alusión a situaciones graves como desapariciones forzadas, secuestros y torturas, entre otras.

4) Cumplimentar la sentencias de la Corte IDH cuando el Estado en que es parte el funcionario ha sido condenado: Este deber judicial surge de la doctrinada sustentada en la supervisión de cumplimiento de sentencia en "Gelman", donde por primera vez la Corte IDH reconoce que la doctrina del control de convencionalidad "posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada sentencia de la Corte Interamericana, en particular cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales".[32]

30 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrs. 280 a 284.

31 Corte IDH. Caso Heliodo Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 182.

32 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, *op. cit.,* párr.73.

5) Realizar el control de convencionalidad de oficio: Como vimos más arriba en "García Montiel", la Corte IDH estableció que dicho control no requiere invocación de parte, en base al principio *iura novit curia*, sin embargo en "Trabajadores Cesados del Congreso" limitó el control indicando que debe ser efectuado "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[33]

4. Diferencias y similitudes con el control de constitucionalidad

Para diferenciar estos dos mecanismos de control que deben efectuar los magistrados, es necesario definir de manera previa lo que se entiende por "control de constitucionalidad", ya que si bien pueden ser considerados por algunas corrientes de manera similar, las nociones son distintas. En efecto, como bien enseña Hitters,[34] es pertinente indicar que, en los distintos Estados que conforman el SIDH, los órganos jurisdiccionales locales ejercitan el llamado control de constitucionalidad, el cual implica una comparación entre sus cartas magnas y las normas que por su rango jerárquico están por debajo de ella, debiendo darle supremacía a la primera. Esta forma de contralor, a su vez, se realiza a través de dos vías distintas:

1) Control concentrado: implica que la revisión es realizada por un único organismo. Se origina a partir de la Constitución austríaca de 1946 y luego es extendido al resto de las cartas europeas.

2) Control difuso: la tarea de contralor es efectuada por todos y cada uno de los magistrados judiciales, como es en el caso de Estados Unidos y en Argentina.[35]

Mientras que en el control de constitucionalidad se cotejan las normas internas con la Constitución de cada Estado, cuando hablamos de control de convencionalidad, los judiciarios deben diferenciarlo y efectuar una comparación entre las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al sistema y el llamado "bloque de convencionalidad" o *corpus iuris* interamericano. En efecto, el análisis del control de convencionalidad implica de forma necesaria un estudio que involucra la relación entre el juez nacional y el juez de la Corte IDH. De esta forma, se parte del presupuesto de que el derecho internacional y el derecho interno son dos sistemas jurídicos distintos, pero interrelacionados sobre la base de un diálogo creciente, con influencias mutuas y objetos de protección comunes.[36]

Desde la perspectiva del derecho constitucional –como veremos más adelante–, puede darse el caso que el control de convencionalidad, que se entiende a su vez como una manifestación más del control de constitucionalidad, pues varios Estados han jerarquizado las normas internacionales incorporándolas a su "bloque de constitucionalidad". Un claro ejemplo es el caso de Argentina, que reconoció la jerarquía constitucional de varios instrumentos en materia de derechos humanos, incluyendo

33 Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, *op. cit.*, párr. 128.

34 Juan C. Hitters. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad", *La ley*, D-1205, 2009, p. 110.

35 El origen de este mecanismo se encuentra en el precedente "Marbury Vs. Madison" de Corte Suprema de los Estados Unidos de América de 1803. Luego es adoptado por la Constitución argentina que adoptó el modelo estadounidense.

36 Torres Natalia Zuñiga. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Tesis de Bachillerato en Derecho, Universidad de Lima, Perú, 2012, p. 100.

la Convención Americana en su reforma del año 1994,[37] de igual manera que lo ha hecho la República de Colombia[38] o los Estados Unidos Mexicanos.[39] Por dicha razón, pareciera razonable que el control de convencionalidad no represente ninguna novedad para algunas autoridades nacionales,[40] máxime cuando estos dos dispositivos presentan una característica común: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior.

Ahora bien, en el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, ello es evidente pero, en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la CADH, el asunto es más discutido. Sin embargo, si el Estado se encuentra obligado a cumplir con la Convención a todo costo y no puede alegar su Constitución para incumplirla, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución.[41] En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad es que la regla constitucional que lesiona el Pacto debe quedar "inaplicada" o "paralizada", motivo por el cual –afirma Sagués–, el control de convencionalidad se perfila, en principio, como un control de supraconstitucionalidad.[42]

Con respecto a la validez o invalidez de las normas, encontramos un punto en común entre estos dos mecanismos, que consiste en la reducción de sus efectos al resultado en el caso concreto, es decir, con efecto *inter partes*. En consecuencia, en caso de declararse una norma "inconvencional" o "inconstitucional", ella es inaplicada, pero no derogada. La segunda cuestión a destacar es que, a partir de la implementación de esta doctrina, se ha colocado una nueva valla en la etapa de validación normativa, ergo, a partir del surgimiento del control de convencionalidad, una norma para ser válida debe superar dos barreras: la del control de constitucionalidad y la del control de convencionalidad. Si cae por alguna de ellas, resulta inaplicable, por lo tanto, todas las normas deben ser "constitucionales" y ahora también "convencionales".[43]

El siguiente cuadro muestra las principales diferencias entre los controles, cuestión clave para comprender con mayor profundidad el enfoque utilizado en la investigación.

Control de Convencionalidad	Control de Constitucionalidad
Representa una comparación entre normas internas con el corpus iuris interamericano.	Representa una comparación entre normas internas con los contenidos existentes en las cartas constitucionales.
Deber ser efectuado por todas las autoridades estatales, en especial el Poder Judicial.	En principio, solo el Poder Judicial es el encargado de velar por su cumplimiento.

37 Constitución de la Nación Argentina, art. 75, inc. 22.

38 Constitución de la República de Colombia, art. 39.

39 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 1 y 133.

40 Pablo Domínguez González. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales*, *op.cit.*, p. 27.

41 Para este punto es interesante analizar Corte IDH. Caso La última tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia del día 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, en el cual la Corte ordenó a Chile modificar su Constitución a los efectos de eliminar la "censura previa".

42 Néstor Pedro Sagüés. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *op. cit.*, p. 129.

43 Ibíd.

Control de Convencionalidad	Control de Constitucionalidad
Quien tiene la última palabra en cuanto a su interpretación es la Corte Interamericana	Quien tiene la última palabra en cuanto a su interpretación es el máximo tribunal nacional competente.
Faculta a los jueces a declarar "inconvencionales" las normas contrarias al corpus iuris (incluso la propia Constitución).	No faculta a declarar "inconstitucionales" a las normas de la Convención.
Fin: Velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Fin: velar por el efecto útil de las disposiciones contenidas en las distintas cartas constitucionales.

5. Recepción en la doctrina constitucionalista argentina

Más allá de estas diferencias, son notables las distintas posiciones que se han generado en la doctrina argentina con respecto a este mecanismo, sobre todo en autores de talla constitucional. Por consiguiente, pueden apreciarse dos grandes grupos: (i) aquellos autores que se encuentra en contra del mecanismo –asimilando el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad– y (ii) los que sostienen la autonomía del control de convencionalidad –en ella nos enrolaremos–:

En el primer grupo se destacan autores como:

a) Alberto Bianchi: para este jurista, el control de convencionalidad representa la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcance que se le dé, puede ser entendido como un simple e inofensivo juego de palabras, o bien como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el plano nacional. Sostiene que, como todo instituto en desarrollo, presenta contornos imprecisos y concluye que el control de convencionalidad constituye un complemento del control de constitucionalidad que debe seguir siendo ejercido por la Corte Suprema como tribunal de última instancia en nuestro país.[44]

b) Gregorio Badeni: según este reconocido constitucionalista, el control de convencionalidad queda satisfecho cuando se realiza el control de constitucionalidad.[45] Asimismo, sostiene que "Las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos *erga omnes*, pues solo son obligatorias para los Estados que sean partes en la causa, aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser considerada como guía de actuación por los restantes Estados".[46]

c) Carlos Fayt: para este histórico ministro de la Corte Suprema argentina, aunque en posición minoritaria, no existe la función autónoma del control de convencionalidad. Esta afirmación puede apreciarse a través de sus votos, los cuales han defendido a rajatabla la primacía de la Constitución Nacional por sobre el ordenamiento

44 Alberto B. Bianchi. "Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad", *La Ley,* 27 de noviembre de 2010, pp. 15-24.

45 Ibíd., p. 20.

46 Ibíd., p. 17.

internacional aplicando un criterio restrictivo a la aplicación que los tribunales nacionales deben realizar de la jurisprudencia internacional.[47]

En el segundo grupo, encontramos a autores que reconocen la existencia autónoma del control de convencionalidad –a los cuales adherimos–, aunque cada uno con observaciones diferentes:

a) Néstor Pedro Sagüés: para este autor, el control de convencionalidad tiene un "efecto contagio" sobre la doctrina del control de constitucionalidad. Señala que ambas, en lo que hace a su ejercicio práctico, son herramientas muy parecidas pero con fines diferentes –el control de constitucionalidad afirma la supremacía constitucional; el de convencionalidad, la supremacía de la CADH sobre las reglas nacionales–.[48] Asimismo, sostiene que la doctrina del control de convencionalidad "importa uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y subconstitucional de los países del área",[49] y que bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos reconociendo, no obstante, que el buen suceso de la doctrina está condicionada por la voluntad de seguimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales.[50]

b) María Angélica Gelli: según esta distinguida jurista, el control de convencionalidad produce efectos sobre el de constitucionalidad, en especial el de oficio. El problema radica en determinar el alcance de esos efectos en el derecho interno de cada Estado parte de la Convención Americana.[51]

c) Alberto Lucchetti: resalta que la obligación que pesa sobre los jueces de realizar el control de convencionalidad es un deber que no solo viene impuesto por la Corte IDH, sino por la propia Constitución Nacional, toda vez que los tratados de derechos humanos son parte integrante de la Ley Suprema de la Nación. Asimismo, sostiene que los magistrados, al momento de realizar el control de convencionalidad, deben apreciar los actos de los Estados al amparo de la Convención, en las condiciones de su vigencia, y en el entendimiento dado por la Corte IDH, intérprete última de esta Convención.[52]

d) Susana Albanese: afirma, de manera abierta, la autonomía e importancia del control de convencionalidad y sostiene que su implementación puede llegar a ofrecer dificultades en su aplicación "cuando la interpretación dinámica y evolutiva de normas convencionales por parte de los tribunales es variada y disgregada la opinión de

47 Ver al respecto los votos disidentes del Dr. Carlos Fayt en las causas Arancibia Clavel, Simón y Mazzeo.

48 María Angélica Gelli, Osvalo Alfredo Gozaíni y Néstor Pedro Sagüés. "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", *La Ley*, 2010-E, 26 de marzo de 2011, p. 11.

49 Néstor Pedro Sagüés. "Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano", *La Ley,* año LXXIV, N° 152, 11 de agosto de 2011, p. 1.

50 Ver en Marcelo F Trucco. *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*, p. 9, documento electrónico disponible en: http://www.uai.edu.ar/investigacion/contenidos/ganadores/ganadores-2013_El%20control%20de%20convencionalidad%20en%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf. Acceso 12 de junio de 2015.

51 María Angélica Gelli, Osvaldo Alfredo Gozaíni y Néstor Pedro Sagüés. "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", *op. cit.*, p. 9.

52 Alberto J. Lucchetti. "Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad", en Susana Albanese: *El Control de Convencionalidad*. Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 144-148.

sus miembros".[53] Por ello, reclama la aplicación de las reglas de la normal prudencia, más cuando existen interpretaciones derivadas de los tribunales supranacionales que no cuentan con la opinión unánime de sus miembros y, por lo tanto, impiden la construcción de una doctrina perdurable.[54]

6. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El valor de la jurisprudencia interamericana

En la jurisprudencia del máximo tribunal argentino, el control de convencionalidad tuvo su primera aparición –como más adelante veremos– en el caso "Mazzeo". Sin embargo, con anterioridad, la CSJN ya se había pronunciado –en su nueva composición– marcando el inicio de una nueva etapa en el reconocimiento de la jurisprudencia internacional en el caso "Espósito", en el cual sostuvo que la decisión de la Corte IDH "resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.I, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional".[55]

El criterio establecido en "Espósito" fue reafirmado con posterioridad en el Caso "Simón", en el cual la CSJN afirmó que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como las directivas de la CIDH constituyen una "*imprescindible pauta de interpretación* de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".[56] Es notable el cambio de lenguaje utilizado por el Supremo Tribunal Nacional, que ya no alude a una "guía" como la había sostenido en la década de 1990.[57]

Dos años después, luego del mencionado fallo "Almonacid Arellano" de la Corte IDH, la CSJN volvió a pronunciarse sobre el tema en "Mazzeo" refiriéndose por primera vez en forma expresa al control de convencionalidad en el sistema jurídico argentino. Sostuvo lo siguiente:

> El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.[58]

A pesar de este importantísimo reconocimiento –que de forma notable influyó en el sistema constitucional local–, la Corte no produjo ninguna posición nueva en lo que atañe al valor interpretativo que tenían hasta ese entonces los instrumentos

53 Susana Albanese. "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional", en Susana Albanese: *El Control de Convencionalidad*. Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 44.

54 Ver en Marcelo F. Trucco. *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales, op. cit.*, p. 9.

55 CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 18/11/2003. Considerando N° 6.

56 CSJN. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros. Causa N° 17.768C. 14/07/2005. Considerando N° 17.

57 Ver CSJN. Fallos 318:514; 311:274; 318:2611.

58 CSJN. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, 13 de Diciembre de 2007, considerando 21 del voto de la mayoría.

internacionales. Más bien, con posterioridad, en "Videla", volvió a reiterar la postura adoptada en "Simón":

> … esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[59]

A pesar de ello, una vez reconocido el carácter obligatorio del control de convencionalidad, en la doctrina argentina persistieron algunas dudas sobre la expresión utilizada en "Videla" para referirse al valor de la Jurisprudencia de la Corte IDH como una "pauta de interpretación" y no como un deber. La duda que se planteaba hasta ese entonces era: ¿es obligatorio para un juez argentino –en un sistema de control difuso– aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH?

Algunos autores, como Bianchi, sostenían que lo que imponen las sentencias de la Corte IDH no es una fuerza vinculante, sino una obligación de "tenerlas en cuenta, de considerarlas, de hacer méritos de ellas, lo que no implica necesariamente el deber de acatarla".[60] Otros juristas, como Oscar Alfredo Gozaíni, afirmaban que no existe norma alguna en la CADH que implique una obligación a los Estados de "acatar" la jurisprudencia de la Corte IDH sosteniendo que "esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los casos en los cuales el Estado son parte".[61] Sin embargo, la CSJN avanzó en la aplicación de esta doctrina y en el año 2012 dictó el fallo "Rodríguez Pereyra c/ Ejército Nacional", dando respuesta al interrogante planteado:

> La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.[62]

De esta manera, el máximo tribunal argentino no solo no dejó duda alguna en cuanto al alcance del control de convencionalidad que deben efectuar los jueces

59 CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. C.s. V.2.8.1. XVL (31/8/2010). Considerando N° 8 (el subrayado me pertenece).

60 María Angélica Gelli, Osvaldo Alfredo Gozaíni y Néstor Pedro Sagüés. "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", *op. cit.*, p. 11.

61 Ibíd., p. 11.

62 CSJN. Rodríguez Pereyra C/ Ejército Nacional. Sentencia del 27 de noviembre de 2012. Considerando 12 del voto mayoritario (el subrayado me pertenece).

locales –en su carácter de oficio–, sino que también sembró su firme interpretación en cuanto al valor obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el sistema judicial argentino, dejando atrás el manto de dudas generado en "Simón" y "Videla".

Para finalizar, es dable señalar que el criterio adoptado por la CSJN fue también utilizado por varios tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica,[63] el Tribunal Constitucional de Bolivia,[64] la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana,[65] el Tribunal Constitucional del Perú,[66] la Corte Constitucional de Colombia,[67] la Suprema Corte de la Nación de México[68] y la Corte Suprema de Panamá,[69] los cuales se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta la obligatoriedad de las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

7. Las recomendaciones de la CIDH ¿pueden ser consideradas al momento de efectuar un control de constitucionalidad?

Si bien la respuesta al interrogante no se encuentra planteada en forma explícita, es interesante analizar el fallo "Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional", en el cual la CSJN incorporó un nuevo elemento obligatorio de interpretación: las recomendaciones efectuadas por la CIDH. En ese sentido, el más alto tribunal nacional en su voto mayoritario –firmado por los jueces Eugenio Zaffaroni, Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Juan Carlos Maqueda– postuló la obligatoriedad para los Estados de cumplir en toda circunstancia con los informes "del artículo 51" de la Comisión Interamericana[70] y, en el caso, con las recomendaciones formuladas en el informe Nº 30/97,[71] por lo que el Estado debió indemnizar al actor ante el incumplimiento de dicho informe. En su resolución sostuvo lo siguiente:

63 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90). Sentencia de 9 de mayo de 1995, Considerando VII.

64 Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente N° 2006-13381-27-RAC). Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010, apartado III.3. sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

65 Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Resolución N° 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003.

66 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 (Expediente N° 2730-2006-PA/TC), fundamento 12 y sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

67 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000, párr. 6.

68 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Expediente Varios 912/2010, decisión de 14 de julio de 2011.

69 Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acuerdo N° 240 de 12 de mayo de 2010, mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santander Tristán Donoso contra Panamá.

70 CADH, art. 51: "1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe".

71 CIDH. Informe N° 30/97. Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina10.087.htm. Acceso 8 de junio de 2015.

> si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de Derechos Humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA).[72]

Aunque el término "obligación de realizar sus mejores esfuerzos" otorga un cierto margen de confusión en cuanto a su alcance efectivo, lo cierto es que interpretándolo de manera armónica con el decisorio final –condena a cargo del Estado–, sobre todo en los votos de Fayt y Zaffaroni, es claro que la CSJN reconoció la obligatoriedad de la interpretación de esos informes. Abundan en el fallo referencias constantes a las interpretaciones de ciertas reglas convencionales por parte de la Corte IDH, de la Corte Europea, de la CIJ, así como menciones a decisiones de otros organismos internacionales y alguna doctrina de forma tal que, por momentos, la lectura nos sitúa ante un efectivo control de convencionalidad desde la orientación destacada por la Corte IDH en los casos "Almonacid Arellano", "Trabajadores cesados del Congreso", "La Cantuta", "Boyce", "Radilla Pacheco", entre otros. Sin embargo, la cuestión que se nos plantea ahora radica en saber si al momento de efectuar un control de convencionalidad pueden aplicarse las recomendaciones.

La respuesta no pareciera ser para nada sencilla, ya que la CIDH no goza de jerarquía jurisdiccional en sentido estricto y, por ende, no dicta "sentencias" como la Corte Interamericana. Su producción se limita a elaborar informes, conclusiones y recomendaciones que, a pesar de no tener el peso de una sentencia de la Corte IDH, cargan un notorio valor moral, jurídico y político.[73]

En el plano nacional, en un primer momento, la CSJN señaló que las recomendaciones no eran obligatorias pero sí servían de guía para la interpretación de los tratados (Casos "Giroldi" y "Bramajo").[74] Sin embargo, a partir del caso "Acosta"[75], el máximo tribunal nacional hizo algunos cambios respecto de su anterior postura, que luego se potenciaron en los precedentes "Felicetti"[76] y "Abella",[77] e indicó que los informes de la Comisión no resultaban vinculantes para el Poder Judicial. En este sentido, señaló que los organismos internacionales no son otra instancia respecto de los tribunales argentinos y sostuvo que si bien el Estado argentino en cumplimiento de sus obligaciones internacionales

> debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta razonable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas decisiones vinculantes para el Poder Judicial.[78]

---

72 CSJN. Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional. 6/8/2013. Considerando N° 3 (el subrayado me pertenece).

73 Juan Carlos Hitters. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Julio-Diciembre, 2008, p. 136.

74 CSJN. Fallos 318:514; 319:1840.

75 CSJN. Fallo 321: 3564.a.

76 CSJN. Fallo 323:4131.

77 CSJN. Fallo 321:3565, del 28 de diciembre de 1998.

78 Juan Carlos Hitters. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *op. cit.,* p. 137.

Esta cuestión –como vimos– fue superada en el año 2013 en "Carranza Latrubesse", en cuando se estableció la obligatoriedad de los Estados de cumplir con los informes de la Comisión, cuestión que a criterio de autores como Hitters, Bidart Campos y Albanese pareciera ser positiva ya que, aún antes del mencionado pronunciamiento, sostenían que si los Estados se hubieren reservado el derecho a interpretar las recomendaciones de la Comisión para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos al que se han afiliado y en el que asumieron sus obligaciones.[79]

En definitiva, para la CSJN, el valor de las recomendaciones es obligatorio, sin embargo es interesante indagar si esos pronunciamientos que emanan de un órgano no jurisdiccional, que no es el último intérprete de la CADH, tienen rango convencional como para aplicarlos al momento de efectuar un control de convencionalidad. La Corte IDH no se ha expedido hasta el momento de forma estricta sobre el tema, no obstante, en los casos "Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia",[80] "Genie Lacayo Vs. Nicaragua"[81] y "Blake Vs. Guatemala"[82] –todos anteriores a "Almonacid Arellano"– se pronunció con respecto al incumplimiento de esos informes: "El Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria".

En ese sentido, la Corte IDH pareciera otorgar un carácter muy endeble a las recomendaciones de la Comisión. Sin embargo, más tarde en el caso "Loayza Tamayo Vs. Perú" pareciera dotarles mayor importancia, aunque sin otorgarle de manera explícita un carácter vinculante:

> … en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).[83]

Este criterio, a su vez, ha sido receptado en la jurisprudencia de distintas Cortes interamericanas. Un ejemplo claro es el de la Corte Constitucional de Colombia que de forma expresa ha dicho que los informes de la CIDH "si bien constituyen actos jurídicos unilaterales, carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento".[84]

En definitiva, a pesar de que la Corte IDH no ha otorgado de manera explícita valor vinculante a las recomendaciones de la CIDH –motivo por el cual, en principio, no serían parte del *corpus iuris* interamericano–, la Corte Suprema argentina ha ido más allá del tribunal interamericano en el mencionado precedente "Carranza

79 Ibíd., p. 140.

80 Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Sentencia del 8 de diciembre de 1995 (Fondo).

81 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas).

82 Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).

83 Corte IDH. Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Considerando N° 80.

84 Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, proceso 26.077, sentencia del 1 de noviembre de 2007, p. 75.

Latrubesse" reconociendo la supremacía en las recomendaciones de un organismo que no es el último intérprete de la CADH, por sobre las interpretaciones nacionales y su expreso carácter vinculante. Esta cuestión nos lleva a reflexionar y asegurar que, si bien la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH, no hace estrictamente al bloque de convencionalidad que sirve de contenido para poner en funcionamiento el mecanismo del control de convencionalidad, en el sistema judicial argentino, dada la importancia que le ha reconocido la CSJN, los estándares generales marcados en las recomendaciones de la CIDH deben ser tenidos en cuenta en forma obligatoria al momento implementar ese mecanismo de control.

8. Limitaciones en la aplicación de los controles de oficio por parte de jueces locales

Como venimos expresando, ambos controles deben ser efectuados aun sin invocación de parte. Esta disposición incluso se encuentra contemplada en la Ley Nacional N° 23.098 del año 1984, que estableció el procedimiento de *habeas corpus* y admitió que "los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional".[85] Sin embargo, la jurisprudencia de la CSJN no siempre entendió el control constitucional de esa manera, el cual –en un primer momento– no podía realizarse "de oficio", aún más, se requería que la petición de inconstitucionalidad se efectúe en la "primera oportunidad" que se disponga,[86] de lo contrario se alteraría el principio de equilibrio de poderes en favor del Poder Judicial, se atentaría contra la presunción de legitimidad de los actos y normas estatales, y se afectaría el derecho de defensa en juicio.[87]

Dichas restricciones, se vieron morigeradas 60 años después en los fallos "Mill de Pereyra"[88] y "Banco Finanzas",[89] en los que la Corte Suprema expresamente estableció que no era necesario que exista una petición de parte para efectuar el control de constitucionalidad de oficio. A pesar de ello, algunos autores afirman que la Corte pareciera retomar su tradicional postura en relación a la "petición de parte" y a la "oportunidad del planteo", a partir del dictado de la Acordada N° 4/2007 y del rechazo de recursos con base en ella.[90]

En ese sentido, el art. 3, inc. b, de esa normativa dispuso, entre los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal –que habilita la instancia ante el tribunal– que el apelante debe indicar en el escrito pertinente lo siguiente:

> … el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento

85 Ley Nacional N° 23.098, art. 6.

86 Ley N° 48, art. 14.

87 CSJN. Ganadera "Los Lagos" c/ Nación Argentina. Sentencia del 30/06/1941. Fallos: 190:142.

88 CSJN. Fallos 324:3219

89 CSJN. Fallos 327:3117.

90 Juan Pablo Gomara, Agustín Lavalle y Raúl Vicente Zurita. *Del control de constitucionalidad al control de convencionalidad,* p. 4, documento electrónico disponible en: http://www.defensapublica.org. Acceso 6 de junio de 2015.

> en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad.[91]

Según Gelli, este requisito es sumamente riguroso en virtud de que su incumplimiento habilita el rechazo del recurso extraordinario federal por parte de los tribunales de grado y por la Corte Suprema. En suma, afirma la autora, la declaración de inconstitucionalidad de oficio parece tener pocas dificultades de éxito, si es que la Corte Suprema no decide aplicar la jurisdicción discrecional que se reserva en la Acordada, motivo por el cual, esta normativa interna de la CSJN es una clara limitación del control de constitucionalidad de oficio.[92]

Ahora bien, sentadas las limitaciones que se le imponen al control de constitucionalidad, resulta interesante indagar si existen idénticas exigencias para efectuar el de convencionalidad.

En ese sentido, para responder a este interrogante debemos tener en cuenta los siguientes puntos:

1) Como bien señalamos en los fallos "Almonacid", de la Corte IDH, y "Mazzeo", de la CSJN, los jueces están obligados a efectuar un control de convencionalidad del mismo modo y alcance que lo hace la Corte Interamericana, motivo por el cual, se desprende que no es necesario que haya una petición de parte al respecto, siendo posible la aplicación de oficio.

2) La Corte Interamericana –último intérprete de la CADH– se ha expedido en determinadas oportunidades sobre violaciones a la Convención no solicitadas por la Comisión, ni los Estados, invocando el principio *iura novit curia* para resolver ciertos casos.[93]

3) La Corte IDH ha dicho en "Trabajadores del Congreso", que el único límite para efectuar el control de convencionalidad es que sea ejercido "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes", situación que solo se configura en la República Argentina con el control de constitucionalidad.

En efecto, si los jueces de la Corte IDH no tienen límites para efectuar el control de convencionalidad y los jueces nacionales se encuentran obligados a efectuar el control con el mismo alcance que los jueces interamericanos, podríamos afirmar que los jueces locales basados en el sistema de control difuso cuentan con un amplísimo margen de libertad para efectuar el control. Más aún, si cotejamos las circunstancias enumeradas con las limitaciones que encuentra el control de constitucionalidad en Argentina, a través de las exigencias ya mencionadas en la Acordada N° 4/2007, podríamos concluir que –desde las aproximaciones entre los controles– los jueces locales parecieran contar con mayores libertades para aplicar el control de convencionalidad por sobre el de constitucionalidad, máxime si se agrega que –en base al principio *pacta sunt servanda*– su aplicación no puede ser mermada ni rechazada por ningún cuerpo judicial local bajo la invocación de normas internas.[94]

---

91 CSJN. Acordada N° 4/2007. Disponible en http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/126562/norma.htm. Acceso junio de 2015.

92 María Angélica Gelli, Osvaldo Alfredo Gozaíni y Néstor Pedro Sagüés. "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", *op. cit.*, p. 1.

93 Ver en Corte IDH. Caso Campo Algodonero Vs. México. Sentencia del 19 de enero de 2009.

94 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26.

Sin embargo, la Corte Suprema pareciera haber optado por otra postura. Esto se trasluce en el mencionado fallo "Pereyra Rodríguez", en el cual se estableció una ineludible simetría conceptual, sustancial y procedimental entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio, los cuales deben ser ejercidos por los jueces nacionales en idénticas condiciones pero respetando las distintas fuentes (interna y externa), textuales (Constitución e Instrumento Internacional) e interpretativas (fallos de la Corte Suprema de Justicia y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).[95]

Asimismo, si bien no lo indica de forma expresa, se desprende que ambos controles tendrían los mismos límites para su ejercicio de oficio,[96] ya que deben seguir un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas referidas a la competencia de los órganos jurisdiccionales y a las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentaciones de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es decir, si se analiza desde un criterio restrictivo, también se aplicarían las limitaciones de la Acordada N° 4/2007 al control de convencionalidad.

Esta cuestión no nos parece acertada por parte de la Corte Suprema. En ese sentido, vale traer a colación lo marcado por García Ramírez, quien sostiene que las regulaciones procesales que sirven como marco de los procesos para ejercer el control de convencionalidad, deberán ser consistentes con la Convención.[97] En efecto, creemos que en un país como Argentina, en donde existe una enorme apertura al derecho internacional de los derechos humanos y donde se ha establecido un control difuso de constitucionalidad, el control de convencionalidad debe ser ejercido con gran eficacia por los jueces locales sin petición de parte, por lo tanto, los criterios de restricción impuestos por una acordada del Poder Judicial, que ni siquiera tiene el rango de norma estricta, de ninguna manera pueden servir como límites cabales al control de la convencionalidad para su aplicación de oficio.

En efecto, esta postura que adoptamos marcará los lineamientos para el enfoque que se pretenderá otorgar a la presente investigación, es decir que cada uno los jueces y juezas, tanto federales como locales, tienen el "deber", como bien lo indicó la Corte IDH y la CSJN, de efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio, sin que se encuentren limitados a un planteo de las partes.

95 Andrés Gil Domínguez.. "Control de Constitucionalidad y convencionalidad de oficio", *La Ley*, 2013-A, 2013, p. 1.

96 Ver Considerando N° 13 del fallo "Pereyra Rodríguez" de la CSJN.

97 Sergio García Ramírez. "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, julio-diciembre de 2011, p. 149.

Capítulo 2

EL *HABEAS CORPUS* CORRECTIVO Y COLECTIVO

Una vez sentado el concepto y las consideraciones sobre lo que implica la obligatoriedad que tienen todos los magistrados de efectuar un control que contemple el *corpus iuris* interamericano al momento de interpretar las normas locales, desarrollaremos la otra herramienta que resultará fundamental para el foco de la presente investigación: el *habeas corpus*, principalmente en su faceta "colectiva". Su comprensión es de total importancia para introducirnos al análisis de los casos, que constituirán el objeto de desarrollo del capítulo siguiente.

Asimismo, este capítulo resultará de vital importancia, ya que nos delineará los dos contextos fundamentales en lo que se centrará esta investigación:

1) El ámbito espacial: cuyo tratamiento estará basado en la República Argentina y, de manera más precisa, en la provincia de Buenos Aires. Para ello comenzaremos con un breve desarrollo introductorio sobre el origen romano de la acción, pasando por su tratamiento en el SIDH hasta su implementación actual en el sistema jurídico nacional y bonaerense.

2) El ámbito temporal: este momento estará marcado por el pronunciamiento de la CSJN en el fallo "Verbistky" del año 2005, el cual será tomado no solo por su trascendencia política y mediática, sino también porque resultará fundamental para comprender los estándares protectorios de derechos humanos que deben aplicar los jueces de menor jerarquía al momento de resolver un *habeas corpus* correctivo y colectivo. En efecto, tomaremos como marco el período comprendido entre mayo de 2005 y diciembre 2014.

1. Historia del *habeas corpus*

El *habeas corpus* es una institución judicial destinada a proteger derechos humanos con una prolongada trayectoria histórica en la tutela de dos derechos fundamentales: la libertad individual, referida a la libertad de movimientos y, por tanto, a no ser objeto de detenciones arbitrarias, y el derecho a la integridad personal, es decir, a no ser objeto de lesiones, tortura o muerte. Etimológicamente significa "tener el cuerpo" y es considerada como

> una garantía de jerarquía constitucional que tiene por objeto eliminar todo obstáculo al normal ejercicio de la libertad física en los siguientes supuestos: restricción ilegítima de la libertad;

> amenaza concreta y actual de restricción de la libertad; prolongación indebida de la privación de la libertad por autoridad competente, cuando no exista ningún recurso o acción, o cuando en el caso de que existan, no prodiguen la misma protección que el habeas corpus, en consideración al tiempo; prolongación indebida de la forma y condiciones en que se cumple la detención.[98]

Acorde con las diferentes bibliografías históricas, variadas figuras han cumplimentado un rol similar desde el libelo *homine exhibendo* en la Roma imperial –las personas libres retenidas de manera injusta por otras habrían de ser exhibidas ante el Pretor– hasta las disposiciones inglesas de las Cartas de las Libertades y de las Libertades del Reino y de la Iglesia de principios del siglo XII; de la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215 –ningún hombre libre sería detenido, preso o desposeído sin previa ley–, la Ley inglesa de 1640 y el *habeas corpus act* de 1679 –ampliado en 1816–. También forman parte de ese catálogo, entre otros, el Privilegio de Aragón de 1287, el Fuero de Aragón de 1428 y el Fuero de Vizcaya de 1527.[99] Lo cierto es que el *habeas corpus*, como instrumento, propio nació en Inglaterra y, con posterioridad, fue aplicado por las colonias inglesas que se asentaron en América del Norte, para luego ser acogidas por las antiguas colonias españolas, que continuaron su tratamiento y extensión.

De esa manera, el margen de desarrollo del *habeas corpus* fue aumentando de manera progresiva en toda América Latina, a tal punto que, hoy en día, encuentra su consagración plena como herramienta jurídica en toda la región interamericana y también mundial. Tal es así, que podemos contemplarlo en distintos tratados internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948),[100] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966),[101] la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950),[102] la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)[103] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969),[104] entre otros.

Asimismo, este instituto se encuentra en la mayor parte de las Constituciones actuales y ha tenido diferentes tratamientos legislativos: muchas veces, como un capítulo de los códigos procesales penales y, en una visión más avanzada, normado en forma conjunta con la acción de amparo. Otra alternativa es la de injertarlo en un código procesal constitucional. Ocasionalmente, ha tenido una ley aparte.[105] En todo caso, conviene señalar que *el nomen iuris* es distinto en algunos países, lo que no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia los reconozcan como *habeas corpus* –así en Honduras, El Salvador y Guatemala, Recurso de exhibición personal; en Venezuela, amparo a la libertad y seguridad personales; en Chile, recurso de amparo, que

98 Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel. *Código de Procedimiento Penal de La Provincia de Buenos Aires comentado y anotado*. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 385.

99 Miguel Malagón. *Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela*, documento electrónico disponible en: http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero_de_ Aragon.htm. Acceso junio de 2015.

100 Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 8.

101 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, inc. 4.

102 Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, art. 5.

103 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25.

104 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 7, inc. 6.

105 Néstor Pedro Sagüés. *Derecho Procesal Constitucional. Habeas Corpus*. Buenos Aires, Astrea, 4a, t. 4, 2008, p. 86.

protege la libertad personal, mientras que los demás derechos son protegidos por el recurso de protección, entre otros–.[106]

2. El *habeas corpus* en el Sistema Interamericano

Previo a profundizar el significado del *habeas corpus* correctivo y colectivo, resulta menester describir lo que impone el art. 7.6 de la CADH, para comprender el enfoque convencionalista que se pretende proponer. En este sentido, dicho artículo reza:

> Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Esta norma consagra de forma definitiva el *habeas corpus* como herramienta protectora de la libertad frente a privaciones "ilegales", sin embargo, ¿es también una herramienta protectora frente a detenciones "arbitrarias"? Esta duda se origina dado que, de la interpretación armónica del art. 7 de la CADH, no queda claro cuál es el alcance.

Por un lado –como acabamos de ver–, el art. 7.6 se refiere a detenciones "ilegales", mientras que el 7.3 establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento "arbitrarios". En doctrina, existe un fuerte debate en torno a si arbitrariedad e ilegalidad son cuasi sinónimos o términos con un sentido multívoco y diferente –habría, en tal sentido, actos ilegales-arbitrarios, pero también legales-arbitrarios–. La arbitrariedad aludiría, para algunos, a situaciones inequitativas o injustas, axiológicamente discutibles, aunque pudiesen ser legales de manera formal.[107] Sin embargo, es dable a entender que el instrumento tiende a proteger las violaciones a la libertad frente a ambos tipos de violaciones. Por su parte, la Corte IDH, de manera afortunada, ha distinguido entre estos conceptos advirtiendo que los arrestos ilegales son los que se han consumado violando los requisitos materiales y formales exigidos por la ley, mientras que los arbitrarios son los que, aunque cubriendo esos requisitos legales, resultan de todos modos irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.[108]

Por otro lado, cabe destacar que para el más alto tribunal interamericano, el *habeas corpus* es una especie del género "amparo". En algunas ocasiones incluso se ha referido a esta acción como un "amparo de libertad".[109] Por dicho motivo, para la Corte, el *habeas corpus* también queda configurado dentro del capítulo de "Protección Judicial" que norma el art. 25 de la CADH:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro

106 Domingo García Belaunde. "El *habeas corpus* en el Sistema Interamericano", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 97, julio-septiembre, 1997, p. 126.

107 Néstor Pedro Sagüés. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, t. 3. Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 107.

108 Corte IDH. Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Considerando 47.

109 Ver Corte IDH. Opinión Consultiva 8/87; El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, párr. 34; casos Anzualdo Casto Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 73, 74, 77, y Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 111.

recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

   a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
   b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
   c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Según el maestro constitucionalista Sagüés, la inserción del *habeas corpus* en el artículo 25 (protección judicial) provoca que le sean aplicables algunas garantías allí enunciadas para el amparo, conectadas de modo particular con la sencillez, rapidez y efectividad que debe animarlo, y el compromiso del Estado a desarrollar sus posibilidades procesales y a garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte.[110] Lo mismo ha dicho la Corte IDH en su opinión consultiva OC-9/87,[111] en cuanto a que el artículo 25 (protección judicial) de la CADH está vinculado al artículo 8 (garantías judiciales) en tanto que los recursos de amparo y *habeas corpus* deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso.[112]

Para finalizar este punto, mencionaremos un pronunciamiento de la Corte IDH que guarda estrecha relación con el objeto de esta investigación: "Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay", en dónde el más alto tribunal reconoció la admisibilidad del *habeas corpus* interpuesto en representación de un colectivo de personas, al que llamó "genérico".[113]

3. Tipos de *habeas corpus*

Como venimos analizando, el *habeas corpus* es una acción que, en su sentido clásico, ha tendido a proteger la libertad personal frente a detenciones arbitrarias o ilegítimas. Sin embargo, con el pasar de los años –en vista a diferentes hechos sucedidos– fue adquiriendo otras dimensiones. En efecto, tanto en el Sistema Interamericano como en el nacional puede apreciarse la existencia de, al menos, cinco formas que puede adoptar este instrumento, a saber:

1) *Habeas corpus* clásico (o reparador): El art. 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica hace énfasis en este tipo de instrumento destinado a proteger a "toda persona privada de libertad". En la Argentina, se utiliza para terminar con detenciones

110 Néstor Pedro Sagüés. *El habeas corpus en el Sistema Interamericano*, *op. cit.*, p. 3.

111 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 24.

112 Tal como la Corte IDH estableció en el Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago: "Para que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención, incluyendo el acceso a la asistencia letrada".

113 Corte IDH. Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre del 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Considerando 257 y 251.

violatorias de la cláusula constitucional del art. 18 –arrestos practicados sin orden escrita de autoridad competente o resuelta por autoridad incompetente–.

2) *Habeas corpus* preventivo: Es utilizable cuando hay una amenaza "real e inminente" contra la libertad física –no se trata de simples actos preparatorios–, por ejemplo: orden de arresto ilegal que esté pronta a ejecutarse. Para que proceda, se deben cumplimentar ciertos requisitos: a) un atentado a la libertad decidido y en inmediata "vía de ejecución" y b) la amenaza a la libertad tiene que ser cierta, no presuntiva. El art. 7.6 de la CADH indica que no podrá ser abolido ni restringido por los estados que ya lo tienen establecido.

3) *Habeas corpus* restringido, secundario o accesorio: Este tipo de protección se efectúa sobre el habitante contra las perturbaciones menores al derecho a la libertad física, que restringe la libertad ambulatoria –ejemplo de ello es la vigilancia abusiva, de impedimento para acceder a determinados lugares, como áreas de trabajo, paseos públicos, establecimientos oficiales o privados, su mismo domicilio, etcétera–.

4) *Habeas corpus* en favor de desaparecidos: Esta forma que ha adquirido el *habeas corpus* ha sido clave en las etapas dictatoriales. Por otro lado, cabe enunciar que la Corte IDH lo ha extendido no solo para impedir desapariciones, como hemos visto, sino también "para localizar el paradero de una persona", incluso a pesar de que haya transcurrido un tiempo largo desde su desaparición (casos Hermanas Serrano Cruz, párrafo 79; Blake Vs. Guatemala, párrafo 102).[114] En la Argentina, esta herramienta ha sido de vital importancia y muy utilizada por defensores de derechos humanos en el período 1976-1982.

5) *Habeas corpus* correctivo: Este tipo de instrumento es el que nos interesa para la presente investigación. Se utiliza a favor de las personas detenidas en forma legal. En la Argentina también se escuda en el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que "las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas". Su objeto es corregir las condiciones de detención legal cuando no fueran las que corresponden. Por ejemplo, si a una persona privada de su libertad no se le otorga alimentación o se encuentra en una celda en malas condiciones edilicias, entonces puede interponerse el *habeas corpus* correctivo, para que se le proporcione alimentación o se lo traslade a una celda en mejores condiciones. Según la Opinión Consultiva N° 8/87 de la Corte IDH, esta modalidad del *habeas corpus* sirve para "controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".[115] También ha sido llamado como *habeas corpus* impropio, en el sentido que no procura la libertad del arrestado, sino su atención adecuada y acorde con el principio de dignidad humana. Actualmente, desde el punto de vista cuantitativo, es quizá el más relevante.[116]

Por otro lado, algunos autores destacan la existencia de otros tipos de *habeas corpus*, como el de pronto despacho, que se utiliza para impulsar trámites

114 Ver en Pedro Néstor Sagüés. *El habeas corpus en el Sistema Interamericano, op. cit.*, p. 4.

115 Corte IDH. Opinión Consultiva N° 8/87, párr. 35.

116 Pedro Néstor Sagüés. *El habeas corpus en el Sistema Interamericano, op. cit.*, p. 4.

administrativos, y el *habeas corpus* por mora en la traslación de un detenido.[117] Otras posturas más modernas distinguen una clasificación más genérica entre *habeas corpus* individual, es decir, interpuesto a favor de una persona, y *habeas corpus* colectivo, como el interpuesto a favor de un grupo de individuos afectados.

A los fines de esta investigación, nos detendremos en el elemento que encuadra en dos de estas clasificaciones: el *habeas corpus* de carácter "colectivo" y el de carácter "correctivo", es decir, la acción presentada ante un organismo judicial en representación de un colectivo de personas afectadas tendiente a mejorar sus condiciones de detención.

4. Marco normativo nacional y bonaerense: del *habeas corpus* correctivo individual al colectivo

En las páginas de la historia constitucional argentina, el *habeas corpus*, como bien enseña Sagüés,[118] no estaba comprendido de manera explícita en el art. 18 de la Constitución Nacional de 1853 ni aparece en las actas de la Convención Constituyente. Pero sí se encontraba sobreentendido en la primera Carta Magna, en virtud de que la suspensión del *habeas corpus* norteamericano fue tomada por Alberdi para generar sus arts.18 y 23, por lo que se entiende como una herramienta conocida por nuestros legisladores.

Con posterioridad, hubo varios proyectos de reforma de la Constitución que contemplaron el *habeas corpus* de manera explícita en sus contenidos normativos, sin embargo, dichas iniciativas no tuvieron éxito por distintas causas. Por ejemplo, la Constitución argentina de 1949, sancionada en el gobierno del general Perón, contemplaba en su art. 48 el derecho al *habeas corpus*. A pesar de ello, esta carta constitucional fue derogada el 27 de abril de 1956 por el dictador Pedro Eugenio Aramburu, en la denominada Revolución Libertadora.

Ya más cercano a nuestros tiempos, luego de atravesar feroces quebramientos al sistema democrático por la imposición de sangrientas dictaduras cívico-militares, en particular durante la década de 1970, el Congreso Nacional sancionó en el año 1984, es decir, en plena etapa de restauración democrática, la Ley N° 23.098,[119] la cual estableció un marco regulatorio a nivel federal del *habeas corpus*. Ello, sin perjuicio de la mayor protección que pudieran otorgarle las normativas provinciales –constitucional o legal–. Sin embargo, con respecto al tema que nos aboca –el *habeas corpus* correctivo-, la normativa mencionada –aún vigente– en su art. 3, inc. 2, incluyó la procedencia de la acción por condiciones de detención, pero no hizo mención a su faceta colectiva.

Luego de transitar varios años sin una condición constitucional expresa del *habeas corpus*, es recién con la reforma constitucional del año 1994 cuando este instituto protector de derechos humanos se incorpora de forma explícita a nuestra Carta Magna. En la Convención Constituyente quedó definido, por el miembro

117 Claudio R. Kishimoto. *Habeas Corpus*, p. 13, documento electrónico disponible en: http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/E-3.pdf. Acceso junio de 2015.

118 Ibíd., p. 9.

119 Promulgada por Decreto N° 3383, fecha 19 de octubre de 1984.

informante del despacho mayoritario, convencional Díaz, que el texto de la cláusula seguía, en buena medida, las pautas de la Ley N° 23.098.[120]

Esta novedosa norma constitucional jerarquizó –junto al resto de los instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados en el art. 75, inc. 22– el nivel de protección del derecho a la libertad. Sin embargo, aparte del *habeas corpus*, el art. 43 de la CN también implementó otras garantías de derechos constitucionales: el *habeas data* y el amparo propiamente dicho –para proteger todos los demás derechos, tanto individuales como colectivos–. En definitiva, el nuevo art. 43 de la CN dispone:

> Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
>
> Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.
>
> Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.
>
> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Conforme a lo enunciado, surge del nuevo texto constitucional el reconocimiento expreso del amparo de incidencia colectiva, es decir, se garantiza por primera vez el derecho a presentar la acción constitucional a un grupo de personas afectadas. A pesar de ello, no surge de manera explícita lo mismo con el *habeas corpus*, ya que de una simple lectura del art. 43, 4° párrafo, pareciera referirse al individual. Sin embargo, de una lectura armónica de todo el articulado, el *habeas corpus* pasa a ser una especie del género "amparo", el cual constituye una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales. Motivo por cual habilita la existencia del *habeas corpus* colectivo. Pese a ello, se generaron en la doctrina dos corrientes contrapuestas en torno a la legitimación de esta herramienta constitucional:

1) Criterio restrictivo: Los sostenedores de esta postura afirmaban que el art. 43, 2° párrafo, no habilitaba a la interposición de *habeas corpus* de carácter colectivo.[121]

120 Néstor Pedro Sagüés. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *op. cit.*, p. 80.

121 Ver los votos en disidencia en el fallo "Verbitsky" y los argumentos vertidos por el Tribunal de Casación Penal Bonaerense en el curso de la causa.

2) Criterio amplio: Sostenían que el art. 43, 2° párrafo, habilitaba la interposición de *habeas corpus* colectivo y correctivo contemplado al final del artículo.

Idéntica situación ocurre con la redacción del artículo 20 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, que dispone:

> Artículo 20.- Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales:
>
> 1- Toda persona que de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal, podrá ejercer la garantía de *habeas corpus* recurriendo ante cualquier juez.
>
> Igualmente se procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de su detención legal o en el de desaparición forzada de personas.
>
> La presentación no requerirá formalidad alguna y podrá realizarse por sí mismo o a través de terceros, aún sin mandato.
>
> El juez con conocimiento de los hechos y de resultar procedente hará cesar inmediatamente y dentro de las veinticuatro horas, la restricción, amenaza o agravamiento, aún durante la vigencia del estado de sitio. Incurrirá en falta grave el juez o funcionario que no cumpliere con las disposiciones precedentes.
>
> 2- La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos.
>
> El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de *habeas corpus*.
>
> No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial.
>
> La ley regulará el Amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada.
>
> En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos…

Está incertidumbre interpretativa también se presentó en la reforma al Código Procesal bonaerense, de suma importancia para comprender la cuestión que nos ocupa, dado que la Ley N° 13.252, del año 2004, modificó el segundo párrafo del art. 405 indicando que el *habeas corpus* procede "en caso de agravamiento de las condiciones de detención", sin hacer mención a su incidencia colectiva.

En definitiva, el articulado constitucional bonaerense y su norma procesal presentan una igual disyuntiva que la nacional, es decir, de forma explícita no reconocieron la legitimación colectiva de dicho instrumento, sin embargo, con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre este asunto en el fallo "Verbitsky" que analizaremos en el punto 5.

4.1. La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio

Como bien describimos en el capítulo anterior, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio fue teniendo un largo camino en la jurisprudencia de la CSJN.

Sin embargo, es importante destacar que su discusión y su apego explícito se profundizaron en 1984 cuando se sancionó la Ley Nacional N° 23.098, conocida como Ley De la Rúa, que estableció el procedimiento del *habeas corpus* a nivel nacional y que se encuentra aún vigente en todo el Estado Nacional.

Dicha normativa establece, en su art. 6, la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una norma "cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional". En ese entonces, el senador radical Fernando De la Rúa, impulsor del proyecto, fundamentaba su presentación ante el Congreso Nacional argumentando lo siguiente:

> Como ya ha sido explicado expresamente por nuestras leyes reglamentarias del habeas corpus... el derecho a la libertad ambulatoria excede el ámbito del interés particular para constituirse en un interés público. Por eso, la violación de las reglas que permiten a los órganos del Estado suprimirla puede ser denunciada por cualquier habitante en procura del restablecimiento del orden jurídico (art. 5). De allí también que cuando un precepto legal autorice a emitir la orden escrita a una autoridad que según la propia Constitución no puede ser competente para ello, la declaración de inconstitucionalidad de esa norma puede ser resuelta por los jueces sin necesidad de provocación extraña, vale decir, de oficio; aquí está en juego la validez misma de la norma legal frente a la previsión constitucional que la autoriza.[122]

El mismo razonamiento fue invocado por este legislador al informar sobre el despacho de comisión:

> En la doctrina se ha discutido si los jueces solo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley a petición de parte, o de oficio. Tengo para mí que solo pueden hacerlo si alguien lo pide cuando se trata de preservar la propiedad: pero cuando se trata de proteger la libertad, el juez debe obrar por sí, aunque no le sea requerido.[123]

Sin lugar a dudas, el discurso argumentativo fue marcado por un contexto en el que el derecho a la libertad se enarbolaba como derecho fundamental en la etapa de restauración democrática. Sin embargo, con referencia a la oficiosidad del control, la CSJN aún no adoptaba ese criterio en sus decisiones.

Con posterioridad a la reforma de la constitución de 1994, el *habeas corpus* apareció por primera vez con rango constitucional explícito en el nombrado art. 43 de la CN, que en su párrafo primero establece "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva", en referencia al momento de dictar resoluciones sobre amparos, sin aclarar si dicho mecanismo podrá ser de oficio o a petición de parte. Lo mismo ocurre en la Constitución bonaerense en su art. 20 y su ajuste al Código de Procedimiento Penal bonaerense. Lo cierto es que, con la interpretación armónica del art. 43 de la CN, el *habeas corpus* –tal como lo adelantó la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 8/87– es una especie del género amparo y, por lo tanto, nuestra Carta Magna faculta a los jueces a aplicar la inconstitucionalidad de la normas al momento de su resolución.

122 Ver en Wenceslao Wernicke. *Antecedentes parlamentarios recopilados*, p. 14, documento electrónico disponible en: http://es.scribd.com/doc/15961307/Ley-23-098-Antecedentes-Parlamentarios-Argentina#scribd. Acceso junio de 2015.

123 Ibíd., p. 17.

Para culminar, por cuestiones de brevedad, nos remitiremos al Anexo final para referirnos al avance jurisprudencial del control de constitucionalidad de oficio en el procedimiento de *habeas corpus*, en particular –dado que lo visto es aplicable a este punto– a los comentarios que efectuamos en torno al fallo "Pereyera Rodríguez" del año 2012, en el cual la CSJN remarcó de manera explícita que tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad deben ser efectuados por los jueces locales de oficio.

5. La creación pretoriana del *habeas corpus* correctivo y colectivo: el fallo "Verbitsky"

Tal como venimos desarrollando, desde el año 1994 en adelante, en el ámbito constitucional hubo cierto desconcierto sobre la extensión de la legitimación colectiva en la acción del *habeas corpus*. Esa incertidumbre culminó el día 3 de mayo de 2005, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una sentencia paradigmática para las páginas de la historia jurídica y penitenciaria argentina, en el caso "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus",[124] en la que decidió, por primera vez, sobre la situación de alrededor de 6000 personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires en espera de ser juzgadas penalmente.

Esta acción había sido deducida por una organización no gubernamental, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con apoyo de otras organizaciones,[125] cuya legitimación se basaba en lo prescripto en el art. 43 de la Constitución Nacional, en representación de todos los privados de la libertad en establecimientos policiales superpoblados y de todas aquellas personas detenidas en comisarías de la provincia Buenos Aires. Una de las finalidades de la acción era que la provincia de Buenos Aires ajuste el estado de sus prisiones al mandato dispuesto en la última parte del art. 18 de la Constitución Nacional, que establece "las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas".

La situación de hecho que motivaba la presentación de la acción colectiva planteaba la existencia de 340 comisarías en el territorio provincial, cuyas instalaciones permitían albergar a 3178 personas, pero que en la realidad alojaban a 6364; haciendo hincapié en que esta situación se agravaba de manera notable en las seccionales del Conurbano bonaerense, en las cuales –a la fecha de la presentación– se hallaban detenidas 5080 personas en celdas que solo podían cubrir 2068 plazas. Asimismo, denunciaba la presencia de calabozos que se encontraban en un estado deplorable de conservación e higiene, que carecían por lo general de ventilación y luz natural, que no contaban con ningún tipo de mobiliario –por lo que toda actividad, como comer,

124 CSJN. Fallos 328:1146.

125 Apoyaron también al planteo del CELS ante la Corte diversas organizaciones civiles nacionales e internacionales como Human Rights Watch, la Comisión Internacional de Juristas, la Organización Mundial contra la Tortura, la Asociación por los Derechos Civiles, la Clínica Jurídica de Interés Público Córdoba, la Asociación Civil El Agora, la Asociación Civil Casa del Liberado de Córdoba y la Asociación Civil Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal de Córdoba. Estos organismos se presentaron en calidad de "amigos del Tribunal", conforme lo establecido por la Acordada N° 28/2004. El objeto de presentaciones de este tipo consiste en que terceros ajenos a una disputa judicial –pero con un justificado interés en la resolución final del litigio– puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

dormir, etc., que desarrollaban los internos debía llevarse a cabo en el piso–, que los sanitarios no eran suficientes para todos y que no se garantizaba la alimentación adecuada de los reclusos. Además, se sostuvo el riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas y de casos de violencia física y sexual entre los propios internos, como así también el riesgo del personal asignado a la custodia, entre otras circunstancias.

La acción colectiva había sido presentada en primera instancia ante el Tribunal de Casación Penal Bonaerense en noviembre de 2001, organismo que rechazó la acción con el formal argumento de considerarse incompetente en los hechos denunciados. Para fundar esta decisión adujo, entre otras razones, que se debía accionar caso por caso y desconoció la posibilidad de hacerlo en beneficio de intereses colectivos. Esta cuestión fue confirmada con posterioridad por la Corte Suprema Provincial, motivo que llevó al recurrente a presentarse ante la instancia federal extraordinaria –la CSJN–.

Una vez que el máximo tribunal nacional tomó conocimiento del recurso presentado por el CELS, la mayoría de sus jueces, a pesar de la resistencia encontrada por varios votos disidentes, explicaron que:

> pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que sí se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo (del art. 43 CN), con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.[126]

Según el profesor Sagüés, la Corte realizó una interpretación "mutativa por adición": sumó, a los *habeas corpus* diseñados por el constituyente, otro no contemplado por este ni por el legislador ordinario. Y tal mutación se ha incorporado ya al derecho consuetudinario procesal constitucional argentino.[127]

De esta manera, la acción colectiva deducida por el CELS logró el reconocimiento jurisprudencial de una nueva herramienta judicial protectora de derechos humanos y que fue utilizada más tarde como un precedente válido para las siguientes presentaciones que se hicieron en cuanto a agravamientos de condiciones de encierro, las cuales algunas servirán para el análisis en el capítulo siguiente.

La importancia radicada en "Verbitsky" no se acota solo al nacimiento del *habeas corpus* colectivo como mecanismo de garantía constitucional, sino también irradia sus efectos al ámbito político y constitucional, ya que la Corte realizó un elocuente y novedoso control judicial ordenando a los poderes públicos de la provincia de Buenos Aires a tomar cartas en el asunto para resolver el problema penitenciario ajustándose a estándares constitucionales e internacionales. Cabe resaltar que hasta esa fecha –mayo de 2005–, la Corte Interamericana aún no había emitido el pronunciamiento que diera nacimiento al control de convencionalidad, sin embargo, el más alto tribunal nacional ya se perfilaba en ese rumbo.

126 CSJN. Fallos 328:1146, voto de la mayoría de la Corte. Considerandos 15, 16 y 17.

127 Néstor Pedro Sagüés. La cláusula de las garantías. El art. 43 de la Constitución Nacional a veinte años de la reforma de 1994. Trabajo presentado en el XXI Encuentro argentino de profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Universidad de Litoral de Santa Fe, Argentina, del 19 al 21 de agosto de 2004, pp. 1-18, documento electrónico disponible en: http://www.aadconst.org.ar/archivos/art2900.bis.doc. Acceso junio de 2015.

5.1. Los mandamientos de la CSJN

En su presentación ante el máximo tribunal, el CELS actualizó el estado de situación denunciado en primera instancia y adujo un agravamiento en cuanto al aumento de personas privadas de libertad, que había ascendido de 23.264, en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que indicaba un incremento del 31% en el término de tres años. Argumentó que pese a haberse construido 6810 plazas carcelarias en el lapso señalado, continuaban detenidas en comisarías 5441 personas; y la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso –según otras mediciones– al 50% de superpoblación.

En su respuesta, la CSJN se extendió más allá de la cuestión del acceso a la justicia en casos de incidencia colectiva, pues avanzó sobre –entre otros temas– estándares básicos de condiciones de detención y sobre el uso abusivo de la prisión preventiva. Se refirió, además, a la articulación de instancias federales y provinciales en temas de derechos humanos; a la aplicación de estándares internacionales en el ámbito interno y al margen de control judicial de políticas públicas, cuando estas afectan el ejercicio de derechos. En resumen, como bien señala Courtis, los principales puntos de la parte resolutiva del pronunciamiento pueden ser acotados de la siguiente manera:[128]

1. Declara que las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley N° 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.
2. Dispone que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención de menores y enfermos en comisarías de la provincia.
3. Instruye a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia, para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal.
4. Ordena al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que estos puedan ponderar en forma adecuada la necesidad de mantener la detención, o bien dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Ordena también que se informe, en el plazo de cinco días, toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.
5. Dispone que cada sesenta días, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

128 Christian Courtis. *El caso Verbitsky: ¿Nuevos rumbos del control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, p. 6, documento electrónico disponible en: http://cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf. Acceso junio de 2015.

6. Exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.
7. Encomienda al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que, a través de su Ministerio de Justicia, organice la convocatoria de una mesa de diálogo, de la que deberán participar el CELS y las restantes organizaciones presentadas como amicus curie, sin perjuicio de su integración con otros sectores de la sociedad civil. Se debe informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados.

5.2. Hacia un control constitucional y ¿convencional? preventivo

Del análisis de la sentencia –la cual consta de 151 páginas–, es interesante resaltar algunos puntos que guardan estrecha relación con el segundo capítulo de la presente investigación, es decir, con el control de convencionalidad. Como bien mencionamos en un pasaje de este capítulo, el pronunciamiento que estamos analizando fue dictado un año antes de que la Corte IDH estableciera la obligatoriedad para los jueces de efectuar el control de convencionalidad en "Almonacid Arellano", que data de agosto de 2006. Sin embargo, si bien el fallo no declara la invalidez constitucional o convencional de las normas en "Verbitsky", la CSJN realizó un control de supremacía de normas indirecto y, también, una enunciación más que interesante de elementos internacionales que –como veremos más adelante– marcan un hito en el tratamiento del *habeas corpus* correctivo.

Como señalamos en el punto anterior, el máximo tribunal nacional exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. Esta cuestión resolutiva, tal como se desprende, no es una decisión común en la jurisprudencia de dicho tribunal. Por el contrario, la CSJN apeló a un mecanismo novedoso, que la doctrina denominó sentencias "exhortativas".

Según la opinión de algunos autores en este tipo de pronunciamientos ante la situación de una norma de dudosa validez constitucional o presuntamente inconstitucional, el organismo que se constituye como último intérprete de la Constitución Nacional encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución, incluso fijándole plazos perentorios con el fundamento basado en el respeto al principio de división de poderes, dado que no invade ni asume las competencias del Parlamento, y de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan futuras posible declaraciones de inconstitucionalidad si son satisfechas.[129]

Este formato de sentencias hacen que la CSJN realice lo que se denomina un "control de constitucionalidad *sui generis*" o "control preventivo de constitucionalidad" respecto a la norma a dictarse en el mañana, criterio al cual adherimos. De esta manera, ante la instancia de una norma de dudosa constitucionalidad, el organismo encomienda a los otros poderes dictar normas ajustadas a parámetros constitucionales. Sin embargo, su fiscalización no es efectuada en forma explícita, ni el mecanismo

129 Néstor Pedro Sagüés. "Las Sentencias Constitucionales Exhortativas", *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 2, 2006, p. 193.

se encuentra plasmado en la Constitución, solo es comprensible a través del derecho consuetudinario constitucional.[130]

En definitiva, si bien la CSJN no declaró de manera formal la inconstitucionalidad de las normas a través de la exhortación a los otros poderes de ajustar sus normativas provinciales en materia procesal y penitenciaria, adoptó una postura activista en derechos humanos, todo ello con el control preventivo de constitucional. Sin embargo, a los efectos de nuestra investigación, corresponde indagar si con su disposición la Corte realizó también un control preventivo de convencionalidad.

En ese sentido, como bien hemos mencionado, al momento de sancionar el fallo "Verbistky", la Corte IDH no se había pronunciado en "Almonacid". Sin embargo, puede observarse, a lo largo del pronunciamiento, una distinguida enumeración de normativa y jurisprudencia internacional de derechos humanos aplicadas al caso. Veamos algunos de los casos:

a) Referencias directas al texto de tratados y declaraciones internacionales con jerarquía constitucional: Así, la sentencia cita, en relación con el derecho al tratamiento humano y al respeto a la dignidad de las personas privadas de libertad, el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consids. NN° 28, 39 y 48); presumiblemente, el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establecen la función resocializadora de la pena –cita del art. 75, inc. 22 (consid. N° 34); la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (consid. N° 50).

b) Referencias a un tratado internacional ratificado por la Argentina, pero que no cuenta con jerarquía constitucional, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes (consid. N° 50).

c) Referencias a normas de *soft law*, entre ellas, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de 1955 (consids. NN° 39 y 48, y punto resolutivo 2); los Principios básicos para el tratamiento de reclusos de 1990 (consid. N° 48); el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988 (consid. N° 48); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990 (consid. N° 49) y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) de 1985 (consid. N° 49); la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1975 (consid. N° 50).

d) Referencias a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, conocido como "Panchito López", del 2 de septiembre de 2004), en relación con los arts. 5 (tratamiento de las personas privadas de libertad) y 7.5 (prisión preventiva) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consids. NN° 43, 44, 45 y 47).

e) Referencias a una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Opinión Consultiva OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28 de agosto de 2002), que a su vez se refiere al art. 19 de la

130 Ibíd., p. 194.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño y al Protocolo de San Salvador (consid. N° 46).

f) Referencias a Observaciones generales de órganos de supervisión de un pacto internacional con jerarquía constitucional: las Observaciones NN° 7, 9, 20 y 21 del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (consid. N° 50).

g) Referencias a Observaciones finales sobre los informes estatales del gobierno argentino formuladas por órganos de supervisión de pacto internacional con jerarquía constitucional: las Observaciones finales del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes al cuarto informe argentino, presentado en 2002 (consid. N° 50), y las del Comité de los Derechos del Niño al segundo informe argentino, presentado en 1999 (consid. N° 51).[131]

Como vemos, la Corte hizo un sinnúmero de menciones a estos elementos internacionales que sirvieron como curso de acción para clarificar objetivos planteados por sus integrantes. Sin embargo, se desprende una cierta exageración en la invocación de estos elementos de una forma poco prolija y sin fundamentos claros sobre la validez interpretativa que posee cada una,[132] cuestión que si bien resulta interesante de analizar, escapa un poco al sentido convencional que procuramos en la presente investigación. A pesar de ello, retomando el punto 7 de la parte resolutiva, vemos que la Corte exhortó al resto de los poderes a "ajustar su normativa en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e *internacionales*".[133] De esta manera, más allá de las referencias internacionales, creemos que, en ese caso, el máximo tribunal argentino se adelantó a "Gelman" de la Corte IDH y efectúo un "control de convencionalidad administrativo previo", es decir, marcó con anticipación los lineamientos para que las autoridades de los restantes poderes modifiquen las normativas citadas, a los efectos de no incurrir en una violación a los estándares internacionales, entre los que se encuentran los fijados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De esta manera, comprendiendo esta instrucción interpretativa, intentaremos verificar, en el capítulo siguiente, cuál ha sido la reacción de esas autoridades para ajustar sus normas a los estándares fijados, para luego relacionarlo con el control de convencionalidad, ya como institución consagrada en el sistema judicial argentino.

5.3. Condicionamientos a jueces locales en la resolución de habeas corpus correctivos y colectivos

Para finalizar este punto, analizaremos los condicionamientos de la CSJN para los jueces de menor jerarquía, en especial los del fuero penal, al momento de tomar una decisión frente a un *habeas corpus* colectivo. Este último punto será clave para comprender la lógica que el máximo tribunal desea imponer al resto de los magistrados, la cual resulta vital para analizar el capítulo siguiente. A continuación detallaremos –a nuestro entender– los puntos más sobresalientes

131 El presente constituye un resumen extraído en Christian Courtis. *El caso Verbitsky: ¿Nuevos rumbos del control judicial de la actividad de los poderes políticos?, op. cit.,* p. 17.

132 Ibíd.

133 El destacado me pertenece.

a) Búsqueda urgente de la solución del conflicto: hemos advertido con singularidad que en su parte resolutiva la Corte ha instruido a los jueces para que "en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante". Por lo tanto, los jueces inferiores deben resolver los *habeas corpus* colectivos con un gran apego a las normativas atinentes a temas de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, en el considerando N° 23 establece que "deberán adoptar todas las medidas necesarias y compatibles con un rol republicano de la justicia".

b) Velar por el cumplimiento del art. 18 de la CN*:* la cuestión parece evidente, sin embargo, la CSJN ha dicho de manera enfática que son los jueces ordinarios con competencia penal quienes mejor pueden apreciar, con un importante grado de precisión y cercanía, el intolerable e indebido agravamiento, que en muchos casos se configura y legitima el pedido de autos. "Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal".[134]

c) Resolver acorde al principio de trato digno y humano: con respecto a este punto, el considerando N° 26 establece:

> … Que los jueces no podrán soslayar que situaciones semejantes poseen aptitud suficiente para poner en peligro la vida y la integridad física de los amparados por esta acción, además de la de terceros. (…) Igualmente, deberán recordar que esta situación de hecho debe decidirse con criterios compatibles con el derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad, que ya había sido reconocido antes de la sanción de la Constitución Nacional, desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país. En especial, la propia provincia de Buenos Aires, cuyo Reglamento Provisorio de la Penitenciaría de 1877, sancionado por el gobernador Carlos Casares, establecía un régimen respetuoso de la dignidad humana sensiblemente notable para los estándares de su tiempo (Reglamento Provisorio de la Penitenciaría, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, calle de Belgrano número 135, 1877). La República Argentina tuvo un papel protagónico, por otra parte, en el establecimiento de las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31-7-57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977...

Asimismo, el considerando N° 27 establece que deben

> comprometer sus esfuerzos para lograr el cabal cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, particularmente, en lo que hace a la tutela de su vida humana e integridad física. (…) De ahí, que se exhorte a las instancias de grado a fin de que soliciten a los poderes políticos que agoten el aprovechamiento de los recursos materiales –en especial de los ociosos– en orden a dar satisfacción a los derechos de los amparados en autos.

d) Evitar la responsabilidad internacional del Estado: en su parte resolutiva, la CSJN encomendó a los jueces bonaerenses aplicar los tratados de derechos humanos, a los efectos de evitar incurrir en violaciones que sean susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado argentino. Por lo tanto, cada magistrado deberá resolver los conflictos que se les susciten teniendo como propósito evitar una posible

134 Ricardo Nuñez. *Derecho Penal Argentino. Parte Gral*, tomo II. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1960, p. 443.

incursión del Estado argentino en responsabilidad internacional por violación a derechos humanos consagrados en tratados ratificados.

e) Procedencia y legitimidad del *habeas corpus* colectivo interpuesto por asociaciones u otros representantes: Los magistrados deben resolver sobre la procedencia de la acción presentada por asociaciones que representen afectaciones colectivas a derechos individuales que requieren un remedio colectivo. Este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo.[135] Es necesario, sin embargo, distinguir este problema de otro, que es el de la legitimación para plantear una acción colectiva. Dice Courtis: "Una cosa es justificar la viabilidad de una acción colectiva; cosa distinta es justificar quién puede o debe plantearla".[136] Mientras en el primer caso, la justificación versa sobre la relación entre el tipo de bien o interés tutelado, el carácter de su afectación y el remedio necesario para repararla, en el segundo, se trata de la relación entre la afectación y quien la articule ante los tribunales. En este caso, solo se debe cumplimentar con el segundo párrafo del art. 43, es decir, "el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines".

f) La utilización de instrumentos de *Soft Law* como estándares internacionales de derechos de personas privadas de la libertad: En el considerando N° 39 del fallo mencionado, la Corte hace mención a la Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de Naciones Unidas, y establece que:

> ... –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no solo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.

Esta cuestión, sin lugar a dudas implica un reconocimiento valorativo muy fuerte por parte de la Corte como también lo ha hecho con el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988 (consid. N° 48); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990 (consid. N° 49) y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) de 1985 (consid. N° 49).

Sin lugar a dudas, que la CSJN haya incurrido en estos estándares refleja una cuestión que obliga a los jueces inferiores a utilizar los mismos parámetros interpretativos cuando se presenten situaciones de hacinamiento como las que venimos analizando. En efecto, podemos apreciar que por más que dichos elementos no tengan rango constitucional, sirven como pautas interpretativas en la determinación del contenido y alcances de las disposiciones de la Convención Americana en casos de situaciones de personas privadas de libertad; en particular las Reglas mínimas para el tratamiento de

135 Courtis, Christian. *El caso Verbitsky: ¿Nuevos rumbos del control judicial de la actividad de los poderes políticos?, op. cit.,* p. 10.

136 Ibíd.

reclusos, cuya relevancia y universalidad ha sido reconocida tanto por la Corte IDH,[137] como por la Comisión.[138] Por lo tanto, estos instrumentos interpretativos se incorporan también al *corpus iuris* interamericano y deben –de forma necesaria– tenerse en cuenta al momento de efectuar el denominado control de convencionalidad.

6. Protección judicial y control de convencionalidad en el *habeas corpus*

Previo a finalizar este capítulo, debemos detenernos a analizar un punto de conexión más que trascendente para comprender las relaciones que se generan entre las resoluciones de *habeas corpus* de jueces inferiores y el control de convencionalidad que pasaremos a apreciar en el capítulo siguiente. El inevitable vínculo será clave para comprender un derecho fundamental que se encuentra presente en el art. 25 de la Convención Americana: la "protección judicial".

La conexión entre *habeas corpus* y control de convencionalidad, resulta una vinculación lógica ya que, tal como vimos a lo largo de este capítulo, el instrumento no solo se encuentra contemplado en la legislación local, sino también en el instrumento madre del control de convencionalidad, como es la CADH. Por ende, es un instituto que preocupa al bien común nacional, y por sobre él, al bien común internacional.[139] Esta relación singular, según la doctrina del "control de convencionalidad" –enunciada de modo enfático como obligatoria para los jueces nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, implica –como vimos– un doble deber: (i) inaplicar las reglas jurídicas internas –incluso las constitucionales–, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; (ii) hacer funcionar –es decir, interpretar, aplicar, diligenciar– todas las normas jurídicas domésticas –cabe repetir: aún las constitucionales–, de conformidad con dicho Pacto y jurisprudencia.[140]

Asimismo, el maestro constitucionalista Sagüés establece que esas directrices atraen importantes consecuencias y pone como ejemplo:

a) Las reglas internas que contravengan al *habeas corpus* normado por el art. 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, son "inconvencionales", vale decir en palabras de la Corte Interamericana, carentes de efectos jurídicos.

137 Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 133, párr. 99.

138 A este respecto, ver por ejemplo: Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 3, adoptado el 9 de octubre de 2003, párrs. 16 y 17; CIDH. Informe N° 28/09, Fondo, Dexter Lendore, Trinidad y Tobago, 20 de marzo de 2009, párrs. 30 y 31; CIDH. Informe N° 78/07, Fondo, Chad Roger Goodman, Bahamas, 15 de octubre de 2007, párrs. 86-87; CIDH. Informe N° 67/06, Caso 12.476, Fondo, Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre de 2006, párr. 152; CIDH. Informe N° 76/02, Caso 12.347, Fondo, Dave Sewell, Jamaica, 27 de diciembre de 2002, párrs. 114 y 115; CIDH. Informe N° 58/02. Caso 12.275, Fondo, Denton Aitken, Jamaica, 21 de octubre de 2002, párrs. 134 y 135; Informe N° 127/01, Caso 12.183, Fondo, Joseph Thomas, Jamaica, 3 de diciembre de 2001, párr. 133; CIDH. Informe N° 49/01, Casos 11.826, 11.843, 11.846, 11.847, Fondo, Leroy Lamey, Kevin Mykoo, Milton Montique, Dalton Daley, Jamaica, 4 de abril de 2001, párr. 204; CIDH. Informe N° 48/01, Fondo, Casos 12.067, 12.068 y 12.086, Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jerónimo Bowleg, Bahamas, 4 de abril de 2001, párr. 195; y CIDH. Informe N° 41/00, Casos 12.023, 12.044, 12.107, 12.126, 12.146, Fondo, Desmond McKenzie y otros, Jamaica, 13 de abril de 200, párr. 289. Además, en sus Informes de País, la CIDH ha usado reiteradamente, tanto las Reglas mínimas, como el resto de los mencionados instrumentos internacionales.

139 Néstor Pedro Sagüés. *El habeas corpus en el Sistema Interamericano, op. cit.*, p. 1.

140 Ibíd., p. 2.

b) Las reglas nacionales concernientes al *habeas corpus* tienen que someterse, o sea, entendidas y actuadas conforme las pautas del aludido art. 7.6 y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

c) El derecho interno de cada Estado podrá ser más generoso que el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, conforme al principio *pro homine* y al *favor libertatis*, a tenor del art. 29.b del Pacto, pero nunca más restrictivo. En otras palabras, el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana operan como piso, y no como techo jurídico de los derechos humanos.

d) El "control de convencionalidad" no es una mera teoría o doctrina, sino una regla obligatoria para los jueces nacionales, fijada o creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –ella, en "Almonacid Arellano", lo hizo invocando los principios de *bona fide*, *pacta sunt servanda* y del "efecto útil" de los tratados internacionales, art. 2.2. del Pacto de San José de Costa Rica–.[141]

En efecto, el esquema de Sagüés es claro para comprender los parámetros convencionales en los cuales deben actuar los jueces locales al momento de resolver un *habeas corpus*, sin embargo, a continuación se mostrará un reciente avance de la Corte IDH en el caso "Liakat Ali Alubux Vs. Suriname",[142] en particular el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, que marcó un importante desarrollo sobre esta relación y guarda relación más concreta con el punto de investigación.

6.1. Voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte IDH en el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname

En este intento por relacionar los parámetros convencionales con el *habeas corpus*, debemos –de forma obligatoria- volver a hacer mención a lo prescripto por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-9/87,[143] que expresamente estableció que el artículo 25 (protección judicial) está vinculado al artículo 8 (garantías judiciales) y, por lo tanto, que el *habeas corpus* debe sustanciarse bajo las reglas del debido proceso. Sin embargo, en la jurisprudencia del máximo tribunal ha habido un reciente avance sobre esta cuestión –más precisamente– vinculado con la aparición de la nueva doctrina interamericana del "control de convencionalidad".

En ese sentido, en el fallo "Liakak Ali Alibux", el juez Ferrer Mac-Gregror, en un largo dictamen –que consta de 134 párrafos–, agrega un capítulo que denomina "El derecho a un recurso judicial como parte esencial de un modelo de ejercicio del control de convencionalidad". A continuación, detallaremos los párrafos más relevantes de su opinión:[144]

> 85. La Corte IDH ha establecido que el control de convencionalidad es "una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal".[145]

141 Ibíd., p. 2.

142 Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia del 30/10/2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

143 Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párr. 24.

144 Ver voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. *Op. Cit.* Párrafos 1-134.

145 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. *Op. Cit.* párr. 65.

86. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que la jurisprudencia interamericana o la "norma convencional interpretada" tiene una doble vinculación: una relacionada al caso particular (res judicata) dirigida al Estado que ha sido parte material en el proceso internacional; y otra que a la vez irradia efectos generales para los demás Estados Parte de la Convención Americana como una cuestión interpretada (res interpretata). Lo anterior resulta de especial importancia para el "control de convencionalidad", dado que todas las autoridades nacionales conforme a sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes deben llevar a cabo este tipo de control, siendo útil también para el cumplimiento de resoluciones del Tribunal Interamericano. [146]

87. De forma similar, la Corte IDH ha reiterado que la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden jurídico, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención Americana. En otras palabras, el Tribunal Interamericano ha destacado que los jueces y órganos de administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deberán tener en cuenta no solamente el tratado internacional de que se trate, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. [147]

90. Considerar el derecho a la protección judicial en la dimensión integradora de derechos fundamentales que plantea lo dispuesto por el 25.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1, 2 y 29.b del mismo tratado, implica la existencia de un modelo de ejercicio del "control de convencionalidad" que permita darle una protección más amplia en sede interna a todos los demás derechos protegidos por el Pacto de San José.

91. Si bien el control de convencionalidad tiene como característica que puede ser ejercido por las autoridades y tribunales en diversos grados de intensidad (según sean sus competencias y facultades legales), el artículo 25 de la Convención Americana establece claramente el derecho de todas las personas a contar con un recurso judicial efectivo para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho fundamental que la persona que reclama estima tener y que en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.[148] Como fue mencionado anteriormente, la existencia de estas garantías, y por extensión de un modelo de ejercicio del control de convencionalidad "constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".[149]

93. Es importante de nueva cuenta señalar que los Estados parte de la Convención Americana tienen amplios márgenes para cumplir con estas obligaciones generales. Este criterio ha sido una constante en la jurisprudencia del Tribunal al mencionar que lo importante es la observancia de la "efectividad" en términos del principio del effet utile "lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido";[150] por lo que la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que dicha obligación, por su propia naturaleza, constituye una obligación de resultado.[151]

146 Ibíd., párr. 67.

147 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. *Op. Cit.* párr. 124; y Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 28 de agosto del 2013, considerando 23.

148 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. *Op. Cit.* párr. 100.

149 Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 97, párr. 52; Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No 99, párr. 121; y Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. *Op. Cit.* Párr. 117.

150 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, No. 125, párr. 101.

151 Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 123, párr. 93.

> 94. De esta forma, es posible afirmar que la integración a nivel normativo pero sobre todo interpretativo en el ámbito internacional y nacional coadyuva a la consolidación de un Sistema Interamericano Integrado, que permite un diálogo intenso entre todos los operadores jurídicos, especialmente con los jueces de todas las jerarquías y materias, lo que va produciendo indisolublemente la base para la consolidación de los medios legales que permitan garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y la creación de *un ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos en nuestra región.

En definitiva, la postura y avance del magistrado de la Corte IDH es clara en cuanto al alcance que los jueces locales deben efectuar en términos de protección judicial al momento de aplicar normas internacionales en sintonía con las normas locales, las cuales requiere –dada la implementación del control de convencionalidad de oficio– una nuevo foco hermenéutico donde la Convención Americana y la interpretación de la Corte IDH adquieran un carácter "supraconstitucional" para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y, de esa manera, garantizar la creación de un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos en la región.

Señaladas estas cuestiones, en el siguiente capítulo analizaremos cuáles han sido los criterios hermenéuticos de los jueces bonaerenses en las respuestas judiciales a los *habeas corpus* colectivos atendiendo al derecho a la protección judicial en su relación con el control de convencionalidad, criterios que constituyen pilares básicos del Estado de Derecho en una sociedad democrática.

Capítulo 3

ANÁLISIS DE RESOLUCIONES SOBRE *HABEAS CORPUS* EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES EN LA ETAPA "POSVERBITSKY". UNA MIRADA DESDE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

> Cada vez que meten preso a un tipo, más o menos arbitrariamente, hay un abogado recién recibido que dice: "Esto lo arreglo con un habeas corpus". Y el abogado resulta un petisito en una cancha de básquet, pues los grandotes –que son los jueces– empiezan a pasarse la pelota por arriba sin que haya modo que entre a la red. A esta cuestión de pasarse la pelota por arriba le llaman "Cuestiones de competencia o de jurisdicción". Esto, en los casos en que el Gobierno esté descuidado –que son muy pocos- y no hay estado de sitio ni confines.[152]

Esta frase pertenece al escritor argentino Arturo Jauretche en su *Manuel de zonceras argentinas* escrito en 1968. La frase hace referencia a la actitud de los magistrados de aquella época plasmada en las resoluciones sobre *habeas corpus* clásicos, en donde se describe la invocación de escudos formalistas para evitar resolverlos como también la demostración sobre la falta de criterios de protección hacia las garantías constitucionales. En efecto, invito al lector –luego del desarrollo del presente capítulo– a reflexionar sobre la posible vigencia de estos resabios judiciales a casi cincuenta años de la frase escrita bajo la tinta del citado autor.

Retornando al tema que nos convoca, en el presente capítulo analizaremos las respuestas judiciales frente al *habeas corpus* colectivo en la justicia bonaerense intentando verificar el cumplimiento de los parámetros convencionales. Con tal fin, describiremos de manera previa un breve panorama sobre el estado actual de las prisiones en base a los informes de dos reconocidas organizaciones de derechos humanos como son la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) y el CELS, los cuales servirán de guía para interpretar la gravedad estructural del asunto y, asimismo, serán claves para cotejar la situación actual con la deseada en el 2005 por la CSJN en "Verbitsky".

152 Arturo Jauretche. *Manual de zonceras argentinas*. Buenos Aires, Peña Lillo, 1968, p. 168.

1. Descripción general de la situación penitenciaria bonaerense en base a los informes de la CPM y el CELS

Hemos dicho en la introducción de esta investigación que su objeto no pretende construir un nuevo intento por denunciar el estado de las prisiones desde la óptica de pensadores como Michael Focault ni anunciar su fracaso resocializador desde el espectro abolicionista, objeto de un gran derroche de litros de tinta en el mundo académico. Por el contrario, esta tesis intenta describir el criterio hermenéutico que deben tener los jueces al momento de resolver acciones judiciales en las que se denuncian agravamiento en las condiciones de detención. Sin embargo, dado que el foco de análisis tiene un elemento espacial determinado, nos detendremos a describir el estado actual de la situación penitenciaria bonaerense en base a los informes elaborados por las prestigiosas organizaciones nombradas *ut supra*. Esta situación nos servirá para comprender la trascendencia y carácter político-estructural que adquiere el problema carcelario, cuestiones que – indefectiblemente– deben encontrarse presente en la lógica judicial al momento de resolver estas acciones.

En este orden de ideas, debemos mencionar que las soluciones propuestas en "Verbitsky", a fin de respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad, contribuyeron –en un principio– a la generación de un marco institucional más claro para la definición de la política penitenciaria y judicial en la provincia de Buenos Aires. En ese sentido, la apertura de un procedimiento para la ejecución de la sentencia, con sus instancias, marcos, plazos –entre otras–, resultaron una importante innovación tendiente revertir una situación de crisis estructural. Sin embargo, justamente esa dimensión del problema pareciera haber tornado impracticable una solución total e inmediata. Una de las principales causas radicaría en la gran cantidad de actores involucrados (gobierno provincial, administración penitenciaria, legisladores, jueces, fiscales y defensores), motivo por el cual se precisa una acción mancomunada de los actores destinada a revertir la situación.

En esta lógica, tal como lo demostraremos más adelante, el colapso del sistema carcelario bonaerense pareciera no haber transitado las vías recetadas en "Verbitsky". Por el contrario, hoy –a casi 10 años de ese fallo histórico de la CSJN– la provincia de Buenos Aires presenta la cifra de personas privadas de su libertad más alta de toda su historia, la cual constituye todo un récord a nivel nacional. A esta cuestión, debemos sumarle que el sistema actual no cuenta con la capacidad necesaria para alojar a esa población. Este punto es uno de los factores que más influye en el agravamiento de las condiciones de detención, ya que trae aparejadas consecuencias deletéreas e indeseables, como el hacinamiento, la promiscuidad, el aumento de la violencia intracarcelaria e institucional, a lo que se ha sumado la dificultad para atender las necesidades básicas de la población privada de la libertad, como lo es la alimentación[153] y la salud,[154] situaciones que intentan ser saneadas mediante los *habeas corpus* correctivos.

153 Ver el Recurso de Apelación presentado por la Defensoría General de Casación Bonaerense y la Secretaría de Ejecución de Mar del Plata en torno al *habeas corpus* correctivo y colectivo presentado a favor de la población penitenciaria del complejo Batán. Documento electrónico disponible en: http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/06/HABEAs-cupo-final-OK-fa.pdf. Acceso julio de 2015.

154 Ver el monitoreo realizado por el Consejo de Defensores Generales de la provincia de Buenos Aires sobre el estado de la atención de la salud en los establecimientos dependientes del SPPB para el bienio 2011/2012. Documento electrónico disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/informe_final_con_membrete_copia_1.pdf. Acceso junio de 2015.

Sin lugar a dudas, la falta de seguimiento del proceso de ejecución planteado en "Verbitsky" pareciera ser clave para entender el colapso del sistema actual, situación que –inclusive– ha llamado la atención en reiteradas ocasiones de la comunidad y organismos internacionales. Tal es así, que ni la visita del Relator de personas privadas de la libertad de la CIDH del año 2010[155] ni las medidas cautelares que pesan sobre algunas unidades penitenciarias[156] o, incluso, las denuncias existentes en el Examen Periódico Universal sobre el Estado Argentino[157] han sido válidas para resolver el problema estructural que parece agravarse de manera progresiva.

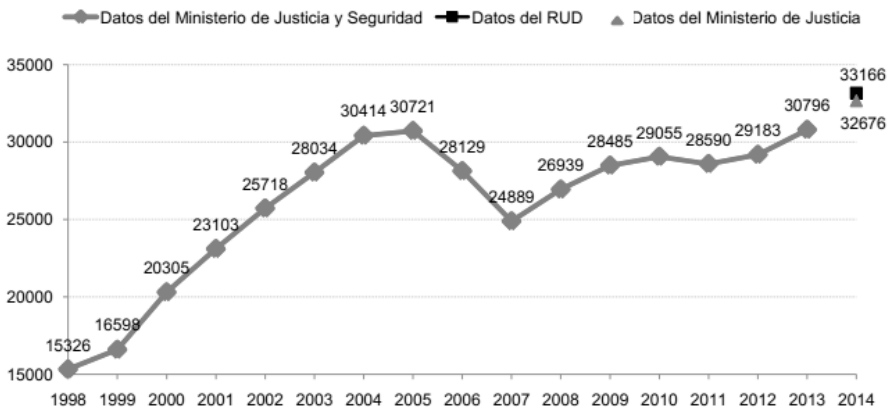
En definitiva, a los efectos de ilustrar al lector una mayor precisión sobre la situación denunciada, se demostrará en los siguientes gráficos el agravamiento revelado por las organizaciones de derechos humanos en cotejo con la situación planteada en el fallo.

Gráfico 1

Desde fines de los 90 hasta el año 2005 se advierte un incremento sostenido de detenidos. Esta tendencia se revierte entre 2005 y 2007.

En mayo de 2014 la población detenida alcanza la cifra más alta de los últimos 15 años.

Personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires
Años 1998 - 2014



Fuente: CELS en base a datos del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y el RUD Procuración General de Buenos Aires para el año 2014. Los datos del RUD 2014 corresponden al mes de mayo. Nota: el dato de 2014 no

Tal como se ilustra en el gráfico 1, puede apreciarse una leve disminución en la cantidad de detenidos a partir del año 2005, situación que obedece al inmediato impacto político y judicial del fallo "Verbitsky". Sin embargo, a partir del año 2007,

155 CIDH. Comunicado de Prensa N° 64/10.

156 CIDH. medida cautelar N° 104/12 sobre el Complejo General San Martín.

157 Organización de las Naciones Unidas. *Examen Periódico Universal del Estado Argentino*. Documento electrónico disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/arsession1.aspx. Acceso junio de 2015.

la situación se agrava de manera gradual hasta llegar a la cifra de 33.166 personas detenidas en mayo de 2014.[158]

En el gráfico 2 también puede apreciarse la cifra de detenidos en comisarías bonaerenses, la cual ha llegado a un pico de 4022 en el año 2010, disminuyendo de manera transitoria hasta el año 2012. Ello obedece a que el Ministerio de Justicia y Seguridad dictó las Resoluciones Nº 2109/11 y Nº 3340/11,[159] mediante las cuales dispuso el cierre definitivo de 189 calabozos de comisarías de la provincia. Sin embargo, esta tendencia parece revertirse en el año 2013 y agravarse aún más a partir de abril del 2014, en el marco del "plan de seguridad" decretado por el Poder Ejecutivo. Esta política habilitó el cuadro para que el Ministro de Seguridad, mediante resolución N° 642/14,[160] dispusiera la reapertura de los calabozos de todas las comisarías de la provincia de Buenos Aires. Ello en claro apartamiento a lo lineado por la CSJN en "Verbitsky".[161]

Gráfico 2

158 Conforme al último informe anual publicado por el Comité Provincial por la Memoria, la cifra de personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires habría ascendido –a principios del año 2015– a la suma de 35.000 personas. Sin embargo, utilizaremos las cifras suministradas por los mencionados organismos en el año 2014, por excedernos en el marco temporal aplicado (Diciembre de 2014). Comité Provincial por la Memoria. *El sistema de la crueldad*. Informe sobre violaciones a los Derechos Humanos en Lugares de Detención de la Provincia de Buenos Aires. 2013-2014. La Plata, CPM, 2015, p. 17.

159 Disponible en: http://www.gob.gba.gov.ar/dijl/index.php?var=81998&out=1&recurso=1. Acceso julio de 2015.

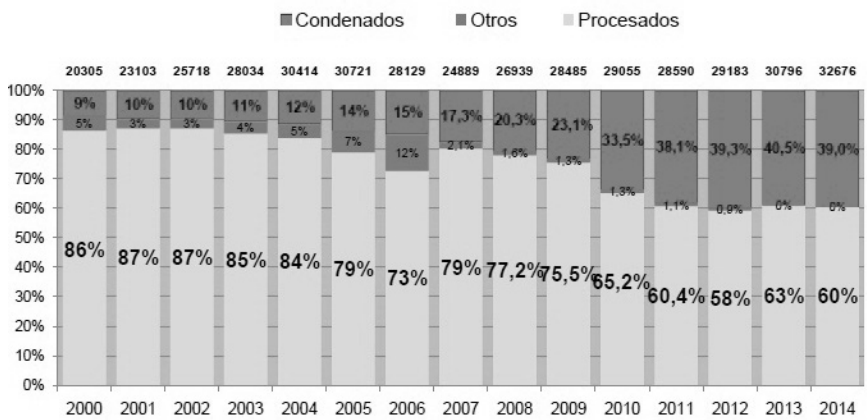
160 Disponible en http://www.gob.gba.gov.ar/dijl/index.php?var=128620&out=1&recurso=1. Acceso julio de 2015.

161 Actualización: Según el último informe presentado en Junio de 2015 por el Comité Provincial por la Memoria, la cifra de detenidos en comisarías –en base a informes del Ministerio de Seguridad Provincial– habría ascendido a 2300 para finales del año 2014. Comité Provincial por la Memoria. *El sistema de la crueldad*. Informe sobre violaciones a los Derechos Humanos en Lugares de Detención de la Provincia de Buenos Aires. 2013-2014. La Plata, CPM, 2015, p. 19.

Gráfico 3

A pesar de que ha disminuido el índice de prisión preventiva, en los últimos 4 años se mantuvo en el 60% de los detenidos.

Evolución de personas privadas de la libertad en la PBA, según situación procesal. Años 2000 - 2014



Fuente: CELS en base a datos del Ministerio de Justicia y Seguridad y del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (a partir de 2013). Nota: los datos de 2014 corresponden al 16 julio.

Hemos visto en el capítulo anterior que la CSJN exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva, hecho que finalmente ocurrió mediante modificaciones sucesivas al Código de Procedimiento Penal. De esta forma, el gobierno bonaerense promulgó en el año 2006 –un año después al fallo– la Ley N° 13.449 que sustituyó el código de forma en la parte destinada al tratamiento de la prisión preventiva ajustándola a estándares de derechos humanos. Sin embargo, la tasa de encarcelamiento bajo este instituto procesal continuó siendo superior al 60%, hecho que permite cuestionar cuáles han sido los estándares aplicados por los magistrados.

Por otro lado, a lo largo de la presente descripción, hemos hecho hincapié en las posibles responsabilidades de los poderes exhortados en la manda judicial, sin embargo, omitimos mencionar la falta de implementación de una normativa que de manera enfática reclaman las organizaciones y –estimamos– podría haber aliviado la situación: la Ley de Cupos Provincial. En este sentido, durante el transcurso de las mesas de diálogo obligatorias llevada a cabo entre el Estado y las organizaciones civiles –en el marco de la resolución del fallo–, el Ejecutivo Provincial se comprometió a elaborar una "Ley Provincial de Cupos", la cual al día de la fecha no ha sido proyectada. Una ley de esta índole habilita a ejercer un control del Estado tendiente a monitorear aquellos factores generadores de condiciones inadecuadas de detención. Eso no solo tiene que ver con la capacidad de alojamiento del penal, sino con las posibilidades

reales que las condiciones físicas de dicho lugar tienen para brindar un trato adecuado a las personas privadas de libertad. La restauración de estas condiciones, como las medidas de prevención o custodia sobre la población, son medidas que solo la ley de cupos permitirá implementar y, asimismo, acentuar el papel de garante que el Estado tiene sobre la realización de los derechos de los detenidos, tal como lo establecen los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de la CIDH.[162]

En resumen, el análisis de esta situación merece un debate más profundo del que podamos esbozar en la presente investigación, en donde se discutan las políticas criminales y de seguridad ciudadana en relación con políticas de derechos humanos procurando desentrañar las responsabilidades de todos los espectros del Estado. Sin embargo, el marco estadístico brindado nos ha servido como guía para comprender el complejo contexto en el cual los *habeas corpus* colectivos por condiciones de detención se presentan ante la justicia bonaerense como una de las pocas herramientas tendiente a proteger la integridad personal de los prisioneros sometidos al sistema. Por estas razones, en el siguiente punto intentaremos desentrañar cuál ha sido la actitud de la justicia provincial frente a esos reclamos y procuraremos vincular las respuestas con la aparición casi contemporánea de la nueva doctrina interamericana analizada en el capítulo 1, la cual –tal como vimos– requiere un nuevo rol de los magistrados como garante de derechos humanos: "el juez convencionalista".

2. Las respuestas del Poder Judicial frente al habeas corpus colectivo por condiciones de detención. Selección de casos

La superpoblación carcelaria constituye, a nuestro entender, la más clara evidencia sobre las violaciones a derechos humanos consagradas en el art. 18 de la CN, normativa que no deja margen de apreciación para comprender que los magistrados judiciales son también responsables por velar el cumplimiento de la manda constitucional, resolver situaciones particulares que llegan a su estudio y fijar pautas con la firmeza necesaria para llamar la atención de los demás poderes del Estado a los que debe controlar.[163] En este sentido, el texto de la Constitución Nacional es terminante: "(...) toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos [a las personas privadas de su libertad] más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

En ese marco, aparece la acción de *habeas corpus* colectivo y correctivo como el medio más rápido y efectivo para prevenir o hacer cesar restricciones ciertas o inminentes contra la vida y la libertad personal que se generan en las unidades penitenciarias. Así lo ha entendido la CSJN en "Verbitsky". A continuación nos detendremos a analizar resoluciones sobre HCC, haciendo énfasis en la verificación de los estándares marcados por el máximo tribunal al cual aludimos en el punto 5.3, a saber:

- Búsqueda urgente de la solución del conflicto;
- Velar por el cumplimiento del art. 18 de la CN;

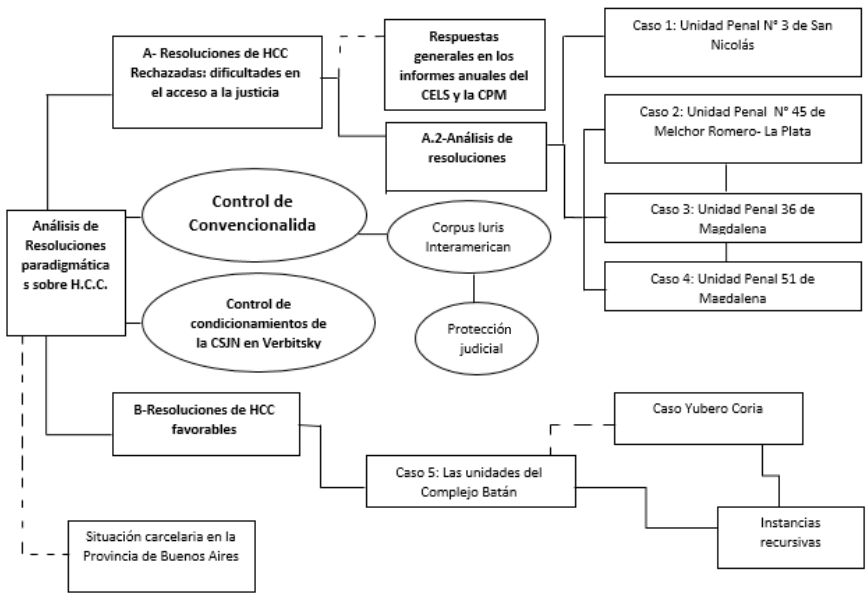
162 CIDH. Resolución N° 1/08, "Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas".

163 CELS. *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires, Siglo XXI, Año 2005, p. 27.

- Resolver acorde al principio de trato digno y humano;
- Evitar la responsabilidad internacional del Estado;
- Resolver acorde al nuevo marco de legitimación del habeas corpus colectivo;
- Utilizar instrumentos de *Soft Law* como estándares internacionales de derechos de personas privadas de la libertad.

Dada la enorme cantidad de resoluciones sobre *habeas corpus* colectivos existentes en la provincia de Buenos Aires, por cuestiones lógicas, nos detendremos a analizar algunas decisiones judiciales determinadas que, a criterio del autor, resultan paradigmáticas en virtud de la calidad jurídica en la respuesta. Asimismo, intentaremos identificar patrones comunes que se informan en los documentos que –de forma anual– presentan el CELS y la Comisión Provincial por la Memoria. En definitiva, para el tratamiento central de este capítulo utilizaremos el siguiente esquema, el cual nos ayudará a comprender con mayor facilidad el análisis de las resoluciones seleccionadas que serán cotejadas con el control de convencionalidad.

2.1. Esquema de análisis



El esquema presentado permite percibir con claridad el foco que se utilizará a continuación y distinguir el criterio de división entre las decisiones de los magistrados inferiores conforme a la procedencia o el rechazo de la acción presentada en el contexto de situación carcelaria bonaerense. Estos pronunciamientos serán analizados conforme a los estándares marcados en "Verbitsky" y, al mismo tiempo, a la innegable obligación que tienen los jueces de efectuar un control de convencionalidad, con el objeto de verificar si en la práctica, el *habeas corpus* colectivo es un recurso efectivo en la provincia de Buenos Aires en términos de protección judicial.

2.1.1. Resoluciones rechazadas

A continuación analizaremos resoluciones de organismos judiciales que han decidido rechazar las acciones presentadas. Para ello, haremos hincapié en las causales aducidas para desestimar las acciones prestando especial atención al tipo de respuesta judicial en algunos casos específicos. Asimismo, tal como puede apreciarse en el esquema, con una línea intermitente se destacan los factores comunes que se desprenden de los informes del CELS y la CPM y que no formarán parte de la investigación de manera estricta, pero servirán para comprender algunas de las dificultades y barreras que estos organismos denuncian encontrar al momento de presentar un *habeas corpus* colectivo por condiciones de detención.

2.1.2. Respuestas generales identificadas en los informes del CELS y la CPM

La importancia de los organismos de derechos humanos en la Argentina ha sido vital para profundizar las políticas de derechos humanos, en particular a través de sus funciones de monitoreo. En ese sentido, tanto el CELS como la CPM efectúan una supervisión constante de la situación general de personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires efectuando informes anuales que dan a conocer a la sociedad.[164] Una de los problemas comunes que más les preocupa es el hacinamiento y torturas generalizadas dentro de los establecimientos penitenciarios y/o policiales bonaerense, situación que suelen denunciar ante la justicia bajo el ropaje del amparo colectivo. Sin embargo, en varios episodios de sus informes, han marcado la existencia generalizada de respuestas judiciales inadecuadas frente a los *habeas corpus* colectivos presentados. A continuación, trataremos los informes y extraeremos las respuestas generales que más se destacan a lo largo de los documentos.

De la observación de todos los informes anuales del (2006-2014), podemos extraer tres grandes respuestas judiciales que se presentan a menudo en las decisiones que rechazan las presentaciones de HCC por condiciones de detención, a saber:

a) Rechazo por cuestiones de facto: según el CPM, la acción de *habeas corpus* colectivo, por motivos diversos, no siempre es recibida de forma favorable.

> No todos los tribunales comparten el criterio respecto a qué debe entenderse por agravamiento de las condiciones de detención. Ante la constatación de situaciones irregulares pero extendidas en el tiempo, muchos jueces entienden que no hay agravamiento de condiciones de detención, porque consideran que esa expresión solo abarca las situaciones en que las condiciones que detectan sean peores que las registradas anteriormente, naturalizando así las condiciones de detención previas.[165]

A modo de ejemplo, encontramos algunas de las siguientes resoluciones:

> U.P. N° 13 de Junín
>
> Luego de la inspección llevada a cabo por el Comité Contra la Tortura (en adelante "CCT") se presentó un *habeas corpus* colectivo a favor de todas las personas alojadas en dicha unidad en el cual se denunció la existencia de solo dos teléfonos para 350 internos, que no se realizaban campañas de desratización o desinfección, y que los Pabellones 5 y 6 presentaban

164 Disponibles en los portales de internet respectivos: http://www.cels.org y http:// www.comisionporlamemoria.org/.

165 Comité Provincial por la Memoria. *El sistema de la crueldad. Informe sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires. 2006- 2007*, p. 178, documento electrónico disponible en: http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informe_2007.pdf. Acceso julio de 2015.

> sobrepoblación y hacinamiento. El Juzgado de Garantías N° 2 de Junín rechazó *in límine* la acción de habeas corpus, puesto que "no se considera acreditado un agravamiento arbitrario de las condiciones de detención". Sin embargo, contradictoriamente, reconoció la existencia de hacinamiento, saturación de la red cloacal, falta de inodoros. [166]
>
> U.P. N° 52 de Azul
>
> Luego de la inspección llevada a cabo por oficiales del Comité, el día 21 de junio del 2007, se presentó un *habeas corpus* ante el Juzgado de Ejecución de Azul, motivado en el agravamiento de las condiciones de detención de las internas allí alojadas bajo las siguientes descripciones: (I) Área de sanidad: falta de laboratorio para análisis clínicos, de mobiliario, azulejos, de médicos ginecólogos e infectólogos, falta de instalación de sillón odontológico, falta de sector adecuado para el área de farmacia y la refrigeración de medicamentos. (II) Cocina: falta de diferenciación de sectores para el adecuado manejo bromatológico de los alimentos, presencia de única cámara frigorífica donde se guardan vegetales y carne. (III) Régimen de visitas: tiempo limitado de 8 a 12 hs. solo días sábados y domingos, requisas invasivas, prohibición arbitraria en ingreso de alimentos.

El 25 de junio de 2007, el Juez Oyamburu resolvió en incidente 1-8354*:* "No hacer lugar por no comprobar agravamiento en las condiciones de detención". No obstante, haber rechazado la acción ordenó la puesta en marcha de las medidas solicitadas: requirió que se nombre médico ginecólogo y que en el plazo de 120 días se instale una cámara frigorífica para frutas y verduras. Además, emitió una serie de consideraciones morales sobre el rol de las organizaciones de derechos humanos. Obsérvese la contradicción: negaba, pero a la vez hacía lugar a lo pedido.[167]

b) Rechazos por cuestiones de competencia (laberinto judicial): En varios pasajes de los informes se desprende que, pese a que los arts. 20 de la Constitución Provincial y 406 del Código Procesal Penal bonaerense establecen que el habeas corpus podrá presentarse ante cualquier órgano de la provincia con competencia penal, algunos órganos jurisdiccionales han declarado su incompetencia sobre la base de una inadecuada interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostiene que "el *habeas corpus* no autoriza a sustituir las decisiones que les incumben a los jueces propios de la causa, respecto de cuyas resoluciones, en caso de existir agravio constitucional caben en todo los recursos de ley" (Fallos 233:105).[168]Así, los *habeas corpus* colectivos pasan de un organismo a otro, generándose enormes dilaciones procesales sin una resolución definitiva al problema ("laberinto judicial").[169]

Por otro lado, según la CPM, ocurre lo mismo con los tribunales superiores (Tribunal de Casación Penal y Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), los cuales

> … tienen un criterio jurisprudencial unánime, por el cual dichos cuerpos no resultan ser competentes en carácter originario para entender en la acción en tratamiento, salvo casos de gravedad institucional, a pesar de lo dispuesto por el art. 20 de la Constitución Provincial (Toda persona... podrá ejercer la garantía de habeas corpus recurriendo ante cualquier juez) y 406 del CPP (El habeas corpus podrá presentarse ante cualquier órgano jurisdiccional de la provincia). Para fundar tal declaración, apelan a interpretaciones de carácter sistemático de la normativa, aunque para cualquier otro intérprete las normas que rezan cualquier juez hagan referencia a cualquier juez, de primera o ulteriores instancias, sin distinción de fueros.

166 Ibíd., p. 196.

167 Ibíd., p. 197.

168 Ibíd.

169 Ver también CELS. *Colapso del sistema carcelario, op. cit.*, p. 28.

> El argumento expuesto, relativo a la competencia asignada por la Ley 11.922 (de Reforma del CPP) al Tribunal de Casación Penal que le permite entender solo en los casos y por medio del procedimiento que ella establece, es totalmente contrapuesto al principio de supremacía constitucional, por el cual ninguna norma de inferior jerarquía puede prevalecer sobre una de superior, en este caso la Constitución Provincial y la Nacional.[170]

c) Agravamiento de la situación en el caso de *habeas corpus* individual por condiciones detención: Si bien esta investigación se centra en el *habeas corpus* colectivo, no debemos dejar de señalar que el instrumento particular por condiciones de detención presenta características y factores muy similares al colectivo. En este sentido, acorde a la información suministrada por los organismos, podemos encontrar, por ejemplo, que el CCT, para el año 2011, realizó 2371 presentaciones entre *habeas corpus*, informes urgentes y denuncias penales que incluyeron la denuncia de un total de 7089 hechos diferentes de violaciones de derechos humanos. Los principales tipos fueron: falta de atención médica, afectación del vínculo familiar, aislamiento, condiciones materiales de infraestructura, problemas de alimentación y golpes. Sin embargo, la mitad de los habeas corpus fueron rechazados, haciéndose lugar solo en el 22%. Este punto, resulta útil para tomar conciencia del agravamiento de la situación en los casos individuales que –pese a que no hacen a esta investigación–, nos otorga una información válida sobre la poca efectividad del recurso *per se*.[171]

2.1.3. Análisis de resoluciones

Lo hasta aquí descripto, cobra relevancia para entender con mayor profundidad el contexto general de respuestas judiciales, sin embargo, en el presente punto realizaremos un cotejo real de resoluciones, hecho que comprenderá –sin lugar a dudas– el objeto central de la investigación, basado en el análisis de pronunciamientos individualizados. En efecto, de aquí en adelante, pasaremos al tratamiento de resoluciones elegidas de forma estratégica en razón de la elocuencia presente en la calidad de respuesta judicial, con miras a intentar verificar los cumplimientos a los condicionamientos de la CSJN y, al mismo tiempo, al control de convencionalidad.

a) Caso 1: Unidad Penal N° 3 de San Nicolás

El defensor general de la Departamental de San Nicolás presentó el 15 de diciembre de 2004, ante la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de dicha jurisdicción, un *habeas corpus* colectivo denunciando la agravación de las condiciones de detención de las personas alojadas en la Unidad Carcelaria Nº 3 de San Nicolás.

De manera resumida, en su petición solicitó:

- La separación de condenados y procesados.
- Que se garantizaran medidas de higiene y salud.
- Que se asegurara el derecho de los internos a ser alojados en el establecimiento más cercano a lugar de su residencia y el de sus familias.
- Que se garantizara la investigación "de los hechos de muerte y violencia ocurridos" en dicha Unidad.

170 Comité Provincial por la Memoria. *Ojos que no ven. El sistema de la Crueldad II.* Informe sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires 2005-2006, p. 80, documento electrónico disponible en: http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informe_2006.pdf. Acceso julio de 2015.

171 Comité Provincial por la Memoria. *Informe Anual 2012*, p. 38, documento electrónico disponible en: http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informeCPM_curvas_web.pdf. Acceso julio de 2015.

En el año 2005, con posterioridad a "Verbitsky", la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Nicolás rechazó la acción deducida (fs. 12/15 del principal) por considerar:

a) "Que los traslados de detenidos resultan de competencia del Servicio Penitenciario, sin perjuicio de los controles jurisdiccionales previstos por la ley";

b) Que en

> lo que respecta a las condiciones de alojamiento de los internos en la Unidad Penal III, originadas en las carencias edilicias y en la superpoblación carcelaria, debe señalarse que las situaciones descriptas por el Defensor General *se sitúan en un cuadro general de crisis no remediable por la vía intentada´ del habeas corpus*

y "que afecta a todas las unidades carcelarias de la provincia" (fs. 14 y vta. ppal.), motivo por el cual dispuso "poner en conocimiento del poder administrador las falencias sobre las condiciones de alojamiento de los internos" a través de esta Suprema Corte (fs. 15 vta. ppal.);

c) Que tampoco resultaba materia de *habeas corpus* –ni la alzada tenía facultades– para atender el reclamo relativo a que se impartieran directivas generales en procura de que las prisiones preventivas sean excepcionales y en ningún caso excedan plazos razonables.

Análisis de la resolución: Tal como podemos apreciar, en la resolución de la Cámara de Apelaciones y Garantías de San Nicolás, se transgreden normas nacionales e internacionales así como también lo prescripto por la CSJN en "Verbitksy". En ese sentido, pasaremos a analizar la situación conforme a los condicionamientos a jueces inferiores que identificamos en el fallo y a lo expuesto sobre control de convencionalidad.

1) Control de condicionamientos de la CSJN en Verbitsky

Búsqueda urgente de la solución del conflicto: Conforme a la manda, vemos un total alejamiento por parte del organismo judicial en aras de la resolución del problema existente. En ese sentido, la Cámara rechaza la acción argumentando que dicha situación "se sitúa en un cuadro general de crisis no remediable por la vía intentada del *habeas corpus*" y "que afecta a todas las unidades carcelarias de la provincia". Esta cuestión, desobedece a lo planteado por la CSJN, en cuanto ordenó

> instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad... (consid. N° 40).

Asimismo, la resolución atenta contra lo dispuesto por la CN en su art. 43 y por el los arts. 20 de la Constitución Provincial y 406 del CPP, que establecen que el *habeas corpus* podrá presentarse ante cualquier organismo judicial.

-Velar por el cumplimiento del art. 18 de la CN: La decisión adoptada implicó un claro apartamiento del precepto constitucional. En ese sentido, no se hizo lugar a las graves denuncias en cuanto al supuesto agravamiento de las condiciones de detención alejadas del art. 18 de la CN. En efecto, el defensor general adujo que se trataba de una cárcel con capacidad para alojar a cuatrocientas personas, que albergaba a

unas seiscientas; que "no fueron ampliados los patios, los talleres, ni mejoradas las instalaciones sanitarias, ni ampliados los cupos para ser incluidos en tratamientos de conductas adictivas" que permitan "que los internos puedan estudiar, trabajar, aprender un oficio" (fs. 3 vta.). Denunció que vivían en condiciones inhumanas, "apiñados en pequeñas celdas encerrados más de doce horas" (fs. 4), que existían muchos enfermos sin tratamiento ni medicamentos y que la alimentación era deficitaria (fs. 4 vta.); que los internos "de los pabellones cinco y seis padecen condiciones de encierro prolongado, cohabitación en celdas de mínimas dimensiones en las que cuentan con una letrina que deben utilizar entre dos y cuatro personas, debiendo comer en esa misma celda", que las letrinas se tapaban con frecuencia y que prácticamente no gozaban de recreo (fs. 4 vta./5).

- Resolver acorde al principio de trato digno y humano: Lo resuelto deja en claro una total falta de apego a los principios que deben primar al momento de resguardar los derechos de las personas privadas de la libertad. En tal sentido, la CSJN estableció que los jueces deben "… comprometer sus esfuerzos para lograr el cabal cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, particularmente, en lo que hace a la tutela de su vida humana e integridad física…" (consid. N° 27).
- Evitar la responsabilidad internacional del Estado: Tal como hemos expuesto a lo largo de la investigación, existe una obligación para los jueces locales de aplicar la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, en el fallo analizado se aprecia un total alejamiento de esas bases que, en caso de confirmarse la decisión por los organismos superiores, podrían responsabilizar al Estado argentino ante la comunidad internacional, tal como ha ocurrido, por ejemplo, con la situación de las penitenciarías de la provincia de Mendoza.172
- Resolver acorde al nuevo marco de legitimación del habeas corpus colectivo: La Cámara no se expidió sobre el tema.
- Utilizar instrumentos de Soft Law como estándares internacionales de derechos de personas privadas de la libertad: En el pronunciamiento analizado se aprecia una clara inobservancia a las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de Naciones Unidas (Principios 2.3; 6.1; 6.2). Asimismo, se desprenden un claro alejamiento a varios de los principios consagrados en la resolución N° 1/08 de la CIDH, en particular, el que establece el control judicial de las condiciones de detención (Principio XI).

2) Análisis desde el control de convencionalidad

Si bien en la presentación del defensor oficial no se cuestiona la legalidad de alguna norma, hemos visto que el control de convencionalidad debe ser de oficio e implica, también, evitar la utilización de criterios que se alejen de lo normado por la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, en la respuesta del organismo judicial, se aprecia una clara violación al art. 25 de la Convención Americana (protección judicial), que establece el derecho de todas las personas a contar con

172 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. República Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

un recurso judicial efectivo para que la autoridad competente determine si ha habido o no una violación al derecho alegado.

El derecho a la protección judicial requiere que el recurso sea efectivo, esto es, "que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla".[173] Además, la sola previsión normativa de un recurso idóneo no garantiza su efectividad, sino que también *es necesario que existan prácticas judiciales* que conviertan dicho instrumento legal en una efectiva tutela de los derechos fundamentales.[174]

Tal es el sentido que hasta la propia Corte IDH le otorga al *habeas corpus* colectivo o genérico, y ello lo ha sentado de manera clara en el caso "Instituto de Reeducación del Menor", en el cual estableció que "dicho recurso tiene como finalidad salvaguardar los derechos y garantías de las personas legalmente detenidas y cuya situación se agrava debido a que son sometidas a violencia física, psíquica o moral" concluyendo que se trata de "un recurso al que tienen derecho las personas en virtud del art. 25 de la Convención".[175]

En efecto, hemos reiterado en varias oportunidades la amplia gama de normas nacionales y bonaerenses que contemplan el *habeas corpus* como instrumento rápido y sencillo que debe presentarse ante cualquier tribunal. Pese a ello, la decisión de la Cámara de Apelaciones y Garantías de San Nicolás resolvió de manera contraria tornado ilusoria la acción planteada. En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que los recursos son ilusorios "cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos".[176]

Acorde a lo analizado, el rechazo ha dejado sin un recurso judicial a las presuntas víctimas, por lo cual generó una clara violación al art. 25 de la CADH y, al mismo tiempo, una falta de aplicación de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH en materia de protección judicial, lo que genera, en definitiva, una inaplicación del control de convencionalidad.

b) Caso N° 2: Unidad Penal 45 de Melchor Romero

Con fecha 6 de enero de 2014, el Comité Contra la Tortura presentó un *habeas corpus* colectivo denunciando agravamiento de las condiciones de detención de la Unidad Penal N° 45, anexo mujeres, del Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB) en favor de todas las personas detenidas en dicha unidad. En su escrito denunció:

- Agravamiento de las condiciones de detención que deterioran el cuadro clínico de las mujeres internadas.
- Falta de condiciones de higiene y salud.
- Requisas realizadas sin un trato digno.
- Presencia de animales en el sector de alimentos.
- Falta de personal adecuado en sectores de higiene y salud.
- Prácticas de torturas hacia las detenidas.

173 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24. En el mismo sentido, Caso Cinco Pensionistas, párr. 136; Caso Cantos, párr. 52; y Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párrs. 136-137.

174 Corte IDH. Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 99.

175 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, *op. cit.*, párr. 243.

176 Corte IDH. Caso "Ivcher Bronstein Vs. Perú", *op. cit.*, p. 137.

El Juzgado de Garantías N° 5 del Departamento Judicial de La Plata, con fecha 18 de septiembre de 2014, resolvió rechazar el *habeas corpus* colectivo con los siguientes argumentos:

> Siendo que el saneamiento de las condiciones como las expuestas constituyen objeto de la política encarada por el Tribunal Supremo al dictar las reglamentaciones referidas, considero que no procede la vía intentada por los presentantes, toda vez que no se individualizan a las detenidas cuyas condiciones de detención se han visto agravadas.
>
> A mi criterio, los señalamientos efectuados deben ser elevadas a la Subsecretaría de Personas Privadas de la Libertad de la Suprema Corte de Justicia, órgano que cuenta con los mecanismos apropiados para gestionar políticas apropiadas, con el objeto de paliar progresivamente eficiencias y/o irregularidades denunciadas".

Asimismo, resolvió el rechazo sin hacer lugar a la audiencia que marca la ley procesal.[177]

1) Control de condicionamientos de la CSJN en Verbitsky

- Búsqueda urgente de la solución del conflicto: en la resolución del Juzgado de Garantías se percibe una total falta de criterios hermenéuticos adecuados tendientes a resolver el conflicto, ya que se aducen –de manera errónea– normativas de inferior jerarquía –acordadas de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA)– que las normas constitucionales y convencionales que obligan a los magistrados a resolver tales asuntos. En efecto, tal como vimos en los informes denunciados, este tipo de respuestas abre las puertas para que el habeas corpus ingrese en senderos que en los pasillos judiciales se denominan popularmente como "laberinto judicial". Asimismo, las Acordadas mencionadas NN° 3415/08178 y 3625/13179, sancionadas con posterioridad a "Verbitsky", no contemplan ningún procedimiento contencioso para resolver la cuestión, facultad que tampoco posee la Subsecretaría de Personas Privadas de la Libertad.
- Velar por el cumplimiento del art. 18 de la CN: las cuestiones denunciadas constituyen un tratamiento inhumano, sin embargo, en ninguna parte de la resolución se hace mención a la cláusula constitucional del art 18. Sí se advierte una fuerte contradicción en la respuesta judicial, ya que en la parte considerativa se aduce que:

> Observo que efectúan [los accionantes] consideraciones generales sobre situaciones advertidas dentro del anexo de mujeres de la Unidad Número 45 de Melchor Romero. Consideraciones que se refieren a aspecto del estado edilicio, estado higiénico, régimen carcelario

177 Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, artículo 412 (Texto según Ley N° 13.252): "Audiencia. El órgano interviniente, deberá designar audiencia oral a tal fin a todos los interesados. Tanto el requirente como el requerido deberán contar con asistencia letrada cuando corresponda, a quienes se dará oportunidad para que se pronuncien por sí o por intermedio de sus letrados. La audiencia comenzará con la lectura de la petición de *Habeas Corpus* o acta labrada a tal fin y demás informes que se estimen convenientes".

178 La Acordada N° 3415/08 de la SCBA establece el procedimiento para las denominadas "visitas institucionales". Asimismo crea un Comité departamental permanente para tratar ese tipo de asuntos y declara que la Subsecretaría de Personas Privadas de la Libertad llevará un registro de actuaciones sobre *habeas corpus*.

179 La Acordada N° 3625/13 de la SCBA es modificatoria de la N° 3415/08 y establece la obligación para todos los organismos judiciales de informar a la Subsecretaría de Personas Privadas de la Libertad cada vez que se presente un *habeas corpus* por condiciones de detención.

impuesto, servicio de salud, alimentación e incorporación a programas de educación o recreativos, entre otros.

Sin embargo, luego se decide "Rechazar la acción de habeas corpus" sin una respuesta lógica que respete lo descripto en la parte considerativa.

- Resolver acorde al principio de trato digno y humano: en ningún pasaje de la resolución se observan menciones a la normativa internacional, alegándose una incompetencia basada en la existencia de procedimientos contemplados en Acordadas de la SCBA.
- Evitar la responsabilidad internacional del Estado: la respuesta judicial, de mantenerse en instancias superiores habilitaría una posible responsabilidad para el Estado argentino, ya que –como veremos– las conductas desplegadas violarían los arts. 1.1, 7, 8 y 25 de la CADH.
- Resolver acorde al nuevo marco de legitimación del habeas corpus colectivo: el Juzgado de Garantías platense indica que deben individualizarse cada una de las mujeres detenidas conforme a los procedimientos establecidos en las reglamentaciones citadas. Esta cuestión, totalmente alejada del contenido marcado en las normativas citadas, afecta de manera clara el sentido colectivo del amparo contemplado en el texto constitucional, que en ningún momento exige la individualización estricta de los afectados, sino la identificación de un colectivo determinado. Tal como lo ha señalado la Comisión, la acción no pretende ser una actio popularis con presuntas víctimas innominadas, sino que se trata de presuntas víctimas que están plenamente identificadas y que sus nombres están en poder del Estado –en este caso, todas las mujeres alojadas en la U.P. N° 45–.180 Dicha circunstancia tampoco es exigida por la CSJN en "Verbitsky". Por lo tanto, el Juzgado adoptó un criterio más restrictivo que los exigidos por los organismos del SIDH, el máximo tribunal y la legislación nacional –cuya normativa permite a las provincias aplicar criterios de mayor progresividad en cuanto a la protección de las víctimas, pero vedando la aplicación de criterios restrictivos–.
- Utilizar instrumentos de Soft Law como estándares internacionales de derechos de personas privadas de la libertad: del análisis de la resolución mencionada, en ningún momento se percibe la aplicación de estándares internacionales, en especial sobre aquellos que atañen al debido proceso legal, como el Principio V de la Resolución N° 1/08 de la CIDH o el Principio X de los Básicos para el Tratamiento de Reclusos –entre otros–.

2) Análisis desde el control de convencionalidad

En el entendimiento del control de convencionalidad, los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, tal como lo ha hecho el Estado argentino, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En el caso que nos ocupa, pese a que el Juzgado no aplicó una norma

180 Ver en Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, *op. cit.*, párr. 103.

"inconvencional" –las acordadas de la CSJN–, interpretó de forma restrictiva esas normativas rechazando la acción y mermando los efectos del *habeas corpus* dejando sin recurso a las presuntas víctimas.

Asimismo, hemos reiterado en el desarrollo del primer capítulo que el Poder Judicial tiene el deber de controlar la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los otros poderes del Estado. En ese sentido, la Corte IDH ha dicho que:

> cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.[181]

Lo anterior, dice Ferrer Mac-Gregor, establece que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen, además, una obligación de realizar una "interpretación convencional" verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular resultan "compatibles" con la CADH; de lo contrario, su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, lo que produciría una violación internacional.[182] En este sentido, la decisión errónea –con el pretexto de una norma de baja jerarquía– que niega el acceso a la justicia a los reclamantes del recurso no hace más que alejarse de la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que torna inefectivo el recurso presentado y atenta contra el derecho a la protección judicial efectiva (art. 25 de laCADH), como también contra los derechos denunciados en la acción (integridad personal). En definitiva, en la resolución analizada se percibe una enorme falta de adopción de criterios que atiendan a la dignidad de las personas y, por lo tanto, una inaplicación del control de convencionalidad susceptible de generar responsabilidad internacional.

c) Casos sobre Unidades Penitenciarías de Magdalena (Caso N° 3 y N° 4):

De la investigación de campo realizada, hemos hallado que el Juzgado de Garantías N° 5 de la ciudad de La Plata ha brindado respuestas similares en varias ocasiones. De esta manera, pudimos encontrar las siguientes acciones rechazadas:

1) Resolución de fecha 23 de septiembre de 2014, por medio de la cual se rechaza una acción de *habeas corpus* colectivo en favor de los detenidos en la U.P. N° 36 de Magdalena.

En la presentación del CCT se denunció que "existe un régimen de encierro de 24 hs. en celda propia, sin acceso a duchas, instancias educativas y/o laborales. Se advierte la existencia de olor nauseabundo proveniente de las precarias letrinas ubicadas en el sector, el que por otra parte se encuentra hacinado. Señalan que la alimentación es de pésima calidad –cuando la desproporcionan– ya que existe una práctica sistemática de no hacerlo los días viernes, sábados y domingos. En el sector denominado depósito el SPB no [se] conserva ningún tipo de patrón de clasificación poblacional, ya que se alojan personas con afecciones como tuberculosis o VIH –sin ningún tipo de atención médica o tratamiento diferencial–. Consignan que se relevaron casos en los cuales se denuncia la incitación por parte del personal penitenciario

181 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. *Op. Cit*, párr. 123.

182 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, documento electrónico: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext. Acceso julio 2015.

a determinados detenidos para agredir o matar a otros, a cambio de traslados a unidades cercanas en sus respectivos domicilios o cambiarlos de pabellón".

2) Resolución de fecha 31 de diciembre de 2014, por medio de la cual se rechaza una acción de *habeas corpus* colectivo en favor de los detenidos en la U.P. N° 51 de Magdalena.

El CCT denunció en su presentación que "varias detenidas sufrieron una represión en el pabellón denominado 'planta alta, en la represión intervino personal masculino de la unidad, el cual, por medio de la utilización de gas pimienta, balas de goma y golpes, causó heridas en las piernas y espaldas de las mujeres detenidas alojadas en el pabellón. Señalan también la falta de suministro de implementos de aseo y limpieza, la precaria alimentación proporcionada –la cual consiste en escasas porciones de patatas y porotos con guiso–. Igualmente se denuncian malos tratos de personal penitenciario con las familias que visitan a las detenidas, ya que recurren a prácticas vejatorias en las requisas a niños, niñas y demás familiares".

Para el tratamiento de estas decisiones, en honor a la brevedad, nos remitiremos al análisis anterior, ya que los argumentos aducidos por el órgano judiciario fueron idénticos a los expuestos en el Caso N° 2, es decir, falta de individualización de las detenidas y su posterior remisión a la Subsecretaría de Personas Privadas de la Libertad para que decida las acciones por las cuales se denunciaban fuertes agravamientos en las condiciones de detención.

2.2. Resoluciones favorables

Ahora bien, luego de analizar las sentencias por medio de las cuales se rechazan los *habeas corpus*, pasaremos a tratar resoluciones que han acogido favorablemente las acciones, en particular sentencias que han aplicado criterios convencionales para invalidar normas o que han utilizado estándares internacionales para intentar adecuar las condiciones de detención a lo que ajusta el art. 18 de la CN. El criterio de selección utilizado fue la nutrida invocación a normativas atinentes a proteger las condiciones de privación de la libertad y el mecanismo de control normativo implementado. Sin embargo, como veremos, en la práctica se presentan algunas dificultades.

a) Caso N° 5: Las unidades del Complejo Batán

El caso "Batán" es emblemático, ya que por sus condiciones ha sido objeto de un sinnúmero de presentaciones de *habeas corpus* o actuaciones del art. 25, inc. 3, del CPP[183] por parte de organizaciones y defensorías públicas, que lo alzan como uno de los complejos penitenciarios más denunciado del país. Sin embargo, hemos identificado algunas resoluciones sobre estos establecimientos que presentan características comunes y que intentaremos ir desmenuzando. A continuación nos centraremos en el siguiente caso: *Habeas corpus* interpuesto por el defensor general de Casación y la defensora general de Mar del Plata ante la Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata.

Con fecha 30 de mayo de 2013, el defensor de Casación de la provincia de Buenos Aires, Dr. Mario Luis Coriolano, y la defensora general del Departamento

183 "Artículo 25 (Texto según Ley N° 14.296) Juez de Ejecución. - El Juez de Ejecución conocerá: (…) 3. En las cuestiones referidas a la observancia de todas las garantías incluidas en las Constituciones de la Nación y de la Provincia y en los Tratados Internacionales con relación al trato a brindarse a las personas privadas de su libertad que se encuentren condenadas".

Judicial de Mar del Plata, Dra. Cecilia Margarita Boeri, presentaron *habeas corpus* genérico respecto de las personas privadas de libertad alojadas en el complejo Batán, del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires alegando un agravamiento en las condiciones de detención y la consecuente vulneración de derechos reconocidos en la Convención (arts. 5.1, 5.2, 5.6, 7.3, 7.6 y 26 de la CADH).

En su presentación adujeron, entre otras razones:

- Hacinamiento.
- Falta de elementos y condiciones de higiene.
- Presencia de roedores.
- Mal estado edilicio.
- Falta de alimentación adecuada.
- Malas condiciones de salud.

Con fecha 17 de junio de 2013, la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial de Mar del Plata resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los accionantes prohibiendo nuevos ingresos a las Unidades Penales NNº 15 y 44 de detenidos procedentes de otros departamentos judiciales, decisión que se adoptó con carácter provisorio durante la sustanciación de la acción y en atención a la apremiante situación verificada.

1) Control de condicionamientos de la CSJN en "Verbitsky"

- Búsqueda urgente de la solución del conflicto: a lo largo de la resolución, puede apreciarse una actitud proactiva del organismo, en miras a resolver el conflicto, tal es así, que se puede observar una gran cantidad de remisiones a "Verbitsky" en torno a la actividad que deben tener los jueces con respecto a estos asuntos. En efecto, en el punto III se establece: "Tal imperativo estatal aparece íntimamente vinculado con el carácter operativo de la máxima contenida en el art. 18 CN, que –conforme se destacara en el ya citado caso "Verbitsky"– impone 'la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifieste también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral' (consid. N° 36 del voto de la mayoría, con remisión a Fallos: 318:2002)".
- Velar por el cumplimiento del art. 18 de la CN: en la resolución de la Cámara de Apelaciones y Garantías se aprecia un gran apego al mandamiento constitucional del art. 18. En efecto, el párrafo citado ut supra es un claro ejemplo del sentido constitucionalista que el órgano juzgador tiene con respecto al estado de las unidades penitenciarias.
- Resolver acorde al principio de trato digno y humano: dicho principio es aplicado de manera explícita. En efecto en su punto III, la Cámara establece: "Sabido es que –ya desde 1853– la Constitución Nacional reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humanitario, al prescribir que 'las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas' (art. 18 CN)".
- Evitar la responsabilidad internacional del Estado: este punto es ampliamente contemplado en la resolución, en particular en el punto V, donde la Cámara no dejar margen de apreciación al pronunciar lo siguiente: "Llegado este punto resulta posible afirmar –a nuestro criterio y dentro del grado de conocimiento

que demanda la naturaleza cautelar de la pretensión instaurada– que las actuales condiciones de detención tienen entidad para configurar un trato cruel, inhumano y degradante para el colectivo de personas alojadas en las Unidades Penales NN° 15, 44 y 50, susceptibles –incluso– de comprometer la responsabilidad del Estado Nacional".

- Resolver acorde al nuevo marco de legitimación del habeas corpus colectivo: en la resolución no se encuentra ningún capítulo referido a la legitimación de la acción colectiva. Sin embargo, resulta inexorablemente clara la aprobación al sentido colectivo de la acción. Una muestra de ello es la referencia que el organismo hace al art. 43 de la CN al citar las normativas por las cuales se funda la decisión.
- Utilizar instrumentos de Soft Law como estándares internacionales de derechos de personas privadas de la libertad: la sentencia aplica los estándares internacionales en la materia. En efecto, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de Naciones Unidas son citadas explícitamente como estándares internacionales obligatorios. En ese sentido, el organismo advierte:

> Este postulado armoniza plenamente con los principios que dimanan tanto de los tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía –llamados, a partir de la reforma constitucional de 1994, a fortalecer la línea trazada en el texto original (art. 75, inc. 22 CN, XXV DADyDH, 5 DUDH, 5-2 CADH)– como de las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, que –en opinión de nuestro máximo tribunal– se han convertido en el estándar internacional que rige la materia, cuyas recomendaciones no pueden inobservarse.

2) Análisis desde el control de convencionalidad:

Si bien la decisión no hace mención en forma expresa al control judicial de normas penitenciarias, en varios pasajes podemos encontrar la referencia a la interpretación de la Corte IDH como criterio hermenéutico de las normas nacionales de ejecución de la pena. En ese sentido, el órgano establece

> estos principios –por los estándares internacionales citados– se encuentran expresamente receptados en las Leyes N° 24.660 (arts. 3, 4, 9 y 11) y N° 12.256 (arts. 3 y 10) y contribuyen a reafirmar que la privación de la libertad no puede materializarse de cualquier modo. Por el contrario, constituye un deber inexcusable de los poderes públicos velar por que la misma se ajuste a las condiciones mínimas de trato y alojamiento prescriptas legal y constitucionalmente, en virtud de la posición especial de garante en que el estado se encuentra frente a quien –por las circunstancias propias del encierro– se ve impedido de satisfacer por sus medios una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

En ese sentido, existió una interpretación "convencional" por parte del organismo judicial, ya que pone énfasis en el deber que tiene el Poder Judicial de actuar en casos de violaciones a la integridad personal realzando la posición de garante del Estado frente a circunstancias que ocurrieron en situación de encierro. Para esa solución, aplicó no solo la CADH, sino que también, con sentido vinculante, la jurisprudencia de la Corte IDH citando de manera expresa sus pronunciamientos como, por ejemplo, el caso "Instituto de Reeducación del Menor". Esta circunstancia es clave para entender la posibilidad al recurso judicial que el organismo reconoce a las presuntas víctimas como, así también, para comprender una de las modalidades del control que

–de manera obligatoria– deben realizar los jueces y juezas sobre los actos de la administración cuando existen violaciones a las disposiciones de la Convención.

En definitiva, si bien los jueces no realizaron un "control de convencionalidad" estricto, cierto es que interpretaron las normas nacionales –las leyes de ejecución– en claro ajuste a la Convención Americana. Esta cuestión resulta motivo suficiente para adoptar esta decisión como modelo de implementación del mecanismo que, como vimos en el punto 2.2, requiere la aplicación de normas domésticas en consonancia con el Pacto y su jurisprudencia.

2.1.1. El caso Yubero Coria: inconstitucionalidad de oficio en los traslados

Previo a pasar al tratamiento de los restantes casos que hacen al objeto de la investigación, describiremos de manera breve, un *habeas corpus* individual en favor de un interno trasladado a la Unidad Penal de Batán que, si bien no forma parte de la modalidad de acción analizada, sirve de ejemplo, ya que es un caso donde se declara la inconstitucionalidad de una norma mediante un *habeas corpus*.

Jonathan Yubero Coria fue trasladado a la Unidad Penitenciaria N° 15 de Batán sin autorización legal ni trámite de ningún tipo, debido a una maniobra efectuada por el Servicio Penitenciario Bonaerense en represalia por plegarse a una huelga de hambre llevada a cabo por una gran cantidad de internos. Su abogado interpuso un *habeas corpus* por agravamiento de condiciones de detención, ya que el traslado dispuesto no contó con ningún control judicial, afectaba su vínculo familiar, defensa en juicio y acceso a la justicia. El 15 de abril de 2010 el Juzgado de Garantías N° 5 de Mar del Plata dispuso:

- Hacer lugar al habeas corpus.
- Declarar la inconstitucionalidad del art. 73 de la Ley N° 12.256 de Ejecución Penal, en tanto permiten el movimiento y distribución de los procesados por parte del SPB, sin control judicial previo que analice los motivos en que se fundamenta la pretensión de traslado y que autorice dicho movimiento, por vulnerar dicha disposición los derechos fundamentales de control judicial en las condiciones de detención, defensa en juicio y acceso a la justicia y derecho al vínculo familiar del sujeto privado de libertad (arts. 18, 19, 75, inc. 22 de la CN; 5.2 y 5.6 de la CADH; 7, 10.1 y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; 3 y 9 de la Ley provincial N° 12.256 y los arts. 3, 10, 72, 73 de la Ley N° 24.660).

Si bien la resolución no se basó en la presentación de una acción colectiva, citamos la decisión como buen modelo del control de convencionalidad, ya que –con independencia del *nomen iuris* utilizado– el magistrado puso en relevancia el Pacto, la jurisprudencia de la Corte IDH y otros estándares que hacen al *corpus iuris* interamericano por sobre la normativa provincial declarando su inaplicabilidad. Pese a ello, la resolución no pudo ejecutarse, dado que, como veremos a continuación, fue recurrida en varias oportunidades por el Poder Ejecutivo provincial.

2.1.2. Dificultades prácticas de los habeas corpus favorables

Hasta aquí hemos visto resoluciones que estimamos ajustadas a lo prescripto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, hemos tomado como ejemplo la situación particular del Complejo Batán que, pese a que sus condiciones edilicias parecieran ser similares a las que presentan el resto de las unidades carcelarias provinciales, ha sido apodada por algunas organizaciones civiles como la "niña mimada" del Departamento Judicial de Mar del Plata,[184] en alusión a la gran presencia de operadores judiciales comprometidos con los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en la jurisdicción quienes adoptan medidas positivas y ajustadas a parámetros internacionales. Sin embargo, como veremos a continuación, ese activismo judicial que decide a favor de los *habeas corpus* colectivos encuentra algunas dificultades que –toleradas por algunos actores judiciales– terminan obstaculizando la efectiva implementación en la práctica de las medidas dispuestas, situación que inexorablemente incide de forma directa en el agravamiento de la situación carcelaria.

En ese sentido, si nos atenemos a verificar la suerte que corrió la resolución de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata, que hizo lugar al *habeas corpus* colectivo analizado *ut supra*, podemos apreciar que desde su interposición por el defensor general de Casación y la defensora general de Mar del Plata, en junio de 2013 hasta diciembre de 2014 –fecha que tomamos como última referencia–, el *habeas corpus* no fue resuelto y las medidas cautelares dictadas se encontraban incumplidas. Según la Defensoría de Casación Bonaerense, esta atraso se ha debido a las reiteradas recusaciones infundadas y a la permanente actividad recursiva del Poder Ejecutivo, tolerada por el Poder Judicial, que ha dilatado el proceso hasta tornarlo inútil como mecanismo de tutela inmediata, ya que los recursos son, a su vez, concedidos con efectos suspensivos.[185]

En efecto, luego del dictado de la resolución analizada, sucedió lo siguiente:

- Con fecha 5 de julio de 2013, la Cámara Departamental amplió el dictado de medidas cautelares estableciendo la reubicación de los internos pertenecientes a otros departamentos judiciales, la limitación y restricción de ingreso por el lapso de 60 días a las Unidades NN° 15, 50 y 44, requiriendo información al Ministerio l de Justicia y Seguridad de la Provincia y al Ministerio de Salud de la Provincia.
- Con posterioridad, el Ministerio de Justicia de la Provincia intentó recusar a un juez de la Cámara, moción que fue rechazada.
- Meses más tarde, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía de Estado de la Provincia interpusieron recurso de casación denunciando la afectación a la imparcialidad debido al rechazo de la recusación, la invasión de competencias del Poder Ejecutivo, la falta de bilateralidad al no haber intervenido en la audiencia y la existencia de litispendencia por haber otros procesos en trámite por el mismo objeto procesal.

184 Ver en CIDH. Exposición de la Asociación Pensamiento Penal en audiencia temática ante la sobre "Situación de las personas privadas de la libertad en la Provincia de Buenos Aires", llevada a cabo el 28/10/2014 en Washington D. C., documento electrónico disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/topics.aspx?lang=es. Actualización julio de 2015.

185 Ver *Presentación de la Defensoría de Casación Bonaerense ante la CIDH*, documento electrónico disponible en: http://www.defensapublica.org.ar/novedades/Peticion_CIDH_recurso_efectivo_en_tiempo_%C3%BAtil.pdf. Acceso julio de 2015.

- Con fecha 18 de marzo de 2014, el Tribunal de Casación reenvía las actuaciones a la Cámara para la celebración de la audiencia con intervención del Ministerio de Justicia.
- Se fija nuevamente la audiencia en la Cámara de Mar del Plata.
- Días después, el Ministerio de Justicia vuelve a recusar a los jueces.
- La cuestión es dirimida por la Sala III de la Cámara Departamental que finalmente rechaza la recusación.
- Contra el rechazo de la recusación, el Ministerio de Justicia interpone nuevo recurso de casación, el cual es denegado, lo que motivó la interposición de un nuevo recurso de queja que a diciembre de 2014 se encontraba pendiente de resolución.
- Contra esa decisión, la Defensoría de Casación interpuso una presentación ante la CIDH, la cual abre la instancia para una eventual sanción internacional al Estado argentino.

Estas prácticas judiciales hacen que el *habeas corpus* genérico por agravamiento en las condiciones de detención no se constituya en la práctica como un recurso "eficaz", ya que no es resuelto dentro de un plazo razonable. Al mismo tiempo, al otorgarse efectos suspensivos a los recursos presentados por el Poder Ejecutivo, se desnaturaliza el sentido útil de la acción –ya que las violaciones denunciadas siguen persistiendo– y, por lo tanto, de su función protectora, pues deja de ser un remedio rápido, sencillo e idóneo contra las violaciones a los derechos reconocidos en la CADH atentando contra el deber general de garantía del art. 1.1 y al derecho a protección judicial del art. 25.

Asimismo, según este organismo oficial, la situación analizada se produce en un contexto de incumplimientos generalizados de las decisiones judiciales que resuelven *habeas corpus* genéricos por agravamiento de las condiciones de detención:

> En todos los procesos que se inician por las condiciones en las que se encuentran las personas detenidas, el Poder Ejecutivo Provincial, a través del Ministerio de Justicia o la Fiscalía de Estado, interviene en los mismos efectuando planteos dilatorios tales como recusaciones reiteradas –cuando en el trámite del habeas corpus no está previsto–, impugnaciones en todas las instancias judiciales, dilatando los procesos durante años.[186]

Para finalizar, a modo de ejemplo, citaremos una serie de actuaciones judiciales en relación con personas detenidas en el Complejo Batán, las cuales –según la Defensoría Pública– han corrido la misma suerte y se encuentran incumplidas.[187]

• Causa N° 4016 caratulada "Habeas corpus colectivo en favor de los internos alojados en la Unidad Penal N° 44 de Batán" de fecha 02/03/2012.

• Causa N° 7726 caratulada "Internos alojados en la Unidad Penal N° 15, Batán s/ actuaciones artículo 25, inc. 3, del CPP", tramitada ante el Juzgado de Ejecución Nº 1 de Mar del Plata.

• Causa N° 7813 caratulada "Unidad Penal N° 15 Batán s/ actuaciones art. 25, inc. 3 del CPP", ante el Juzgado de Ejecución Nº 1 de Mar del Plata.

186 Ibíd., p. 44.

187 Ibíd., pp. 44-74.

• Causa N° 3411 caratulada "Habeas corpus colectivo" ante el Juzgado de Garantías Nº 5 de Mar del Plata.

• Causa N° 7813 caratulada "Unidad Penal N° 15 Batán s/ actuaciones art. 25, inc. 3 del CPP", ante el Juzgado de Ejecución Nº 1 de Mar del Plata.

• Causa N° 10.018 caratulada "Internos alojados en el Complejo Penitenciario Batán s/ actuaciones art. 25, inc. 3 CPP" tramitada ante el Juzgado de Ejecución Nº 1 de Mar del Plata.

• Causa N° 9571 "Internos alojados en régimen abierto de la UP N° 15 s/actuaciones a tener del art. , inc. 3 CPP" que tramita ante el Juzgado de Ejecución Nº 1 de Mar del Plata.

• Causa N° 11.892 caratulada "Complejo Penitenciario Batán s/ actuaciones art. 25, inc. 3 del CPP" de trámite ante el Juzgado de Ejecución Nº 1 de Mar del Plata.

• Causa N° 331 caratulada "Internos alojados en la Sección Sanidad de la UP N° 15 s/ Habeas Corpus Correctivo" tramitada ante el Juzgado de Ejecución Nº 2 de Mar del Plata.

• Causa Nº 881/1 caratulada "Internos UP.15 Sección Máxima s/ Habeas corpus", de trámite ante el Juzgado de Ejecución Nº 2 de Mar del Plata.

• Causa Nº 1658 de actuaciones caratuladas "Internos de la UP NN° 15-44 y 50 s/ Habeas corpus correctivo" de trámite ante el Juzgado de Ejecución Nº 2 de Mar del Plata.

• Causa N° 1925 "Habeas corpus a favor de los internos alojados en la Unidad Penal N° 44" de trámite ante el Juzgado de Garantías Nº 4 de Mar del Plata.-

Consideraciones finales

La situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires, como en toda la República Argentina, requiere una evaluación que analice la actividad de todos los poderes del Estado. Diversas investigaciones se han dedicado a tratar algunos de esos asuntos, sin embargo, en la presente tesis nos hemos detenido a observar la responsabilidad del Poder Judicial en su contribución al agravamiento de la situación bajo el análisis de algunas respuestas judiciales concretas frente a presentaciones de *habeas corpus* colectivos. Ello, en el marco de un contexto interamericano, donde las más altas esferas de justicia –a través de su desarrollo jurisprudencial– exigen la obligación para todas las autoridades nacionales de aplicar normas y parámetros internacionales que tiendan a garantizar un trato digno y humanitario a quienes están privados de su libertad.

En ese sentido, a partir del surgimiento de la doctrina convencional, la Corte IDH creó un nuevo marco de diálogo entre las normas nacionales y el *corpus iuris* interamericano estableciendo la obligación *ex officio* que tienen los jueces de interpretar las normativas locales en ajuste al *corpus iuris* interamericano, en particular, al Pacto y a la jurisprudencia de ese Tribunal. Este criterio interpretativo, tal como observamos, fue adoptado –a su vez– por la CSJN de la Argentina, organismo que adicionó a ese cuerpo hermenéutico un elemento más: las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

Por otro lado, tal como hemos descripto, con posterioridad al fallo "Verbitsky", el escenario construido a través de las políticas públicas penitenciarias bonaerenses precisó una profundización en su control judicial, especialmente en la etapa de ejecución. Esta cuestión, junto con la aparición simultánea del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano, pretendía redoblar el compromiso de los funcionarios judiciales con los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, a que se respete y garantice su dignidad, su vida e integridad física, psicológica y moral.

Al mismo tiempo, para corregir el agravamiento en las condiciones de detención masivas, la CSJN reconoció la existencia del *habeas corpus* colectivo por condiciones de detención delineando los estándares y principios que deben aplicar los jueces locales para resolver ese tipo de asuntos. Esta nueva herramienta –tal como apreciamos– fue posteriormente utilizada por distintas organizaciones de derechos humanos y defensorías públicas, las cuales presentaron una amplia cantidad de acciones colectivas ante la justicia bonaerense. Sin embargo, pese a haber transcurrido casi una década del citado fallo, las unidades penitenciaras y comisarías bonaerenses continuaron superpobladas, a punto tal que en el año 2014, la provincia presentó la cifra más alta de personas privadas de su libertad de toda su historia. Esta circunstancia, sumada a las descriptas en el capítulo anterior, llevó a que –a través de una selección estratégica de casos sobre *habeas corpus* colectivos– intentemos verificar la aplicación de los estándares delineados en el fallo y el uso judicial del control de convencionalidad.

En este marco, luego de analizar las resoluciones e informes de las organizaciones que trabajan a diario con personas privadas de la libertad, resulta más que evidente que gran parte de operadores judiciales bonaerenses no han atendido los criterios y estándares marcados por la CSJN en "Verbitsky". Dicho incumplimiento resulta notorio al observar el tipo de respuesta judicial que hemos descripto en las decisiones que rechazan este tipo de acciones,[188] las cuales demuestran un total desprecio y despreocupación por arribar a una solución del conflicto carcelario, como así también una falta de comprensión de los principios y estándares en materia de privación de la libertad, en especial, el *pro homine* y las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de Naciones Unidas.

La falta de aplicación del control de convencionalidad constituye una de las causales que más impacta en la responsabilidad del Poder Judicial en torno al problema penitenciario. En efecto, las respuestas generales que identificamos de los informes que impiden dar curso a la acción (rechazo por cuestiones de facto, incompetencia, entre otras), sumada a los escasos argumentos jurídicos encontrados en las resoluciones estudiadas (casos NN° 1, 2, 3 y 4), demuestran una falta total de conformidad entre las normas jurídicas domésticas con lo establecido en el Pacto y su jurisprudencia desvirtuando de manera completa los efectos útiles del habeas corpus colectivo por condiciones de detención.

Sin embargo, tal como vimos en el caso de Batán, algunas de esas acciones son acogidas por la justicia mediante resoluciones ajustadas a estándares internacionales, que ordenan al Poder Ejecutivo la adopción de medidas positivas. Este tipo de

188 Ver punto Respuestas generales identificadas en los informes del CELS y la CPM.

decisiones, aunque no lo enuncian de forma expresa, aplican un control de convencionalidad, ya que en su lógica efectúan una comparación entre las disposiciones del derecho interno y el "bloque de convencionalidad" o *corpus iuris* interamericano, a diferencia del control clásico de constitucionalidad, que solo coteja las normas internas con la Constitución de cada Estado. A su vez, pese a no declarar explícitamente "inconvencional" una norma local, constituyen buenos modelos del mecanismo de control requerido por la Corte IDH. En efecto, dado el nuevo paradigma hermenéutico interamericano, apreciamos la existencia de un cambio constitucional que, de manera paulatina, perfila el "control de constitucionalidad" en un "control de convencionalidad" o "control de supraconstitucionalidad".

Por otro lado, a pesar de la escasa presencia de este tipo de decisiones favorables, la existencia de prácticas judiciales consistentes en la interposición de apelaciones o recusaciones por parte del Poder Ejecutivo y toleradas por algunos magistrados, generaron –en una gran cantidad de casos– que los *habeas corpus* favorables no se resuelvan en tiempo razonable, tornando al amparo colectivo en un instrumento "ineficaz". Esta situación, presentada de manera generalizada –tal como obra en el informe de la Defensoría de Casación–, no hace más que atentar contra la propia "protección judicial" del amparo colectivo por condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires.

De esa forma, pese a que la Corte IDH consagra el principio *iura novit curia* e impone el deber de aplicar las normas locales conforme a la Convención, vemos que gran parte de los operadores judiciales bonaerenses continúan invocando la aplicación excesiva de formalismos, se desentienden de la situación y/o conceden recursos con efectos suspensivos en casos donde se encuentran presentes graves violaciones de derechos humanos dejando sin un recurso a las víctimas, quienes se encuentran bajo el deber de garantía del Estado que emana del art. 5 de la CADH.

En ese sentido, este tipo de decisiones no hace más que generar responsabilidad internacional por violación del art. 25 de la CADH, que impone a los Estados la obligación de garantizar un debido proceso a los amparos, los cuales deben ser resueltos en un plazo razonable para proteger los derechos tutelados. Además de las violaciones al art. 5, este tipo de resoluciones también atentan contra el art. 1.1 de la CADH por la grave inobservancia de la "efectividad" en términos del principio del *effet utile* que impone a los Estados "adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido", criterio que –para la Corte IDH– constituye una obligación de resultado.[189]

En efecto, la vinculación entre *habeas corpus* y control de convencionalidad resulta clave para entender una de las posibles piezas de la solución al problema carcelario. No obstante, para que esto suceda se requiere que los jueces apliquen el control difuso de convencionalidad de las normas que, a su vez, demanda a los magistrados un mayor conocimiento y aplicación de principios referidos a la interpretación del *corpus iuris* interamericano en forma complementaria con los aportes del derecho internacional de los derechos humanos, en este caso, en materia de privación de la libertad. El control judicial efectivo y el debido proceso en la ejecución del internamiento es

189 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, *op. cit.*, párr. 101.

una condición necesaria para lograr prevenir violaciones a los derechos de las personas que se encuentran encarceladas.[190]

Para ello, resulta menester la desaparición del fantasma de la inseguridad jurídica derivada de la interpretación judicial. En dicho sentido, adherimos a Benavante Chorres, en tanto indica que las contribuciones internacionales que generen los jueces de control enriquecerán la convencionalidad del sistema de justicia penal encontrando los justiciables, una tutela judicial efectiva más oportuna, sin la necesidad de esperar la apertura del proceso de amparo.[191] En definitiva, la capacitación de los operadores de justicia en aras de fortalecer su compromiso frente a la protección de los derechos humanos permitirá garantizar la eficacia de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, contribuir a consolidar la implementación de un *ius constitutionale commune* que, en los casos de *habeas corpus*, servirá para brindar mayor efectividad a un recurso fundamental para las personas privadas de la libertad y, si ello sucede, aliviar –en parte– el estado de crisis denunciado.

190 Mario L. Coriolano. *Red Para la Lucha Contra La Tortura. Implementación del Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles o Degradantes*. Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2013, p. 114.

191 Hesberg Benavente Chorres. "El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano", *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 145-200.

BIBLIOGRAFÍA

Albanese, Susana. "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional", en *El Control de Convencionalidad.* Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 1-290.

Benavente Chorres, Hesberg. "El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano", *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 145-200.

Bianchi, Alberto B. "Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad", *La Ley,* 27 de noviembre, 2010, pp. 1-10.

CELS. *Colapso del sistema carcelario.* Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, pp. 1-154.

Comité Provincial por la Memoria. *El sistema de la crueldad*. Informe sobre Violaciones a los Derechos Humanos en Lugares de Detención de la Provincia de Buenos Aires. 2013-2014. La Plata, CPM, 2015, pp. 1-365.

Coriolano, Mario L. *Red Para la Lucha Contra La Tortura. Implementación del Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles o Degradantes*. Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2013, pp. 1-114.

Domínguez González, Pablo. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales: La doctrina del control de convencionalidad*. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, septiembre, 2014, pp. 1-87.

García Belaunde, Domingo. "El habeas corpus en el Sistema Interamericano", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 97, julio-septiembre, 1997, pp. 119-148.

García Ramírez, Sergio. "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Año V, N° 28, julio-diciembre, 2011, pp. 129-159.

Gelli, María Angélica; Gozaíni, Osvaldo Alfredo y Sagüés Néstor Pedro. "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad"*, La Ley*, 2010-E, 26 de marzo, 2011, pp. 1-14.

Gil Domínguez, Andrés. "Control de Constitucionalidad y convencionalidad de oficio", *La Ley*, 2013-A, 2013, pp. 1-5.

Granillo Fernández, Héctor M. y Herbel, Gustavo A. *Código de Procedimiento Penal de La Provincia de Buenos Aires comentado y anotado.* Buenos Aires, La Ley, 2a ed., 2009, pp. 1-1100.

Hitters, Juan Carlos. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, julio-diciembre, 2008, pp. 131-155.

___ "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad", *La ley*, D-1205, 2009, pp. 109-128.

Jauretche, Arturo. *Manual de zonceras argentinas.* Buenos Aires, Peña Lillo, 1968.

Lucchetti, Alberto J. "Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad", en Albanese, Susana: *El Control de Convencionalidad*. Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 144-148.
Nuñez, Ricardo. *Derecho Penal Argentino. Parte Gral.*, tomo II. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1960, pp. 1-357.
Sagües, Néstor Pedro. "Las Sentencias Constitucionales Exhortativas", *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 2, 2006, pp. 189-202.
___ *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, t. 3. Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 1-808.
___ *Derecho Procesal Constitucional. Habeas Corpus*. Buenos Aires, Astrea, t. 4, 2008, pp. 1-600.
___ "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117-135.
___ "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", en Von Bogdandy, A.: *La justicia constitucional y su internalización. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. México, UNAM, Max Planck Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 381-417.
___ "Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano", *La Ley,* Año LXXIV, N° 152, 11 de agosto, 2011, pp. 1-3.
Zuñiga, Torres Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Tesis de Bachillerato en Derecho, Universidad de Lima, Perú, 2012, pp. 1-385.

Documentos electrónicos consultados

Castilla, Karlos. *El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco*, documento electrónico disponible en: http://www.juridicas.unam.mx. Acceso 9 de junio de 2015.
Comité Provincial por la Memoria. *Ojos que no ven. El sistema de la Crueldad II.* Informe sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires 2005-2006, documento electrónico disponible en: http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informe_2006.pdf. Acceso julio de 2015.
___ *El sistema de la crueldad. Informe sobre violaciones a los derechos humanos en lugares de detención de la provincia de Buenos Aires. 2006-2007*, documento electrónico disponible en: http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informe_2007.pdf. Acceso julio de 2015.
___ *Informe Anual 2012*, documento electrónico disponible en: http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informeCPM_curvas_web.pdf. Acceso julio de 2015.
Courtis, Christian. *El caso Verbitsky: ¿Nuevos rumbos del control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, pp. 1-29, documento electrónico disponible en: http://cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf. Acceso junio de 2015.
Daroqui, Alcira. *De la Resocialización a la Neutralización e Incapacitación*, documento electrónico disponible en: http://www.uba.ar/encrucijadas/43/sumario/enc43-resocializacion.php. Acceso 7 de abril de 2015.
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad*, documento electrónico disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf. Acceso 10 de junio de 2015.

___ *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, documento electrónico disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext. Acceso julio 2015.

Gomara, Juan Pablo; Lavalle, Agustín y Zurita, Raúl Vicente. *Del control de constitucionalidad al control de convencionalidad*, pp. 1-8, documento electrónico disponible en: http://www.defensapublica.org. Acceso 6 de junio de 2015.

Kishimoto, Claudio R. *Habeas Corpus*, pp. 1-14, documento electrónico disponible en: http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/E-3.pdf. Acceso junio de 2015.

Malagón, Miguel. *Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela*, documento electrónico disponible en: http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero_de_ Aragon.htm. Acceso junio de 2015.

Sagüés, Néstor Pedro. *El habeas corpus en el Sistema Interamericano*, pp. 1-10, documento electrónico disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/bloquex/El%20Habeas%20Corpus%20en%20el%20SIDH.%20Nestor%20Sag%C3%BC%C3%A9s.pdf. Acceso junio de 2015.

___ *La cláusula de las garantías. El art. 43 de la Constitución Nacional a veinte años de la reforma de 1994*. *Trabajo* presentado en el *XXI Encuentro argentino de profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Universidad de Litoral de Santa Fe, Argentina, del 19 al 21 de agosto de 2004, pp. 1-18, documento electrónico disponible en: http://www.aadconst.org.ar/archivos/art2900.bis.doc. Acceso junio de 2015.

Trucco, Marcelo F. *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*, pp. 1-21, documento electrónico disponible en: http://www.uai.edu.ar/investigacion/contenidos/ganadores/ganadores-2013_El%20control%20de%20convencionalidad%20en%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos.pdf. Acceso 12 de junio de 2015.

Wernicke, Wenceslao. *Antecedentes parlamentarios recopilados*, pp. 1-57, documento electrónico disponible en: http://es.scribd.com/doc/15961307/Ley-23-098-Antecedentes-Parlamentarios-Argentina#scribd. Acceso junio de 2015.

Jurisprudencia consultada

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Comunicado de Prensa N° 64/10.

CIDH. Informe N° 30/97, Fondo, Gustavo Carranza, 30 de septiembre de 2007.

CIDH. Informe N° 41/00, Casos 12.023, 12.044, 12.107, 12.126, 12.146, Fondo, Desmond McKenzie y otros, Jamaica, 13 de abril de 2000.

CIDH. Informe N° 49/01, Casos 11.826, 11.843, 11.846, 11.847, Fondo, Leroy Lamey, Kevin Mykoo, Milton Montique, Dalton Daley, Jamaica, 4 de abril de 2001.

CIDH. Informe N° 48/01, Fondo, Casos 12.067, 12.068 y 12.086, Michael Edwards, Omar Hall, Brian Schroeter y Jerónimo Bowleg, Bahamas, 4 de abril de 2001.

CIDH. Informe N°127/01, Caso 12.183, Fondo, Joseph Thomas, Jamaica, 3 de diciembre de 2001.

CIDH. Informe N° 58/02. Caso 12.275, Fondo, Denton Aitken, Jamaica, 21 de octubre de 2002.

CIDH. Informe N° 76/02, Caso 12.347, Fondo, Dave Sewell, Jamaica, 27 de diciembre de 2002.
CIDH. Informe N° 67/06, Caso 12.476, Fondo, Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre de 2006.
CIDH. Informe N° 78/07, Fondo, Chad Roger Goodman, Bahamas, 15 de octubre de 2007.
CIDH. Informe N° 28/09, Fondo, Dexter Lendore, Trinidad y Tobago, 20 de marzo de 2009.
CIDH. Medida cautelar N° 104/12 sobre el Complejo General San Martín.
CIDH. Resolución N° 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Anzualdo Casto Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de Febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).
Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Sentencia del 8 de diciembre de 1995 (Fondo).
Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Campo Algodonero Vs. México. Sentencia del 19 de enero de 2009.
Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre del 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74.
Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994.
Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia del 20 de Marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia.
Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Heliodo Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. República Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso La última Tentación de Cristo Vs. Chile. Sentencia del día 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.
Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia del 30 de octubre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo).
Corte IDH. Caso López Alvarez Vs. Honduras, Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141.
Corte IDH. Opinión Consultiva 8/87 de 6 de octubre de 1987.
Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.
Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 133.
Corte IDH. Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Suprema de Justicia de la Nación-República Argentina

CSJN. Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional. Sentencia del 6/8/2013.
CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 18/11/2003.
CSJN. Ganadera 'Los Lagos' c/ Nación Argentina. Sentencia del 30/06/1941
CSJN. Fallos 318:514; 311:274; 318:2611; 318:514; 319:1840; 321: 3564.a; 323:4131; 321:3565; 324:3219; 327:3117.
CSJN. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros. Causa N° 17.768C. 14/07/2005
CSJN. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, 13 de diciembre de 2007.
CSJN. Rodríguez Pereyra C/ Ejército Nacional. Sentencia del 27 de noviembre de 2012.
CSJN. Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus. Sentencia del 3 de mayo de 2005.
CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. C.s. V.2.8.1. XVL (31/8/2010).

Jurisprudencia de otros tribunales

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000.
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala constitucional. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90). Sentencia de 9 de mayo de 1995.
Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal, proceso 26.077, sentencia del 1° de noviembre de 2007.
Corte Suprema de Justicia de Panamá. Acuerdo N° 240 de 12 de mayo de 2010.
Suprema Corte de Justicia de República Dominicana. Resolución N° 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003.
Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Expediente Varios 912/2010, decisión de 14 de julio de 2011.
Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente N° 2006-13381-27-RAC). Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010.
Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 (Expediente N° 2730-2006-PA/TC).

Otras fuentes consultadas

Monitoreo realizado por el Consejo de Defensores Generales de la provincia de Buenos Aires sobre el estado de la atención de la salud en los establecimientos dependientes del SPPB para el bienio 2011/2012. Documento electrónico disponible en:
http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/informe_final_con_membrete_copia_1.pdf. Acceso junio de 2015.
Organización de las Naciones Unidas, Examen Periódico Universal del Estado Argentino, documento electrónico disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/arsession1.aspx. Acceso junio de 2015.
Presentación de la Defensoría de Casación Bonaerense ante la CIDH, documento electrónico disponible en: http://www.defensapublica.org.ar/novedades/Peticion_CIDH_recurso_efectivo_en_tiempo_%C3%BAtil.pdf. Acceso julio de 2015.
Recurso de Apelación presentado por la Defensoría General de Casación Bonaerense y la Secretaría de Ejecución de Mar del Plata en torno al habeas corpus correctivo y colectivo presentado a favor de la población penitenciaria del Complejo Batán. Documento electrónico disponible en: http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/06/HABEAs-cupo-final-OK-fa.pdf. Acceso julio de 2015.

Agradecimientos

A Juan E. Méndez, cuyo aporte ha enriquecido invalorablemente mi trabajo.

A su hermana, Susana Méndez, por abrirme las puertas de la Comisión Provincial por la Memoria para colaborar en la investigación.

A mi directora, Anahí Flavia Pérez, por su paciencia y contención.

A mis amigxs y docentes del CIEP, por dejarme conocer un mundo de personas maravillosas.

A la familia, Walter, Patricia, Florencia, Lucía y Sofía, por su apoyo incondicional.

A mi madrina, Daniela, por estar siempre que lo necesito.

A mi novia, María Justina, por su hermosa compañía y apoyo diario.

A la memoria de mi abuelo Fito, por enseñarme a querer la vida y ayudarme a ser mejor persona.

ANEXO FINAL

Tabla de casos. El control de convencionalidad en la línea jurisprudencial de la Corte IDH y la CSJN[192]

Para finalizar la investigación y a modo de ilustración, mostraremos dos tablas de casos en donde se podrá apreciar el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, con sus párrafos más relevantes. Lo mismo en el segundo cuadro, en donde se describe el desarrollo de la doctrina citada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cuadro 1: El desarrollo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH (período 2006-2014)[193]

N° 1
Datos del caso:
Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrafo 124.

Párrafos relevantes:
124. La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

N° 2
Datos del caso:
Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párrafo 128.

192 Se toman los casos publicados hasta junio de 2014, fecha de elaboración del presente documento.

193 El siguiente esquema es una actualización realizada por el autor de esta tesis del cuadro de avances jurisprudencial efectuado por Pablo González Domínguez. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*, op. cit., pp. 51-57.

Párrafos relevantes:
128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

N° 3
Datos del caso:
Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párrafos 173.

Párrafos relevantes:
173. Además, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado al respecto, la Corte ha precisado recientemente que: (…) El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. (…) La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas

N° 4
Datos del caso:
Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 169, párrafos 77 y 78.

Párrafos relevantes:
78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era "convencional". Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas (…) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

N° 5
Datos del caso:
Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párrafos 179 y 180.

Párrafos relevantes:
179. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas". En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho

interno han de ser efectivas (principio de effet utile). 180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

N° 6

Datos del caso:

Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párrafos 339 y 340.

Párrafos relevantes:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

N° 7

Datos del caso:

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214, párrafo 311 y 312.

Párrafos relevantes:

311. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.312. En este caso, el Decreto N° 11.804 emitido el 31 de enero de 2008 que declaró como área silvestre protegida bajo dominio privado a parte del territorio reclamado por la comunidad ignoró el reclamo indígena presentado ante el INDI sobre dichas tierras y, conforme a los propios organismos internos especializados, debería considerarse nulo.

N° 8

Datos del caso:

Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párrafos 236 y 237.

Párrafos relevantes:
236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 237. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario.

N° 9
Datos del caso:
Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párrafos 219 y 220.

Párrafos relevantes:
219. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 220. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario.

N° 10
Datos del caso:
Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párrafos 176 y 177.

Párrafos relevantes:
176. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 177. En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal

estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de su derecho interno.

N° 11

Datos del caso:

Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C N° 217, párrafo 202.

Párrafos relevantes:

202. Por otra parte, la Corte considera oportuno reiterar que en relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.239. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 203. En el presente caso, la Corte observa que mediante la decisión de primera instancia dictada por el Juzgado Séptimo de Partido en Materia Civil y Comercial de Santa Cruz el 6 de diciembre de 2008 (supra párr. 148), algunos imputados fueron condenados a la pena privativa de libertad de dos años y ocho meses y multa de 100 días, por la comisión del delito de privación de libertad con agravantes contra José Luis Ibsen Peña, entre otro; uno de los imputados fue condenado a la pena privativa de libertad por la comisión del delito de complicidad en privación de libertad, ejecutado contra José Luis Ibsen Peña, entre otro; un imputado fue absuelto con relación al delito de privación de libertad por existir solo prueba "semiplena", y que todos los imputados fueron absueltos con relación a los delitos de vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal, asesinato y encubrimiento, debido a que "el hecho imputado no constitu[ía] delito conforme a las normas de la prescripción de la acción, establecidas en el artículo 29 de la Ley 1970, como también por el principio de irretroactividad de la ley". Respecto a Rainer Ibsen Cárdenas, la sentencia señala que "la noche del 19 de junio de 1972, cesó la consumación del delito de privación de libertad en relación a este ciudadano, (…) o de cuando se conoció el lugar donde se encontraban sus restos mortales, o sea el 19 de febrero de 1983, de manera que se tiene clara la prescripción de la acción con relación al tiempo transcurrido desde la pública identificación del lugar donde descansaban sus restos, en la ciudad de La Paz el 19 de febrero de 1983 y hasta la primera sindicación o actuación procesal de la denuncia de fecha 11 de enero de 1999, habiendo transcurrido más que quince años".

N° 12

Datos del caso:

Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrafo 288.

Párrafos relevantes:

287. Asimismo, cabe resaltar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 288. En consecuencia la Corte recuerda que la conducta del Estado en todos sus ámbitos, relativa a la materia migratoria, debe ser concordante con la Convención Americana.

N° 13
Datos del caso:
Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párrafos 225, 226 y 233.

Párrafos relevantes:
225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.332. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.

N° 14
Datos del caso:
Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párrafos 193 y 239. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013. Párrafo 69.

Párrafos relevantes:
193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 194. La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables. 69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

N° 15
Datos del caso:
Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227, párrafos 164, 165 y 172.

Párrafos relevantes:

164. Por otra parte, la Corte resalta que el Tribunal Supremo de Justicia, la Comisión Judicial y los demás órganos disciplinarios deberán velar por la salvaguarda de los derechos de los jueces provisorios y temporales. Al respecto, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

N° 16

Datos del caso:

Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C N° 233, párrafo 226.

Párrafos relevantes:

226. Sin perjuicio de ello, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 228. En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (supra párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso.

N° 17

Datos del caso:

Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C N° 238, párrafos 93 y 94.

Párrafos relevantes:

93. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. 94. Al respecto, la Corte destaca la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. De tal modo, es preciso que en el análisis de casos como el presente tengan en cuenta el umbral diferenciado de protección al derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia de interés público de la información y la eventualidad que las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, necesario en toda sociedad democrática.

N° 18
Datos del caso:
Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafos 281 a 284.

Párrafos relevantes:
282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1 de la Convención Americana (supra apartado C.2).

N° 19
Datos del caso:
Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246, párrafos 303 y 305.

Párrafos relevantes:
303. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.305. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad, con el fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente.

N° 20
Datos del caso:
Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C N° 250, párrafo 262.

Párrafos relevantes:
261. La investigación de los hechos es un deber jurídico propio del Estado, por lo que cada acto procesal que lleve a cabo debe reflejar el compromiso asumido por Guatemala a fin de erradicar la impunidad de los hechos, obligación de garantía que se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana. Para cumplir con dicha obligación, el Estado tiene que combatir esta por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad "propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares". Asimismo, el Estado tiene que "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". 262. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de

derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

N° 21
Datos del caso:
Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párrafo 142.

Párrafos relevantes:
142. La responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos". Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad".

N° 22
Datos del caso:
Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275, párrafo 407.

Párrafos relevantes:
407. Este Tribunal recuerda que ha establecido que no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden jurídico, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En otras palabras, la Corte destaca que los jueces y órganos de administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deberán tener en cuenta no solamente el tratado internacional de que se trate, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.408. En virtud de lo expuesto, la Corte considera que no es necesario ordenar la reforma del artículo 13.c del Decreto Ley N° 25.475, en el entendido que, de acuerdo a la información aportada al expediente, la práctica judicial ha permitido el interrogatorio de funcionarios que participaron en el atestado policial en los casos concretos.

N° 23
Datos del caso:
Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276, párrafo 151.

Párrafos relevantes:
151. Además, la Corte no ha establecido la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana por el hecho de que a la fecha, la Corte Constitucional no se encuentra operativa. En virtud de ello, el Tribunal no ordenará ninguna medida de reparación en este sentido. No obstante, la Corte considera pertinente resaltar, así como lo reconoció el propio Estado (supra párr.

149), la importancia de la operatividad de dicha institución, cuya creación se encuentra establecida en el artículo 144 de la Constitución. Dicha importancia descansa en la función de protección que una corte de esa naturaleza otorga a los derechos constitucionales de los ciudadanos sujetos a su jurisdicción. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reitera la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad", entre la normativa interna y la Convención Americana. Dicha obligación se encuentra a cargo de todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

N° 24
Datos del caso:
Corte IDH. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 282. Parr. 311.

Párrafos relevantes:
311. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana

Cuadro 2: El desarrollo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.[194]

N° 1

Datos del caso:
CSJN. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 18/11/2003. Considerando N° 6.

Párrafos relevantes:
6°) Que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional.

N° 2
Datos del caso:
CSJN. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros. Causa N° 17.768C. 14/07/2005. Considerandos N° 17 y 64.

Párrafos relevantes:
17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones deriva.64) Que este Tribunal, en oportunidad de pronunciarse en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (conf. Considerando N° 15 del voto del juez Maqueda en la causa "Videla, Jorge Rafael" y considerando Nl 15 del voto del juez Maqueda en la causa "Hagelin, Ragnar Erland" CFallos: 326:2805 y 3268, respectivamente).

N° 3
Datos del caso:
CSJN. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Sentencia del 13 de julio de 2007. Considerando N° 20 y 21.

Párrafos relevantes:
20) Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.
21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, El Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". El Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH. Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124).

194 Se toman los casos del 2003 hasta diciembre de 2014.

N° 4
Datos del caso:
CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. Sentencia del 31/8/2010. Considerando N° 8.

Párrafos relevantes:
8) Que, cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerandos N° 20 y 21).

N° 5
Datos del caso:
CSJN. Rodríguez Pereyra C/ Ejército Nacional. Sentencia del 27 de noviembre de 2012. Considerando N° 12.

Párrafos relevantes:
12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente "Almonacid". En efecto, en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas la Convención Americana ["Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro otros) Vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "Ibsen Cárdenas Ibsen Peña Vs. Bolivia" (del I° de septiembre de 2010, parágrafo 202); "Gomes Lund otros 'Guerrilha do Raguaia') vs. Brasil" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) "Cabrera a Montiel Flores vs. México" (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225). Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio añadiendo que en dicha tarea los jueces órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "Fontevecchia D'Amico Vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011) La jurisprudencia reseñada no deja lugar dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida. Por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente normas locales de menor rango.

N° 6
Datos del caso:
CSJN. Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional. Sentencia del 6/8/2013. Considerando N° 3.

Párrafos relevantes:
3) Que, en primer término, corresponde observar que en el caso se han configurado dos circunstancias que son suficientes para rechazar los agravios propuestos. Por un lado, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, Convención de Viena), si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, corno es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos (OEA, vid. infra, considerandos N° 12 y 14). Por el otro, la conducta del recurrente durante los largos años que transcurrieron desde la fecha del anteriormente recordado Informe N° 30/97, no se ha dirigido a dicho objeto en manera alguna. Tampoco ha alegado la existencia de obstáculos fácticos o jurídicos en tal sentido. Su defensa residió, y reside, en ignorar las recomendaciones en juego y escudarse en que estas carecen de carácter vinculante.

MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN EN LOS RECLAMOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE:

El caso de las comunidades mapuche del *Lof Butakura* de Lumako (2011-2014)

PAMELA ALEJANDRA DONOSO NORAMBUENA

Tutor: Dr. Santiago Garaño

INTRODUCCIÓN

En el año 2008, tuve la posibilidad de vivir y trabajar en Lumako. La Fundación llevaba adelante el Programa Servicio País, cuyo objetivo principal era la superación de la pobreza. Allí trabajé, junto a otros dos profesionales, en una intervención que buscaba desarrollar proyectos que contribuyeran al fortalecimiento de las organizaciones sociales de la comuna. Fue lo que los antropólogos llaman el "estar ahí"; y sin duda fue fundamental a la hora de dimensionar lo que la prensa llamaba "el conflicto mapuche". Algo que no había alcanzado a vislumbrar, a pesar de mi formación como abogada en la Universidad Católica de Temuco, fue haberme interiorizado sobre la temática *mapuche* ya desde el año 2000, e incluso haber realizado una práctica en la clínica indígena, en donde tramitábamos causas civiles de *mapuche*[1] que concurrían al Obispado de Temuco.

Nací en Temuco, la capital de la región de la Araucanía, a pocos kilómetros de Lumako: Sin embargo, el vivir en esta última ciudad me hizo dar cuenta de que las distancias "no solo se miden en kilómetros", sino que también pueden ser sociales, culturales, étnicas.

Recuerdo que, cuando me mudé a la ciudad de Lumako, me impactó el ruido ensordecedor de los camiones forestales que pasaban por la calle principal, uno tras otro, durante toda la noche. Era muy cerca de la casa que habitaba, y no podía dejar de remitirlo a una actividad económica que no dejaba ganancias en la comuna y que, por el contrario, traía pobreza y destrucción del medio ambiente.[2] Recuerdo también que, pasado un tiempo, podía conciliar el sueño sin problemas, y ya no sentía el ruido de los camiones forestales, aunque, obviamente, estos seguían pasando. Efectivamente, me adapté a la situación, pero no acepté ni legitimé lo que ello implicaba. En materia de participación política indígena, considero que ocurre algo similar: existe una adaptación de las comunidades indígenas frente a las condiciones de vida estructurales (sociales, políticas y económicas).

1 En el presente trabajo se utilizará la palabra *mapuche* respetando la morfología del mapudungun, que utiliza esta palabra tanto en singular como en plural.

2 La presencia de las empresas forestales en la comuna no presenta un factor de ingreso económico relevante para la misma. Solo contempla la inscripción de patentes comerciales vinculadas al tema forestal y permisos de circulación de maquinarias y camiones, montos que resultan insignificante respecto de la cantidad de maquinaria y camiones que diariamente transitan por el interior de la comuna. La adquisición de insumos para la actividad forestal y productos tales como el combustible tampoco se efectúa en la comuna, pues las grandes empresas compran todos sus insumos en otras ciudades y las empresas contratistas poseen camiones cisterna para abastecer a sus camiones en faena, por lo que no adquieren combustible en la localidad de Capitán Pastene, única localidad que ofrece este producto en la comuna. Ver R. Montalba, N. Carrasco y J. Araya. *Contexto económico y social de las plantaciones forestales en Chile, el caso de la comuna de Lumaco, región de la Araucanía,* p. 63, documento electrónico disponible en: http://wrm.org.uy/es/files/2013/03/Contexto_economico_y_social_de_las_plantaciones_forestales_en_Chile_ch.pdf. Acceso 18 de agosto de 2015.

Esta tesis surge de mi necesidad de dejar registro de que, pese a todas las circunstancias adversas, existen comunidades *mapuche*, como la del *Lof Butakura,*[3] perteneciente a la comuna de Lumako, que son capaces de organizarse, reivindicar sus territorios ancestrales y participar en la política desde sus propias prácticas, desplegando creativas estrategias jurídico-políticas y valiéndose de un uso del tiempo distinto al de los actores externos.

El objetivo del presente trabajo consiste en abordar la participación política de las comunidades *mapuche* que integran el *Lof Butakura* de la comuna de Lumako, entre el año 2011 y el 2014. Este período abarca un proceso de participación política importante que significó finalmente que ingresaran la petición mediante la que demandaban recuperar una porción de su territorio ancestral, ante la autoridad administrativa del Estado Nacional chileno y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, tal como supone la legislación vigente, y que, por diversas circunstancias, pude acompañar como abogada y activista de derechos humanos.

La hipótesis que orienta esta investigación es que, por un lado, la participación política *mapuche* del *Lof Butakura* de la comuna de Lumako se debe a su inclusión sociocultural, reconocimiento e igualdad dentro de la sociedad chilena (por ejemplo, previstos en la legislación nacional y en las normas del derecho internacional de los derechos humanos). A mayor grado de inclusión, mayor capacidad de agencia[4] de las comunidades *mapuche*; por el contrario, si estos disminuyen, la agencia de las comunidades *mapuche* tendrá más dificultades de concretarse. Pero, por otro lado, que es esa agencia –que tiene los márgenes antes descriptos– con la que pueden lograr una extensión y ampliación de sus derechos como ciudadano/personas/pueblos indígenas, a partir de la implementación, en las distintas instancias de participación, de creativas estrategias jurídicas y políticas que le permiten cuestionar, impugnar y denunciar las formas de participación propuestas y alentadas desde el Estado Nacional chileno.

La metodología utilizada se basa en la revisión de antecedentes documentales y bibliográficos, tales como la lectura y sistematización de autores chilenos y expertos en materia indígena; la revisión tanto de la normativa nacional e internacional, principalmente el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establece derechos a favor de los pueblos originarios y las normas previstas en la legislación dictada por el Estado chileno. Asimismo, a fin de realizar una exploración de ciertos aspectos relevantes en materia indígena, se efectuó la revisión de estudios académicos, publicaciones periodísticas referentes a la temática y noticias publicadas en páginas web. Por último, he utilizado registros extraídos del mismo proceso de acompañamiento de las comunidades tales como notas de campo, desgrabaciones de reuniones (tanto en videos como audio), y revisión de documentación relativa al caso que acumulé en el tiempo de trabajo en Lumako o que solicité a colegas amigos que viven en la región. A su vez, también incorporé en el cuerpo de la tesis mucho del saber y la experiencia que yo misma acumulé durante el trabajo *con* la comunidad de Lumako.

3 *Un* lof *está constituido por varias familias extensas, cada una de las cuales está formada por uno o más núcleos familiares, junto a sus parientes colaterales y políticos.*

4 La agencia es comprendida como la capacidad que tienen las personas para actuar en sociedad y conseguir cambios. Fernando Calderón. *Notas sobre el desarrollo humano y la sociología del actor*, documento electrónico disponible en: http://www.centrodesarrollohumano.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=1421. Acceso 16 de agosto de 2015.

Antecedentes históricos: Lumako y su incorporación violenta al Estado Nación chileno

La comuna y ciudad de Lumako se encuentra ubicada seiscientos kilómetros al sur de Santiago de Chile, en la provincia de Malleco, región de la Araucanía.

Fuente: R. Montalba, N. Carrasco y J. Araya. *Contexto económico y social de las plantaciones forestales en Chile, el caso de la comuna de Lumaco, región de la Araucanía, op. cit.*

En el año 2011, la comuna presentaba un 31% de tasa de pobreza, de los que se calcula que más de un 72% de los habitantes son *mapuche*, conforme a datos entregados por el Ministerio de Desarrollo Social.[5]

Según datos del Programa de Derechos Indígenas de la Universidad de la Frontera de Temuco, la distribución del pueblo *mapuche* a lo largo de su historia es:

> En la parte norte de este territorio (pikun mapu), que se extendía desde el Limarí hasta el Bío Bío, habitaban los pikunche encontrándose la mayor concentración de población del río Aconcagua al sur. Al sur del Bío Bío (gulu mapu) se encontraban los lafkenche (gente de la costa en el sector poniente de la Cordillera de Nahuelbuta), los nagche (abajinos en el sector oriental de la misma Cordillera) los wenteche (arribanos en la precordillera de Los Andes). En la cordillera de los Andes desde Antuco al sur (pire mapu) se encontraban los pehuenche. Al sur del Toltén se localizaban los huilliche o veliche, en tanto que en la vertiente oriental de la Cordillera de los Andes se emplazaba el puel mapu.[6]

5 Ver: Ministerio de Desarrollo Social. *Incidencia de la Pobreza a nivel Comunal, según Metodología de Estimación para Áreas Pequeñas. Chile 2009 y 2011*, documento electrónico disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/pobreza-comunal-2009y2011.pdf. Acceso 18 de junio de 2015.

6 Programa de Derechos Indígenas. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Indígenas*. Santiago de Chile, Editorial LOM, 2003, p. 158.

Los *mapuche* de Lumako pertenecen en su mayoría a la identidad territorial *nagche*. No obstante los *mapuche* del *Lof Butakura* podrían pertenecer a la identidad territorial *lafkenche*, seglos relatos de sus *kimche* (sabios) en cuanto a que los primeros *mapuche* que poblaron el sector provenían de la costa chilena.

En territorio *nagche,* en el año 1598, se habría desarrollado el combate que la historia oficial denomina Desastre de Curalaba, acontecido precisamente en las cercanías del río Lumako y donde los españoles habrían perdido frente a los *mapuche*. Frente a esta versión de la historia oficial, nos interesa reconstruir otra versión, que incorpore voces que surgen "desde abajo", a partir del trabajo como activista de derechos humanos que trabaja *con* esta comunidad. Se trata de aquella que aún sostiene la memoria oral de las comunidades con las que trabajé: una historia que se traspasa de generación en generación, contada por quienes ven ese hecho como una victoria. Según pude saber conviviendo y trabajando en Lumako, la Victoria de Curalaba fue de tal envergadura, que los españoles se vieron compelidos a reconocer autonomía al pueblo mapuche e iniciaron la Guerra Defensiva, ante la incapacidad de doblegarlos por las armas. Asimismo, lo señala José Bengoa, historiador y antropólogo chileno, en su libro *Historia del Pueblo Mapuche*:

> … cambió el curso de la guerra de Arauco. Allí se demostró la superioridad militar de los mapuches. Pelantaru destruyó todas las ciudades al sur del BioBio; Valdivia fue incendiada, se despoblaron Angol e Imperial y Villarrica fue destruida y olvidada por doscientos ochenta y tres años. Las ciudades fundadas al interior del territorio no volvieron a construirse hasta la ocupación de la Araucanía en el siglo XIX. [7]

Las comunidades *mapuche* de Lumako habitaban un territorio mucho más amplio que el actual y abarcaban tierras que hoy forman parte de fundos particulares y empresas forestales. El despojo estuvo históricamente a cargo del Estado chileno, y para ello utilizó la ocupación militar. El proceso se denominó Pacificación de la Araucanía, y tuvo como uno de los resultados la incorporación legal del territorio mapuche como una provincia del territorio chileno.[8] A partir de 1866 y hasta 1929, se otorgaron Títulos de Merced a los *mapuche*, en las provincias de Bío Bío, Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia y Osorno,[9] reduciendo su espacio territorial, tanto respecto de su familia como de su comunidad.

Ya en 1930, los *mapuche* continuaron sus luchas: primero en los Juzgados de Indios para reivindicar lo que había quedado fuera de estos Títulos de Merced y, desde mediados de la década del sesenta, por medio del proceso de Reforma Agraria.

La falta de reconocimiento del territorio ancestral en los Títulos de la Merced dio lugar a que en el marco del proceso de la Reforma Agraria (1965 y 1973) se librara una intensa lucha por la recuperación territorial. Se trató de un proceso muy

7José Bengoa. *Historia del pueblo mapuche,* p. 32, documento electrónico disponible en: https://creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/bengoa-historiapueblomapuche.pdf. Acceso 18 de junio de 2015.

8 Ley del 2 de julio de 1852, que crea la provincia de Arauco.

9 Al respecto, el Informe de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas del año 2003, elaborado a solicitud del presidente Ricardo Lagos a fin de iniciar nuevas políticas públicas al respecto, reconoció la pérdida y usurpación destacando que: "Entre las regiones VIII, IX y X se otorgaron 2918 Títulos de Merced, con una superficie total de 510.386,67 hectáreas. En la actualidad un porcentaje de estas tierras se encuentra perdidas y/o usurpadas y han salido del dominio indígena, mediante diversos mecanismos legales e ilegales". *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.* Volumen 2-Anexo, p. 5, documento electrónico disponible en: http://www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_4.pdf. Acceso 17 de agosto de 2015.

exitoso en Lumako, ya que se recuperó una parte importante de tierras antiguas. Así lo señalan los investigadores Martín Correa y Eduardo Mella, historiador y trabajador social respectivamente, quienes se refieren a este tema en su libro *Las razones del illkun* (enojo): "También en la comuna de Lumaco se desarrolló un extendido proceso de Reforma Agraria, en el cual el 100% de las tierras expropiadas benefició a comunidades mapuche, 19 fundos con una superficie total de 15.502,10 hectáreas".[10]

Una vez instaurada la dictadura de Augusto Pinochet Ugarte[11] en el año 1973, se perdió gran parte de los predios reivindicados en la Reforma Agraria: además de que sus dirigentes fueron perseguidos, encarcelados y asesinados, se confiscó lo obtenido de esos predios, mientras que los afectados no han recibido hasta la fecha reparación alguna. Además, este despojo fue el preludio de normativas que empeoraron la situación del pueblo mapuche respecto de sus tierras: las leyes indígenas dictadas con posterioridad al término de la radicación con Título de Merced, y hasta 1990,[12] contemplaron mecanismos para la división de las comunidades y para la enajenación de las hijuelas resultantes de la división. En el año 1978, el gobierno militar dictó el Decreto Ley N° 2568 sobre División de las Comunidades Indígenas, el que establecía que, una vez adjudicadas las hijuelas e inscriptas en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, ellas "dejarán de considerarse tierras indígenas sus dueños y adjudicatarios".[13] Esta norma fue modificada gracias a la presión de la Iglesia y el reclamo de organizaciones indígenas, debido a lo perjudicial de la medida en lo que respecta a la integridad y conservación de las tierras mapuche.

A partir de 1990, llegada la democracia, empieza una etapa de avances en materia de reivindicaciones sociales, económicas y culturales indígenas. Previo a la elección presidencial, el entonces candidato y posterior presidente, Patricio Aylwin Azocar (1990-1994), se comprometió a una serie de iniciativas a las que daría impulso una vez electo presidente: promulgación de una ley que reivindicase y protegiese los derechos indígenas, creación de un organismo gubernamental que promoviese social, cultural y económicamente a los indígenas, a la cual se denominaría Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y, finalmente, la restitución de las tierras ancestrales con un sistema paulatino de restablecimiento de tierras.[14]

Así, se pueden mencionar avances como la implementación de la Ley Indígena N° 19.253, que implicó instalar la CONADI y asignar fondos nacionales para la adquisición de tierras y aguas y de desarrollo cultural durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000); la convocatoria a la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), cuyo trabajo finalizó en el año 2008 bajo el mandato de la presidenta Michelle Bachelet Jeria, con la presentación de un informe

10 M. Correa y E. Mella. *Las razones del illkun/enojo*, p. 176, documento electrónico disponible en: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0273_LAS_RAZONES_DEL_INKULL.pdf. Acceso 16 de agosto de 2015.

11 Militar chileno que encabezó la dictadura militar de Chile entre 1973 y 1990.

12 Ley Indígena N° 4111 del 12 de junio de 1931; Ley N° 14.511 del 3 de enero de 1961 y la modificación de la Ley N° 17.729 promulgada en 1979 en virtud de Decreto Ley N° 2568.

13 M. Correa y E. Mella. *Las razones del illkun/enojo, op. cit.*, p. 194.

14 El gobierno de Aylwin creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) y, como resultado de la labor de esta institución, se despacharon tres proyectos de ley: Proyecto de Nueva Ley Indígena, Proyecto de Aprobación del Convenio N° 169 de la OIT y Proyecto de Ley de Reforma Constitucional.

que se publicó como libro. Ese mismo año se ratificó el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, cuyas formas de aplicación trataremos de abordar a lo largo de esta tesis.

El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas en Chile

Existen dos hitos importantes que llevaron a un giro en la política pública indígena a partir de 1997 debido a la intervención del derecho internacional de los derechos humanos: el caso Ralco y el caso Lumako. El primero se relaciona con un megaproyecto hidroeléctrico del grupo chileno Enersis, en el Alto Bío Bío, ante el cual las comunidades *pehuenches*[15] se opusieron y finalmente fue ejecutado con apoyo del gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Conforme lo estipula la Ley Indígena, el Consejo de CONADI tenía que autorizar las permutas de tierras para llevar a cabo la construcción de esta represa. Finalmente, los dos *mapuche* que fueron designados como directores nacionales de la CONADI fueron destituidos por el presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, dada su oposición al otorgamiento de estas permutas. Así, se terminó nombrando un no indígena en 1998, lo que permitió al gobierno tener mayoría en este Consejo para aprobar dichas permutas, con la oposición de los consejeros indígenas. Ello deslegitimó al gobierno frente a los *mapuche*, ya que CONADI deja de ser una institución de cogestión de la política indígena, y pasa a ser una institución al servicio del gobierno.

El segundo hito es el de Lumako; es decir, la misma zona que trabajaremos en la presente tesis de Maestría. En diciembre de 1997, los comuneros *mapuche*, al no ser atendidas sus demandas territoriales, deciden impedir las faenas forestales, cortan un camino rural y queman tres camiones. Las empresas forestales y la prensa regional calificaron el hecho como "terrorismo". Para ello, el gobierno invocó la Ley de Seguridad Interior del Estado, sometiendo a proceso a 12 comuneros indígenas.[16] El caso se cerró finalmente en agosto de 1999, cuando se sentenció a Aníbal Salazar Huichacura, como al resto de los doce comuneros, a tres años y un día de cárcel (sin beneficios en el caso del primero de los detenidos). Mientras tanto, al resto quedó en libertad, pero con la obligación de firmar un libro de registros en Gendarmería.

Sobre el caso de Lumako y su impacto en la participación política de las comunidades *mapuche* del sector; si bien la quema de camiones no obedeció a una estrategia ideada con antelación (conforme lo dicho por los propios dirigentes), fue resultado de la impotencia frente a lo que ha sido vivido como una injusticia. Fue un hecho que sirvió –y sirve– de referente a las comunidades *mapuche*, en cuanto a que resultó posible el control territorial de un sector determinado y no tan solo quedarse esperando las ayudas asistencialistas desde el Estado.

15 Mujeres miembros del pueblo *pehuenche* acudieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado chileno, aprobándose ante este organismo el año 2004, una solución amistosa entre ambas partes. Ver: CIDH. Informe N° 30/04 (solución amistosa), Petición 4617-02, Mercedes Julia Huentao Beroiza y otras, Chile, 11 de marzo de 2004.

16 Ver V. Toledo. *Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007*, p. 7 documento electrónico disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/CDH22Toledo.pdf. Acceso 16 de agosto de 2015.

Desde esa fecha, el gobierno judicializó el conflicto existente aplicando a los dirigentes *mapuche* la Ley de Seguridad Interior del Estado y la Ley Antiterrorista. Estas leyes, que fueron promulgadas por dictadura militar (aunque fueron modificadas una vez llegada la democracia), han permitido a los Tribunales acelerar los procesos y dictar sentencia con mayor rapidez, a la vez que disminuyeron las garantías procesales del imputado. Según lo expresa Víctor Toledo, historiador del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas de Chile: "El caso mapuche es ilustrativo de la criminalización de la protesta social como un proceso político, mediático y jurídico, que etiquetando a los actos de protesta como delitos, busca sacar a un conflicto social de la arena política para llevarlo al campo penal".[17]

Es claro que la judicialización del conflicto no hizo otra cosa que empeorarlo. Esto se sumó al hecho de que la región fue escogida como "región piloto" para iniciar la nueva reforma procesal penal, que traería un sistema más garantista para todos, pero que sometió a proceso a numerosos dirigentes y comuneros *mapuche* y utilizó violentos operativos policiales al interior de las comunidades *mapuche*. Así, desde el año 2001, que fue el año en que realicé mi clínica indígena en la Universidad Católica de Temuco y en donde atendíamos causas civiles *mapuche*, me encontré con relatos de *mapuche* rurales que eran continuamente hostigados al interior de sus comunidades por las policías sin motivo. Ese mismo tipo de relatos encontré con posterioridad al empezar a trabajar en Lumako el año 2008.

Estas acciones criminalizadoras han sido condenadas por el sistema interamericano de derechos humanos. En el fallo del año 2014, de "Norín Catrimán y otros vs. Chile", la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenó por primera vez al Estado de Chile por violaciones a los derechos humanos cometidas contra integrantes del pueblo *mapuche*. Las ocho personas mapuche imputadas en el caso[18] fueron condenadas, en su momento, a penas de entre 5 y 10 años por los delitos de incendio y tentativa de incendio, calificados de terroristas, por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las regiones chilenas de Bío Bío y La Araucanía. De acuerdo a la CIDH, los Tribunales chilenos violaron el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas del caso, por la vigencia y la aplicación de la presunción legal del elemento subjetivo del tipo terrorista que contemplaba el primer artículo de la Ley N° 18.314. Asimismo, la Corte señaló que se violaron el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, debido a que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios por la pertenencia étnica de los acusados. Por último, la Corte declaró que Chile violó el derecho de defensa, por el uso de testigos encubiertos en los procesos penales seguidos en contra de los señores Pascual Pichún[19] y Víctor Ancalaf,[20] como así también el derecho de

17 Ibíd.

18 La Corte identificó como víctimas a Aniceto Norín Catrimán, Pascual Pichún Paillalao, Jaime y Patricio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Millacheo Lican, Patricia Troncoso Robles y Víctor Ancalaf Llaupe.

19 El *lonko* Pascual Pichún, recientemente fallecido, fue condenado en 2003 a cinco años y un día de cárcel por el delito de "amenaza terrorista", a raíz de una serie de "atentados incendiarios" registrados en diciembre de 2001.

20 Victor Ancalaf fue el primer *mapuche* condenado por la Ley Antiterrorista. Fue condenado como autor del delito de incendio terrorista, en unos ataques incendiarios en contra de las empresas forestales y la construcción de la hidroeléctrica Ralco, caso antes analizado.

recurrir de las condenas dictadas en todos los casos que se tramitaron de acuerdo al procedimiento penal acusatorio vigente.[21]

En suma, cabe esperar que este fallo sirva para crear una mayor conciencia por parte del Estado chileno en cuanto al respeto por las recomendaciones realizadas por el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Esto se suma a lo señalado por don Ben Emmerson,[22] Relator Especial de Naciones Unidas quien, en una visita realizada el 2013 al país, ya había llamado a las autoridades chilenas a abstenerse de aplicar la Ley Antiterrorista N° 18.314 en los casos de reivindicaciones territoriales del pueblo mapuche.

Estructura de la tesis

En función del proceso sociohistórico antes descripto y del marco legal nacional e internacional brevemente reseñado, hemos elegido el estudio de un caso que nos permite mostrar cómo se dio la participación indígena en los últimos años en un contexto local. Se trata del caso de seis comunidades *mapuche* de la comuna de Lumako, que integran el *Lof Butakura,* que luego de realizar un proceso de toma de un predio forestal en el año 2013, deciden organizarse para ingresar una petición de recuperación de su territorio ancestral ante la autoridad administrativa CONADI.

La tesis se divide en tres capítulos. En el primero, nos centramos en la participación *mapuche* de los habitantes del *Lof Butakura*. Para ello se analizan las reuniones realizadas en el período 2013-2014 por las comunidades *mapuche* de dicho territorio. Estas reuniones estuvieron destinadas a preparar la petición de reivindicación que se presentaría ante la autoridad respectiva enfatizando una reunión en específico, que fue la reunión a la que asistieron los *kimche* (sabios) y dieron cuenta, desde su memoria, de los sitios de significación cultural.

En el segundo capítulo se analiza la implementación del proceso de consulta indígena establecida en el Convenio N° 169 de la OIT, que se realizó en la comuna de Lumako en el año 2011. Tal como mostraremos, en esa oportunidad, las comunidades *mapuche* de Lumako se negaron a participar, por lo que revisaremos sus argumentos y sus estrategias de participación política en ese escenario.

Por último, en el tercer capítulo se aborda el proceso de construcción de una petición de reivindicación de territorio ancestral de las comunidades *mapuche* del *Lof Butakura*, ante la autoridad administrativa respectiva. Para ello, daremos cuenta, entre otros aspectos, de los fundamentos de su petición; los debates que se dieron para construirla, la especial relación de los habitantes del *Lof Butakura* con la tierra que reivindican y cómo fue el proceso de identificación de sus sitios de significación cultural. Asimismo, nos referiremos someramente al impacto que las empresas forestales han tenido en la zona, para una mejor comprensión de la situación de sus derechos en relación al territorio que reivindican y que creemos que funciona como un problema de fondo para las comunidades indígenas que viven en Lumako.

21 La sentencia se encuentra en el documento electrónico: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acceso 13 de agosto de 2015.

22 Ver http://servindi.org/actualidad/91280. Acceso 17 de agosto de 2015.

CAPÍTULO 1

Una sociedad se considera democrática cuanto más estimula formas amplias de participación. Sin embargo, los móviles, formas y sentidos que adquiere esta última, son muy diversos entre las distintas sociedades y, a su vez, dentro de ellas. El tema de la participación *mapuche*, por su parte, ha estado siempre supeditada a la constante negociación de sus manifestaciones culturales para con un Estado nación. La negociación para el pueblo *mapuche* es una estrategia ejercitada de forma permanente, que le ha permitido articular hasta el día de hoy su supervivencia como pueblo. En esa dinámica, mientras las políticas de Estado garantizan sus derechos, también les impone el manejo de reglas que no son las suyas, como es el caso del idioma.

Resulta complejo analizar la participación *mapuche* a la luz de estándares pensados desde los derechos individuales. Un ejemplo de ello se da con respecto a la participación política en el sistema electoral chileno, si bien cada día existe un mayor autorreconocimiento indígena en la región de la Araucanía, no existe en general un interés de los dirigentes *mapuche* por presentarse a las elecciones políticas ni, a su vez, tampoco los electores *mapuche* votan por candidatos *mapuche*. Quizás, para ellos resultan más importantes otras formas de participación, más relacionadas con sus derechos colectivos como pueblo, tales como el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra o a la autonomía, que implican en ocasiones renuncias individuales a fin de privilegiar el bienestar común.

Este capítulo trata precisamente de reflexionar en torno a ello, de mirar la participación *mapuche* en la construcción de una demanda por la reivindicación de derechos ancestrales sobre territorios que habitan, y de los cuales, conforme a las normas civiles de la sociedad chilena, no son propietarios. El proceso que se analiza en el presente trabajo duró aproximadamente un año (entre el 2013 y 2014), en el que se realizaron reuniones con los integrantes de las distintas comunidades a fin de ingresar dicha petición en el organismo estatal pertinente. El análisis estará centrado en las observaciones de dicha participación en las reuniones dirigidas a recopilar antecedentes para la demanda territorial, poniendo énfasis en la reunión con los *kimche* (sabios).

Mi llegada a Lumako fue en al año 2008, cuando me desempeñaba como profesional del Programa Servicio País perteneciente a la Fundación para la Superación de la Pobreza de Chile.[23] El mandato era ejecutar una estrategia de intervención –junto

23 Servicio País es un programa chileno de intervención social perteneciente a la Fundación Superación de la Pobreza. Se trabaja en comunidades que viven en contextos de aislamiento y vulnerabilidad, incorporando modelos innovadores, replicables y participativos, con el objetivo de contribuir a la superación de la pobreza y a la formación de profesionales jóvenes. Más información en http://www.

a dos profesionales más– que se resumía en potenciar el capital social y la participación formativa de las organizaciones sociales de algunos territorios de Lumako, entre ellos el denominado por la I. Municipalidad de Lumaco, *Lof Cayu*, en adelante *Lof Butakura*, ubicado al sur de la comuna. El lugar es conocido como Bajo Pellahuén, y la I. Municipalidad de Lumaco lo denominó *Lof Cayu*, para fines administrativos. Las comunidades acordaron en asamblea el nombre de *Lof Butakura* ("piedra grande", en *mapudungun*), [24] por lo que a efectos de este trabajo será la denominación escogida. No era fácil en ese entonces llegar al sector en particular, de hecho, desde la ciudad de Lumako no existe locomoción pública que transporte hasta las comunidades. Las alternativas posibles eran las camionetas de la I. Municipalidad de Lumako, que era nuestra institución de acogida, algún particular que fuera hacia allá o alguna consultora o programa que viajara con ocasión de alguna reunión concertada con anterioridad. Un día del mes de abril de 2008, nos avisaron que las camionetas municipales no estaban disponibles, pero que un programa específico iba a visitar el territorio de *Lof Butakura*. Quedaba un espacio para que viajara una persona más en el vehículo y yo me ofrecí a ir para conocer el lugar. En el camino, los profesionales del programa me explicaron a grandes rasgos en qué consistía la reunión y me pidieron que apoyara en la asamblea todo lo dicho por ellos. Yo les indiqué que no podía apoyar algo que desconocía, y si bien respetaron mi decisión, no fui presentada en la asamblea. Llegué como observadora a una reunión en donde se encontraban dirigentes, en su mayoría hombres, que hablaban tanto en *mapudungun* como en español. Cuando hablaron los representantes del programa y alistaron sus cosas para irse, me dirigí hacia la asamblea, me presenté como abogada de la Fundación, les dije que estaba a su disposición y que perdonaran que no había entendido nada de lo que habían dicho, pero que es eso lo que ellos mismos deben sentir cuando están en las reuniones *winka*.[25] Cuando terminé de hablar, me aplaudieron y se me acercaron algunos dirigentes.

El primer acercamiento al territorio fue muy significativo para mí, ya que pude observar el desarrollo de una asamblea. Era una forma de participar que no había visto antes y que luego volví a presenciar en el *Lof Butakura*. Como pude comprobar en los años siguientes, las reuniones que se realizan en la ciudad de Lumako o en otros lugares más urbanos, se caracterizan por ser más bien de tipo consultivo, donde la población y comunidad participantes –en su mayoría dirigentes– opinan sobre temas ya definidos por el gobierno municipal. Estas opiniones son emitidas sin contar con información previa y con incidencia en la elaboración de políticas locales. Sin embargo, en algunos casos tendrían un impacto en una etapa posterior contribuyendo a la reformulación de políticas y condicionando la voluntad política de la autoridad de turno.

---

serviciopais.cl/. Acceso 18 de junio de 2015.

24 Idioma del pueblo mapuche.

25 Respecto del concepto *winka,* conforme a lo señalado por el historiador y antropólogo chileno José Bengoa, pareciera que se conjugan dos vocablos: por una parte, la presencia "inca", primeros invasores extranjeros organizados. Por otra, la palabra mapuche *huincan*, esto es, robo, ladrón, robar. Hay autores que no señalan esta última, pudiendo pensarse que proviene del sustantivo *huinca*, esto es, por ser los extranjeros (*huincas*), ladrones de tierras, se lo utiliza también como verbo. Difícil dirimir la cuestión del origen; lo concreto es que hoy día, *huinca* es el no *mapuche*, el extranjero, el "gringo" (descendientes de alemanes, italianos, o de cualquier nacionalidad europea o norteamericanos) y el chileno. Representa un concepto de oposición de identidad: *huinca* se opone a *mapuche*. *Ahuincarse* (castellanizado) significa perder la pertenencia al pueblo y comenzar a usar las costumbres, el vestuario, el idioma de los *huincas*, de los chilenos. *Ahuincarse*, en el lenguaje mapuche actual, es en la terminología antropológica, "aculturarse". Ver: J. Bengoa. *Mujer, tradición y shamanismo: relato de una machi mapuche,* p. 97, documento electrónico disponible en: http://www.sitiosur.cl/publicaciones/Revista_Proposiciones/PR-0021-002-3068.pdf. Acceso 5 de julio de 2015.

Las reuniones del *Lof Butakura* revisten características distintas: son asambleas en donde los *winkas* no son considerados de forma especial, sino que deben amoldarse a las modalidades y reglas de la comunidad; el debate determina su duración, así, prima el respeto a los oradores que son escuchados con atención dándoles el tiempo necesario para desarrollar sus ideas y argumentaciones. Los dirigentes insisten en que las reuniones sean en su territorio, porque es allí donde ellos sienten que pueden argumentar en su idioma y a un ritmo que permite que las ideas decanten, es decir, que tanto la persona que habla como la que escucha maduren sus reflexiones.

Las mujeres mapuche, pude observar, no eran oradoras, sino que más bien escuchaban y estaban atentas a lo que se decía. En aquel momento, me preguntaba si se sentían representadas por lo que se estaba diciendo o solo se sentían comprometidas a estar ahí. Por ejemplo, muchas se ubicaban más atrás que los hombres, como queriendo pasar desapercibidas. De la primera reunión en la que participé, destaco la importancia que se le otorgó al saludo: si alguien llegaba tarde a la reunión, saludaba estrechando la mano a cada uno de los integrantes de la asamblea cuidando de no interrumpir al orador. Más adelante aprendería que el saludo (*pentukun*) es muy importante para el pueblo mapuche: es considerado una puerta de entrada a una buena conversación y representa el interés por la familia, la comunidad, el territorio o sector en el cual se vive. Me llamó la atención también la importancia que los asistentes le otorgan al *mapudungun,* su idioma: cuando los oradores lo hablan, lo hacen con más fuerza que cuando hablan español; incluso me transmitía la sensación de que con mayor responsabilidad, como si fuesen sus antepasados los que hablaran en ese momento.

Unos meses después de aquella primera reunión a la que pude asistir, y gracias a habernos conocido en talleres realizados con organizaciones sociales, recibí una carta de don Rigoberto Painen, dirigente y actual *werken*,[26] en la que me invitaba al territorio para contarme sobre un mapa antiguo del año 1917, que daba cuenta de la ubicación de las seis comunidades que conformaban el *Lof Butakura.*

Un *lof* está constituido por varias familias extensas, cada una de las cuales está formada, a su vez, por uno o más núcleos familiares, junto a sus parientes colaterales y políticos.[27]

El *Lof Butakura*, está formado por las comunidades *mapuche* de: Mateo Huenchumán, Juan Quilaqueo, Pascual Pichulman, Andrés Huaiquiñir, Painen Marileo y Rain Chillacura. A partir de la invitación recibida y de haber tenido la oportunidad de empezar a trabajar más intensamente con estas comunidades, pude ser testigo de cómo ellas se han articulado para concretar sus demandas territoriales.

Conforme al relato de don Rigoberto Painen y la tradición oral de sus antepasados, el Estado chileno le habría transferido parte del territorio a don Ramón Freire, militar chileno que fue director supremo entre los años 1823 al 1826. A su muerte, en 1851, sus herederos tomaron posesión de estos terrenos y transfirieron una parte de ellos a don Gervasio Alarcón, notario de Traiguén, quien a su vez lo transfirió a diversos particulares. Luego de que se le otorgaran los Títulos de Merced a cada

26 *Werken*: mensajero. Fernando Zúñiga. *El habla mapuche*, p. 322, documento electrónico disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3949_3196/libro_Mapudungun_Fernando-Zuniga.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

27 Ver C. Ruiz. *La estructura ancestral de los mapuches Las identidades territoriales, los Longko y los Consejos a través del tiempo*, p. 16, documento electrónico disponible en: http://www.mapuche.info/wps_pdf/Ruiz031100.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

comunidad, sus habitantes comienzan a reclamar ante los Juzgados de Indios a fin de recuperar la tierra que había quedado fuera de dichos Títulos. La tradición oral recuerda especialmente a Mateo Huenchumán y a José María Liempi, *lonko*.[28] Se dice que este último, incluso, aprendió a hablar castellano para poder reclamar los despojos de tierras ante el Juzgado de Indios de Victoria. Así lo relata en la asamblea de reconstrucción del *Lof Butakura* en el año 2013, el *kimche*[29] Manuel Painen:

> Aquí los mapuche lucharon, se organizaron, no sabían hablar castellano. Aquí, el que sabía hablar castellano solamente era José María Liempi, el lonko que estaba al lado, logró de tanto su lucha de investigar cómo pasar a hablar el castellano y lo logró y a través de eso fue la lucha, primero aprender a hablar el castellano y después fue la lucha de ir y llevarlos a los juez de indios que le decían acá en Victoria y reclamar y decir que no.[30]

En las décadas posteriores a 1930,[31] se entablaron diversas demandas ante los Juzgados de Indios, para recuperar aquello que había quedado fuera de los Títulos de Merced, período que se caracterizó por el despojo territorial del que fueron objeto las comunidades del *Lof Butakura* a través de la violencia y la adjudicación de territorio a colonos chilenos y extranjeros, ajenos a las comunidades y en desmedro de estas.

Después del golpe de Estado que en el año 1973 derrocó al gobierno constitucional de Salvador Allende (quien había impulsado un proceso de profundización de Reforma Agraria) y hasta la fecha, el territorio en su mayoría ha pasado a formar parte de empresas forestales, principalmente Mininco y Masisa. Las consecuencias que ello conlleva son depredación del bosque nativo, ausencia de agua, alteración del equilibrio ecológico y emigración de los jóvenes mapuche en busca de trabajo a las grandes ciudades. Las comunidades del *Lof Butakura* estiman que en la actualidad serían aproximadamente 10.000 hectáreas, que les fueron despojadas injustamente por el Estado chileno y que no se encuentran comprendidas en los Títulos de Merced, pero ellos consideran que forman parte de su territorio ancestral.

El año 2008, tanto don Rigoberto Painen como yo entendíamos que la recuperación del territorio era una lucha de largo aliento y que requería paciencia, voluntad y participación de todas las comunidades del *Lof*.

Una vez concluido el trabajo en el Programa Servicio País, me trasladé a la capital chilena y perdí contacto con las comunidades.

En el año 2013, ya estaba de vuelta en la región de la Araucanía, trabajando en la ciudad de Temuco, cuando me entero de que las seis comunidades del *Lof Butakura* iniciaban el control territorial y la recuperación productiva de quince mil hectáreas de tierras del sector. El comunicado que recibí vía correo electrónico señalaba a grandes rasgos lo siguiente:

> Que desde el miércoles 16 de abril de 2013 las comunidades Andres Huaiquiñir, Mateo Huenchuman, Pascual Pichulman, Juan Quilaqueo, Painen Marileo y Rain Chillacura han dado inicio a un proceso de recuperación territorial de tierra usurpadas por las empresas forestales Masisa, Mininco y Arauco. Desde esta fecha las tierras vuelven a manos de sus verdaderos dueños: los mapuche, que solo hace 132 años han sido ocupados por afuerinos

28 *Longko*, "cabeza, cabello, cacique". Fernando Zúñiga. *El habla mapuche*, *op. cit.*, p. 322.

29 *Kimche*, de *Kim-ün,* "saber" y *che,* "persona". Ibíd., p. 319.

30 Todas las citas se encuentran con respaldo en video y fueron obtenidos del registro audiovisual de una asamblea que tenía como objetivo la reconstrucción del *Lof Butakura.*

31 Ver M. Correa y E. Mella. *Las razones del illkun/enojo*, *op. cit.*, p. 69.

inescrupulosos en complicidad con el estado chileno racista y genocida. Los argumentos esgrimidos para recuperar nuestro territorio son dos:

1. El convenio 169: aprobado por el parlamento en 2009 y que en uno de sus artículos señala: que cobran vigencia los tratados en particular el de Trapihue del 1 de enero de 1825. El artículo 18 de dicho tratado señala: "Los gobernadores ó Caciques desde la ratificación de estos tratados no permitirán que ningún chileno exista en los terrenos de su dominio por convenir así al mejor establecimiento de la paz y unión, seguridad general y particular de estos nuevos hermanos. Es decir, se reafirmaba la separación entre ambas sociedades como garantía de la paz en el mundo fronterizo, correspondiendo la presencia de cualquier chileno o empresa forestal en territorio mapuche, un acto claramente ilegal.

2. Artículo 28.- de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas que establece: a.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. b.- Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación.

3. Llamamos a la autoridad administrativa, tanto de la intendencia regional como de la gobernación de Malleco de La Araucanía a tomar medidas concretas para evitar la represión en contra de las comunidades.

4. Señalamos que nuestra firme decisión es continuar hasta el final con la recuperación de nuestro territorio heredado por nuestros abuelos y ancestros.

5. Desde el Bajo Pellahuén mandamos un saludo cargado de resistencia a todos nuestros hermanos que luchan por reconstruir nuestra nación y exigimos la libertad de todos los presos políticos mapuche. Nuestro objetivo es mejorar en forma definitiva nuestra situación económica miserable en que nos encontramos y de paso aportar en la reconstrucción de nuestra nación mapuche. Firma el comunicado los voceros: Julián Eduardo Paillali Huiquiñir y Juan Antonio Paillaman Huenchuman. 23 de abril, 2013. Por la reconstrucción nacional y el *Wallmapu*[32] libre. *Marrichi weu*. [33]

Como ya señalé antes, para entonces me encontraba trabajando en la ciudad de Temuco, y apenas me enteré de la noticia, me contacté con algunos amigos a fin de ver la posibilidad de viajar al lugar y ofrecer mi ayuda. En lo personal, estaba preocupada por la represión policial que eventualmente podría recaer en las comunidades, por lo que llegamos al día siguiente de la noticia, que también fue cubierta por un canal de televisión.[34] Tuvimos mucha suerte, porque dentro del grupo mapuche que impedía el paso, se encontraban dirigentes que habían trabajado con nosotros, por lo que nos condujeron a un lugar en donde se encontraba el resto del grupo y en donde pudimos participar en una asamblea. Uno de los dirigentes hizo un discurso en el lugar explicando la reivindicación del territorio ancestral y presentándonos. Me dieron la palabra y yo les expliqué que entendía sus demandas, pero también les expliqué las consecuencias legales de los hechos: era un terreno de propiedad privada y que el propietario podría eventualmente solicitar el desalojo de esa propiedad, mediante la fuerza pública. Así, me relataron que ya habían tenido un encuentro con la fuerza policial, pero que habían

32 Wall, "*derredor";* mapu, *"tierra, región, nación". Fernando Zúñiga.* El habla mapuche, op. cit., *p. 335.*

33 *Marrichi weu* significa "diez veces venceremos".

34 Noticia disponible en https://youtu.be/cbKYZ4pPnoM. Acceso 14 de julio de 2015.

logrado escabullirse sin ser detenidos. De hecho, ellos tenían el control territorial del predio. El dirigente nos pidió públicamente si podíamos asistir a futuras reuniones a fin de informarles acerca de las vías legales-administrativas que existían para la recuperación del *Lof Butakura*. Acepté a título personal, pero dejando en claro lo delicado del tema y señalando la importancia de evaluar los riesgos que ello implicaba.

Los dirigentes agradecieron el apoyo. Uno de ellos, con el que habíamos trabajado en el 2008, cerró su discurso señalando: "Somos los mismos, solo que más valientes". Esa frase tuvo mucho sentido para mí, porque recordé a don Rigoberto Painen que en el año 2008 me había contado de esta demanda, lo que confirmó que esta reivindicación del territorio ancestral era una idea instalada en las comunidades y que en algún momento iba a manifestarse de alguna u otra manera.

Luego de estos hechos, acudimos al Observatorio Ciudadano,[35] organización no gubernamental para la defensa, promoción y documentación de los derechos humanos, a fin de ajustar nuestro actuar a la normativa jurídica internacional de derechos humanos. En esta organización nos explicaron que las comunidades debían ingresar una solicitud formal de aplicabilidad del artículo 20, letra b, de la Ley N° 19.253, en la CONADI.

Los fundamentos de la petición fueron los siguientes:

El primero argumento se encuentra en la propia Ley Indígena, que en su artículo 20, letra b, establece la obligación del Estado de financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras. A la hora de armar la petición, consideramos que este artículo debía interpretarse dentro de las directrices generales del artículo 1° de la misma ley. Esto es el deber del Estado en particular, a través de sus instituciones de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades adoptando las medidas adecuadas para tales fines y protegiendo las tierras indígenas velando por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

El segundo argumento se encuentra en el Convenio N° 169 de la OIT, en especial, el artículo 14 en su numeral 1, que se refiere a la obligación del Estado de solucionar las situaciones de reivindicación de tierras de los pueblos indígenas, y que señala que: "Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan". A mayor abundamiento, podemos agregar a esta interpretación la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que de acuerdo al artículo 35 del Convenio N° 169 de la OIT, debe ser incorporada en la interpretación y que establece en su artículo 26, más y mejores derechos colectivos.

El tercer fundamento lo planteamos en relación con argumentos tomados de los informes, recomendaciones, fallos y tratados del sistema internacional de derechos humanos, tales como:

a) el informe del Comité Derechos Humanos de la ONU del mes de marzo del año 2007, en al marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece obligaciones desde el Estado para el reconocimiento de la propiedad ancestral;

b) las recomendaciones realizadas al Estado chileno por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,

35 Más información en http://www.observatorio.cl. Acceso 3 de julio de 2015.

James Anaya, en su informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile de 14 de septiembre de 2009;[36]

c) el fallo de CIDH, en sentencia de 31 de agosto 2001, en el caso Awas Tingni vs. Nicaragua, que estableció que el concepto de propiedad incorporado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) incluye la propiedad comunal de los pueblos indígenas, incluso cuando esa propiedad carece de un título o de cualquier otra forma de reconocimiento específico de parte del Estado;

d) el hecho de que Chile es parte de la CADH, que consagra tanto el derecho de propiedad (art. 21) como el principio de no discriminación (art. 1.1), lo que ha llevado a la CIDH a establecer que los derechos de propiedad comunal están protegidos por la Convención, sin poder preferirse el sistema de propiedad civil estatal sobre los sistemas consuetudinarios indígenas sin incurrir en una discriminación ilegal.[37]

Cabe destacar que, según la propia Constitución política chilena, el derecho internacional de los derechos humanos actúa como límite a la soberanía nacional.[38] En base a estos argumentos jurídicos, es que acordamos con los dirigentes de las comunidades realizar reuniones en asamblea, al menos cada dos meses, a fin de reunir los antecedentes solicitados por CONADI, la institución encargada de la política pública en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, e ingresar las carpetas ante dicho organismo lo antes posible.

El proceso duró aproximadamente un año, y hay que reconocer que en general había entusiasmo por asistir a las reuniones, pero no se lograban avances en la recopilación de antecedentes.

A continuación, se analizará una reunión en específico, que fue la primera reunión donde estuvieron presentes los *kimche* de las distintas comunidades que conforman el *Lof*.

Primera reunión con los *kimche* (sabios)

La primera reunión con los *kimche* se realizó en la sede de la comunidad Andrés Huaiquiñir, el día 16 de junio de 2013. Resultó relevante, en tanto tenía como objeto reconstruir la historia del *Lof*. Ello despertaba el entusiasmo de todos los miembros de las comunidades, sobre todo por la presencia de los *kimche*. Asistieron mujeres, niños, adolescentes; a estos últimos, destacados por ser los más jóvenes, se les podía ver entusiasmados registrando los relatos y memorias de los ancianos con sus propios medios tecnológicos (celulares, cámaras fotográficas). Yo aún tenía mis dudas sobre si acompañar el proceso o no, ya que hacía 5 años que no trabajaba con ellos. Yo creo que ellos deben haber tenido las mismas reservas con respecto de mi participación.

36 El Relator Especial enfatiza la necesidad de que el Estado desarrolle un máximo de esfuerzos en la adecuación de sus políticas públicas y de la legislación sectorial, de tierras, aguas, geotermia, y medioambiente, entre otras, para su compatibilidad con el Convenio Nº 169 de la OIT, y las obligaciones internacionales del Estado respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, el Relator Especial recomienda reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y Aguas para adecuarlo a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos de ocupación y uso tradicional o ancestral, especialmente a la luz de la reciente ratificación por parte de Chile del Convenio Nº 169, párrafo 53.

37 "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", del 31 de agosto de 2001 (parr. 148, letra b, y párr. 155). Esto es sumamente relevante, ya que esta jurisprudencia es obligatoria para todos los Estados miembros de la CIDH, como lo es el Estado de Chile y no solo para aquellos en que recae la sentencia específica.

38 El artículo 5, inciso 2, de la Constitución Política de la República (CPR) señala: "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Asimismo, desconocía el apoyo real al proceso por parte de todos los miembros de las distintas comunidades que conformaban el *Lof*, tema que para mí era muy importante debido a que no era mi intención apoyar a un solo grupo del sector, sino al conjunto de comunidades. Me llamó la atención de que existieran tan solo seis comunidades, ya que yo recordaba que eran siete comunidades las que conformaban el *Lof*. Luego supe que la séptima comunidad no era producto de la comunidad de personas mapuche derivada de tierras comunales reconocida por un Título de Merced, sino del cumplimiento de requisitos establecidos en la Ley Indígena para su constitución.

Reconozco que en la reunión fui la que inicié el tema de las confianzas señalándoles que necesitaba saber que si iniciábamos un proceso de esta envergadura, íbamos a poder contar con el respaldo real de todos. En lo personal, tenía un trabajo de tiempo completo que consumía gran parte de mis energías, y si bien era altamente gratificante en lo personal acompañar este proceso, también resultaba un importante sacrificio. Los dirigentes me respondieron que las confianzas estaban, que ya me conocían desde el 2008, así que no me preocupara al respecto.

Esa asamblea constituyó el momento propicio para aclarar que aceptaba el desafío, y que mi trabajo no sería remunerado. Respecto a esto último, debo reconocer que me costó entender que en el mundo *mapuche*, lo esperado es recibir algo a cambio por un servicio prestado. Para mí era muy importante no recibir honorarios por mi asesoría legal, porque era una forma –desde mi mirada *winka*– de demostrarles que no tenía ningún otro interés que el de ayudarlos. Pero en numerosas ocasiones vi que ellos no estaban de acuerdo con eso: en una de las primeras reuniones me preguntaron cuánto iba a cobrar, y más adelante ellos gestionaron un pago como modo de paliar los gastos de traslado en que había incurrido. Pude comprender esto cuando, en su momento, uno de los asistentes me dijo que "cada persona llega con algo" (en este caso, mi asesoría) y que debía recibir algo a cambio. Constituía una de las formas de reciprocidad *mapuche* o campesina: "nada que sea de importancia se regala".

El tema de las confianzas era un tema importante para aquellos que formábamos parte de este proceso. Yo tenía mis dudas –que más provenían de rumores, que de mi experiencia personal– sobre que las comunidades *mapuche* no cumplían sus compromisos.

Hoy existe mayor reconocimiento de lo *mapuche*, pero sigue existiendo una distancia entre estos y el resto de la sociedad chilena. Los resquemores se manifiestan de ambos lados y versan sobre diferencias de tipo cultural, tales como el uso del tiempo, las formas de comunicación y negociación, todo lo cual se traduce, en último término, en desconfianza.

Atendiendo su avanzada edad, los *kimche* fueron convocados excepcionalmente, ya que algunos tenían problemas de salud y se dificultaba su traslado a la sede en donde nos reunimos. En todo momento se respiró un clima de respeto y de solemnidad. Noté que para ellos es muy fácil contar el pasado, se trasladan de tal forma que pareciera que los hechos que relataban eran recientes. Los *kimche* hablan sobre hechos que le sucedieron a sus bisabuelos como si les hubiera sucedido a ellos mismos, y son escuchados por la asamblea con un respeto profundo, revisitando el pasado de su pueblo. La reunión en la que estuvieron presentes fue muy distinta a las anteriores,

con una mayor solemnidad: los mayores fueron escuchados sin interrupciones, incluso un *kimche* habló latamente en *mapudungun* sin ser interrumpido. En cuanto a la participación de hombres y mujeres, hablaron en su mayoría hombres, pero me llamó la atención que ellos fueron los que invitaron a hablar a mujeres mapuches de más edad, en el momento en que se trataba el tema de los sitios de significación cultural. Primero hablaron los hombres de más edad, luego las mujeres de más edad y luego un dirigente por cada comunidad.

Fuente: Archivo General de Asuntos Indígenas, Temuco.
Mapa del sector del año 1917 aproximadamente.

Manuel Painen es uno de los integrantes de más edad del *Lof* y pertenece a la comunidad *Painen Marileo*, y a través de sus descripciones da cuenta de la riqueza de la tradición oral que caracteriza a los *mapuche*. En su relato, describió los primeros tiempos del *Lof*, cuando su familia llegó al territorio y no había chilenos en la zona. Ellos habían venido desde el norte, huyendo del ataque del *winka*. Su relato empezó refiriéndose a la experiencia de un tío de su padre, don Mauricio Painen, quien sobrevivió gracias a la riqueza de la vida silvestre del sector. Luego, recordó que con el arribo de los chilenos, llegaron las herramientas que les permitieron trabajar la tierra y sobre todo cazar animales silvestres. Mencionó que no había sal, por lo que se debían hacer viajes a las salitreras cada cierto tiempo. Con el relato describió una ocupación ancestral del territorio por parte del pueblo mapuche, antes de la llegada de los chilenos y mencionó que fueron despojados de sus tierras mediante engaños: "porque les fueron quitando la tierra y engañándolos con unas moneditas pocas para que se corra el *lonko* y llevándose a su gente".[39]

39 Todas las citas de este apartado corresponden a las notas tomadas de la desgrabación que realicé de los videos de la reunión aludida, el día 16 de junio de 2013, en la sede comunidad Andrés Huaiquiñir, *Lof Butakura*.

Don Manuel Painen señala que era tanto el temor de los *mapuche* por la violencia que existía hacia ellos, que no se atrevían a exigir nada y, sumado al hecho de que no entendían el idioma, no podían reclamar títulos de propiedad. En cambio, plantea que: "hoy día hay papeles… antes a la gente ni la reconocían… vivían así no más como un animal… ¿Quién tenía a los hijos reconocidos cuando salió esa ley? ¡No po! Si no sabían ni leer los que vivían aquí, como iban a reconocer si no sabían".

Cuando toma la palabra don Rigoberto Painen, sobrino de don Manuel Painen y actual dirigente y *werken* del *Lof Butakura*, confirma la violencia sufrida en ese período y señala, como estrategia de exterminio de indígenas por parte del Estado chileno, el que hayan traído personas desde las cárceles a sembrar el terror en el sector:

> … y fueron a buscar gente de la cárcel de alta peligrosidad, venían homicidas, rateros, venían asaltantes, entonces… esa gente se la largaron a la comunidad para poder reducir y exterminar a los indígenas… a esos los llamaban los niñocos, esos llegaron justo a asaltar a los mapuche, porque los vieron sin armas, a quitarles los animales y comérselos…

En la actualidad, a las familias *mapuche* no se les reconoce derechos en sus antiguas tierras. Se les reconoce el dominio en el espacio mínimo que tenían en las *rucas*, las huertas, los cercados, que son los que comprenden los Títulos de Merced. De ahí la importancia de acudir a la tradición oral a fin de reconstruir el antiguo *Lof* y lograr el reconocimiento de sus tierras ancestrales. En esa reconstrucción juegan un papel fundamental los sitios de significación cultural, porque dan cuenta de prácticas socioculturales aún vigentes, de un uso y posesión ancestral mediante la celebración de sus ceremonias (actividades espirituales) y que perviven aún en la memoria y sobre todo en las prácticas comunitarias.

Uno de los sitios nombrado en la asamblea es el *Lonko Huaka*: se trata de un lugar sagrado, donde las familias convocan a los espíritus ancestrales y de la naturaleza para la abundancia de las producciones agrícolas. Sobre este lugar, don Manuel Painen señala:

> Ese es un nombre de un mapuche que significa cabeza de vaca. Es una campo, que tenía un pedacito de loma y por eso le pusieron Lonko Huaka, porque tenía frente dijeron… se les ocurrió esa tontera (risas de la asamblea), un pedacito limpio… entonces dijeron ah!, este es el Lonko Huaka porque tiene frente.

Mientras el resto de los participantes asentía lo descripto por don Manuel, uno de los dirigentes le pidió a una mujer de más edad que contara su experiencia. Doña Clorinda Mali, perteneciente a la comunidad Andrés Huaiquiñir, relató:

> Cuando había sequía y se iban a matar un pollo o un corderito, entonces se daba agua… esos decían mi abuelito y abuelita y así también la abuelita de mi yerno que era *machi*, cuando venía una sequía iban al Lonko Huaka a pedir agua po y llovía… yo no nunca fui, a mí me dejaban en la casa, iban todo con ropa de negro para pedir agua… iba mi abuelita y mi abuelito antiguo eso, entonces llovía o a veces venia una sequía… no hallaban donde pedir agua, entonces sacaban una gallina negra y llovía, estaban contentos los viejos porque llovía.

Don José Antonio Quilaqueo, también *kimche* de la comunidad Juan Quilaqueo, hizo referencia a otro sitio de significación cultural, el Llal-Llal, un salto de agua ubicado en el sector:

> cuando suena trae agua, pero cuando no suena no da agua, es un salto agua que cae profundo hasta un pozo abajo, del Lonko Huaca, ahí mismo abajo, para ir a pedir agua, tiene que ser bien ordenado… por ejemplo todo este grupo hubiera podido ir a pedir agua allá, que ahora que no hay agua podríamos ir a pedir, podíamos hacer de acuerdo y decir vamos a ir, para que el que no conoce fuera a conocer… había una *machi* y la *machi*… vamos a ir a pedir agua, que le de lluvia al salto, así que nosotros vamos todos, tendríamos que llevar su mote… depende que sacrificio vamos hacer ahí.

Según lo señalado por el resto de los asistentes en la reunión, *el Llal-Llal* en la actualidad se encuentra ubicado en la comunidad Painen Marileo, pero actualmente tiene acceso a él solo la Forestal Mininco.

Don Manuel Painen también se refirió a otro lugar de significación cultural para ellos, donde antiguamente reunían los animales para cazarlos y es utilizado de forma comunitaria, llamado Külmahue:

> Cuando iban los animales a lamer la tierra, entonces ese Külmahue ahí iban ellos cuando querían comer carne después que tenían animales… entonces los animales tenían un caminito donde arrancaban, ahí le ponían el lazo ellos si metían la cabeza, si llegaba un animal quedaba embolsado… pa comer carne ellos, si lo animales eran alzados… los pillaban ahí en el Külmahue.

Pero no tan solo era un lugar de caza, sino que los animales se sanaban en ese lugar. Así lo señala don Rigoberto Painen, *werken* del *Lof Butakura*, en la exposición que realizó en Temuco, un año después de esta asamblea, pero en el marco de la misma lucha por el territorio ancestral, ante la comunidad académica de dicha ciudad:

> … y ahí en esos sectores también existía el kulmahe donde los animales de nuestra nación mapuche, porque nosotros ese territorio lo usábamos en forma común, era administrada por nuestra nación mapuche, y hoy día es administrada por varias empresas forestales y en el cual ahí teníamos –nos cuentan– muchos animales y los animales no estaban como es hoy día, esperando un veterinario para irlos a curar de las enfermedades, los animales también se automedicinaban, ahí existe una piedra que se llamaba kilmawue en la cual ellos iban a lamer y estaban medicinándose….[40]

Cabe destacar que en la reunión con los *kimche*, luego de hablar de estos sitios de significación cultural, algunos dirigentes se refirieron inmediatamente a la relación que ellos tienen con la tierra (*ñuke mapu*) y luego derivaron al lugar central que ocupan en su propia espiritualidad. Así, don Iván Huenchumán, dirigente de la comunidad Mateo Huenchumán, expresó:

> Nosotros venimos de la parte espiritual, por eso nosotros tuvimos una relación muy directa con la naturaleza, con todo lo que es agua, tierra, aire y los árboles, entonces como nosotros aquí conocimos… los cerros, eso también para nosotros es el tren-tren,[41] porque según en la

40 Cita que corresponde a las notas tomadas a la desgrabación que realicé del audio de la exposición de don Rigoberto Painen, *werken* del *Lof Butakura*, en el 1° Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU) Sección Chile, que tuvo lugar los días 8 y 9 de septiembre de 2014 en el Campus Norte de la Universidad Católica de Temuco.

41 Según el mito *mapuche*, hace mucho tiempo en sus tierras se levantó del mar una enorme serpiente y comenzó a gritar *kai, kai, kai* cada vez más fuerte y más agudo. Esta serpiente provocó una lluvia que se transformó en tormenta y luego en diluvio que inundó toda la tierra. Para salvarse, los mapuche subieron a la punta de los cerros. Cuando no podían subir más, oyeron una voz que venía del fondo de la tierra que decía *treng, treng, treng*. Era la serpiente divina que venía a auxiliarlos. Así comenzó una batalla entre *kai kai y treng treng*. Mientras *kai kai* chillaba más fuerte, *treng treng* hacía temblar la tierra y la levantaba más y más. Viéndose vencida, *kai kai* se hundió en las profundidades del mar, y no se la volvió a ver. Desde entonces, cuando tiembla y los maremotos inundan la tierra o cuando llueve demasiado y suben las aguas de los ríos y lagos, los *mapuche* oyen el grito de *kai kai*. Afortunadamente, ahora *treng treng* ya está alerta, de manera que antes que *kai kai* haga daño al pueblo *mapuche*, la hace callar con su sonido sordo que hace crecer la tierra. Disponible en http://chileprecolombino.cl/arte/narraciones-indigenas/mapuche/kay-kay-tren-tren/. Acceso 31 de julio de 2015.

> formación de la tierra, fue una guerra del kai-kai… y eso es lo que nos mueve a nosotros, nos hace tener una condición espiritual de querer nuestra tierra, de querer nuestra naturaleza, de amarla, no destruirla.

Los temas tratados en esta asamblea con los *kimche* fueron claves para formular la demanda territorial, porque la fundamentaron y fueron creando los argumentos etnohistóricos de la demanda: confirman el despojo violento que sufrieron los antepasados de las familias *mapuche* del lugar y el uso ancestral y actual del territorio por las comunidades del sector. Pero creo que existe un tema clave que se trató en esta reunión, un elemento unificador en un proceso que es de largo aliento: la identidad mapuche y la importancia que tiene la organización y la movilización (supra) comunitaria, sobre todo cuando se trata de reivindicar el territorio ancestral. Don Rigoberto Painen, *werken* del *Lof Butakura*, señaló al respecto:

> Yo por años, de que estuve movilizándome casi solo, invitando a algunas familias, a algunos amigos más cercanos de que yo tenía confianza de que podíamos caminar juntos. Eh, yo le voy a decir cómo me he sentido emocionalmente como *mapuche.* Este paso que dimos nosotros, podía haber sido el paso más importante de lo que yo siempre esperé, de habernos movilizado, de haber dicho, aquí nosotros vamos a reivindicar nuestro territorio, aquí le vamos a decir, al estado chileno, aquí estamos nosotros *mapuche*, aquí estamos nosotros y no porque yo haya puesto en el carnet nacionalidad chilena, nosotros seguimos siendo mapuche.

El dirigente continúa su discurso aludiendo a lo que implica tener la ciudadanía chilena, siendo *mapuche*: "a nosotros nos dicen que nos pusieron el carnet nacionalidad chileno, si yo soy *mapuche*, pero ellos para poder gobernarnos, para ellos podernos manejar nos colocaron nacionalidad chilena…". A su vez, agrega otro elemento que unifica el proceso, pese a las eventuales diferencias internas que pudieran surgir dentro de las comunidades: el impacto de las empresas forestales en el territorio.

> … a través de esas empresas, de sus familiares, nos han hecho tira todo el ecosistema, la diversidad de nuestro pueblo, entonces ahora nosotros ¿Con quién tenemos que comunicarnos? ¿Cuántas aves y cuántos animalitos ya no existen en el territorio? Por último, se nos está terminando el agua y a las nuevas generaciones, ¿qué les estamos dejando nosotros, como mapuche? Les estamos dejando el puro apellido sin nada y todas las platas que nos corresponden a todos nosotros, el bienestar de todos nosotros, los siguen acaudalando otros señores que ni siquiera, han nacido en Chile y vienen de otros países a colmar sus grandes riquezas y a nosotros nos están dejando en la miseria.

Es decir, la demanda por el territorio ancestral se vinculaba además con un lucha concreta por frenar el avance de las empresas forestales que, al destruir la biodiversidad, estaban minando la base de la identidad étnica. De ahí que, como veremos a lo largo de la tesis, se eligiera centrar la demanda territorial en los predios que están en manos de empresas forestales.

En las distintas reuniones que se celebraron en *Lof Butakura*, que fueron alrededor de seis aproximadamente, en un período de un año, en un comienzo no asistían mujeres. Me llamó la atención que no asistieran mujeres, porque las recordaba siempre activas y entusiastas ante cualquier proyecto en beneficio de las comunidades. Ante mi pregunta del porqué no asistían, los hombres respondían que alguien debía quedarse cuidando a los niños y la casa, y también confesaron que algunas no estaban muy de acuerdo con la reivindicación, pues temían la represalias de la fuerza policial.

Los dos argumentos eran muy atendibles. En primer lugar, porque estas reuniones, que eran los días domingo, se sumaban a muchas otras durante el mes, de los distintos programas y ayudas estatales, y estas actividades implicaban un costo económico significativo al descuidar las labores agrícolas. Y, en segundo lugar, en la Araucanía, la recuperación de territorios ancestrales es fuertemente perseguida por el Ministerio Público y de la misma forma reprimida por carabineros de Chile (a modo de ejemplo, baste citar los numerosos casos de presos políticos mapuche que están hoy día encarcelados a causa de la reivindicación de las tierras antiguas de sus comunidades).

Finalmente, quizás por mi interpelación como mujer, se integraron más mujeres y sus hijos, pero muy tímidamente, colaborando en la preparación de alimentos y el mate. Sentí por parte de ellas un apoyo muy especial hacia mi trabajo; me acerqué para hablar con ellas al sector de la preparación de alimentos y fueron muy amables e integradoras. Una *lamngen*[42]me comenzó a enseñar palabras en *mapudungun* nombrándome los alimentos que estaban servidos en la mesa. Incluso me ofreció que la fuera a ver a su casa para aprender su idioma. Otra *lamngen* me contó cómo era la vida cuando los hijos se van a la ciudad a trabajar y las dificultades que tienen para reorganizar nuevamente sus propias vidas en el campo sin sus hijos. Los relatos fueron muy amenos, espontáneos y cargados de complicidad. A medida que nos íbamos conociendo, ellas fueron asistiendo más a las reuniones, acompañadas de sus hijos, incluso mujeres mayores quienes tuvieron un papel importante en la reconstrucción histórica de los sitios de significación cultural para las comunidades (un aspecto central para la construcción de la reivindicación del territorio). Como mujer, nunca me sentí discriminada en alguna reunión, por *winka*, muy por el contrario, siempre las reuniones se desarrollaron en un marco de mucho respeto y cordialidad por parte de todos los participantes.

En alguna oportunidad en la asamblea, un dirigente comunicó que habían elegido al *lonko* y que estaba presente en la asamblea, pero el *lonko* muy respetuosamente señaló que no era el espacio para dar esa noticia, porque se trataba de un espacio *winka*. Todos respetamos su decisión, y su respuesta me sirvió para reflexionar en torno a cuál era entonces el espacio *mapuche*. Creo que el *lonko*, más que al espacio, aludía a la modalidad de la reunión, que era precisamente *winka*, con ciertos matices impuestos por el territorio, pero finalmente *winka*. En todo caso, más adelante asistiría a una reunión una *machi*[43] del territorio, en compañía de otra *lamngen* que era su asistente. Luego realizó una rogativa para que el proceso de reivindicación fuese exitoso. Fue un momento gestionado por ellos mismos y de mucha significación para

42 Término usado solo entre mujeres o entre hombre y mujer cuya aproximación en español sería hermana/o). *Lamngen.* 1. desde la perspectiva de un hombre, hermana (*DEYA*); hija de la hermana de la madre; hija del hermano del padre (*MALLEÑAWE*). 2. desde la perspectiva de una mujer, hermano/a; hijo/a de la hermana de la madre. Fernando Zúñiga. *El habla mapuche*, *op. cit.*, p. 322.

43 Para Bengoa, historiador y antropólogo chileno conocido principalmente por sus ensayos sobre los mapuche, en la cultura mapuche actual, la *machi* es una de las instituciones más importantes, en ella se expresa la identidad étnica y la resistencia cultural del pueblo. Lo que él reflexiona es que los caciques perdieron poder al reducirse sus tierras por el Estado, perdiéndose el discurso mapuche. En cambio las *machi* recuperaron un discurso que tiene que ver no tan solo con problemas de salud o de religión, sino con elementos vinculados a la cosmovisión indígena. La hipótesis de este autor es muy interesante, porque señala que es la *machi* la conciencia crítica de la sociedad y la cultura y que la lectura política seguramente la harán los hombres, los salidos de la comunidad. José Bengoa. *Mujer, tradición y shamanismo: relato de una machi mapuche,op. cit.,* p. 113.

todos, pues se unían no solo estrategias políticas, sino elementos de la identidad étnica y formas de resistencia cultural del pueblo *mapuche*.

Conclusiones

Como se ha podido ver en este capítulo, la participación política dentro de la sociedad chilena no es una elección para el pueblo mapuche, sino que es una imposición. Pese a ello, hemos visto cómo participan sin renunciar a sus autoridades y espacios propios de participación, como por ejemplo la elección de un *lonko* o de un *werken*. Me llamó la atención que en las reuniones que programamos no existían grandes oposiciones ni conflictos entre las comunidades, por lo que concluí que probablemente existía una instancia previa interna en la cual se realizaba el debate más duro; o quizás existía un acuerdo tácito de no explicitar diferencias en este espacio.

Cuando comencé este trabajo, me interesaba analizar específicamente el rol de las mujeres en este proceso. Y, en ese sentido, en cuanto a la participación femenina, cabe señalar que es baja en cuanto a que no son oradoras de los discursos, pero sí están presentes en todas las acciones conducentes al fin deseado. Cuando el debate se centra en la espiritualidad y lo cultural, las mujeres con más edad adquieren mayor protagonismo y son invitadas por los hombres a hablar. La *machi*, si bien no estuvo presente en la reunión de los *kimche*, es mencionada dentro de los discursos como expresión de identidad étnica, además de espiritual. Solo en la última reunión en el territorio asistió la *machi* del lugar, quien realizó una rogativa para el éxito del proyecto.

En lo que se refiere a la participación de los más jóvenes, estos no lo hicieron en carácter de oradores, aunque tuvieron un rol destacado en las reuniones, sino que colaboraron con la utilización de las tecnologías y materias logísticas de la asamblea, como así también asistieron en la preparación de los alimentos para los participantes. Lo anterior no es óbice para que exista una solidaridad intergeneracional tanto en el discurso de los más viejos, como en los hechos. El proceso de reivindicación es de largo aliento, por lo cual los que verán los frutos del trabajo desplegado por sus mayores son precisamente ellos. Me llamó la atención que nadie interrumpiera a los *kimche* ni surgieran cuestionamientos de los relatos, sobre todo entre los más jóvenes. Concluyo que, quizás, se deba a que los relatos eran conocidos y formaban parte de su tradición oral, y que habían contados con anterioridad en alguna otra celebración comunitaria, o en espacios más íntimos o familiares.

Por último, existe una valoración importante del *mapudungun*. Los oradores que lo utilizan son escuchados con mucho respeto y detención, el tono de voz es emotivo pero fuerte a la vez. El *mapudungun* pareciera jugar un rol unificador de las comunidades dentro de las reuniones de este tipo.

En el siguiente capítulo vamos a analizar cómo estas seis comunidades se articulan con otras comunidades indígenas de la comuna de Lumako, en una instancia específica como lo es la Consulta Indígena establecida en el Convenio N° 169 de la OIT, con el objeto de observar su participación política en alianza con otras organizaciones de la comuna.

CAPÍTULO 2

El Convenio N° 169 de la OIT establece, en el artículo segundo de dicho cuerpo jurídico, la participación de los pueblos indígenas como principio general. Esta norma impone a los Estados que suscribieron dicho instrumento la obligación de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de los pueblos. Su propósito esencial es garantizar la participación indígena en la toma de decisiones que involucra sus intereses, en especial en la formulación e implementación de los planes y programas de desarrollo que se ejecuten en sus territorios, a fin de cautelar su derecho a establecer sus prioridades en materia de desarrollo. Asimismo, se garantiza la participación en la utilización de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios y/o tierras.

Este principio ha sido relevado, también, por la jurisprudencia de la CIDH y algunos órganos del sistema de Naciones Unidas, como son el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, quienes han realizado una interpretación evolutiva de los tratados internacionales de su competencia, fundamentándose en el Convenio N° 169 de la OIT y en los derechos reconocidos por la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en el seno de las Naciones Unidas en septiembre del año 2007. Esta última, si bien es una declaración, establece más y mejores derechos políticos para los pueblos originarios, incluyendo la libre determinación.[44] Este derecho es reconocido en términos muy similares a como lo realiza para todos los pueblos el artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de la ONU, del año 1966, y el derecho de autonomía o al autogobierno, estos últimos, en asuntos relacionados con sus asuntos internos y locales (artículo 4).

El Convenio N° 169 de la OIT y, por ende, la institución de la consulta indígena, tiene la más alta protección en el derecho chileno. Esto se debe a que es un tratado sobre derechos humanos; y la Constitución Política de la República chilena, en su

44 "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas".

artículo quinto,[45] concede un lugar especial a los "derechos esenciales emanados de la naturaleza humana", contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en cuanto los constituye como límites al ejercicio de la soberanía del Estado:

> El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Asimismo, el Tribunal Constitucional chileno declaró como autoejecutable la norma del artículo 6.1. Por lo tanto, es invocable ante los tribunales de justicia sin necesidad de un acto legislativo posterior y sin perjuicio de su reglamentación vía potestad reglamentaria del presidente de la República, siempre respetando el contenido y alcance de las normas del tratado desarrolladas por los organismos y tribunales internacionales.

A su vez, distintas instancias del derecho internacional han establecido las condiciones mínimas de este deber de consulta. Por ejemplo, se destacan las recomendaciones que el Relator Especial James Anaya hizo en el año 2009 al Estado chileno, en relación a la consulta respecto de la reforma constitucional chilena y que más tarde él mismo extendiera a la obligación de consulta en general[46] señalando que debe ser previa. Entre otras recomendaciones, señaló que:

- no se agota con la mera información;
- debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes;
- debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas;
- debe ser sistemática y transparente; y tiene que orientarse a alcanzar un acuerdo.[47]

No obstante lo anterior, debemos señalar que el sistema jurídico-político chileno ha presentado, desde el inicio de la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, dificultades para su adecuación a la legislación interna.

El Convenio N° 169 de la OIT entró en vigencia en Chile en septiembre de 2009 y, desde entonces, se han dictado dos decretos supremos de alcance general que reglamentan la consulta. El primero de ellos, el Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN, hoy Ministerio de Desarrollo Social),[48] que fue publicado el 25 de septiembre de 2009, a pocos días de la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT.

---

45 Según plantea el artículo 5 de la Constitución Política de la Republica: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

46 J. Anaya. *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el relator anterior.* Informe, 14 de septiembre 2009, párr. 13.

47 J. Anaya. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación a con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile,* párrs. 18-41, documento electrónico disponible en: http://www.politicaspublicas.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf. Acceso 15 de agosto de 2015.

48 Ver Decreto Supremo en http://bcn.cl/1m2v2. Acceso 19 de agosto de 2015.

El Estado pretendió dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de participación y consulta establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la OIT. Estuvo vigente por casi tres años y fue aplicado en varias ocasiones, pese a la oposición de las organizaciones indígenas y la crítica de expertos internacionales y de la sociedad civil. En este contexto, el gobierno chileno elaboró una nueva normativa para reglamentar el Convenio N° 169 de la OIT iniciando un proceso de consulta en el año 2011, en el cual no se consideraron las observaciones de las organizaciones indígenas ni los estándares internacionales relativos a la consulta, por lo que se dejó detenido el proceso hasta contar con un mecanismo que cumpliera con los estándares internacionales. No obstante ello, el Servicio de Evaluación Ambiental reanudó, en el año 2013, los procesos de consulta mediante el proceso establecido en el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente,[49] a fin de aprobar proyectos de inversión. Se conformó una Mesa de Consenso, con las organizaciones indígenas interesadas para discutir los contenidos de la nueva normativa que reemplazaría al Decreto Supremo N°124, pero muchas organizaciones indígenas se retiraron de la convocatoria por falta de representatividad, incluyendo las comunidades *mapuche* de Lumako.

El 15 de noviembre de 2013, mediante Decreto Supremo N° 66,[50] el Ministerio de Desarrollo Social aprobó el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 (N° 1, letra a, y N° 2) del Convenio N° 169 de la OIT, que deroga la normativa que indica que fue publicado el 4 de marzo de 2014. Este reglamento tampoco ha tenido el apoyo de las organizaciones indígenas ni de la sociedad civil por cuestiones de fondo, principalmente porque se agregan requisitos no establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT para la procedencia de la consulta y se recorta su alcance. Si bien el Estado chileno se ha comprometido a modificar algunos aspectos del reglamento, la preocupación no deja de estar presente.

Antes de la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, el Estado chileno había desplegado acciones a fin de promover la participación del pueblo mapuche. Es así como en la Ley Indígena del año 1993, se regularon las formas que debía adoptar la participación del pueblo mapuche a través de comunidades y asociaciones. En cuanto a las asociaciones, muchas comunidades mapuche se han valido de esta figura para dar un respaldo jurídico a los procesos de reconstrucción territorial en que están empeñadas. A la fecha, conforme el registro de comunidades y asociaciones indígenas, se han constituido 1948 comunidades, lo que se traducen en 84.067 socios y 620 asociaciones, lo que significa 20.146 socios, de un total de 285.411 personas pertenecientes al pueblo mapuche en la región, conforme al último censo del año 2012.

Estas cifras guardan relación con el hecho de que la personería jurídica es la que les permite acceder a los distintos programas del Estado, por lo que existe un incentivo económico para su conformación. Pero ¿estamos reflejando la real participación política del pueblo mapuche, si las estructuras son las propuestas desde las formas alentadas desde la sociedad *winka*? Al estructurarse estas organizaciones conforme a la normativa *winka*, son lideradas en definitiva por autoridades que son *mapuche*, pero que en muchos casos no son las autoridades tradicionales *mapuche*. Por ejemplo,

49 Ver Decreto Supremo en http://bcn.cl/1lysq. Acceso 19 de agosto de 2015.

50 Ver Reglamento en http://bcn.cl/1lztl, acceso 19 de agosto de 2015.

en el *Lof Butakura,* existen presidentes por cada comunidad, pero la autoridad tradicional del territorio es el *lonko.* Desde la perspectiva de algunos ancianos de la comunidad (que comparto), el tema se complejiza si consideramos la eventualidad de que algunos presidentes de comunidad jóvenes sean seducidos por la vida urbana y no representen a la comunidad que lideran, sino que, por el contrario, repliquen el modelo de participación *winka* al interior de sus propias comunidades.

La Ley Indígena vigente desde el año 1993 permite la creación de una comunidad legal con requisitos que no coinciden con la comunidad ancestral mapuche, menos aún la reconstitución de formas de organización mayor como el *Lof*, que fue característica de la sociedad *mapuche*. Entre las comunidades que se han organizado desde la Ley Indígena, se encuentra la Unión de Comunidades Mapuche Lonko Leftraru, de la comuna de Lumako, asociación que ha recurrido a esta fórmula legal, para dar vida a un proceso federativo territorial que se está verificando en la actualidad y que integra a las comunidades del *Lof Butakura*.

Las seis comunidades del *Lof Butakura* han establecido vínculos extensos entre actores de similar poder; en este caso, con el resto de comunidades mapuche de la comuna de Lumako, formando parte de la Unión de Comunidades *Mapuche Longko Leftraru*. Los vínculos horizontales que se generan en estas alianzas son la base de estas organizaciones de segundo nivel que permiten desarrollar un trabajo concertado y más contundente frente al Estado.

En el siguiente acápite, revisaremos cómo interactúan estas dos formas de participación, la *winka* y la *mapuche.* En particular, mostraremos cómo confluyen finalmente en una instancia que es la consulta indígena, en donde el objetivo principal es llegar a un acuerdo entre las partes respecto a las medidas aplicables por la autoridad estatal a los pueblos originarios.

En la comuna de Lumako, podemos encontrar diversos grupos organizados que han logrado distintos niveles y formas de participar en el acontecer comunal. De ahí la importancia de considerar los elementos culturales, históricos y territoriales que se encuentren vigentes o latentes[51] en las organizaciones, al realizar cualquier análisis sobre las formas de participación política en la comuna. En un sentido general, todas han nacido por la necesidad que expresan sus miembros de transformar las condiciones sociales, culturales, económicas o políticas en las que se encuentran. A su vez, de modo muy general, podemos distinguir entre:

a) grupos que han decidido articularse como reacción a procesos coyunturales;

b) otros que se han constituido como respuesta a los requerimientos administrativos del Estado para su integración en ciertos programas y para la obtención de beneficios;

c) y aquellos que tiene un origen en la comunidad indígena como familia ancestral extensa.

En este mismo sentido, algunas organizaciones[52] se constituyen como actores con distintas dinámicas de participación: desde aquellas que hoy tienen un carácter más

51 Nos referiremos a elementos socioculturales latentes, al describir elementos que subsisten en la memoria de las comunidades pero que no están activos, pues no son practicados en las relaciones sociales actuales.

52 Cuando hablamos de organizaciones sociales, nos referimos a la comunidad organizada dentro del territorio comunal. Dentro de las organizaciones formales se encuentran las organizaciones territoriales y funcionales regidas por la Ley N° 19.418, (Ley de Municipalidades) y las asociaciones y/o comunidades indígenas regidas por la Ley N° 19.253 (Ley Indígena). También es imprescindible nombrar la

pasivo hasta las que han logrado desarrollar procesos de actoría local más planificados y que contemplan una multiplicidad de funciones, incluyendo algunas que han logrado posicionar actores políticos dentro de la Alcaldía.

Respecto a la representación indígena, es dable señalar que a diferencia de otros países,[53] en Chile solo se considera la representación indígena a través de la CONADI, el organismo del Estado encargado de gestionar las políticas públicas sobre los pueblos indígenas. Este organismo estatal establece, como una función de esta entidad, impulsar la participación indígena en la vida nacional, por lo que los indígenas que quieran acceder a un cargo de representación política deberán hacerlo a través de los mecanismos establecidos para todos los ciudadanos. Esto implica contar con recursos económicos para ser electos, o bien la pertenencia a un partido político que los apoye. Esto último es casi indispensable atendiendo el sistema electoral binominal vigente en la actualidad en Chile, que desincentiva las candidaturas independientes y promueve dos bloques políticos: gobierno y oposición. Con dichos obstáculos, los municipios en sectores indígenas se han convertido en una buena opción para candidatos mapuche que quieren beneficiar directamente a comunidades indígenas, atendiendo a mayores recursos y amplias atribuciones con las que cuenta un alcalde dentro de un municipio.

Un ejemplo de la incorporación de mapuches a los municipios fue la asunción como alcalde de Lumako de don Manuel Painiqueo Tragnolao en el año 2005, quien después de doce años de gobierno comunal de tendencia aliancista,[54] una vez finalizada de la dictadura de Augusto Pinochet Ugarte, se autoidentificó como alcalde mapuche y concertacionista.[55] Su llegada a la alcaldía fue en el marco del proyecto político impulsado por la Unión de Comunidades Longko Leftraru de Lumako, que consistía en alcanzar el poder del gobierno local, para llevar desarrollo a las comunidades mapuche de la comuna.

La construcción del PLADECO

En Lumako, desde el año 2005, se instalaron una serie de procesos de participación importantes apenas asumió el alcalde mapuche don Manuel Painiqueo Tragnolao, y de los cuales fui testigo en el período en que trabajé en la zona, en calidad de profesional abogada perteneciente al Programa Servicio País el año 2008. Respecto de la participación ciudadana, existió un fuerte trabajo en ese período con las organizaciones sociales, además de la construcción del Plan de Desarrollo Comunal

existencia de otras organizaciones comunitarias que no están formalizadas bajo ninguna ley.

53 A modo de ejemplo de lo que sucede en otros países de la región, la Constitución política del Perú establece en su artículo 191, inciso final, lo siguiente: "La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales", documento electrónico disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf. Acceso 18 de agosto de 2015.

54 La Alianza es una coalición política chilena de derecha y centroderecha integrada por tres partidos políticos: la Unión Demócrata Independiente, Renovación Nacional y el Partido Regionalista Independiente.

55 La Concertación de Partidos por la Democracia es una coalición chilena de partidos políticos de izquierda, centroizquierda y centro, que gobernó Chile desde el 11 de marzo de 1990 hasta el 11 de marzo de 2010. Posteriormente, sus partidos se unieron con otras fuerzas de centroizquierda e izquierda para formar la Nueva Mayoría, que desde el 11 de marzo de 2014 es la coalición oficialista.

(PLADECO) participativo, en dos oportunidades, primero en 2006 y luego en 2010, con duración de cuatro años cada uno.

Si bien este último es una obligación de la Ley Orgánica de Municipalidades, en Lumako se realizó en el período comentado, a través de una estrategia participativa que involucraba a los actores de la sociedad civil, tanto del sector urbano como el sector rural. Alentado por el alcalde mapuche, el proceso tuvo como pilar fundamental generar acciones que propendan un cambio de paradigma de desarrollo a escala local llevado a cabo hasta ese momento. Estas acciones debían contribuir a la construcción de un gobierno local, que promoviera la participación de los actores, con respeto a las identidades culturales e igualdad de género, y aspirando a un desarrollo sustentable que considere no solo las necesidades y carencias de los territorios, sino también las potencialidades y capacidades de estos.

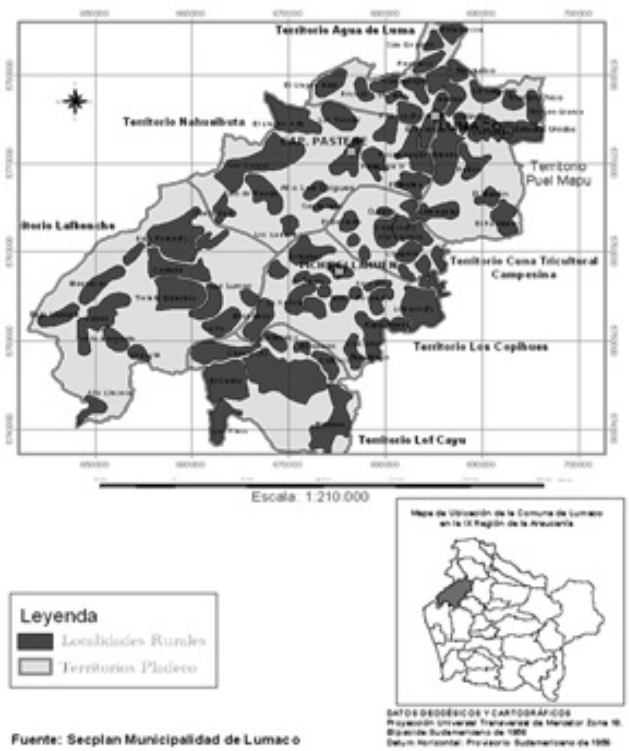
Respecto a los modos de concebir la diversidad cultural en la zona, el municipio trabajaba en ese entonces la idea de triculturalidad, entendiendo que la identidad de la comuna estaba configurada por las comunidades *mapuche-nagche*, la cultura mestiza chilena y los descendientes de los colonos italianos. Estos últimos llegaron a la comuna entre los años 1904 y 1905, desde la región Emilia-Romagna ubicada en la provincia de Módena, al norte de Italia, y fueron trasladadas aproximadamente cien familias por La Sociedad Colonizadora Ricci Hermanos y Cía., en acuerdo con el Estado chileno, formando la localidad de Capitán Pastene. Esta localidad es el centro urbano más poblado y con mayor desarrollo económico y social de la comuna de Lumako. Han existido propuestas de sus habitantes para crear la comuna de Capitán Pastene, sin mayor éxito hasta ahora, debido a que no se cumple el requisito mínimo del número de habitantes para formarla y porque contribuiría al desequilibrio económico ya existente en el resto de la comuna.

En el año 2008, cuando me desempeñaba como profesional del Programa Servicio País, en la comuna de Lumako y a petición de algunos dirigentes de la comuna, tuve la posibilidad de participar en una reunión de trabajo entre la Unión de Comunidades Mapuche Longko Leftraru y el gobierno regional de la Araucanía, que se enmarcaba dentro de un convenio suscripto entre ambas partes, denominado Plan Lumaco.[56] Fue interesante el despliegue del Estado en esta reunión, pues llegaron numerosas autoridades claves para solucionar temas puntuales del sector, pero estratégicos para el desarrollo de la comuna en su conjunto, como por ejemplo el mejoramiento de caminos de accesos a sus comunidades indígenas, asesoramiento a las comunidades en la obtención de sus derechos de agua y el control del posible desborde del río Lumako. Asistieron los representantes del gobierno regional, de la Dirección de Obras Hidráulicas, de la Dirección de Vialidad y el de la Dirección General de Aguas, pero no dos autoridades que eran de suma relevancia para algunos dirigentes indígenas: el secretario ministerial de Agricultura y el de Obras Públicas. Este hecho fue interpretado por las comunidades mapuche como una falta de respeto por parte de la autoridad y manifestaron su voluntad de no participar en la reunión de trabajo argumentando que no estaban dadas las condiciones mínimas para llegar a acuerdos.

56 En esa oportunidad los temas a conversar fueron la ejecución del PDI 2008 (Programa de Desarrollo Indígena), proponer el PDI 2009-2010 y revisar los compromisos de mejoras para la comuna, asumidos por el Gobierno Regional, la Municipalidad, la Dirección de Obras Hidráulicas, la Dirección de Vialidad y la Dirección General de Aguas.

Recuerdo haber conversado con algunos dirigentes y haberme preguntado por qué tomaban esa postura tan rígida, si es que estaban los representantes de otras áreas que para ellos eran importantes, y algo se podría lograr en beneficio de la comuna. Algunos me señalaron que estaban cansados de que enviaran a los segundos a cargo, y que era una estrategia del gobierno, que se venía repitiendo ya hace algún tiempo. Finalmente, luego de una negociación entre los directivos de la Unión de Comunidades Mapuche Longko Leftraru y las autoridades, decidieron celebrar la reunión de todas formas. Sin embargo, esta se caracterizó por desarrollarse en un ambiente bastante tenso, cargado de quejas de los dirigentes hacia el gobierno central. Con el tiempo, entendí mejor la posición aparentemente rígida de los dirigentes: el enviar a los segundos al mando es una estrategia (consciente o no) de la autoridad, que dilata los procesos de negociación al no encontrarse los que toman las decisiones, quebrantando las confianzas y perjudicando el trabajo en conjunto.

Territorios definidos Pladeco 2006-2012



Fuente: Secplan Municipalidad de Lumaco

Implementación de la consulta indígena en Chile: caso Lumako

En el año 2011, el Estado chileno dio inicio a la implementación del proceso de consulta indígena, lo que motivó el rechazo de numerosas organizaciones indígenas, quienes exigieron la derogación del Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN (decreto que regulaba la consulta indígena) por no cumplir con los estándares internacionales. Tanto significó esa oposición, que el gobierno suspendió el proceso e inició otro para definir el mecanismo de consulta, labor que se delegó al Consejo Nacional de la CONADI.

Las organizaciones y comunidades mapuche han tenido fundadas razones respecto a desconfiar de la voluntad política de los gobiernos de Chile respecto al reconocimiento de sus derechos. En este sentido, existe una falta de reconocimiento en la legislación nacional de los estándares internacionales con los que Chile se ha comprometido e insuficiencias en las propuestas para la regulación de la consulta. Por otra parte, los tribunales de justicia han ido incorporando los estándares internacionales en sus decisiones, pero ha sido gradual este proceso y tiene además el inconveniente de que solo teniendo efectos en un caso concreto obligando solo a las partes que participaron en él. En la comuna de Lumako, desde mucho antes de la implementación de la consulta, las organizaciones constataban en los hechos algunos errores o desconfianzas por parte de la autoridad en la forma de relacionarse con las organizaciones, que expondremos en el caso que analizaremos a continuación.

El día 2 de julio de 2011, los representantes de las comunidades, asociaciones y otras organizaciones indígenas de la comuna de Lumako –entre ellas la Unión de Comunidades Mapuche Longko Leftraru–, y con presencia de autoridades regionales y nacionales, se reunieron en un taller de entrega de información en el marco de la implementación de la consulta indígena del Convenio N° 169 de la OIT. El objetivo era dialogar sobre las propuestas del gobierno en materia de distintos proyectos de reforma constitucional, sobre la nueva institucionalidad indígena y acerca de los procesos de consulta y participación. Asistieron aproximadamente cincuenta y cuatro personas, hombres y mujeres representantes de diversas comunidades mapuche de la comuna de Lumako. Asimismo, se hizo presente el alcalde de ese entonces, don Manuel Painiqueo Tragnolao, quien manifestó su descontento por no haber sido invitado a la actividad en su calidad de autoridad comunal.

Luego de escuchar a los representantes del gobierno regional, los asistentes manifestaron su disconformidad con el proceso general de consulta y con la forma en que se realizó la convocatoria de manera específica para esta actividad. Luego, solicitaron a la comisión en terreno del MIDEPLAN que se retiraran del lugar, y continuaron ellos mismos la asamblea a fin de redactar la siguiente declaración pública:

> DECLARACION PÚBLICA LUMACO[57]
>
> En Lumaco a 02 de julio de 2011, en reunión donde asistieron representantes de las distintas comunidades y *lof* de la comuna se declara lo siguiente:

57 Documento electrónico disponible en: https://liwenmapu.wordpress.com/2011/07/08/wallmapu-comunidades-mapuche-de-lumaco-rechazan-%E2%80%9Cconsulta-nacional-indigena%E2%80%9D-serios-cuestionamientos-de-forma-y-de-fondo. Acceso 25 de julio de 2015.

1. La Consulta Nacional es un proceso convocado arbitrariamente, sin una preconsulta, imponiendo una agenda, un orden, plazos y procedimiento inadecuados y aplicando en los hechos el Decreto N° 124.

2. En particular no cumple con el requisito indispensable de consultar a los pueblos indígenas a través de "procedimientos apropiados y de sus instituciones representativas" y "de una manera adecuada a las circunstancias".

3. Esta consulta no cuenta con la representatividad efectiva establecida desde los pueblos indígenas pretendiendo reemplazar tal "representatividad" por el Consejo de CONADI y además realizar reuniones dispersas con distintos grupos de comunidades indígenas.

4. No es un proceso de diálogo entre pueblos indígenas y gobierno, no se contemplan instancias validas de diálogos y procedimientos que busquen acuerdos. Y se excluye al Congreso de un proceso de consulta de medidas legislativas.

5. No es un proceso de buena fe y tendiente a acuerdos entre gobierno y pueblos indígenas. El propio asesor de políticas indígenas de gobierno don Sebastián Donoso ha señalado que el gobierno no cambiará sus planes tras la consulta.

6. Arbitrariedad en la selección y orden de los temas a tratar: reconocimiento constitucional, nueva institucionalidad, reglamento ambiental y procedimiento de consulta. Es evidente que lo primero que debe ser materia de diálogo y acuerdo es el procedimiento de consulta, sin embargo "la consulta nacional" la deja para el final.

7. Se ofrece como argumento que este proceso de "gran consulta" es para dar cumplimiento al artículo transitorio del Decreto N° 124 el cual introduce severas limitaciones a la institución de la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Finalmente se nos impone como el marco regulatorio para una "consulta sobre la consulta".

8. La confusión en el propio gobierno es tal, que se presentan contradicciones entre las propias autoridades en sus declaraciones por un lado el ministro don Felipe Kast de MIDEPLAN señala: "que no se aplicará el Decreto N° 124", por otro lado el asesor de políticas indígenas don Sebastián Donoso dice: "que la consulta no es vinculante"; "no estamos obligados a consultar". Con lo anterior es evidente que no se está actuando de buena fe.

Por todo lo anterior en Lumaco se acuerda rechazar este proceso de consulta que CONADI y la SERPLAC de la Región de la Araucanía pretendió realizar en esta comuna.

En el acta del taller informativo de la actividad,[58] los dirigentes dejaron constancia de observaciones y se vislumbran algunos argumentos con mayor detalle que en la declaración pública, que son importantes relevar a los fines de comprender, desde el punto de vista de las comunidades, su negativa a participar. Primero, criticaron el proceso de convocatoria considerándolo inválido por los siguientes aspectos. Por un lado, señalaron que no se ha considerado el sistema organizacional mapuche y sus respectivas autoridades y voceros, lo que se constata en el hecho de que no se invitaron a *machis* ni a *lonkos*, y que ni siquiera se le había realizado la invitación en sus casas, como corresponde al protocolo mapuche. Por el otro, denunciaron que no se notificó atendiendo a la realidad de las comunidades mapuche, por lo mismo, no todas las comunidades mapuche estaban informadas de la actividad. Se señalaba que no todos los dirigentes o autoridades saben leer y escribir y que ellos no reciben cartas por correo. A su vez, para las comunidades mapuche, la indicación de los representantes del gobierno de revisar los documentos en internet era inadecuada debido a que son mecanismos de comunicación no utilizados por estas.

58 La siguiente información fue extraída del acta del taller informativo, que se anexa al presente trabajo.

Segundo, sobre el proceso de consulta en sí, los dirigentes señalaron algunas cuestiones a observar. En primer lugar, que la consulta previa debía hacerse de acuerdo a lo estipulado en el Convenio N° 169 de la OIT, en forma mancomunada con los dirigentes y *lonkos*, para convenir en conjunto cómo será el procedimiento de consulta. Sobre este punto, destacaron que el hecho de que la consulta se realice en forma simultánea para todas las comunidades *mapuche* busca dispersar al mundo *mapuche*, por lo tanto, consideraban que esta no se estaría realizando de buena fe.

Además, plantearon que el proceso se estaba realizando bajo el Decreto Supremo N° 124 del MIDEPLAN, que debiera ser derogado debido a que no se ajusta al estándar internacional, ya que otorga menos derechos que los contemplados en el propio Convenio N° 169 de la OIT.[59] En tercer lugar, los dirigentes señalaron que el gobierno debía enviar a personas que sepan hablar en *mapudungun* para informar y transmitir de manera adecuada a las *machis* y a las distintas autoridades *mapuche* los contenidos que se tratan. Por último, sostuvieron que la consulta en sí debía hacerse al interior de las comunidades, porque ese es el lugar donde se tenía que discutir sobre el territorio.

Al respecto, podemos señalar que el cuestionamiento que se realizan los dirigentes es muy acertado, debido a que se funda en que ellos luchan por lograr una participación no solo formal, sino efectiva. Sobre este punto, este Convenio establece, en su artículo 6.1, que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Al no considerarse las particularidades del pueblo mapuche, ellos concluyen, en el fondo, que no están dadas las condiciones para que se realice el proceso de consulta, ni menos aún se estarían cumpliendo los estándares mínimos exigidos en el derecho internacional para dichos efectos.

Conclusiones

En primer lugar, podemos concluir del caso recién expuesto, que negociar también implica decidir cuándo no hacerlo. La negociación no es una herramienta sumisa, sino que es un darse cuenta en dónde uno se encuentra dentro de la negociación. El hecho que los dirigentes *mapuche* se hayan negado a participar de un proceso ilegítimo, a mi juicio, es una estrategia importante de negociación que da cuenta de su vasta experiencia al respecto. Con ese hecho, ellos demuestran, como pueblo, su poder, que es el del tiempo. El que tiene más urgencia tiene menos poder. A mi juicio, la experiencia política de los dirigentes les ha enseñado que el gobierno, al ser el negociador poderoso, aprovecha su ventaja: ¿Cuál es la agenda oculta del gobierno? ¿Quién está detrás de esta negociación? ¿De qué nos debemos cuidar? deben ser las preguntan que constantemente se deben realizar los dirigentes ante este tipo de reuniones.

59 En su Informe Anual de 2010, el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH) estableció que el Decreto Supremo N° 124 del MIDEPLAN no cumple con los principios mínimos aplicables a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas. En la actualidad se encuentra derogado.

En segundo lugar, podemos concluir que efectivamente el gobierno chileno no ha podido encontrar el camino para mejorar la relación con el pueblo *mapuche*. Quizás esto se deba a la tendencia que tienen los gobiernos que han abordado esta temática, de obstaculizar o no cumplir cabalmente sus obligaciones internacionales respecto a los tratados de derechos humanos. La consulta indígena tiene como fin último el llegar a un acuerdo, y es imposible lograrlo si no hay una mejora en la relación entre los participantes. No quiero con ello afirmar que no se haga efectiva la consulta indígena en Chile, sino que el enfatizar que el *cómo* se haga también es importante ¿Cuánto durará un acuerdo si es forzado o está viciado, por ejemplo? Si el pueblo mapuche es complaciente con el Estado y permite que se imponga su voluntad sin cuestionamientos, estaríamos insistiendo en la idea de un pueblo *mapuche* victimizado o como un actor pasivo.

El tema de fondo es que los conflictos culturales son relacionales, no tienen que ver con el llegar o no a acuerdo en una determinada política pública, sino con objetivos que se logran más bien a largo plazo (reconocimiento del otro, acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, solo por destacar algunos). Esto se debe llevar a cabo valorando los procesos fallidos en que no se llegó a un acuerdo, pero que fueron, *per se*, un avance en la mejora de la relación o de la comunicación entre los participantes. En el caso tratado en este capítulo no ha habido mayores avances, y la acción fallida del gobierno no sirvió para acercar a las partes, sino por el contrario, en el último informe sistematizado de la región respecto a la Consulta Indígena realizado por el Ministerio de Desarrollo Social,[60] en el cual ni siquiera se menciona a la comuna de Lumako.

En tercer lugar, es importante relevar el funcionamiento colectivo –la organización del territorio– de la comuna de Lumako, a través de la Unión de Comunidades Mapuche Longko Leftraru, organización que apuesta por una agenda propia y sale del lugar que tienen muchas organizaciones de este tipo que tienden a victimizarse ante las dilaciones del Estado frente a sus demandas territoriales e intentan mantener una relación con el Estado de mayor igualdad. No obstante, es necesario fortalecer la formación de los recursos humanos en el territorio, con nuevos líderes y actores dirigenciales –jóvenes, mujeres– de manera de potenciar la capacidad de agencia del territorio.

Entender al pueblo *mapuche* como un actor político es lo que nos va a permitir avanzar hacia procesos de participación movilizadores, cuya finalización contribuirá no solo a la concreción de una sociedad más justa sino ,además, a movilizar a otros actores, con sus distintos puntos de vistas y apreciaciones para conocer su propia realidad y modificarla. El tercer capítulo abordará precisamente la movilización, el proceso de paso de la idea a la acción, del abordar una construcción de reivindicación de un territorio ancestral. Daremos cuenta del proceso de elaboración de la petición administrativa ante la CONADI, de los debates que se dieron en ese sentido, del cómo llegaron a identificar los sitios sagrados que reivindican. Asimismo, nos referiremos someramente al impacto que las empresas forestales han tenido en la zona, para una mejor comprensión de la situación de sus derechos en la actualidad.

60 Ministerio de Desarrollo Social, Región de la Araucanía (IX región). *Sistematización proceso de consulta previa*, documento electrónico disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/upload/9%20Regi%C3%B3n%20de%20La%20Araucan%C3%ADa%20Final%2013-04-2015.pdf. Acceso 25 de julio de 2015.

CAPÍTULO 3

La capacidad que tienen las comunidades *mapuche* del *Lof Butakura*, de la comuna de Lumako, para lograr recuperar su territorio ancestral no es algo ya construido, hecho o predeterminado, sino que, muy por el contrario, se construye en el conflicto y en la realidad de las relaciones locales/regionales/nacionales de poder. De ahí, que en este capítulo nos interese analizar cómo se generan las posibilidades de avance en este sentido, donde las comunidades *mapuche* tienen que enfrentar, a su vez, los cambios y conflictos de una sociedad chilena, cada día más compleja.

El poder de movilización de las comunidades *mapuche* del *Lof Butakura* –además del proceso de toma de un predio forestal en el año 2013–, con el propósito de modificar su contexto particular e impulsar situaciones de mayor equidad, debió traducirse en una petición concreta ante la autoridad administrativa presentada ante la CONADI en el año 2014. Lo anterior, a fin de revestirla de consistencia y coherencia, características que permiten que el resultado sea más eficaz que el solo control territorial de determinado lugar.

Como veremos en este capítulo, la meta de las comunidades mapuche del *Lof Butakura* es la recuperación de su territorio ancestral, meta a partir de la cual viven el conflicto con la sociedad chilena y sobre la cual tienen ya una larga experiencia, en la cual han ensayado distintas formas de participación. Es aquí donde está la fortaleza de su meta, pues el medio que ellos han elegido para alcanzarla no es de forma individual, sino que es a través de una petición colectiva territorial, realizada como un conjunto de comunidades mapuche que conforma un *Lof*.

A su vez, veremos que la determinación de estas tierras ancestrales también es un proceso complejo, en el que se entrelazan la necesidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios antiguos, los derechos de los descendientes de colonos que fueron localizados en el territorio por el Estado y los de campesinos no mapuche que habitan en esos territorios. A ello, podemos sumar la sostenida negativa del Estado chileno a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios. A su vez, la relación histórica que el Estado y las empresas privadas –en el caso de Lumako, las empresas forestales– han mantenido con las comunidades mapuche se ha basado en relaciones asimétricas y de exclusión social, cultural y económica, unido a la destrucción de los elementos naturales que han realizado privados amparados por la normativa estatal.

No obstante lo anterior, luego de la vigencia en Chile del Convenio N° 169 de la OIT desde el año 2009, ya no debieran existir más excusas para la aplicación plena del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. Este conjunto de normas enfatiza en la protección de los derechos de propiedad sobre tierras, territorios y recursos naturales de ocupación tradicional identificando, demarcando y titulando dichas tierras, territorios y recursos en favor de los pueblos originarios y teniendo presente para ello sus formas de tenencia comunal –revirtiendo en esa misma acción–, los procesos de despojo de los que fueron víctimas en el pasado.[61]

Con este marco jurídico de fondo, abordamos el proceso de construcción de una petición de reivindicación de territorio ancestral de un grupo de comunidades mapuche *Lof Butakura*, frente a la autoridad administrativa respectiva, en este caso, la CONADI. Para ello, daremos cuenta de los fundamentos de su petición, los debates que se dieron para construirla, la especial relación de los habitantes del *Lof Butakura* con la tierra que reivindican y el proceso de identificación de sus sitios de significación cultural. Asimismo, haremos referencia al impacto que las empresas forestales han tenido en la zona, para una mejor comprensión de la situación de sus derechos en relación al territorio que reivindican.

Petición ante la CONADI

Los objetivos, a grandes rasgos, de la CONADI y el Fondo de Tierras y Aguas son: el otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras (artículo 20, letra a); el financiamiento de mecanismos que den solución a problemas de tierras (artículo 20, letra b); y el financiamiento de la constitución, regularización o compra de derechos de aguas (artículo 20, letra c). En materia de tierras indígenas en Chile, la Ley Indígena N° 19.253 del año 1993 considera como tierras indígenas solo aquellas que provienen de títulos emitidos desde el Estado, por lo que existen dos caminos para realizar una petición ante la CONADI. Por un lado, el del artículo 20, letra a, de la Ley Indígena, que otorga subsidios para la adquisición de tierras por parte de personas o comunidades indígenas, cuando la superficie de tierras de que disponen es insuficiente para garantizar su desarrollo. Por otro lado, el del artículo 20, letra b, de la Ley Indígena, que prevé financiamiento a mecanismos que buscan dar solución a problemas de tierras indígenas (sobre aquellas provenientes de Títulos de Merced u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado a favor de los indígenas), en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones judiciales o transacciones extrajudiciales relativas a ellas.

61 Artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT señala: "1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

En este marco, el conjunto de seis comunidades mapuche, que analizamos en el capítulo primero –y que comprenden el *Lof Butakura*–,[62] con posterioridad a su ocupación del predio forestal Tosca de Madilhue en abril de 2013, deciden iniciar además una petición ante la autoridad administrativa CONADI. El objetivo era que este organismo fuera quien comprara dichos territorios a las empresas forestales y que se les hiciera, en definitiva, un traspaso legal de los mismos. Ello implicó un proceso participativo al interior de cada una de las seis comunidades, a fin de lograr el consenso respecto de la petición y antecedentes requeridos por la CONADI. La petición se fundamentó en el artículo 20, letra b, de la Ley Indígena N° 19.253 argumentando que se trata de un mecanismo que busca dar solución a problemas de tierras indígenas, en este caso, financiar el reconocimiento de un derecho ancestral sobre un territorio determinado.

En las primeras reuniones que sostuvimos en asamblea el año 2013, los asistentes no entendían mucho la necesidad de ingresar una petición ante el ente administrativo. Me lo dijeron algunos dirigentes informalmente, fuera de la asamblea. De hecho, en una ocasión, un asistente hombre lo explicitó frente a todos, pero inmediatamente un dirigente le respondió que la decisión del ingreso de las carpetas ya estaba tomada. El argumento principal para la negativa a iniciar una petición territorial ante la CONADI era que el hecho de someterse a la normativa *winka* era un retroceso en la recuperación del territorio. Según lo manifestado por ellos, eso significaba legitimar el Estado chileno y su normativa, además de estar cansados de las reuniones y de los papeleos inconducentes, como los que vimos en el capítulo anterior de esta tesis.

En cada reunión, traté de reflexionar en torno a ello y explicar las ventajas de una petición administrativa. Por ejemplo, traté de plantear las siguientes preguntas: ¿Qué los diferenciaba de una toma de terrenos realizada por campesinos? ¿Cómo se podría invocar con posterioridad el Convenio N° 169 de la OIT, si las comunidades no legitimaban la vía legal desde un principio? ¿Por qué, si para otras comunidades fue un proceso exitoso, no era una alternativa válida para el *Lof Butakura*? ¿Cómo probar el respaldo de las comunidades en caso de que alguno de ellos fuese detenido, como podía llegar a suceder, por ejemplo, con ocasión de la toma del predio?

Finalmente, las comunidades lo conversaron internamente dentro de cada una y decidieron presentar la petición ante la CONADI como *Lof*, conforme el artículo 20, letra b, de la Ley Indígena, a fin de que sea este organismo el que compre las tierras a las empresas forestales, que hoy en día son las propietarias conforme a las normas civiles. Pero dicho camino no era sencillo por muchas razones que también se hablaron en asamblea. Una de ellas era que se trataba de seis comunidades, que debían realizar internamente reuniones para recabar antecedentes y datos que requería la petición. Además, se necesitaba aunar criterios en torno a la recuperación del territorio, integrar a los disidentes y someterse nuevamente a la dinámica de las reuniones *winka*.

Las primeras reuniones del 2013 fueron bien concurridas, al parecer por los elementos integradores existentes en ellas, como el trabajo de la reconstrucción de la historia del *Lof*. Luego, en el año 2014, aconteció que ya no asistían tantos miembros de las

62 Como ya hemos señalado, las comunidades que conforman el *Lof Butakura* son: Mateo Huenchumán, Juan Quilaqueo, Pascual Pichulman, Andrés Huaiquiñir, Painen Marileo y Rain Chillacura.

comunidades ni se avanzaba en los documentos que había que reunir[63] para la petición, y algunos dirigentes manifestaban su malestar frente a ello. Así lo expresa en una reunión, del día 20 de octubre de 2013, don Rigoberto Painen, *werken* del *Lof Butakura*:

> Yo soy incansable para este tema, pero tampoco quiero que se aprovechen de mí, de que yo les tengo que estar recordando tarde y mañana, vamos, ¿te olvidaste?, de repente me echan solo, me dicen estoy trabajando, y yo les digo: oiga todos tenemos trabajo. Y no es que solo me pase a mí, eso pasa en todas las comunidades, eso pasa en todas partes, pero es ahí en donde tenemos que poner de nuestro piuke (corazón)….[64]

Otra dificultad era la expectativa de éxito de la petición administrativa. Si bien existían casos emblemáticos de compra de tierras ancestrales, por aquellos años se notaba una tendencia de la autoridad a considerar solo las tierras faltantes de los Títulos de Merced y no las tierras antiguas *mapuche*. Cabe recordar que los Títulos de Merced implicaron un reconocimiento mínimo por parte del Estado del territorio mapuche,[65] dado a que se otorgaron en período de ocupación militar y llegada de colonos, en el período 1886-1930. Unido a lo anterior, se suma el hecho de que la respuesta a este tipo de peticiones tarda mucho, y si bien el escenario de hoy es más favorable luego de la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, existen casos emblemáticos, como la recuperación del predio Santa Rosa de Colpi en el sector de Temulemu, en donde la comunidad mapuche Antonio Ñirripil tardó más de 15 años en recuperar sus tierras ancestrales.

En la primera reunión con los *kimche*, en el año 2013, participó José Ricardo Nahuelpi Millabur, originario del sector de Pantano, comuna de Lumako, quien por ese entonces trabajaba como apoyo técnico en el *Lof Butakura*. En la asamblea, expuso la experiencia de reivindicación de territorio ancestral que realizó su comunidad, que logró que finalmente la CONADI comprara 5700 setecientas hectáreas de tierra y que le fueran finalmente transferidas de forma legal el año 2011:

> Eran cinco mil setecientas hectáreas y se tuvo que ir a Notaría, se tuvo que investigar cuál era la tierra específicamente, entonces se compraron esas hectáreas del fundo Mininco, pero estaba en ese lugar Santa Rosa de Colpi, estaba Chorrillo, Maiten I y Maitén II, estaba Selva Espuma y estaba el fundo de un particular que era Sagredo Marín, el fundo completo era Santa Rosa de Colpi y Chorrillo pero después se dividieron en nombres más específicos y tuvimos que ir a Notaría a recabar información y después a caballo y con GPS (sistema de posicionamiento global) hicimos el recorrido completo, esa es una tarea que la comunidad debe hacer, sobre todo los jóvenes…[66]

El relato, si bien fue producto de una sola reunión y surgió espontáneamente, fortalecía la idea de la necesidad de un trabajo en conjunto, en el que todos participaran a fin de lograr un resultado exitoso. Como los mapas antiguos han sufrido divisiones,

63 A modo de ejemplo, algunos de los documentos requeridos eran: el plano de división de la comunidad, el Título de Merced, antecedentes administrativos o judiciales (juicios o denuncias), certificado de personalidad jurídica vigente, listado de grupos familiares, listado de socios fundadores y su incorporación.

64 Desgrabación de la reunión en el *Lof Butakura* del día 16 de junio de 2013.

65 "En la práctica, en virtud de le Ley de 1866 solo se reconoció como 'efectivamente ocupado' la ruca, los huertos familiares y lo cercado, dejando fuera del dominio mapuche los territorios de pastoreo, ramoneo, extracción de leña y de recolección de frutos, es decir, la ocupación antigüa, aquella que permitía la supervivencia material y cultural de las familias mapuche". M. Correa y E. Mella. *Las razones del illkun/enojo, op. cit.*, p. 63.

66 Desgrabación de reunión en el *Lof Butakura* el día 16 de junio de 2013.

y para armar la petición se requiere especificidad en cuanto a qué territorios reivindicar, era importante enfatizar la importancia de integrar a todos los miembros de las comunidades para las distintas gestiones en terreno que había que realizar, sobre todo integrar a más mujeres y jóvenes.

En este proceso de petición ante la CONADI, en la segunda reunión que se realizó el año 2013, surgió el cuestionamiento del nombre del territorio que habitaban. Se cuestionó el nombre tradicional Bajo Pellahuén señalando que no era el nombre ancestral del *Lof*. El municipio de Lumako, a fin de organizar su actuar, le asignó otro nombre: Lof Cayu, pero las comunidades acordaron finalmente que el nombre del territorio era Lof Butakura. Sobre este tema, don Juan Antonio Paillaman, dirigente de la comunidad Mateo Huenchuman, señaló: "... y nosotros tampoco somos *Lof Cayu*, somos *Butakura*, porque en el municipio empezaron a nombrarnos y entonces empezaron a ponernos como números y ahí quedamos como *Lof Cayu* y nosotros somos *Butakura*".[67]

Otro tema a resolver fue qué porción del territorio se iba a reivindicar. En el mapa antiguo que ellos tenían en su poder, aparecían 15.800 hectáreas, pero hoy los límites son otros y probablemente gran parte de esos terrenos pertenecen a chilenos y/o a otras comunidades mapuche. En las reuniones se señaló que la importancia de tener claro los límites de la reivindicación tenía que ver también con no perjudicar a chilenos ni a comunidades indígenas vecinas, de lo que se desprende que se decidió que fueran las empresas forestales las directamente afectadas con la reivindicación. Esto también se puede considerar una estrategia jurídica y política: existe una resistencia menor a abandonar los terrenos por parte de las empresas forestales si se les paga un precio acorde con sus intereses económicos, a diferencia de las familias de campesinos u otras comunidades indígenas que, por un tema de arraigo, puede que se resistan a abandonar sus terrenos, no obstante un pago de por medio. Pero también es un modo de afectar a un sector cuya presencia en su territorio está horadando la biodiversidad, sustento del pueblo mapuche, como vimos en el capítulo 1. Finalmente, se decidió que los terrenos a reivindicar serían aproximadamente 10.000 hectáreas y son las que comprenden lo que hoy es el Fundo San Miguel, Toscas de Madilhue uno y dos, Laurel y Esquilluco Alto, todos pertenecientes a las empresas forestales Mininco y Masisa.

Impacto de las empresas forestales

Las empresas forestales fueron convertidas en la contraparte de este conflicto. La vigencia de los derechos humanos, tanto colectivos como individuales de los *mapuche* del *Lof Butakura*, se ve afectada por la acción del Estado, además de otras acciones u omisiones de las que las empresas forestales son directa o indirectamente responsable. Es por ello que a continuación abordaremos someramente el tema de la expansión forestal en la comuna de Lumako, para una mejor comprensión de la situación de los derechos de las comunidades del *Lof Butakura* en la actualidad.

La expansión forestal privada en territorio *mapuche* ha sido viable gracias al subsidio estatal a la forestación establecido en el Decreto Ley N° 701 de 1974. Este Decreto Ley liberó de impuestos y subsidió directamente las plantaciones forestales

67 Desgrabación de reunión en el *Lof Butakura* el día 16 de junio de 2013.

al devolver al propietario el setenta y cinco por ciento de su costo, además de los costos de manejo y administración. Si bien la inversión forestal ha significado un incremento de las exportaciones del país, ella no ha repercutido en el mejoramiento de la calidad de vida de la población *mapuche*. Un estudio específico sobre Lumako realizado el año 2005 por los investigadores chilenos René Montalba, Noelia Carrasco y José Araya, así lo confirma:

> Los antecedentes analizados en la presente investigación estarían indicando que la expansión explosiva de las superficies plantadas con pinos y eucaliptos en Lumaco se asocia a una serie de procesos de degradación ambiental graves de la comuna: pérdida de biodiversidad, reducción y contaminación de las fuentes de aguas superficiales y subterráneas, etc. No obstante a ser comúnmente asociados a la conservación de suelos degradados, lo cierto es que esta protección temporal es sucedida por un largo período de desprotección total (tala, preparación de suelo, cinco primeros años de crecimiento de los nuevos árboles), lo cual incrementa procesos erosivos y produce otros procesos de degradación de suelo tales como la compactación.[68]

Frente a esto, las empresas forestales en general argumentan que cuentan con los títulos de propiedad de las tierras negando los derechos posesorios ancestrales *mapuche* y señalando que la solución pasa por la intervención del Estado, es decir, por la realización de una petición ante la CONADI. A su vez, el Estado ha reprimido a los *mapuche* involucrados en acciones de recuperación de tierras hoy en poder de las empresas forestales. La acción de la fuerza pública frente a ocupaciones de predios forestales ha resultado en la detención de dirigentes *mapuche*, así como en su procesamiento por la Ley Antiterrorista (Ley N° 18.314, publicada durante la dictadura militar en Chile el año 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad).[69]

En relación a las afectaciones ambientales que el funcionamiento de las empresas forestales podría generar, podemos señalar que la primera amenaza latente es la posible disminución de la cantidad y calidad del recurso hídrico, hecho que no solo afectaría la integridad del medio ecológico, sino que también la vida misma de los habitantes locales. En la actualidad, los comuneros denuncian que en las temporadas de verano, ya sufren la falta de agua para regadío, consumo animal y humano, y denotan las características críticas asociadas al recurso hídrico en la zona. Por ejemplo, en la comuna de Lumako, actualmente 744 familias (2976 personas) reciben agua en camiones aljibe.[70]

El 2 de diciembre de 1997, un grupo de *mapuche* quemó tres camiones que sacaban madera desde el Fundo Pidenco, en la comuna de Lumako. Este hecho marca el inicio de una nueva etapa en las demandas de la población *mapuche,* en donde la expansión forestal es el foco. Las acusaciones de represión política hacia las

68 R. Montalba, N. Carrasco y J. Araya. *Contexto económico y social de las plantaciones forestales en Chile, el caso de la comuna de Lumaco, región de la Araucanía,* p. 67, documento electrónico disponible en: http://wrm.org.uy/es/files/2013/03/Contexto_economico_y_social_de_las_plantaciones_forestales_en_Chile_ch.pdf. Acceso 8 de agosto de 2015.

69 *Norín Catrimán, y otros vs. Chile*. Sentencia 29 de mayo de 2014, documento electrónico: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf; acceso 17 de agosto de 2015.

70 La información fue entregada por Cristián Frêne Conget, integrante del Proyecto "Agua que has de beber", organización que solicitó a la Unidad de Gestión Ambiental de la I. Municipalidad de Lumaco información sobre el abastecimiento de agua con camiones aljibes a los sectores rurales de la comuna de Lumaco.

comunidades *mapuche* comienzan a difundirse desde esa época, luego de un fuerte proceso de ocupación policial y de protección de los intereses de empresarios forestales que llevó incluso al Estado a invocar, en sus acusaciones judiciales en contra de comuneros *mapuche*, la Ley de Seguridad Interior del Estado y la Ley Antiterrorista.

Desde las organizaciones sociales de la comuna, y en especial desde la asociación Unión de Comunidades Mapuche de Lumako Lonko Leftraru (a la que pertenece el *Lof Butakura*), se sostuvo una fuerte crítica a la presencia de las empresas forestales en la zona, y a través de sus propuestas se buscó una salida a los problemas de pérdida de tierra, escasez de agua y de disminución de la producción agrícola. Un resultado de esta gestión fue el Plan Lumaco,[71] convenio suscripto entre la asociación antes mencionada y el gobierno regional, y que apuntó a resolver, entre otros temas, problemas relacionados con la expansión forestal.

En el *Lof Butakura*, su *werken*, don Rigoberto Painen, desde hace años que viene denunciando públicamente este problema. Primero lo hizo en el año 2012, en el documental llamado *Agua de Luma*, trabajo que relata cómo la expansión de la industria forestal ha originado la desaparición de numerosos cauces de agua y prolongados meses de sequía que afectan, sin discriminación, a diversas comunidades de mapuches y campesinos. En dicho documental, expresa: "Ya esto debe llevar ya unos diez o quince años, las aguas han ido bajando su caudal, pero hoy día se puede decir que se han consumido en su totalidad, aquí hay agua en la mañana un ratito y de ahí se empieza a cortar por el resto del día y eso a consecuencia de la invasión forestal".[72] Luego, en el año 2013, en el canal Telesur se emitió la noticia de la ocupación de terrenos forestales por las comunidades del *Lof Butakura*, y en el marco de ese informe televisivo, don Rigoberto denunció:

> A nosotros esto nos tiene enfermos psicológicamente porque nos sentimos presos por las plantaciones que ellos nos han puesto en el territorio y lo otro, las consecuencias que nos vienen afectando, la contaminación, la escasez de agua, echándonos a perder todo el equilibrio de nuestra ñuke mapu (madre tierra).[73]

Por último, en la exposición que realizó en el Congreso sobre Pluralismo Jurídico en la ciudad de Temuco, a fin de visibilizar la recuperación del territorio ancestral y representando al *Lof Butakura,* expresó:

> … hemos llegado a la conclusión que a nosotros nos toca exigirle al Estado un reconocimiento ancestral y de que las empresas –nosotros hemos propuesto–, que tendrían que irse por los diversos impactos ambientales que nos han provocado, nosotros estamos como encarcelados porque solo tenemos que mirar para arriba para ver el cielo entre las forestales y es igual también como la necesidad del agua, la escasez del lawen, de los remedios para seguir la subsistencia y también curar nuestra salud, las enfermedades que nos provocan…[74]

71 Convenio de la Unión de Comunidades Mapuche Longko Leftraru suscripto con el gobierno regional, que tiene como fin tratar una serie de temas relevantes para la comuna de Lumako, a fin de resolverlos de forma integral, con la colaboración de las diferentes secretarías ministeriales de la región.

72 J. Parra *et al. Agua de Luma* [documental]. Escena: 15:34 a 16:25. El documental se encuentra disponible en https://youtu.be/byL-R2SCeWo8. Acceso 13 de agosto de 2015.

73 *Tosca de Madilhue. Recuperacion territorial mapuche Bajo Pellahuen. Lumaco* 2013 [video subido a youtube] Escena: 0:52 a 1:17. La noticia se encuentra disponible en https://youtu.be/cbKYZ4pPnoM.

74 Extracto del discurso de don Rigoberto Painen que realizó ante la comunidad académica en el Congreso sobre Pluralismo Jurídico en la ciudad de Temuco, el día 11 de septiembre de 2014.

Como vemos en estas declaraciones, y también en los planteos de la asamblea de año 2013 que analizamos en el capítulo primero, el problema de la preservación del medioambiente –frente al avance de las empresas forestales y la depredación que producen– se enlazó con una demanda de más largo alcance: la reivindicación del territorio ancestral y las nuevas posibilidades que brinda el derecho internacional de los derechos humanos y las normas de protección de los derechos indígenas, especialmente, cuando se refiere espacios que tienen una significación cultural para dichas comunidades.

Sitios de significación cultural

La identificación de estos sitios por las comunidades *mapuche* es de suma importancia, sobre todo para la presentación de la petición administrativa del artículo 20, letra b, de la Ley Indígena N° 19.253. En el caso del *Lof Butakura*, ese proceso identificación además da cuenta de su unidad territorial como *Lof*, ya que las seis comunidades se refieren a los mismos sitios de significación cultural. Asimismo, que sean ellos quienes los identifiquen quiere decir que aún se siguen usando en los hechos, no obstante estar legalmente en propiedad de las empresas forestales.

En la primera reunión con los *kimche* (sabios) en el año 2013, asamblea previa a la petición administrativa, se proyectó en la pared de la sede de la comunidad Andrés Huaiquiñir, el mapa antiguo del territorio. Para ello, se fue consultando a los participantes la ubicación específica de estos sitios de significación cultural, y se reconocieron como los más importantes:

a) el *Llal-Llal* ("salto de agua"), que en la actualidad se encuentra ubicado en la comunidad Painen Marileo, pero actualmente tiene acceso a él solo la Forestal Mininco;

b) el *Külmahue*, un lugar utilizado de forma comunitaria, donde reunían antiguamente a los animales para cazarlos, y que a la vez tenía ciertas propiedades medicinales, pues los animales acudían allí para lamer la tierra y sanarse de enfermedades;

c) y el *Lonko Huaka*, que es un lugar sagrado en donde las familias convocan a los espíritus ancestrales y de la naturaleza para la abundancia de las producciones agrícolas.

Durante las asambleas –y en las distintas reuniones–, tuve la oportunidad de explicar la importancia de que en la petición se argumentara la especial relación que las comunidades *mapuche* tenían con el territorio. Ello así, porque les recordé que el Convenio N° 169 de la OIT reconoce la importancia que tiene el territorio para los pueblos originarios, cuando señala que:

> la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.[75]

Enfaticé en todas las instancias que pude, que este elemento es fundamental para el fondo de la petición, porque no se está exigiendo al Estado la recuperación del

75 Art. 13.1 del Convenio N° 169 de la OIT, vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009.

territorio por razones de pobreza (que sería el caso de la petición vía artículo 20, letra a, de la Ley Indígena), sino la protección del patrimonio cultural del pueblo mapuche, que depende de la existencia de un territorio que permita su supervivencia. A su vez, remarqué que, a los fines de la petición y sobre todo de la experiencia indígena, este patrimonio cultural intangible es fruto de las prácticas sociales o espirituales pasadas o presentes, costumbres, conocimientos tradicionales, usos o actividades, en interacción con un espacio determinado, dentro de un entorno y un ambiente natural específico.

La primera reunión con los *kimche* (sabios) en el año 2013 fue muy relevante, porque se sentaron las bases de todo el proceso posterior. Don Rigoberto Painen, *werken* del *Lof Butakura,* resume el argumento antes aludido en el párrafo anterior al expresar:

> … nosotros venimos de una familia espiritual y es por eso que nosotros somos mapuche, porque nosotros nacimos de la tierra, nosotros fuimos como sembrados por un ser superior en la tierra, por eso que aquí naturalmente somos mapuche, que quiere decir gente de la tierra, che es gente y mapu es tierra…[76]

En una interesante sinergia entre la estrategia jurídica y la reivindicación identitaria de sus formas culturales, en dicha reunión se trató no solo la importancia espiritual, sino que, en forma indirecta, se aludió al sistema médico mapuche. Estos conocimientos se vinculan con el uso de las hierbas medicinales, que se ven altamente afectados por la pérdida de flora y fauna, producto del impacto de las empresas forestales en la zona. De hecho, en las reuniones, los participantes se refirieron de forma indirecta al *lawen*, que sería el lugar donde se encuentra la medicina natural, basada en el uso de las plantas medicinales que se encuentran de manera primordial en *menokos* y montes. Don Alejandro Huaiquiñir, dirigente de la comunidad Andrés Huaiquiñir, quien señaló en la misma reunión que su abuela fue *machi*, expresó al respecto: "… las *machi* buscaban el remedio aquí, ellas sacaban el remedio y los *lonkos* se lo cortaban y se los daban a los enfermos… esa es una diferencia ellos tenían más naturaleza, más acceso a los *lawen*… ahora ya no, ya se terminaron esos".[77]

La preparación de esta petición territorial culminó con la presentación de la petición ante la CONADI el día 4 de septiembre de 2014 y con la visibilización de la experiencia mediante la exposición del caso que realizó don Rigoberto Painen ante la comunidad académica de la ciudad de Temuco. El día 11 de septiembre de 2014, en el primer congreso de la Red de antropología jurídica (RELAJU),[78] llamado "Construyendo Pluralismo", en su discurso, se refirió al proceso de reivindicación territorial de la siguiente forma:

> Bueno, nosotros vemos hoy día que para nosotros va a ser trabajo, pero va a ser un trabajo fructífero, haciendo estas redes de territorio, redes de todo tipo de organizaciones y también

76 Desgrabación de reunión en el *Lof Butakura* el día 16 de junio de 2013.

77 Desgrabación de reunión en el *Lof Butakura* el día 16 de junio de 2013.

78 La RELAJU fue creada en 1997, en el marco del 49º Congreso Internacional de Americanistas realizado en la ciudad de Quito, Ecuador, vinculada con la Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal (*Commission on Folk Law and Legal Pluralism*), conformada por especialistas en el campo del derecho, la antropología y la sociología de diversas latitudes e integrada, desde 1979, a la Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas (IUAES), que a su vez, forma parte de la Asociación Internacional de Ciencias Legales (IALS) en la oficina principal de la UNESCO.

> conversar con todas las personas, porque hay habitantes no mapuche en nuestro territorio, en lo cual lo hemos planteado en diversas oportunidades, acá nosotros tenemos una historia, en vez de impotencia a los mapuche, nos enfurece y nos paramos a volver a exigir la reivindicación, ya que desposeer a las forestales no es fácil, pero tampoco imposible, porque la vida tiene que continuar, no porque unos pocos tienen plata, van a tener que desaparecer un Pueblo, una Nación mapuche.[79]

En la actualidad, las comunidades continúan con el control territorial del predio forestal y se encuentran a la espera del estudio de aplicabilidad de acuerdo a lo establecido en la Ley Nº 19.253, el cual consiste en un estudio social, ocupacional y jurídico que realiza la CONADI. El plazo para definir la compra de un predio depende de cada situación particular, la cual puede llevar más de dos años luego de haberse realizado el estudio antes aludido.

En suma, hemos visto que el debate originado para la demanda del territorio implica no solo el reconocimiento del territorio visto desde el punto económico, sino que sobre todo comprende prácticas, costumbres y creencias asociadas al mismo, que son planteadas desde una dimensión sociocultural. El espacio territorial se configura desde la espiritualidad y religiosidad del pueblo *mapuche*, por lo que es imposible disociarlos. Como podemos ver en los debates para elaborar la petición, los mapuche perciben la naturaleza como un ente vivo, contenedor de fuerzas protectoras, con almas que resguardan la espiritualidad y bienestar del pueblo. En este sentido, don Juan Antonio Quilaqueo, *kimche* del *Lof Butakura* y perteneciente a la comunidad Juan Quilaqueo, se refirió a ello en una conversación que sostuvimos el día 23 de febrero de 2014, en ocasión de una actividad de reconstrucción del *Lof Butakura:*

> … ahí llegaban pidiéndole, llevando una fe, porque el mapuche tiene fe directa al Llau Llau (el salto de agua), directo al menoko… toda esa creencia el mapuche la tenía y era verdad porque él creía, ahí estaba el Ngünechén…[80] los españoles dijeron que era Dios, es verdad es Dios, pero para nosotros es Ngünechén…[81]

Conclusiones

La fortaleza del *Lof Butakura* radica en el medio que ellos eligen para alcanzar su meta, pues no es de forma individual, sino que se organizan a través de una petición colectiva, como un conjunto de comunidades mapuche que conforma un *Lof*. El porqué lo hicieron de esa forma se explica debido a un fortalecimiento que se debió al aumento de su grado de inclusión sociocultural, reconocimiento e igualdad, dándose las condiciones para una mayor capacidad de agencia de ellos.

Estas condiciones se deben a múltiples factores: las intervenciones de programas en el territorio, como los que yo misma participé; la articulación con otras organizaciones, como la Unión de Comunidades Mapuche Longko Leftraru; la asunción de un alcalde mapuche en la comuna; como, asimismo, el compartir historias y rasgos

79 Extracto del discurso de don Rigoberto Painen que realizó ante la comunidad académica en el Congreso sobre Pluralismo Jurídico en la ciudad de Temuco, el día 11 de septiembre de 2014.

80 *Ngünechen*, "ser superior; dueño de la creación, da vida, mantiene, quita, corrige". Fernando Zúñiga. *El habla mapuche*, *op. cit.*, p. 327.

81 Desgrabación de entrevista personal en el *Lof Butakura*, comunidad Juan Quilaqueo, el día 23 de Febrero de 2014.

comunes que los diferencias del resto de las comunidades mapuche y que les permitieron darse cuenta que el bien individual se resuelve mejor colectivamente.

Existe claridad de quiénes son los principales beneficiados con la expansión del modelo forestal: un reducido grupo de medianos y grandes productores madereros, en desmedro de la población local rural que recibe los impactos negativos del modelo. Los comuneros *mapuche*, al establecer los límites del territorio a reivindicar, deciden no afectar a campesinos chilenos o colonos o a otras comunidades indígenas, lo que da cuenta de que la contraparte del conflicto son las empresas forestales. La organización del modelo forestal en la comuna de Lumako ha llevado al debilitamiento de los sistemas económicos, ambientales y culturales *mapuche* y, al mismo tiempo, explica el fortalecimiento de una participación indígena distinta a través de las asociaciones, que le permite resistir, en alguna medida, los embates de una actividad que cuenta con el apoyo normativo chileno.

En tercer lugar, las comunidades *mapuche* del *Lof Butakura* han realizado acciones políticas, intercomunicativas y movilizadoras, tales como la declaración pública en el año 2013 de la toma del fundo Tosca de Madilhue a través de una página de internet;[82] la divulgación de esa noticia en un canal de televisión;[83] y, por último, la visibilización del proceso en una instancia académica, mediante la exposición que realizó su *werken* en el Congreso "Construyendo Pluralismo" de la RELAJU. La realización de estas acciones y la utilización de estas tecnologías dan cuenta de la claridad que existe entre las comunidades *mapuche* en torno a la necesidad de encontrar aliados en la sociedad civil legitimando su lucha en medios masivos, estableciendo redes con otras organizaciones que compartan sus intereses, ya sea en el plano de los derechos humanos de los pueblos originarios o respecto de grupos medioambientales.

Y por último, la demanda conjunta que realizan las comunidades *mapuche* del *Lof Butakura* conlleva implícita su búsqueda del reconocimiento de su identidad cultural, de sus derechos económicos, sociales y culturales, pero también de participación en el sistema de toma de decisiones. Una vez que sean transferidos los terrenos a las comunidades, ellos deberán decidir cómo se utilizarán esos terrenos, qué se producirá y cómo se distribuirá lo obtenido de forma comunitaria, entre otros aspectos. Ese será un desafío de participación importante, que implicará nuevos replanteamientos dentro de las comunidades, en torno a las formas de participación y sobre todo de una mayor inclusión de mujeres y jóvenes a fin de obtener una mayor capacidad de articular la capacidad de agencia de las mismas.

82La noticia se encuentra en la página web País Mapuche, disponible en http://paismapuche.org/?p=6879. Acceso 15 de agosto de 2015.

83 La noticia se encuentra disponible en https://youtu.be/cbKYZ4pPnoM. Acceso 15 de agosto de 2015.

CONSIDERACIONES FINALES

Lumako, que en *mapudungün* significa "agua de luma", se caracteriza por ser un espacio dotado de liderazgos, riquezas y diversidades culturales. Pero, al mismo tiempo, ser escenario de la resistencia *mapuche nagche* ha coexistido con la segmentación social y la desigualdad. La amplia extensión de la comuna (1119 km2) y su emplazamiento dentro de una geografía accidentada hacen difícil la conectividad local y global. Sus habitantes habitan principalmente en el espacio rural, espacio que durante los últimos treinta años ha experimentado una veloz transformación, que evidencia fuertes cambios en lo económico, lo ambiental, lo político y lo sociocultural. Esto se relaciona con temas como la expansión forestal en la comuna, migración campo-ciudad, disminución de la biodiversidad y de las fuentes de agua, desigualdades económicas, entre otros.

En este contexto, la participación política del *Lof Butakura* se manifiesta a través de una reivindicación de su territorio ancestral, unido a un alto interés por revitalizar elementos de la cultura, principalmente en lo que a historia y sitios de significación cultural se refiere. Un factor primordial ha sido la vigencia de prácticas culturales ancestrales, un alto sentido de pertenencia al pueblo *mapuche* y a su territorio y el uso del *mapudungün* en un amplio porcentaje de la población. Asimismo, se destaca la conservación y práctica de la cultura en el uso cotidiano de la lengua indígena, a través del cual los mayores revitalizan y transmiten sus conocimientos a toda la comunidad.

El trabajo de investigación pudo dar cuenta que la participación política *mapuche* del *Lof Butakura* de la comuna de Lumako es proporcional a los grados de inclusión sociocultural, reconocimiento e igualdad que tengan dentro de la sociedad chilena. En este sentido, hemos visto que, si existe mayor grado de inclusión, existe una mayor capacidad de agencia de las comunidades *mapuche*. Esto quedó demostrado al describir cómo sus derechos se han ampliado con el tiempo (tanto en la normativa nacional como la internacional, a través del Convenio N° 169 de la OIT) y cómo les han servido como insumo para fortalecer su capacidad de agencia. La formación sobre derecho indígena y Convenio N° 169 de la OIT para el ejercicio efectivo de los derechos, que como pueblo le corresponden, fue esencial sobre todo en relación a la reclamación de tipo territorial que las comunidades presentaron. Asimismo, los distintos programas que interactúan con ellos, las redes con otras organizaciones y la utilización de herramientas tecnológicas para el despliegue de sus estrategias, fueron un apoyo importante en esta materia.

Pero el mérito de esta mayor participación indígena no es solo externo, sino que viene de una fuerza que proviene desde las mismas comunidades. El *Lof Butakura* implementa, en las distintas instancias de participación, estrategias jurídicas y políticas que le permiten cuestionar, impugnar y denunciar las formas de participación propuestas y alentadas desde el Estado Nacional chileno. Es así como las reuniones que se realizan en el territorio tienen particularidades especiales respecto de otros sectores de la misma comuna de Lumako inclusive. Asimismo, cuando se articularon con otras organizaciones (integrando la Unión de Comunidades Mapuche Longko

Leftraru) para negarse a participar de la consulta indígena, demuestran que tienen la capacidad de cuestionar a la autoridad y su política pública indígena y de aliarse con otros. La negativa de participar de un proceso de consulta indígena, que no cumplía con las condiciones mínimas para la comunidad, permitió que la contraparte, pese a ser el más poderoso, tienda a respetar más al contendiente que tiene enfrente. En ese caso, llama la atención la claridad que demuestran las comunidades *mapuche* para argumentar su negativa, pues señalan que uno de las causas es que ni la *machi* ni el *lonko* de cada comunidad fueron invitados. De esta forma le van enseñando al Estado, de forma muy sutil, qué significa para el pueblo *mapuche* una participación efectiva.

En suma, se puede desprender a lo largo de la tesis, que las comunidades *mapuche* mantienen actualmente nuevas y antiguas formas de participación buscando transformar sus condiciones actuales, fortaleciendo su identidad y mejorando en general sus condiciones de vida a partir de sus propias visiones y propuestas. Lo anterior lo hacen entendiendo la importancia de la articulación de actores locales para la definición de los procesos de desarrollo territorial y del fortalecimiento de la democracia para la definición conjunta y plural de lo que las comunidades puedan definir como una vida buena, justa o digna de ser vivida. Asimismo, se plantea en el *Lof Butakura* el desafío de solucionar el tema de la disponibilidad de agua y de especies nativas vinculadas al uso medicinal, la obtención de productos del bosque y la protección del suelo y el agua.

Pese a los avances antes señalados, es importante identificar también algunos elementos obstaculizadores de la participación política *mapuche* en el territorio. Los jóvenes migran a temprana edad, en primera instancia, por razones educacionales y luego por la carencia de opciones laborales vinculadas tanto a la escasez de tierra como a la poca oferta de trabajo asalariado. Esto no permite que participen políticamente en el territorio, sino solo esporádicamente.

Otro elemento obstaculizador es la pérdida del espacio territorial, en donde las comunidades mapuche desarrollan sus tradiciones y prácticas culturales. Ello los afecta negativamente en sus condiciones socioculturales de vida y por ende su participación. Particularmente, el espacio territorial donde viven las comunidades del *Lof Butakura* se encuentra profundamente amenazado por la concentración forestal de la tierra. Esto amenaza de manera seria las fuentes de recursos medioambientales de las comunidades, así como sus posibilidades de desarrollarse de acuerdo a sus tradiciones ancestrales. Hoy es importante revitalizar la cultura a través de iniciativas que permitan abrir espacios dentro del territorio para el intercambio de experiencias y saberes, así como fortalecer los espacios territoriales que le dan sentido al *Kimün* (conocimiento) del territorio, donde se desarrollan todas sus expresiones sociales y religiosas. En suma, las comunidades *mapuche* necesitan entonces desarrollar competencias que les permitan autogestionarse, así como potenciar el compromiso de los distintos miembros de las comunidades en la ejecución de las tareas que se proponen.

BIBLIOGRAFÍA

Bengoa, José. *Historia del pueblo mapuche,* documento electrónico disponible en: https://creandopueblo.files.wordpress.com/2011/08/bengoa-historiapueblomapuche.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

___ *Mujer, tradición y shamanismo: relato de una machi mapuche,* documento electrónico disponible en: http://www.sitiosur.cl/publicaciones/Revista_Proposiciones/PR-0021-002-3068.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Calderón, Fernando. *Notas sobre el desarrollo humano y la sociología del actor,* documento electrónico disponible en: http://www.centrodesarrollohumano.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=1421. Acceso 19 de agosto de 2015.

Coña, Pascual. *Testimonio de un cacique mapuche.* 8ª ed. Santiago, Pehuén, 2006.

Correa, M. y Mella, E. *Las razones del illkun/enojo*, documento electrónico disponible en: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0273_LAS_RAZONES_DEL_INKULL.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Gobierno de Chile. Política de Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. 16 de abril de 2004, documento electrónico disponible en: http://www.mapuche.info/mapuint/newtreat040400.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, documento electrónico disponible en: http://www.memoriachilena.cl/602/articles-122901_recurso_7.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Ley N°19.253. Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, documento electrónico disponible en: http://www.leychile.cl/N?i=30620&f=2008-05-09&p=. Acceso 19 de agosto de 2015.

Ministerio de Desarrollo Social. *Incidencia de la Pobreza a nivel Comunal, según Metodología de Estimación para Áreas Pequeñas. Chile 2009 y 2011*, documento electrónico disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/pobreza-comunal-2009y2011.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Montalba, R.; Carrasco, N. y Araya, J. *Contexto económico y social de las plantaciones forestales en Chile, el caso de la comuna de Lumaco, región de la Araucanía,* documento electrónico disponible en: http://wrm.org.uy/es/files/2013/03/Contexto_economico_y_social_de_las_plantaciones_forestales_en_Chile_ch.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Programa de Derechos Indígenas. Universidad de la Frontera. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Indígenas*, documento electrónico disponible en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/libro%20completo.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Toledo, Víctor. *Prima ratio. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007*, documento electrónico disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/CDH22Toledo.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.
Ruiz, Carlos. *La estructura ancestral de los mapuches Las identidades territoriales, los Longko y los Consejos a través del tiempo,* documento electrónico disponible en: http://www.mapuche.info/wps_pdf/Ruiz031100.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.
Zúñiga, Fernando. *El habla mapuche*, documento electrónico disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3949_3196/libro_Mapudungun_Fernando-Zuniga.pdf. Acceso 19 de agosto de 2015.

Agradecimientos

... a los habitantes del *Lof Butakura* de Lumako

Es a ellos a quienes va mi primera dedicatoria. Sin su generosidad y amistad nada de esto habría sido posible. Deseo desde lo más profundo de mi *piuke* que nadie apague el fuego de sus relatos.

Agradezco a mi familia, mis eternos cómplices. A la Maestría y compañeros, por el apoyo desinteresado, a mi tutor Santiago Garaño, por animarme a escribir la experiencia, por su profesionalismo y dedicación.

Y en especial a mis amigos, Arlette Navarrete, Alex Mansilla y Alex Caucamán, quienes contribuyeron con sus saberes a la presente investigación.

LA LEY DE INTERRUPCIÓN LEGAL DEL EMBARAZO EN CIUDAD DE MÉXICO:

El proceso de construcción legislativa y sus efectos

LUCÍA MARCELA HIDALGO GARZA

Director: Dr. Guillermo Ramón Ruiz

INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge de una preocupación por garantizar los derechos de las mujeres. La despenalización del aborto es, desde hace varias décadas, uno de los principales bastiones de lucha de los movimientos feministas, tanto en México y América Latina como en el resto del mundo, y este trabajo hace una investigación al respecto. Junto con el derecho al voto, el aborto ha sido la bandera que define la lucha por los derechos de las mujeres. Es claro que además del interés profesional en el tema, como mujer me intriga también de manera personal, ya que se habla de la necesidad de garantizar los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo y vida para poder hablar de igualdad de condiciones y oportunidades.

Vale tener en cuenta las razones por las cuales un investigador se acerca a un problema, por las implicancias que ello conlleva. Sin embargo, saber dichas implicaciones como investigadora no agota la necesidad de justificación que requiere la realización de una tesis. Por lo mismo, reconocer la relevancia que tiene el tema es fundamental. En el caso del presente trabajo, dicha importancia está dada por la necesidad de garantizar el aborto voluntario, garantizar la salud, y los derechos que tienen las mujeres a decidir de manera libre e informada sobre sus propios cuerpos.

Justificación

El aborto inseguro ha sido una de las principales causa de muerte de millones de mujeres en todo el mundo. La falta de acceso a un aborto seguro ha puesto en evidencia graves violaciones a los derechos de las mujeres, desde el derecho a la vida hasta tomar decisiones sobre su vida y su cuerpo, siendo fundamentales las posibilidades de elegir si se desea ser madre con libertad, responsabilidad y plenitud y de gozar sobre los avances tecnológicos para poder garantizar el derecho al acceso al más alto nivel de salud posible.

Sabemos que tanto la falta de una legislación expedita y el no lograr acceder a la atención médica adecuada se traduce mundialmente en cifras alarmantes de mortalidad y morbilidad materna por abortos mal practicados. Estas muertes no solo afectan a las mujeres en cuestión, sino también a su familia y a la sociedad en su conjunto. La Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que en el 2008, el aborto inseguro fue la causa del 12% de la razón de mortalidad materna (RMM) de toda América Latina y el Caribe. Estos datos nos llevan a afirmar que cuando no se garantiza el acceso al aborto legal y seguro, se violan derechos de las mujeres y se pone en riesgo su salud física y mental, así como su vida. Sin embargo, no se trata solamente de un problema de salud pública, sino de la necesidad de reivindicar los derechos de las

mujeres. De esta manera, será posible convertir el derecho formal establecido en Constituciones de los Estados o instrumentos internacionales de derecho como los pactos internacionales en derecho sustantivo en torno a la libertad, la igualdad, la no discriminación y el acceso de las mujeres a una vida libre y sin violencia, derechos que afectan de manera diferenciada a la población femenina.

Es importante fomentar el debate académico sobre la interrupción legal del embarazo, que concita el interés desde el punto de vista de la investigación, de la política y de la opinión pública en los países occidentales. Este estudio se inscribe en esa perspectiva: la de fomentar el debate y la reflexión sobre una base empírica y teórica, que contribuya a tener más elementos que permitan asumir posiciones en esta materia. La decisión de realizar mi tesis sobre este tema es mi propia consideración de que el aborto seguro es parte de la centralidad de la vida de las mujeres y punto focal del movimiento feminista. Decidir si se quiere tener un hijo o no es fundamental para el ejercicio pleno de la libertad. Esta decisión no puede ser un tema de perpetuar la especie, sino de elegir libremente ser madre. Mirar al aborto en estos términos permite pensar en que se pueda alcanzar la igualdad de derechos entre mujeres y hombres asumiendo y actuando conforme a las diferencias evidentes que afectan la vida de las mujeres.

En México, se hace una distinción entre aborto e interrupción legal del embarazo. El aborto es ilegal en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, considerándose como tal el que se realiza a partir de la doceava semana. Cuando se termina con el embarazo antes de esta fecha, se le denomina interrupción legal del embarazo. Estos son los términos legales que permitieron que se viera legalizado el aborto dentro de los primeros tres meses sin entrar en conflicto con la legislación federal, que califica al mismo como ilegal. Sin embargo, durante el presente trabajo se utilizarán los dos términos indistintamente, a menos que sea señalado su particularidad.

Problema de investigación

La pregunta de investigación que generó este trabajo es: ¿cómo se produjo y qué efectos ha tenido la despenalización del aborto en la Ciudad de México?

El presente trabajo tiene como preocupación y eje estructurante a las mujeres. Por lo mismo, se expondrá en primer lugar, cuál es el panorama general de los derechos que las mismas tienen con respecto al aborto, a nivel internacional. Se identificarán las Constituciones que comenzaron a proteger la vida desde la concepción, así como la evolución que ha tenido el programa como política pública.

En el primer capítulo, se planteará el problema del aborto inseguro tomando en cuenta la salud, la cuantificación de las muertes que ha ocasionado y la penalización a las mujeres, incluso niñas –que incluye encarcelamientos– que han intentado abortar de manera clandestina. El análisis de las estadísticas permite observar también el impacto de la intervención de los grupos de derecha y la Iglesia católica obstaculizando la educación sexual en las escuelas. En este apartado se dará cuenta, también, de algunos testimonios recopilados por otras investigadoras, sobre el sinnúmero de vejaciones a sus derechos que han enfrentado algunas jóvenes y mujeres que han abortado.

En el segundo capítulo se hará referencia a los tratados, las cumbres, las recomendaciones y programas derivados de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que protegen aquellos derechos a los que las organizaciones de la sociedad civil han vinculado el derecho al aborto. De igual manera, cuando la Suprema Corte

de Justicia mexicana falló a favor de la constitucionalidad de la Ley de Interrupción Legal del Embarazo, aclaró que cuando no se garantiza que las mujeres accedan de manera legal y gratuita a este servicio, se vulneran otros derechos que están establecidos en la Constitución Nacional y tratados internacionales vinculantes, como el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la autonomía, derecho a la integridad física, derecho a la privacidad, derecho a la no discriminación, derecho a una vida libre de violencia, a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos o hijas y a no ser sometida a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El abordaje del tema se iniciará con una revisión de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fundante de las legislaciones internacionales que protegen los derechos humanos, como así también de otros pactos y sugerencias u observaciones de organizaciones internacionales. Así, se analizará también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado el 23 de marzo de 1981 por México, en el que se estipula que para el libre desarrollo, las personas debemos gozar de nuestros derechos civiles y políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y establece que todos los derechos deben ser garantizados sin distinción de raza sexo, origen, posición económica, entre otros; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ratificado por México en 1975, en el que se establece la falsedad y lo absurdo de la superioridad racial. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que fue ratificada de igual manera el 23 de marzo de 1981, y que garantiza que las mujeres tengan los mismos derechos, la libertad e igualdad de posibilidades que los varones; y las recomendaciones en la declaración presentada por Misión Mujer A. C., que es una organización no gubernamental (ONG) reconocida como entidad consultiva por el Consejo Económico y Social, y declaraciones públicas de la organización internacional Human Rights Watch (HRW). Estos documentos hacen referencia a la necesidad de instrumentar en los países que son parte de ellos a realizar acciones encaminadas a dotar de las medidas necesarias para que las mujeres y las jóvenes puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos de manera libre e informada.

El tercer capítulo del trabajo es el nodal de esta tesis. En él se describirá la experiencia de cómo se logró la concreción de la ley de la interrupción legal del embarazo en la Ciudad de México dentro del panorama restrictivo de ese país. En torno a esta experiencia, se plantearán los antecedentes de la lucha por la despenalización de aborto, por parte de grupos feministas, y las continuas luchas infructíferas que finalmente lograron culminar en la aprobación de la ley, dando cuenta, además, de las vivencias de aquellas mujeres que fueron parte del mencionado proceso. Entre ellas se encuentran la doctora Raffaela Schiavon, especialista en derechos sexuales y reproductivos y salud pública de las mujeres, y la investigadora y antropóloga Marta Lamas, quien ha dedicado su carrera profesional a trabajar sobre los derechos de las mujeres. También se establecerán la formulación legislativa y la política pública en torno a esta ley y las acciones que la acompañaron. Finalmente, se analizarán los resultados y el impacto que estas políticas han tenido en la vida de las mujeres de la Ciudad de México.

En el último apartado se expondrán algunas consideraciones finales y se sugerirán algunas líneas de investigación que permitirán profundizar en el conocimiento sobre los ejes paradigmáticos de la lucha de las mujeres.

Capítulo 1

EL ABORTO: UN PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS

El aborto es una realidad en todos nuestros países, más allá de las legislaciones específicas que convierten a las mujeres –y al personal de salud que los practica– en "delincuentes". La realidad es que los abortos se seguirán realizando a pesar de que estas legislaciones de los países nunca lo reconozcan como un derecho. Es justo ahí donde radica la importancia de legalizarlo, para que no se ponga en riesgo la vida de las mujeres que necesitan interrumpir sus embarazos, para que el personal de salud capacitado para llevar a cabo el procedimiento no tema repercusiones legales y, por último y muy importante recalcar, para que las decisiones sobre el cuerpo de cada mujer sean de cada mujer.

Comenzaremos diciendo que la reducción de la RMM es uno de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio:[1]

> La mejora de la salud materna es uno de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) adoptados por la comunidad internacional en el año 2000. Con respecto a los ODM, los países se comprometieron a reducir la mortalidad materna en un 75% entre 1990 y 2015. Desde 1990, la mortalidad materna ha disminuido en un 45%.[2]

Estos objetivos generaron que se reafirmaran los compromisos internacionales del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Declaración de Beijing y su plataforma de acción de 1995 y sus seguimientos. En el apartado de los anexos, se presenta un mapa sobre mortalidad materna en el mundo (ver anexo 1).

Las estadísticas de la OMS muestran que 800 mujeres en el mundo mueren por día, debido a situaciones relacionadas con el parto o el embarazo: eclampsia, preeclampsia, hemorragias, infecciones y complicaciones de abortos inseguros, entre otros. Un gran porcentaje de estas mujeres se encuentra en una situación de vulnerabilidad por ser pobres, indígenas o vivir en zonas rurales.

---

1 Los Objetivos de Desarrollo del Milenio son una serie de objetivos que decidieron los países parte las Naciones Unidas. Se establecieron desde el 2000 con el objetivo de lograrlos en el 2015. Estos ocho objetivos fueron para el período 2000-2015: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre. 2. Lograr la enseñanza primaria universal. 3. Promover la igualdad los entre sexos y el empoderamiento de la mujer. 4. Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años. 5. Mejorar la salud materna. 6. Combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades. 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente. 8. Fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

2 Organización Mundial de la Salud. *Aborto sin riesgo: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Montevideo, Marge Berer, 2015, pp.16-30.

Ante esto, la OMS propone –como una medida importante que contribuya a disminuir la mortalidad materna– la legalización del aborto, la capacitación del personal médico, asegurar el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, la planificación familiar y hacer hincapié en una educación sexual y reproductiva principalmente orientada a jóvenes y adolescentes. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[3] coincide en su apreciación de que esta falta de acceso a servicios de salud materna constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres. Por ello, es que la CIDH ha recomendado a los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) que promuevan el acceso a la justicia en casos de muerte materna y complicaciones incapacitantes o severas. De igual manera, Human Rights Watch[4] sostiene que el aborto es un tema de derechos humanos, ya que "cuando el derecho de las mujeres a tomar decisiones autónomas con respecto al aborto está restringido, queda amenazada una amplia gama de derechos humanos".[5] A propósito de ello, en el siguiente capítulo se ahondará sobre la gama de derechos que se vulneran cuando el acceso a este servicio, como parte de la salud pública de un país, no se encuentra garantizado.

Se estima que anualmente se realizan en el mundo 46 millones de abortos y que al menos 20 millones de ellos son practicados ilegalmente. El aborto es legal en Canadá, Estados Unidos, en algunos países asiáticos, tales como la India y China, y también en la mayoría de los países de Europa, siempre que lo demande una mujer que se encuentra dentro de cierto período de gestación. En contraste, en la mayoría de los países de Latinoamérica y África, el aborto es ilegal y la tasa estimada de abortos es muy alta y en algunos casos, incluso penalizado. Estas cifras se traducen en violaciones a los derechos de las mujeres, así como en mortalidad y morbilidad materna. El 95% de los 4,4 millones de abortos realizados en América Latina han sido considerados, además, como inseguros.[6]

Si bien hay regiones que resultan más restrictivas que otras en el acceso a la interrupción del embarazo, es un problema para las mujeres en todo el mundo que tiene que ser pensado de manera global. Por ello, es importante ver cómo se tipifica en los países y qué consideraciones particulares tienen. Veremos una clara tendencia en la que los países desarrollados suelen tener menos restricciones para garantizar el acceso al aborto seguro a las mujeres que los países en vía de desarrollo.

3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada al mismo tiempo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1959 con sede en Washington D. C. La Comisión está compuesta por siete miembros independientes. Este es el órgano principal de la Organización de Estados Americanos (OEA) ya que está encargado de buscar que se respeten los derechos humanos de las personas que viven en el continente, trabajar el sistema de peticiones individuales y atender las principales temáticas.

4 Human Rights Watch es una organización no gubernamental de derechos humanos y sin fines de lucro, que existe desde 1978. Hay aproximadamente 400 trabajadores alrededor del mundo de diversas profesiones, y entre ellos producen informes y reportes sobre situaciones específicas de derechos humanos o la situación en determinados países. A lo largo del tiempo que lleva existiendo la organización, ha adquirido relevancia su postura, por lo que logra reunirse con las Naciones Unidas, gobiernos y grupos regionales de protección de derechos humanos.

5 Human Rights Watch, documento electrónico disponible en: http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/americas/argentina0605/qna0605sp.htm. Acceso 4 de junio de 2015.

6 Instituto Guttmacher. *Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf. Acceso 4 de junio de 2015.

1. La situación legal del aborto a nivel global

La variación en los números de la mortalidad y morbilidad materna nos muestra la pertinencia de hacer una revisión desagregando por regiones. Las estadísticas de Human Rights Watch describen la situación de vulnerabilidad de las mujeres con los datos siguientes:

1) De las 287.000 mujeres que murieron en todo el mundo a causa de complicaciones del embarazo y el parto durante 2010, el 99% eran de países en desarrollo.[7]

2) El riesgo de muerte materna es 2,7 veces mayor entre las mujeres sin estudios, y 2 veces mayor entre las mujeres que han recibido entre 1 y 6 años de enseñanza, que en el caso de las mujeres con más de 12 años de enseñanza.[8]

Para hablar de la legalización del aborto como forma de salvaguardar la vida y los derechos humanos de las mujeres, resulta fundamental hacer un breve recuento de la situación legal actual alrededor del mundo. Como comentábamos anteriormente, la discusión sobre el acceso al aborto es algo muy actual, por lo que las legislaciones al respecto están en constante cambio.[9] De los 28 abortos inducidos cada mil mujeres en edad reproductiva[10] en un mismo año, habría 24 en los países desarrollados contra 29 en los países en desarrollo. Mientras que en Latinoamérica y el Caribe esta cifra asciende a 32 abortos cada mil mujeres.[11] Estas variaciones hablan de las disparidades sociales que se viven en el mundo: la cantidad de gente que habita en las regiones, el acceso a recursos y servicios de salud, la distribución de la riqueza, los avances tecnológicos, entre otros.

a) Europa

Europa es el continente de referencia para asuntos que tienen que ver con avances sociales o de salud. En términos del riesgo que corren de morir las mujeres embarazadas durante su gestación o el embarazo, es de 1 cada 30.000 en el norte de Europa.[12] En cuanto al acceso al aborto, Europa es la región con las "tasas de aborto subregionales más bajas y más altas". En este continente, comúnmente los países aceptan el aborto según varias causales, pero se encuentra una clara diferencia entre el este y el oeste de Europa. En realidad, la diferencia entre estas dos subregiones radica en el bajo uso de anticonceptivos eficaces en Europa oriental.[13] Algunos países

7 Organización Mundial de la Salud. *Mortalidad Materna*, Nota descriptiva N° 348, mayo de 2014, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/. Acceso el 15 de julio de 2015.

8 Naciones Unidas. *Podemos Erradicar la Pobreza. Objetivos de Desarrollo del Milenio y más allá de 2015*, 2013, documento electrónico disponible en: http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/Goal_5_fs_sp.pdf. Acceso el 10 de julio de 2015.

9 En el anexo 3 se encuentran cinco mapas que presentan un panorama general de estos cambios desde 1980 hasta 2014.

10 En el estudio en cuestión, consideraron este rango de 15-44 años.

11 R. Schiavon, E. Troncoso y Polo G. *Increasing abortion-related hospitalization rates among adolescents in Mexico in the last decade, by age group and by state of residence*. México, Ipas, documento electrónico disponible en: https://www.academia.edu/4242616/Increasing_abortion-related_hospitalization_rates_among_adolescents_in_Mexico_by_age_group_and_by_state_of_residence._Proceedings_of_the_15th_World_Congress_on_Human_Reproduction_CIC_Edizioni_Internazionali_2013. Acceso 25 de junio de 2015.

12 Carine Ronsmans y Wendy J. Graham. "Maternal mortality: who, when, where, and why", *The Lancet*, Vol. 368, Issue 9542, Santiago, 2006, pp. 1189-1200, documento electrónico disponible en: http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S014067360669380X. Acceso 11 de julio de 2015.

13 Instituto Guttmacher. *State policies in brief. An Overview of Abortion Laws*. June 1 2015, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_OAL.pdf. Acceso 24 de junio de 2015.

europeos como Austria, Bélgica, Gran Bretaña, Noruega, Países Bajos, Suecia y Suiza cuentan con legislaciones y servicios que facilitan la interrupción de embarazos no deseados. En Alemania, Dinamarca, España, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, la República Checa y Portugal, el acceso al aborto está permitido pero están más limitadas las causales, en cuanto al personal de salud que puede realizar el aborto, el acceso al servicio para las menores de edad, los costos del procedimiento, los trámites necesarios para realizarlo o el acceso a los no residentes del país, dependiendo del país. El aborto es ilegal en Andorra, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Polonia, San Marino y Ciudad del Vaticano.[14]

Siendo el aborto ilegal en la República de Irlanda y el norte de Irlanda, sin embargo, se sabe que cada año más de 8000 mujeres viajan a Inglaterra para poder abortar su embarazo.[15] Desde hace poco más de un año, en Irlanda comenzaron a aceptar el aborto sin plazo y por el supuesto de que la vida de la madre corra peligro, incluso por suicidio. Como en esta región, pasa en muchas otras partes y es una situación que pone en evidencia una discriminación, ya que las mujeres que tienen las facilidades para desplazarse a hacerse un procedimiento legal lo harán, mientras que las demás quedan resignadas a romper la ley o asumir un embarazo no deseado.

Polonia es uno de los pocos países que ha ido endureciendo su legislación respecto al aborto. Primero, en 1990 volvió más complicado el procedimiento, puesto que estableció que para que realizar un aborto por "condiciones difíciles de vida" tendría que ser aprobado por dos ginecólogos o ginecólogas y una médica clínica. La mujer en búsqueda de este procedimiento tendría que ir a terapia psicológica, y de ser concedido, se le cobraría. Posteriormente, en 1993 eliminó del todo la posibilidad de abortar por esta razón.[16]

b) África

La legislación del continente africano sobre el aborto es de los más restrictivos en el mundo. Incluso la OMS reporta que África es el continente con el mayor riesgo de mortalidad por aborto, con más de la mitad de los abortos inseguros que suceden en la región subsahariana del continente.[17] Un cuarto de los abortos realizados en África son inseguros e ilegales. Se estima que la mortalidad materna en la región es de 680 muertes cada 100.000 procedimientos. A pesar de que en casi todos los países está permitido el aborto bajo las causal de riesgo de la mujer, y en algunos de ellos también por violación o cuando está en riesgo la salud de la mujer, muy pocas de ellas pueden acceder a este servicio.[18]

14 Abortion Clinics in Europe. *Legal Situations in Europe*, 2015, documento electrónico disponible en: http://www.abortion-clinics.eu/abortion-europe/. Acceso el 1° de julio de 2015.

15 IPAS. *Like a Ship in the Night*, 10 de noviembre de 2008, video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?t=78&v=Er_gW6KQwCE.

16 Naciones Unidas. *Abortios Policies*, documento electrónico disponible en: http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/. Acceso el 26 de junio de 2015.

17 Organización Mundial de la Salud. *Salud de la madre, el recién nacido, del niño y del adolescente*, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/maternal/maternal_perinatal/es/

18 Center for Reproductive Rights. *Legal Grounds Reproductive and Sexual Rights in African Commonwealth Courts*, University of Toronto, 2005, documento electrónico disponible en: http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/bo_legalgrounds_2005.pdf Acceso el 10 julio de 2015.

Sudáfrica es el único país de toda la región en donde está permitido el aborto voluntario.

> El aborto se legalizó en 1997, en 2008 tuvo la tasa de aborto más baja de todas las subregiones africanas, de 15 por 1000 mujeres. África oriental tiene la tasa más alta, de 38; seguida por 36 en África central, 28 en África occidental y 18 en África septentrional.[19]

c) Asia

Un tercio de la mortalidad materna sucede en Asia meridional.[20] Asia sud-central, que incluye a la India y a China, tiene una tasa de abortos de 26 por cada 1000 mujeres, mientras que Asia sudoriental tiene una de 36 por cada mil.

En términos generales, y con excepciones en la interpretación de la ley en cada país, así se dividen los países asiáticos en restringido, causales limitadas, casuales más amplias y por demanda de la mujer. El aborto está prohibido del todo en Iraq, Laos, Omán y las Filipinas. Es legal solo con la causal de salvar la vida de la mujer en Afganistán, Bangladesh, Bután, Brunéi Darussalam, Timor Oriental, Indonesia, Irán, Líbano, Myanmar, Sri Lanka, Siria, los Emiratos Árabes, Cisjordania y Gaza, Yemen. Es legal para mantener la salud física y mental de las mujeres en Jordania, Kuwait, Maldivas, Pakistán, Qatar, Arabia Saudita y Corea del Sur. Entre los países que tienen más causales para poder acceder al aborto están: Ciprés, Hong Kong, India, Israel, Malasia, Tailandia y Taiwán. Los países que no ponen limitación en la razón del aborto son: Armenia, Azerbaiyán, Baréin, Camboya, China, Georgia, Kazakstán, Kirguistán, Mongolia, Nepal, Corea del Norte, Singapur, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán, Uzbekistán y Vietnam.[21]

d) América

El continente americano tiene países muy dispares en cuestiones sociales, culturales y legislativos, por lo que resulta conveniente separarlo para revisar las cifras de mortalidad materna y las respectivas legislaciones. Canadá es de los pocos países donde el aborto no está restringido constitucionalmente. No tienen establecidos límite de semanas de gestación, período de espera, permiso parental, de la pareja o de ningún tercero, ni restricciones de ningún tipo. Este procedimiento se realiza a petición de las mujeres. El aborto lo cubre el sistema de seguro universal de salud financiado con fondos públicos, el Canada Health Care (Asistencia Médica Canadiense), como la mayoría de los procedimientos médicos. Los abortos en las provincias deberían de ser financiados, pero algunas no lo cubren o solo lo hacen de manera parcial.[22] Desde 1973, el aborto es una decisión estatal dentro del país y ahí deciden bajo qué motivos se podrán realizar los mismos.[23]

---

19 Instituto Guttmacher. *Hechos sobre el aborto inducido en el mundo*, documento electrónico disponible en: http://despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estadistica/Guttmacher2012.pdf. Acceso el 5 de septiembre de 2016.

20 Organización Mundial de la Salud. *Salud de la madre, el recién nacido, del niño y del adolescente, op. cit.*

21 Instituto Guttmacher. *Facts of abortion in Asia*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Asia.pdf. Acceso 6 de julio de 2015.

22 ProChoice Action Network. *Abortion in Canada*, documento electrónico disponible en: http://www.prochoiceactionnetwork-canada.org/articles/canada.shtml. Acceso 27 de junio de 2015.

23 Rachel K. Jones *et al.* "Repeat Abortion in the United States", *Instituto Guttmacher, report*, N° 9, 2006, documento electrónico

En Estados Unidos se puede abortar de dos maneras, dentro de la clínica o con una pastilla. Esto se logró desde los años setenta, pelearon por el derecho a abortar de una mujer en Texas que se embarazó como producto de una violación. El caso fue conocido como Jane Roe. La mujer tuvo que llevar a cabo su embarazo antes de que se dictara el fallo, aunque finalmente el tribunal local falló a favor de Jane Roe. Este caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, donde se decidió que el aborto era un derecho fundamental vinculándolo al "derecho a la privacidad o intimidad" de las mujeres. Al ser Estados Unidos un país federal, las Constituciones estatales dictan legislaciones locales, pero con este fallo de la Suprema Corte de Justicia tenía mayor jerarquía por lo que ya no podría penalizarse en ningún lugar.[24] Desde entonces hasta el 2011 se han realizado 53 millones de abortos a lo largo de todo el país. Se estima que tres de cada diez mujeres que viven ahí se habrán realizado este procedimiento para cuando tengan 45 años.[25]

Mientras que la realidad de América Latina es muy diferente, como advertíamos unos párrafos atrás, la tasa de abortos es muy alta en América Latina y el Caribe: el riesgo que tiene una mujer embarazada o durante el parto de morir en esta región es de 1 cada 130.[26] De estas cifras, según datos del Instituto Guttmacher, en 2008 el 95% de los abortos realizados fueron, bajo la definición de la OMS, inseguros.[27] La OMS define el aborto inseguro o peligroso como cualquier procedimiento cuyo objetivo sea frenar el embarazo, realizado por gente que no esté capacitada para hacerlo o que sea realizado en un lugar que no cuenta con las condiciones médicas de limpieza y para poder intervenir si existiera alguna complicación.[28] La situación mundial ante el aborto está constituida de la siguiente manera:

> El aborto está totalmente prohibido en siete de los 34 países y territorios de la región (…). En otros ocho países es permitido solamente para salvar la vida de la mujer; y unos cuantos países permiten el aborto en casos de violación (Brasil, Panamá y algunos estados de México) o por malformación fetal (Panamá y algunos estados de México).[29]

Los países en donde el aborto está prohibido del todo son: Chile, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Surinam.[30] Entre los países que permiten el aborto bajo algunas causales están: Antigua y Barbuda, Brasil, Dominica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Venezuela. De estos, Brasil,

---

disponible en: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/2006/11/21/or29.pdf. Acceso 5 de septiembre de 2016.

24 Ibis Reproductive Health. *United States*, documento electrónico disponible en: http://www.ibisreproductivehealth.org/where-we-work/united-states. Acceso 27 de junio de 2015

25 Instituto Guttmacher. *Fact Sheet: Induced Abortion in the United States.* Julio 2014, documento electrónico disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_induced_abortion.html. Acceso 24 de junio de 2015.

26 Mario Herrera. "Mortalidad Materna en el Mundo", *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, Vol. 68, N° 6, 2003, documento electrónico disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-75262003000600015&script=sci_arttext&tlng=ent. Acceso 6 de julio de 2015

27 Instituto Guttmache. *Datos sobre el aborto inducido en México*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf Acceso 9 de junio de 2015.

28 Bela Ganatra *et al. Del concepto a la medición: la aplicación práctica de la definición de aborto peligroso utilizada en la OMS*. Boletín de la Organización Mundial de la Salud, 2014, pp. 92-155, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/bulletin/volumes/92/3/14-136333/es/. Acceso 6 de julio de 2015

29 Instituto Guttmacher, *op. cit.*

30 Estas dos últimas cuentan con excepciones legales.

Panamá y México varían dependiendo el estado o provincia, de este último hablaremos a lo largo del trabajo. En la sección de anexos podemos ver los cinco mapas que muestran la evolución de la legislación del aborto a lo largo de los años. En ellos se ve claramente que el panorama pareciera ir avanzando en la mayoría de los casos, a excepción del caso de Polonia, que comentamos anteriormente, y los de Nicaragua y El Salvador.

Desde finales del 2006, el aborto en Nicaragua es completamente ilegal. Antes de esta fecha, se podían realizar abortos terapéuticos cuando tres médicos o médicas certificaran que la vida de la mujer estaba en riesgo. Ahora es imposible que se practiquen, incluso cuando la vida de la mujer corre peligro. "Nicaragua aceptó la ley poco antes del cambio de elección a pesar de que diplomáticos de Unión Europea y de las representantes de las Naciones Unidas le pidieron esperar hasta esa fecha".[31]

El Salvador permitía que abortaran las mujeres que estuvieran embarazadas como producto de una violación, así como cuando estuviera en peligro la vida de ellas o del futuro bebé. El gobierno conservador que estuvo en el poder en 1998 prohibió del todo este procedimiento y está criminalizado con hasta ocho años de cárcel. No conforme con este endurecimiento, establecieron que cuando un doctor sospeche que una mujer se realizó un aborto, debe denunciarlo, de lo contrario él o la médica a cargo también pueden ser sentenciados.[32] Estos datos muestran que la mayoría de los Estados no están salvaguardando el derecho a la vida de las mujeres que desean interrumpir su embarazo, y que esta situación se agrava en países en desarrollo.

México es una república democrática, federal y representativa, con 32 entidades federativas y una capital llamada Ciudad de México. La capital es un distrito federal, que adquirió autonomía con una reforma constitucional que se le otorgó por primera vez autonomía al Distrito Federal, desde este momento ha tenido solamente gobiernos de izquierda a cargo.[33] Entonces, es importante tomar en cuenta que la legislación de la Ciudad de México es particular dentro del país. Al mismo tiempo, es la más progresiva de América Latina y el Caribe. Los únicos lugares con una legislación más abiertas son Cuba, Guyana y Puerto Rico, ya que no tienen un límite gestacional para poder llevar a cabo el aborto.[34]

En México existe una gran desigualdad en el acceso al derecho a la salud. En 2010, la mayor concentración de muerte materna se encontraba en: Oaxaca (55,9%), Guerrero (47,2%), Chihuahua (35,9%), Yucatán (25%) y Chiapas (24,6%), estados todos con alta población indígena.[35] En 2012, el 12,8% de las mujeres fallecidas por causas maternas era menor de 19 años, el 11,9% era hablante de lengua indígena y el 54% murió en una clínica u hospital público.[36] En 2011 el 7,5% de la mujeres fallecidas no tuvo acceso a educación, el 31% estudió la primaria completa o incompleta, y

31 "Nicaraguan leader sings abortion law", *The Guardian*, noviembre 2006, documento electrónico disponible en: http://www.theguardian.com/world/2006/nov/20/mainsection.international11. Acceso el 26 de junio de 2015.

32 "The mothers being criminalised in El Salvador", *BBC News*, 28 de abril de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.bbc.com/news/world-latin-america-32480443. Acceso el 26 de junio de 2015.

33 Esta reforma constitucional se hizo en 1993.

34 Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades"*. México, noviembre de 2012.

35 Grupo de Información en Reproducción Elegida, Omisión e Indiferencia. *Derechos reproductivos en México*. México, 2013.

36 Ibíd.

el 16% hablaba una lengua indígena. El estudio de Sousa[37] reafirma que las mujeres pobres, indígenas y con baja escolaridad tienen una probabilidad nueves veces más alta de realizarse un aborto inseguro que las mujeres con mayores recursos económicos, no indígenas o de pueblos originarios y que cuentan con un mayor grado de escolaridad.

En varios de los estados con mayor mortalidad materna mencionados, el nivel de pobreza y pobreza extrema es de los más altos en el país. En la sección de anexos, se puede observar un cuadro del Consejo de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), en la que se establece los números de pobreza y pobreza extrema (cuadro 4). Las cifras anteriores nos muestran diferentes facetas de vulnerabilidad específica como, pobreza, edad, educación. Esto muestra también cómo la vulnerabilidad de un derecho tan fundamental, como el acceso a la información y a la educación, genera disparidad que deviene en la violación de otros derechos.

37 A. Sousa, Rafael Lozano y Emmanuel Gakidou. "Exploring the Determinants of Unsafe Abortion: Improving the Evidence base in Mexico", *Health Policy and Planning,* vol. 25, N° 4, 2010, pp. 300-310, documento electrónico disponible en: http://bit.ly/12kvrGi. Acceso 25 de mayo de 2015.

Capítulo 2

DERECHOS EN TENSIÓN: ILEGALIDAD DEL ABORTO COMO VULNERADOR DE DERECHOS DE LAS MUJERES

A pesar de los alarmantes datos sobre la mortalidad materna que hemos presentado en el capítulo anterior, observamos que pocas veces las legislaciones incluyen una clara postura de la importancia de garantizar el aborto como un derecho de las mujeres. De hecho, con respecto a los argumentos en contra del aborto que afirman que las Constituciones protegen la vida desde la concepción, Human Rights Watch ha dicho que:

> La mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos guardan silencio respecto a cuándo comienza el derecho a la vida, pese a que la historia de la negociación de los tratados, la jurisprudencia y la mayoría de los análisis jurídicos parecen sugerir que el derecho a la vida, como se contempla en dichos documentos, no tiene vigencia antes del nacimiento de un ser humano.[38]

Más allá de la mortalidad materna, la falta de acceso a un aborto legal y seguro viola muchos otros derechos de las mujeres. La organización Grupo de Información en Reproducción Elegida relata que:

> es una violación a los derechos humanos a la vida, a la integridad personal, a la salud –incluida la salud reproductiva–, a la autonomía reproductiva, a la vida privada, a la igualdad y no discriminación, a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos/as, a no ser sometida a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la educación, a la información y al goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico.[39]

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, cuando aceptó la constitucionalidad de la ley de la interrupción legal del embarazo, hizo recomendaciones. En ellas dijo que la importancia de poder interrumpir el embarazo de manera legal está vinculado al derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la autonomía, a la privacidad, a la no discriminación y a la vida libre de violencia.[40]

Ya que el tema del aborto ha sido difícil de legislar por posturas religiosas y personales, a continuación se hace un desglose a partir de la vinculación presentada en los párrafos anteriores. Estos derechos que se vulneran, al no garantizar el acceso al aborto libre y seguro, están garantizados por la legislación internacional, regional y mexicana, que se ven vulnerados al mantener la ilegalidad del aborto. Podemos hacer este vínculo, porque en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice:

---

38 Human Rights Watch. *Derechos humanos y acceso al aborto*, documento electrónico disponible en: http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/americas/argentina0605/qna0605sp.htm. Acceso 10 de junio de 2015.

39 Grupo de Información en Reproducción Elegida, Vida Laboral y Reproductiva, documento electrónico disponible en: https://gire.org.mx/nuestros-temas/vida-laboral-y-reproductiva/106-nuestros-temas. Acceso 20 de junio de 2015.

40 Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Decreto de Reformas que Despenalizan el Aborto de las 12 Semanas de Gestación*. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de agosto de 2008, documento electrónico disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/cronicas/PDF/cr_desp_aborto.pdf. Acceso 1° de julio de 2015.

> (…) todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.[41]

Los instrumentos utilizados para hacer esta sección, fueron la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos actual vigente, que data de fecha 5 de febrero de 1917; la carta fundante de los derechos humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al que se adhirió México en 1981; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al cual México se adhirió en 1981; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, firmada por México el 1º de noviembre del 1966 y ratificada el 20 de Febrero de 1975; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, firmado por México el 17 de julio de 1980 y ratificado el 23 de marzo de 1981; las Recomendaciones en la Declaración presentada por Misión Mujer A. C., una ONG reconocida como entidad consultiva por el Consejo Económico y Social y declaraciones públicas en un documento de la organización internacional Human Rights Watch. Como veremos, en la división por derecho que se debiera garantizar, la jurisprudencia no es siempre estática, por lo que resulta fundamental encontrar estas líneas de conexión.[42] A continuación, se presenta este intento de conectar el derecho al aborto con este gran *corpus iuris*.

Comenzamos por el fundamental *derecho a la vida*, que está garantizado por el artículo catorce del capítulo primero de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que:

> Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.[43]

Se encuentra igualmente sustentado en el artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".[44] El artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: "1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".[45] Asimismo, podemos ver en las observaciones de la organización Human Rights Watch,[46] un documento en el que publica una división abogando por estos derechos en junio de 2005:

---

41 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la federación el 5 de febrero de 1917, última reforma 19 de julio de 2013, documento electrónico disponible en: http://www.sems.gob.mx/work/models/sems/Resource/11431/1/images/1_0_dof_19_julio_2013_constitucion.pdf. Acceso 8 de julio del 2015.

42 Sandra Serrano y Daniel Vázquez. *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*. México, Flacso, 2014, p. 39.

43 Ibíd.

44 Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 1945.

45 Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1966, entrada en vigor 1976.

46 Humans Right Watch, *op. cit.*

> Las restricciones legales al aborto tienen un impacto devastador en el derecho a la vida de las mujeres. La evidencia sugiere no solamente que las leyes que restringen el aborto empujan a las mujeres a someterse a abortos inseguros, sino que además ellas mueren a consecuencia de dichos abortos.

El *derecho a la vida privada*, que ha sido uno de los más privilegiados desde la que se comenzó a priorizar la propiedad privada. Está garantizado en la Constitución mexicana en un apartado dentro del artículo 6: "La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes".[47] Adicionado por medio de un decreto al Diario Oficial de la Federación desde julio del 2007.

Así, lo vinculamos con el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".[48] De igual manera, Human Rights Watch establece en el mismo documento 2005:

> Las decisiones sobre embarazos y maternidad son sumamente personales y son precisamente el tipo de interés que el derecho a la privacidad debe proteger. El derecho a la privacidad de la mujer embarazada le empodera a decidir si quiere tener un aborto. Ninguna mujer debe tomar esta decisión bajo la amenaza de una prosecución legal.[49]

El *derecho a la salud* está garantizado en el artículo cuarto del primer capítulo de la Constitución mexicana:

> Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.[50]

Al mismo tiempo, se encuentra sustentado por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

> 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
>
> 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
>
> a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
>
> b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
>
> c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

47 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

48 Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos, op. cit.*

49 Human Rights Watch, *op. cit.*

50 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.[51]

Asimismo, el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial estipula:

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

Los artículos 12 y 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[52] señalan lo siguiente. En el artículo 12:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

En el artículo 14:

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.

Human Rights Watch[53] complementa:

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que el respeto por el derecho a la salud de las mujeres requiere la despenalización del aborto, por lo menos en ciertas circunstancias.

Algunos gobiernos buscan defender la negación del acceso al aborto desde una perspectiva de recursos. Este argumento no es justificable. La atención adecuada a las complicaciones producto de abortos inseguros es mucho más cara que la provisión de abortos médicamente seguros.

El *derecho a la integridad personal* está garantizado en la Constitución mexicana:

51 Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1976.

52 Comité de CEDAW. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

53 Humans Right Watch, *op. cit.*

> Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.[54]

De igual manera, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[55] en el artículo 25:

> 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
>
> 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Human Rights Watch:

> El derecho a la seguridad personal, incluyendo el derecho a la integridad física, es central al tema del aborto y los derechos humanos. Cuando un embarazo no es deseado y la ley requiere que la mujer lo continúe, esta situación puede constituir una intrusión gubernamental en el cuerpo de la mujer, violándose de este modo este derecho.

El *derecho a la igualdad y no discriminación*, en este sentido, lo encontramos en la Constitución mexicana en e artículo primero como:

> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por otro lado, en las bases del artículo cuatro: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,[56] en los artículos 1° y 5°. El primero:

> A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

El quinto:

> Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

54 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

55 Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, *op. cit.*

56 Naciones Unidas. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. 1979.

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

En el sentido de entender que la gestación es una decisión sobre el cuerpo de la mujer y es ella quién debe tomar la decisión.

Human Rights Watch:[57]

En la práctica es más probable que sean las mujeres, y no los hombres, las que enfrenten las mayores dificultades y desventajas sociales en el ámbito económico y profesional, además de otros cambios que afectan su vida de facto, cuando tienen hijos. Cuando se obliga a las mujeres a continuar con embarazos no deseados, dichas consecuencias ponen necesariamente a las mujeres en situación de desventaja.

El aborto es un procedimiento clínico requerido solo por mujeres. El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer ha dejado implícito que la denegación de procedimientos clínicos requeridos solo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra. Por tanto, en ciertos casos las leyes que restringen el aborto pueden, por sí mismas, constituir una violación del derecho a la no discriminación.

En repetidas ocasiones, el Comité de Derechos Humanos de la ONU también ha establecido un vínculo claro entre la igualdad de las mujeres y el acceso a los servicios de salud reproductiva, incluyendo el aborto.

El *derecho a decidir [autónomamente] sobre el número y espaciamiento de los hijos/as*, en el artículo cuarto del primer capítulo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está establecido que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".[58] Ese derecho también se vincula con el que está garantizado en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[59] en el artículo 14:

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

b. Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.

Human Rights Watch:[60]

En la práctica es más probable que sean las mujeres, y no los hombres, las que enfrenten las mayores dificultades y desventajas sociales en el ámbito económico y profesional, además de

57 Humans Right Watch, *op. cit.*

58 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

59 Naciones Unidas. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, op.* cit.

60 Humans Right Watch, *op. cit.*

> otros cambios que afectan su vida de facto, cuando tienen hijos. Cuando se obliga a las mujeres a continuar con embarazos no deseados, dichas consecuencias ponen necesariamente a las mujeres en situación de desventaja.
>
> El aborto es un procedimiento clínico requerido solo por mujeres. El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer ha dejado implícito que la denegación de procedimientos clínicos requeridos solo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra. Por tanto, en ciertos casos las leyes que restringen el aborto pueden, por sí mismas, constituir una violación del derecho a la no discriminación.

El *derecho a la información* aparece en el primer capítulo de la Constitución mexicana, artículo seis:

> La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.[61]

También sustentado en la declaración presentada por Misión Mujer A.C., ONG reconocida como entidad consultiva por el Consejo Económico y Social. Recomendación:

> 8. No basta con darles a las adolescentes información sobre su sexualidad, sino que también es necesario ofrecer más oportunidades vitales al adolescente, tanto hombre como mujer. Sobre todo en el tema de tomar decisiones y formar un proyecto de vida, ya que son dos temas en la adolescencia que subyacen como factores que pueden proteger al adolescente de situaciones delicadas para su edad, como es el embarazo.

Human Rights Watch:

> Las mujeres están desproporcionadamente afectadas cuando la información sobre los servicios seguros de aborto es restringida o denegada. Por tanto, la denegación o restricción de información relacionada con el aborto puede, en ciertos casos, constituir discriminación.[62]

El *derecho a no ser sometida a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes* está garantizado en el artículo 20 de la Constitución mexicana:

> A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.[63]

No se encontró un tratado vinculante, pero lo apoyamos en la visión de Human Rights Watch como organización internacional:

> El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha indicado que las restricciones al acceso al aborto legal y seguro pueden llevar a situaciones que constituyen un trato cruel, inhumano o

61 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

62 Humans Right Watch, *op. cit.*

63 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

> degradante. Estas situaciones incluyen el de forzar a una mujer embarazada a llevar a término un embarazo no deseado o riesgoso para su salud.[64]

Uno de los decretos publicado en el Diario Oficial de la Federación a mediados del año 2011, establece que:

> En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Al ver que hay manera de vincular el derecho al acceso al aborto con tratados y posturas de organizaciones internacionales, entendemos que debiera establecerse con claridad este posicionamiento. También cabe señalarse que a pesar de tener tantas formas de sustentarlo, sabemos que se violan constantemente. Como menciona Serrano, son estas indeterminaciones de cómo garantizar derechos, que ya son parte de la legislación pero no se lleva a cabo en la realidad, las que nos hacen recurrir a este amplio *corpus iuris*.[65] En esta situación, hablamos de una igualdad formal, ya que, en efecto, hay un reconocimiento jurídico de estos derechos. En los países o estados de México donde no está garantizado el derecho al aborto, es imposible hablar de una igualdad sustantiva, porque todos estos derechos que desglosamos como vinculados a la necesidad de garantizar el acceso al aborto seguro se ven vulnerados.

Si bien es importante saber que se puede articular el derecho al aborto con artículos de la Constitución mexicana, tratados internacionales y posicionamientos de organizaciones a nivel mundial, esto no garantiza que haya un derecho sustancial y, por consiguiente, a la igualdad sustancial o material. Pues bien, la igualdad formal es simplemente la promesa de atención a un tema en específico, de lo que debiera ser y no de lo que es. Que existan estos derechos básicos garantizados en diversos artículos no quiere decir que en la realidad dejen de ser violados. La manera en la que se puede garantizar que se convierta en igualdad sustancial es lograr asegurar la dignidad de todas las personas y las diferencias entre ellas.

Ejemplos de claras violaciones a derechos de mujeres en la región

En el mundo ha habido claras sugerencias de organismos internacionales abogando por la importancia de permitir el aborto en casos específicos. Si bien aún falta una postura más clara respecto a la visión del aborto como parte de los derechos fundamentales de las mujeres, vemos avances en términos de las posturas adoptadas. Como en el actual caso de una niña paraguaya, que quedó embarazada tras ser abusada sexualmente, el caso de una mujer chilena, que tuvo severas complicaciones durante

64 Humans Right Watch, *op. cit.*

65 Sandra Serrano y Daniel Vázquez. *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos.*

el embarazo y que evidenció la poca claridad que existe en la legislación de su país para acceder al aborto, y el caso de una mujer mexicana violada por su ex pareja, que fue encarcelada por realizarse un aborto.

Un caso testigo de una niña, Paraguay

La violación de esta niña de 10 años de edad fue denunciada por la madre, pero la demanda se invalidó unos meses más tarde, cuando ya se sabía que la niña tenía un embarazo de alto riesgo. La denuncia decía que la pareja de la madre fue quien había abusado de ella. El presunto agresor está encarcelado al igual que la madre como supuesta cómplice, por lo que la niña se encuentra en un ahora en un albergue de la Cruz Roja, donde continúa con su embarazo de alto riesgo.[66]

En el hospital se dieron cuenta de que la niña tenía más de veinte semanas de embarazo. Entonces, en ese hospital donde la atendieron decidieron hacer una petición para poder cuidar la salud de la niña, ya que por su corta edad no tenía siquiera desarrollado el útero para llevar a cabo un embarazo sano. Además, informó el comité médico, padece de anemia y aclaró que de llevarse a cabo la niña está expuesta a:

> cuatro veces más riesgo de vida que en un embarazo adulto (…) tendría 1,6 más de riesgo de hemorragia post parto; 4 veces más riesgo de infección endometrial; 1,4 veces más de anemia; 1,6 más de eclampsia, infecciones sistémicas y riesgos en su futuro reproductivo.[67]

La niña mide apenas 1,29 metros y aparte de la anemia, sufre de desnutrición.

Para lograr evitar este caso de revictimización de la niña paraguaya, las organizaciones CLADEM y Equality Now presentaron la petición de las medidas cautelares. El 8 de junio de 2015, la CIDH solicitó la adopción de medidas cautelares para salvaguardar la vida, integridad y salud física y mental de esta niña autorizando el acceso al aborto. Sin embargo, Paraguay se negó a esta petición, ya que están defendiendo del derecho a la vida a partir del derecho de la concepción.[68] Por lo que la niña, de ahora ya 11 años de edad, cursa su séptimo mes de embarazo sola.

El caso testigo de Paola Dragnic, Chile[69]

Un caso de diferentes que también implica violaciones a los derechos humanos de las mujeres es el de la periodista chilena, Paola Dragnic. Ella tuvo un embarazo anular embrionado, que normalmente implica que tiene una carga genética anormal, del cual se enteraron solo por un examen que ella pidió que se lo realizaran, a pesar del enojo del médico a cargo. En este momento, ya podemos observar una clara vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, conocida como violencia obstétrica. La violencia obstétrica se expresa con mal trato o indiferencia a las peticiones de las mujeres embarazadas, negación de tratamiento o imposición del mismo.

66 Kay Guerrero y Catherine E. Schoichet. "Paraguay rechaza la petición de aborto de la CIDH para una niña embarazada", *CNN México*, 15 de junio de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.cnnmexico.com/mundo/2015/06/15/paraguay-rechaza-la-peticion-de-aborto-de-la-cidh-para-una-nina-embarazada. Acceso 25 de junio de 2015.

67 Organización de los Estados Americanos. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, documento electrónico disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp. Acceso 16 de junio de 2015.

68 Ibíd.

69 Se dejó el nombre ya que ella ha dado entrevistas ahora que ha pasado más tiempo para poder visibilizar las constantes violaciones de derechos sexuales y reproductivos que sufren las mujeres en Chile.

Sin embargo, el conflicto continúa ya que siendo Chile un país donde el aborto terapéutico no está garantizado, es muy confuso cuándo se puede realizar y cuándo no. Si bien se interpreta normalmente que se puede interrumpir el embarazo cuando está en riesgo la vida de la madre, no está claramente tipificado. Su médico le dijo que era muy grave, pero que no se podía hacer el procedimiento en el país porque no quedaba claro en qué punto la vida de la madre está en riesgo, y le dio como alternativa irse a Tampa, Estados Unidos, para poder realizarse el procedimiento. Dos semanas antes de irse, le dio un *shock* debido al cual sí le terminaron realizando el procedimiento en Chile para poder sacarle el feto que estaba poniendo en riesgo su vida. Ella compartió su historia recientemente y se dio a conocer todo el largo sufrimiento por el que pasó. Ahora ella dice que tienen que aclararse las causales del aborto terapéutico, ya que en el proceso de determinar si está sufriendo un riesgo de muerte, y en lo que va en decadencia de la salud de la mujer, la dignidad y las implicaciones para su salud mientras se prolonga el embarazo, vulnera sus derechos, salud física, mental y emocional.[70]

Después de esto, ella ha podido embarazarse nuevamente y tiene un hijo y una hija, de hecho ella titula su trágica historia del primer embarazo como "el aborto que me permitió ser madre". Ella afirma que hay dos cuestiones en juego, la primera el acceso al aborto terapéutico, que no se debería tener que discutir ya que es por el bien y dignidad de las mujeres. La segunda, comenta que es una lucha por los derechos sexuales y reproductivos, que no se limita al aborto. Si bien sabemos que excede al tema del aborto, con las cifras y bases de datos que conocemos, podemos ver esta clara violación a todos los derechos de la mujer. Al mismo tiempo, hace mucho foco en cómo muchas mujeres abortan, por quererlo o por tener complicaciones en el embarazo. Deja en claro la presión pública que ha sentido y la necesidad que todos tenemos de que se deje de separar de tal manera la vida pública y la vida privada, ya que todos sabemos de mujeres que se realizan los abortos pero se convierte en un secreto por la pena y estigma social que genera.

El caso testigo de una mujer, México

El siguiente caso es sobre la revictimización de una mujer mexicana de 27 años de edad, víctima de secuestro y violación en 2012. Si bien no cuenta con respaldo de un organismo internacional de derechos humanos, sí ha tenido el apoyo de organizaciones nacionales dedicadas a luchar por los derechos de las mujeres y los derechos sexuales y reproductivos. Ella fue golpeada y violada varias veces en Durango por su ex pareja, y como producto de la violación quedó embarazada. Tras sus declaraciones encarcelaron al hombre responsable de manera preventiva, pero no le dan información sobre tratamiento de emergencia para enfermedades de salud sexual o anticonceptivos. Sin embargo, ella solicitó que le autorizaran realizarse el aborto ya que en todo México el aborto es legal en casos de violación. Finalmente le realizaron el aborto después de una etapa conflictiva, ya que inicialmente tardaron en autorizar el procedimiento. Después no hubo médicos entrenados dispuestos a realizárselo en su estado, por lo que un médico tuvo que viajar desde la Ciudad de México para llevarlo a cabo.

70 "Paola Dragnic sobre aborto: 'Se trata de calidad de vida, derechos esenciales y dignidad'", *CNN Chile,* video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=iUdpNPP8x3Y. Acceso 5 de julio de 2015.

Después de lograr realizarse el aborto, ella y su familia recibieron amenazas de muerte de parte del agresor. Por miedo, decidió retractar su declaración contra el agresor. Al retirar su denuncia contra su ex pareja, supuestamente *no* habría sido una violación. Entonces, las autoridades liberaron al agresor y comenzaron a investigarla por haber alegado supuestamente "de manera falsa" la violación, sin tomar en cuenta las amenazas a las que había sido sometida. Teóricamente, en el estado de Durango el aborto es considerado un delito, a menos de que existan algunas de las siguientes causales:

> I.- Cuando aquella sea resultado de una acción culposa de la mujer embarazada. En este caso deberá darse el aviso correspondiente al Ministerio Público; II.- Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación; y III.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora. Tratándose de los casos a que se refieren las dos últimas fracciones, deberá obtenerse previamente la autorización del Ministerio Público. Asimismo, En los casos contemplados en las fracciones I, II y III de este artículo, los médicos legistas oficiales tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.[71]

Entonces, en lugar de buscar las maneras de proteger a la mujer que era víctima de la violencia física, sexual y ahora de amenazas, fue perseguida y encarcelada, continuando las violaciones a sus derechos humanos a los que ya había sido sometida.

A lo largo de este capítulo hemos presentado un intento de conectar el derecho al aborto con derechos innegablemente reconocidos. Por medio del amplio *corpus iuris*, se establecen derechos que se pueden violar al no permitir un aborto legal y seguro. Finalmente, los casos presentados demuestran claras circunstancias en las que se violaron varios derechos por no permitir que se realizara oportunamente una interrupción del embarazo o la criminalización por haber accedido a la misma.

71 Claudia Gamboa Montejano y Sandra Valdés Robledo. *Regulación del Aborto en México Derecho Comparado de los 31 estados y del Distrito Federal, así como de diversos países en el mundo y estadísticas del INEGI en el tema (Segunda Parte).* Cámara de Diputados, marzo de 2014.

Capítulo 3

MÉXICO: EL COMIENZO DE UNA LUCHA QUE AÚN NO TERMINA

La atención internacional a la mortalidad materna provocada por aborto inseguro ayudó a fortalecer las bases para que se continuara la problematización de la situación en la Ciudad de México. Al analizar las legislaciones locales mexicanas sobre la interrupción del embarazo, se ve la clara tensión de las posturas políticas al respecto. Si bien sabemos la relevancia de los tratados internacionales, también se evidencia la importancia de la lucha social y política para impulsar estos temas en las agendas de los gobiernos. Entonces, resulta fundamental para esta investigación revisar la evolución que han tenido los movimientos feministas en las instituciones democráticas y los derechos humanos en la Ciudad de México. La decisión de la despenalización y la posterior legalización de la interrupción del embarazo son parte de una discusión social que se vincula con la apropiación del cuerpo, con una discusión de lo privado y lo público, sobre hasta dónde llega –o debería llegar– la política, con la religión, entre muchas otras. La coalición de grupos feministas en la discusión sobre la despenalización del aborto en México fue fundamental para la despenalización y posterior aprobación de esta ley, en un contexto político en el que la incidencia política había construido las condiciones necesarias.

A lo largo de este recuentro, hablaremos varias veces de mujeres o grupos feministas. Como explicó Elsa Dorlin:

> Por feminismo entiendo esa tradición de pensamiento, y por consiguiente los movimientos históricos que, por lo menos desde el siglo XVII, plantearon según diversas lógicas demostrativas la igualdad de los hombres y las mujeres, acorralando los prejuicios relativos a la inferioridad de las mujeres o denunciando la ignominia de su condición.[72]

Con ello, podemos continuar diciendo que los años setenta del siglo pasado fue un nuevo[73] momento de fuertes movimientos feministas que luchaban por los derechos de las mujeres abogando por que lo privado también es político.[74]

Shepsle relata en su capítulo sobre la acción colectiva cómo se consolidó la acción de la protesta para ganar más espacio en términos de derechos y menciona como uno de los grupos que encuentra en esta vía una opción, movimientos[75] de mujeres luchando por el derecho a decidir –*pro-choice*– o los llamados *provida*. Los grupos *provida* en México –y el mundo– siempre han estado vinculados con la Iglesia católica. La importancia social y política de la Iglesia dificulta que se legisle el aborto: "Ningún partido desea desatar una campaña en su contra desde los púlpitos de la Iglesia católica de todos los estados de la República. Ningún diputado católico

72 Elsa Dorlin. *Sexo Género y Sexualidades. Introducción a la teoría feminista*. Buenos Aires, Nueva Visión, 2009, p. 13.

73 Había habido otra ola –la primera– de fuertes movimientos feministas a principios de siglo, donde se luchó por igualdad de derechos entre varones y mujeres, en particular en cuanto al derecho al voto (Ibíd.).

74 Ibíd.

75 "'Movimiento' era el sustantivo colectivo de la época", en: Kenneth A. Shepsle y Mark S. Bonchek. *Las fórmulas de la política: instituciones, racionalidad, y comportamiento*. Taurus, 2005, p. 215.

desea ser excomulgado. Nadie se quiere enfrenar con ese poder".[76] De tal manera que gran parte de su fuerza proviene de su vinculación religiosa. Al ser México un país profundamente católico, comenzar la discusión de la interrupción legal del embarazo fue complicado. El paulatino cambio de visión de la religiosidad en el país, así como la importancia que adquirieron otras religiones y los numerosos escándalos de pederastia dentro de la Iglesia católica en México han ayudado a abrir discusiones antes imposibles de imaginar.[77,78]

Si bien Shepsle menciona que estos sucesos comenzaron en Berkeley, después se propagaron por Estados Unidos y, al ser México su vecino, se comenzaron a dar protestas allí al poco tiempo después.[79] Grupos de personas en búsqueda de la ampliación de un derecho se reunieron para reclamar sus derechos. Dentro de este panorama internacional, se dio la disputa de los derechos de las mujeres a nivel local en México y específicamente en la Ciudad de México.

Proceso histórico-político

La legalización del aborto, como dice Manuel Castells, "ocurrió cuando nadie lo esperaba",[80] ya que los grupos de mujeres en México, pero particularmente en la Ciudad de México, llevaban más de treinta años hablando de la importancia de despenalizar el aborto. En esa época, la Ciudad era el lugar con mayores restricciones legales para que las mujeres pudieran abortar. Poco más de quince años antes de la despenalización, las discusiones a nivel interno se intensificaron.[81] Gustavo Ortiz señala que el proceso de la Ciudad de México para la despenalización de la interrupción del embarazo es un buen ejemplo de una sociedad democrática que tenazmente consiguió el cometido. Este autor atribuye esta ley al resultado de la interacción de una serie de factores, entre ellos: una sociedad cambiante –incluso en sectores religiosos–, el empoderamiento de las mujeres y de la clara e incansable lucha de grupos feministas.[82]

La investigadora y activista Marta Lamas hace un recuento del proceso histórico por el que han pasado las feministas para incidir políticamente en el país. Lamas habla de lo desarticulado y desestructurado que estuvo el movimiento feminista en una época en la cual los movimientos tenían banderas propias que no querían vender o negociar en términos políticos, al grado que las feministas mexicanas "no participa[n] en la primera Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU

76 Marta Lamas. "Aborto, derecho y religión en el siglo XXI", *Debate Feminista*, Año 14, Vol. 27, abril, 2003, p. 10, documento electrónico disponible en: http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Aborto_Derecho_y_Religion.pdf. Acceso 10 de junio de 2015.

77 Un buen ejemplo de esto es el grupo de Católicas por el Derecho a Decidir (CDD), que forma parte de una alianza internacional. En México ha sido fundamental para empujar la discusión pública y dialogar con personas católicas para decidir sobre su propio cuerpo.

78 Ana Amuchástegui y Edith Flores. "Women's interpretations of the right to legal abortion in Mexico City: citizenship, experience and clientelism", *Citizenship Studies*, Vol. 17, N° 8, Dec. 2013, p. 913.

79 Kenneth A. Shepsle y Mark S. Bonchek. *Las fórmulas de la política: instituciones, racionalidad, y comportamiento*, *op. cit.*, capítulo 9.

80 Manuel Castells. *Redes de Indignación y de Esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*. Madrid, Alianza, 2012, p. 19.

81 Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades*, *op. cit.*

82 Gustavo Millán Ortiz y René Millán (comps.). *Avances Democráticos a partir de la despenalización del aborto en la Ciudad de México en Vida pública en México: ¿didáctica para la democracia?* 2014, p. 39.

organizada por el gobierno mexicano por el Año Internacional de la Mujer, en 1975".[83]

Ortiz recuenta que en los setenta se comienza a discutir el tema de manera pública en las Jornadas Nacionales sobre el Aborto. En esas jornadas, personal de salud dialogaba a favor de la despenalización. Este año, la Coalición de Mujeres habla de maternidad voluntaria en una propuesta de reforma de ley presentada a la Cámara de Diputados. Entre otros, la propuesta incluye educación sexual, acceso a anticonceptivos, no al despido de mujeres embarazadas y aborto legal y gratuito. "En manifestaciones públicas, algunos de estos elementos se resumen en la frase: 'Educación sexual para no abortar, aborto seguro para no morir'".[84]

En los ochenta del siglo pasado, el movimiento feminista empieza a tener un cambio de enfoque y a privilegiar la organización para la incidencia política. En este momento se consolidan muchas ONG feministas con diferentes énfasis. También se institucionaliza la discusión de temas de mujeres en espacios académicos, como el Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer (PIEM) en el Colegio de México, el Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG) de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Área de Mujer y Cultura de la Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco.[85] A finales de esta década, muchas feministas se afilian a partidos o buscan afinidades con algunos para comenzar a realizar un trabajo conjunto.

Lamas sostiene que "en los años noventa el movimiento [feminista] se inserta en la dinámica nacional vía el ejercicio ciudadano de sus militantes y de sus exigencias a participar en la formulación de políticas públicas".[86] Este proceso se da en una época donde hubo una gran reivindicación de la protesta y los movimientos sociales. Como parte de este proceso de empoderamiento de las mujeres para representar sus intereses, un grupo de mujeres feministas, diputadas y académicas pertenecientes a diferentes partidos políticos hace una propuesta de Ley sobre Delitos Sexuales.[87]

En los años noventa del siglo pasado, el único Código Penal que no se había modificado en 70 años (desde 1931) era el del Distrito Federal. En 1989, la Procuraduría de Justicia del D. F. y la Secretaría de Salud crean el Programa de Servicios Legales y de Salud del D. F., que ofrecía a las mujeres embarazadas producto de una violación la posibilidad de abortar en uno de los cuatro hospitales de la capital destinados para ello. Poco después, en 1991, se generó un debate dentro de los diversos partidos a raíz de que grupos *provida* liderados por la Iglesia católica lograron parar la ley del aborto en otro estado de la República. El resultado de ello fue la conformación del Frente Nacional por la Maternidad Voluntaria y la Despenalización del Aborto, donde había presencia de partidos políticos, ONG feministas y profesionales de la salud.[88]

---

83 Ibíd., pp. 5-6.

84 Ibíd., p. 6.

85 Marta Lamas. "De la autoexclusión al radicalismo participativo. Escenas de un proceso feminista en 'Frío Caliente'", *Debate Feminista*, vol. 23, abril, 2001, p. 104.

86 Ibíd., p. 97.

87 Ibíd., p. 111.

88 GIRE. *Cronología de la Despenalización del aborto en México*. México, 2005.

Antes de 1993, la persona encargada de la legislación dentro de la Ciudad de México (o Distrito Federal) era un funcionario elegido por el presidente de la República –conocido como regente del D. F.–. Con la reforma constitucional de 1993, se le otorgó por primera vez la autonomía al Distrito Federal. Lo anterior permitió que en 1997 se celebraran votaciones para el puesto de jefe de gobierno del Distrito Federal. Desde entonces, el cargo ha estado en poder del partido de izquierda con mayor representación en México: el Partido de la Revolución Democrática (PRD), que incluyó como parte de su agenda política la despenalización del aborto y la "Maternidad Voluntaria".[89]

Al mismo tiempo, en la esfera internacional, en 1994 y en 1995, las Naciones Unidas realizaron dos grandes conferencias que empujaron el debate sobre el aborto a nivel internacional, lo que generó repercusiones a nivel local. La primera fue la Conferencia sobre la Población y el Desarrollo en El Cairo y la segunda la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Pekín. En ambos encuentros se insta a revisar la legislación que condena a "las mujeres que han tenido abortos ilegales".[90] Ambas conferencias ponen en el centro del debate internacional la importancia de garantizar los derechos específicos de las mujeres para lograr una igualdad sustantiva.

Para volver al plano nacional, en 1999, se busca que se agreguen causales al Código Penal, pero desde el gobierno se ignora esta petición.[91] El mismo años, Rosario Robles,[92] política del PRD, se convirtió en jefa de gobierno del D. F., su participación fue un elemento clave. Cabe mencionarse que mientras eso sucedía en el plano local, a nivel federal comenzaba una transición –que duró doce años– del único partido que había gobernado México hasta las elecciones del 2000, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) al partido de derecha Partido de Acción Nacional (PAN). Como bien enuncia GIRE en su informe en el que relata el estado de los derechos reproductivos en México:

> Uno de los antecedentes más importantes ocurrió en el año 2000, con la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa de la iniciativa de la Jefa de Gobierno, Rosario Robles, para aumentar las causales legales de aborto y establecer mecanismos claros para acceder al aborto por violación y por inseminación artificial no consentida.[93]

En este mismo período se conoció la situación de la adolescente de 13 años de Mexicali, Baja California, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto. Entre varias organizaciones que luchan por los derechos de salud sexual y reproductiva de las mujeres denunciaron a los Estados Unidos Mexicanos por violar los derechos de Paulina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ella se embarazó producto de

89 La maternidad voluntaria también implica la reproducción asistida para las personas que no lo requieren. Se aplica para el uso de la tecnología necesitada en el caso de cada mujer, ya sea para poder interrumpir su embarazo de manera segura o para lograr llevarlo a cabo.

90 Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Pekín, 4 a 15 de septiembre de 1995.

91 Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades, op. cit.*

92 Rosario Robles Berlanga es una política mexicana que nació en 1956. Es economista de profesión y maestra de Desarrollo Social. En el 2000, fue jefa de gobierno del Distrito Federal de parte del principal partido de izquierda en el momento, PRD. Hasta el momento, ha sido la única mujer en el poder del Distrito Federal. Posteriormente, fue diputada de parte del PRD. Sin embargo, desde el 2012 es secretaria de Desarrollo Social como parte del gabinete de Enrique Peña Nieto.

93 GIRE. *Cronología de la Despenalización del aborto en México, op. cit.,* p. 26.

una violación. Después recurrió a un hospital para terminar con el embarazo, y si bien era legal que lo hiciera, intimidaron a la familia exagerando los riesgos que este procedimiento representaba. Esto fue un claro obstáculo por parte de las autoridades, lo que significa un tipo de violencia y evidente violación de derechos humanos.[94] La denuncia concluyó en una solución amistosa, pero puso mucho énfasis de la prensa nacional e internacional en el problema al que se enfrentaba el país, ya que evidenció que aunque la legislación proteja a las mujeres, los prejuicios sociales no permiten que estos se respeten.

Ya que había un clima político propicio, en agosto del 2000, Robles manda una propuesta que es aceptada por la Asamblea Legislativa[95] del Distrito Federal, para ampliar las razones para abortar legalmente en la capital. La Suprema Corte de Justicia fue quien admitió esta ley, que fue conocida como la "Ley Robles". A pesar de que se hizo hincapié en que la Constitución mexicana protege la vida desde la concepción, se argumentó que la ley no es rígida y que existen excepciones. En estados como Baja California, Chiapas y Yucatán ya había legislaciones con causales que permitían el aborto bajo ciertas condiciones. Los partidos de derecha intentaron presentar una acción de inconstitucionalidad pero no lo lograron.[96]

En 2002, la Secretaría de Salud del D. F. da a conocer los datos de abortos realizados desde la ampliación del código, para desmentir el mito de que por ser legal el aborto se realizaría más. En 2003 siguen las reformas en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) con respecto al aborto, ya que un diputado del PRI presentó otra iniciativa. Posteriormente, un legislador del PRD presentó otra propuesta un poco más conservadora pero que permitía que las mujeres pudieran abortar dentro de los siguientes cinco días cuando la mujer califique con los requisitos. Esto fue de gran importancia, ya que antes había habido ocasiones en que autorizaban el procedimiento después de las doce semanas, por lo que las mujeres ya no podían llevar acabo el procedimiento.[97] En ellas se fija que en los casos de abortos por las razones autorizadas, se tendrán que hacer gratuitamente en los hospitales o centros de salud públicos de la capital y en un plazo de máximo de cinco días después de la petición de la mujer. Para lo anterior, también se establece que se debe ofrecer el servicio de manera adecuada y los hospitales deberán contar con personal capacitado para el procedimiento.[98]

Para las elecciones del 2007, el Partido Alternativa Social Demócrata puso de nuevo la discusión del aborto en la mesa. Se siguió discutiendo ampliamente sobre la despenalización total del aborto en los primeros tres meses, y los partidos tuvieron que tomar postura pública. Ahora no solo lo discuten los partidos políticos y ONG dedicadas a temas de salud sexual y reproductiva; existe una amplia discusión en la sociedad, televisión, periódicos. En la ALDF se vio una apertura excepcional donde

94 CIDH. Informe Nº 21/07 Petición 161 – 02 Solución Amistosa Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2007, documento electrónico disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm. Acceso 1° de julio de 2015.

95 En ese momento, la mayoría de la asamblea estaba conformada por políticos del mismo partido de izquierda que Rosario Robles, PRD.

96 "La 'ley Robles', avalada por la SCJN", *El Proceso*, 30 de enero de 2012, documento electrónico disponible en: http://www.proceso.com.mx/?p=239606. Acceso 1° de julio de 2015.

97 Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades, op. cit.*

98 GIRE. *Cronología de la Despenalización del aborto en México, op. cit.*

hicieron debates públicos durante cuatro meses no solo sobre el aborto, sino sobre la importancia de los anticonceptivos y una buena educación sexual.[99] Es importante tomar en cuenta que estas elecciones pusieron una tensión política particular, ya que el candidato de la derecha, Felipe Calderón Hinojosa, le ganó al candidato de la izquierda, Andrés Manuel López Obrador, por una diferencia ínfima. En el país hubo muchas manifestaciones alegando que las elecciones habían sido un fraude.[100] En este contexto, el perredista Marcelo Ebrard era el jefe de gobierno del Distrito Federal. Él apoyó mucho el proceso de la despenalización públicamente. La Dra. Schiavon dice que al tomar Ebrard esta postura y recibir muchos reconocimientos por ello, cambió la manera de verse que un político asuma públicamente estar a favor de la despenalización del aborto.[101]

Finalmente, el PRI presenta una iniciativa solicitando esta modificación pero al Código Penal Federal que posteriormente el partido Alianza modifica. En este momento, la Iglesia católica en México amenazó a los políticos con excomulgarlos si votaban a favor de esta ley, pero habían habido muchos escándalos respecto a padres pederastas que ponían a la Iglesia en un lugar de poca credibilidad. Ante las declaraciones de la Iglesia en México, el Vaticano respondió que solo los médicos llevaran a cabo el procedimiento para que las mujeres aborten.[102]

A partir del 24 de abril de 2007, la ALDF de la Ciudad de México aprobó la reforma del artículo 144 del Código Penal de México Distrito Federal sobre la despenalización del aborto realizado a petición de las mujeres de hasta doce semanas de embarazo. En ese momento, también se disminuyó la pena cuando alguna mujer decidía interrumpir su embarazo después de este lapso de doce semanas y quedaron excluidos los casos en los que el embarazo es producto de una violación, que el feto trae malformaciones genéticas o congénitas graves o que el embarazo ponga en riesgo la vida de la mujer.[103] En la *Gaceta del Distrito Federal* se establece que las instituciones públicas de salud tendrán que atender las peticiones de las mujeres que soliciten interrumpir su embarazo a pesar de que las mismas no tengan un servicio de salud o tengan otro, ya sea público o privado.[104]

La despenalización del aborto necesitó una maniobra jurídica, que implicó una redefinición de lo que significaba el aborto. Con una estrategia muy audaz, se cambió el texto de la ley y, ahora, antes de las doce semanas no se considera aborto, solo pasando la doceava semana. Por ello la ley sigue penalizando el aborto, pero legalizó la interrupción del embarazo dentro de estas primeras semanas.[105] Al mismo tiempo, la Secretaría de Salud del Distrito Federal rápidamente hizo lo necesario para que

99 Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades, op. cit.*

100 Lorenzo Hagerman. *Documental 0,56% ¿Qué le pasó a México?*, video electrónico disponible en: https://vimeo.com/50045692. Acceso 15 de julio de 2015.

101 Entrevista personal con al Dra. Raffaela Schiavon.

102 Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades", op. cit.*, p. 34.

103 GIRE. *Omisión e Indiferencia. Derechos reproductivos en México*. México, 2013.

104 Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades", op. cit.*

105 Entrevista personal con la Dra. Raffaela Schiavon.

se pudieran realizar los procedimientos. De hecho, la primera mujer que utilizó el servicio lo hizo tan solo 3 días después de que este se aceptara. En ese momento se comenzó a capacitar al personal de salud para poder llevar a cabo la interrupción del embarazo para garantizarles a las mujeres el servicio.[106]

En ese momento se decidió que las mujeres que no sean residentes del Distrito Federal tendrían que pagar una baja cuota por el servicio. Sin embargo, esta decisión cambió cuando se analizó que muchas mujeres que necesitan el servicio viven en otros estados. De modo que excluir a este vasto grupo de las mujeres que pueden tener acceso gratuito sería discriminatorio. Por lo mismo, una alianza de organizaciones a favor de la interrupción legal del embarazo creó el Fondo María de Aborto para la Justicia Social, que apoya a mujeres que necesitan o quieren terminar su embarazo y no tienen los medios para hacerlo.[107]

> El Fondo MARIA ha cubierto el costo de alimentos o alojamiento para 863 mujeres, ha brindado apoyo económico para alojamiento, alimentación y transporte a 366 mujeres, y ha acompañado a 296 mujeres a los servicios de ILE en la Ciudad de México.[108]

El programa comenzó en catorce hospitales del gobierno. Actualmente la interrupción del embarazo se realiza también en clínicas especializadas que están en: Iztapalapa, Miguel Hidalgo y dos en Venustiano Carranza, y los hospitales donde realizan el procedimiento están en: Álvaro Obregón, Azcapotzalco, dos en Gustavo A. Madero, uno en Milpa Alta, otro en Tlalpan, en Venustiano Carranza y Xochimilco. Junto con la despenalización, también se creó la página web Andar (Alianza Nacional por el Derecho a Decidir), donde está toda la información sobre el aborto. Esta ley también fue acompañada de diversas políticas públicas buscando que las mujeres la conocieran. Para ello inauguraron la línea ILETEL en la que las mujeres que lo desearan, podrían hablar de manera gratuita para pedir información. De igual manera, en este servicio se brindaba atención psicológica para las mujeres que lo necesitaran para tomar la decisión de abortar o después de haber realizado el procedimiento. Este proyecto creció mucho en los años que lleva vigente y se puede hablar todos los días y en cualquier horario. Se creó una alianza de ONG que ayudaron a difundir e informar a la población por medio de eventos, y tres de ellas establecieron otras líneas de información.[109]

Algunos médicos comenzaron a atender a mujeres desde que se legalizó la interrupción del embarazo. Sin embargo, otros querían que primero se repartieran más anticonceptivos. También temían lo que pasaría con la atención a menores de edad y que posiblemente tendrían represalias legales, así como que hubiera mujeres que utilizaran muchas veces este servicio poniendo en riesgo su salud. Desde la propuesta de ley del 2003 se estableció que se podría abogar por objeción de conciencia y no llevarlo a cabo. Esto causó conflictos, ya que todo el personal de salud comenzó a usar esta cláusula para no atender a las mujeres que lo demandaban, entonces hubo

106 Para más información, ver Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades", op. cit.,* capítulo 3.

107 Ibíd.

108 Ibíd., p. 59.

109 Ibíd.

escases de personal de salud que atendiera a los mujeres. También las mujeres que iban a atenderse y el personal que realizaba los procedimientos eran tratados con violencia. Por ello, la Secretaría de Salud del D. F. tuvo que aclarar que los únicos que pueden decidir no ser parte del procedimiento son quienes lo harán directamente. Asimismo, contrató a nuevo personal de salud que no tuviera objeción de conciencia para poder dar abasto de manera eficiente a la demanda del servicio y para cumplir que el servicio incluyera consejos estuvieran libres de prejuicio y fueran objetivos para que la mujer pueda decidir libremente del todo.[110] Entonces, la SSDF aclaró que los que podían abogar por la objeción de conciencia era el personal que llevaría a cabo el procedimiento de manera directa, todos los demás están obligados a hacer lo necesario para llevar a cabo el procedimiento.

Después de la despenalización

Irónicamente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República presentan una demanda de inconstitucionalidad ante la ley de la legalización de la interrupción del embarazo, justificándose en que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tenía el poder necesario para hacer ese cambio en la ley de Salud y que el cambio establecido vulnera el derecho de los fetos (neonatos). Esta es otra demanda de inconstitucionalidad que presentaron las fuerzas de la derecha cuando se aceptaron leyes que defendían derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Esto también dio pie a varias discusiones y varios debates públicos que duraron meses, entre ellos las seis audiencias públicas. En ellos, las dos posiciones presentaron argumentos que ayudaron al debate que tuvieron los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gracias a estos debates y discusiones grupales, el 28 de agosto de 2008 ocho de los once magistrados votaron a favor de la constitucionalidad de la ley. Esta mayoría con la que se ganó la constitucionalidad hizo que los demás estados no pudieran ser demandados por inconstitucionalidad si llegaran a cambiar la legislación interna sobre el aborto.[111]

Posterior a la despenalización, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) autorizó en 2011 la comercialización de Zacafemyl-Mifepristona y otras 13 sustancias para interrumpir el embarazo antes de las doce semanas. Por lo mismo, mujeres de diversos estados de la República mexicana, viajan al Distrito Federal para realizarse abortos inducidos. De 2007 a 2011 se realizaron 52.484 interrupciones voluntarias al embarazo en la Ciudad de México.

Ana Amuchástegui y Edith Flores apuntan, en su investigación, que en este momento el aborto pasó de ser un crimen a ser un derecho para cualquier mujer que dentro de las primeras doce semanas de embarazo lo solicite en México D. F.[112] El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y el titular de la Procuraduría General de la República (PGR) sometieron demandas de

110 Ibíd.

111 Ibíd.

112 Ana Amuchástegui y Edith Flores. "Women's interpretations of the right to legal abortion in Mexico City: citizenship, experience and clientelism", *op. cit.*, p. 1.

inconstitucionalidad contra estas reformas de despenalización, las cuales fueron desechadas después de casi un año y medio de audiencias públicas y deliberación.[113]

Resulta fundamental la consideración que hacen Amuchástegui y Flores sobre las particularidades de la Ciudad de México que, al ser la capital, es una zona bastante cosmopolita a comparación del resto de país.[114] Por lo tanto, la discusión que se da en esta localidad es muy diferente a la que se replica en el resto de los estados. Como evidencia de esto, se puede ver en los códigos penales de la mayoría de los estados la respuesta ante la despenalización en el Distrito. La mayoría de ellos optó por endurecer en la legislación estatal las razones por las que una mujer puede abortar (como medida de protesta y de cautela). 16 de los 32 estados de la República modificaron sus Constituciones para *proteger la vida desde el momento de la concepción*. Esto, evidentemente, genera una profunda disparidad entre las mujeres de los demás estados de la República respecto a las que se encontraban en la Ciudad de México, de igual manera entre las mujeres con altos o bajos ingresos económicos, ya que algunas podrían costear los gastos de un viaje para realizarse el aborto de manera segura y legal, mientras que la mayoría seguirá forzada a realizarlo en las condiciones inseguras, propias de la clandestinidad. También es fundamental que desde que se logró la despenalización del aborto en el Distrito Federal, también las organizaciones y asociaciones de la sociedad civil que pelean por los derechos de las mujeres comenzaron a ofrecer el servicio privado pero a precio accesible.

El gobierno del Distrito Federal recibió reconocimientos por su legislación tan progresista en el continente americano. La organización Marie Stopes Internacional[115] le otorgó un reconocimiento por los avances logrados con la nueva ley. Fuera del par de países donde no hay restricción temporal, la legislación de la Ciudad de México se ha convertido en una de las legislaciones más progresistas de todo el continente al permitir el aborto voluntario.

Actores políticos

Como hemos visto a lo largo del trabajo, para el proceso de despenalización se juntaron muchos factores. Aparte del contexto político, también fue fundamental la importancia de la sociedad civil. En los movimientos sociales, la gramática del conflicto y el rol del actor son fundamentales, tanto la teoría del actor como la agencia en la que se desenvuelve. El actor son las personas como individuos que deciden qué quieren hacer y cómo pueden y van a vivir. La agencia es la capacidad que existe para lograr transformar la meta en resultados. Esta fuerza puede ser impulsada de manera individual o colectiva, en tanto que el individuo decide entrar en el colectivo para poder lograr sus metas.[116] De igual manera, como veremos con las siguientes tres

113 Marta Lamas. "La despenalización del aborto en México", *Nueva Sociedad*, marzo-abril de 2009, p. 169.

114 Ana Amuchástegui y Edith Flores. "Women's interpretations of the right to legal abortion in Mexico City: citizenship, experience and clientelism", *op. cit.*, p. 913.

115 La organización Marie Stopes Internacional comenzó en Inglaterra en 1972. Se ha vuelto una referencia en temas de derechos sexuales y reproductivos. Actualmente trabaja en más de cuarenta países alrededor del mundo.

116 Fernando Calderón y Escobar Diego. Clase de Maestría, 22 de mayo de 2015.

asociaciones e individuos involucrados, en la mayoría de las ocasiones que el movimiento es exitoso, tiene ambos componentes.

Además de las organizaciones, hubo otros actores políticos a favor de la maternidad voluntaria, como el Colegio de Bioética, en donde se produjo documentación científica que descartaba que "el cigoto o el conjunto de células que constituye el blastocito puedan ser considerados personas".[117] Entre estas organizaciones que trabajan temas de derechos de las mujeres y salud sexual y reproductiva, crearon en el 2000 una organización llamada Alianza Nacional por el Derecho a Decidir (ANDAR). Estas fueron una fuerza fundamental que empujó estos temas para que formaran parte de las agendas políticas. Entre ellas: Ipas, Grupo de Información en Reproducción Elegida y Católicas por el Derecho a Decidir AC, Population Council de México y Equidad y Género: Ciudadanía, Trabajo y Familia AC.

Population Council México

Es una organización internacional que trabaja en más de cincuenta países diferentes en África, Asia, Latinoamérica y Medio Oriente, para que mujeres no se infecten de VIH. En México trabaja desde 1979 para poder mejorar la salud reproductiva. Han ayudado junto con investigadores de centros de investigación del Colegio de México, de la Universidad Nacional Autónoma Mexicana (UNAM), Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) y las demás organizaciones que forman parte de esta alianza ANDAR.

Equidad y Género: Ciudadanía, Trabajo y Familia AC

Esta es una organización feminista que busca la creación de políticas públicas que ayuden a empoderar a las mujeres. En el 2003 creó un área llamada Derechos Sexuales y Reproductivos, con el objetivo de difundir y ampliar estos derechos de las mujeres. Ahora trabaja principalmente con mujeres y varones jóvenes buscando generar empatía y que se entienda la necesidad de decidir de manera libre sobre sí mismos, lo que implica lo respectivo al cuerpo. Fueron elementales para la aprobación del proyecto Red por los Derechos Sexuales y Reproductivos en México (DDESER) en marzo del 2003, en el que líderes difunden información a lo largo de diez estados a la sociedad civil sobre sus derechos y la manera que tienen para exigirlos.

Católicas por el Derecho a Decidir

Es una organización civil internacional de mujeres católicas que luchan por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Se fundó el 3 de agosto de 1994 a raíz de la Conferencia Internacional de El Cairo. Su papel ha sido muy importante en el proceso de legalización del aborto en México, ya que hay muchos y muchas católicas en el país.[118] En las audiencias públicas para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad, la directora de la organización, María Consuelo, participó en defensa de la ley de la interrupción del embarazo hasta la decimosegunda semana de

117 Ricado Tapia. *Por qué científicamente ni el óvulo fecundado ni el blastocisto pueden ser considerados personas*. Colegio de Bioética, documento electrónico disponible en: http://colegiodebioetica.org.mx/wp/editoriales/editoriales-2005/por-que-cientificamente-ni-el-ovulo-fecundado-ni-el-blastocisto-pueden-ser-considerados-personas/. Acceso 25 de junio de 2015.

118 Católicas por el Derecho a Decidir. *Perfil institucional de Católicas por el Derecho a Decidir*, documento electrónico disponible en: http://catolicasmexico.org/ns/?page_id=4121. Acceso 3 de julio de 2015.

gestación.[119] En ella abogó por la importancia del respetar el estatus de Estado laico de México diciendo que el no hacerlo vulnera los derechos garantizados en el artículo tercero y cuarto de la Constitución Nacional. Habló como creyente acerca de la importancia de saber que hay figuras de la Iglesia católica que no están en contra de que se garantice el acceso al aborto libre y gratuito. Entonces, citó al obispo español monseñor Alberto Iniesta, quien dijo en 1985: "Mi conciencia rechaza totalmente el aborto; pero mi conciencia no rechaza la posibilidad de que la ley no lo considere delito".

Grupo de Información en Reproducción Elegida

La asociación civil GIRE está constituida desde 1991 por Marta Lamas, Patricia Mercado, María Consuelo Mejía, Sara Sefchovich y Lucero González. La organización trabaja a favor de los derechos sexuales y reproductivos en México. Ellas tuvieron un papel muy importante en la despenalización del aborto y las discusiones que se tuvieron a nivel social. Se han dedicado a hacer investigaciones desde sus inicios, para sustentar las iniciativas de políticas públicas o legislaciones que buscan expandir los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de derechos humanos, recalcando que México es un país laico y que los argumentos católicos o de cualquier otra religión no tienen lugar. Antes de la creación de esta organización, no existían argumentos de este tipo que buscaran informar e influenciar políticamente.

Tiempo después de la consolidación de la alianza ANDAR, se creó la Red Nacional de Abogadas y Abogados por la Defensa de la Reproducción Elegida, conocida como RADAR 4°, con la finalidad de poder luchar por los derechos sexuales y reproductivos desde el ámbito legal donde se requiere apoyo. La organización tiene esta área jurídica y otra de comunicación.

Marta Lamas, cofundadora y presidenta del Consejo de Grupo de Información Reproductiva Elegida

Marta es un símbolo de las feministas en México.[120] Tiene una maestría en etnología y es doctora en antropología. En España tuvo una formación informal como psicoanalista. Actualmente es una de las más destacadas intelectuales y activistas en su campo. Es editora desde 1990 de la revista *Debate Feminista*. En 1992, se volvió cofundadora del Grupo de Información Reproductiva Elegida (GIRE). Esta organización es fundamental para la lucha por los derechos reproductivos en México, ente ellos, el aborto. Se autodefine como feminista desde 1971, cuando ya comenzaba a luchar por la legalización de la interrupción del embarazo.

También fundó en 1976 la *Revista Fem*., la revista *Debate Feminista*, de la que es directora, y el Instituto Simone de Beauvoir en el 2000, del que también es directora. Forma parte del Consejo de Liderazgo, gestión y nueva política (Liga). Escribe artículos en *El Proceso* y es parte del consejo de la organización Sociedad Mexicana Pro Derechos de la Mujer (Semillas), una organización que da dinero a organizaciones

119 María Consuelo Mejía Piñeros. *Ponencia ante los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en defensa de la constitucionalidad de la ley que permite la interrupción del embarazo.* Ciudad de México, 5 de mayo de 2008, documento electrónico disponible en: http://www.catolicasporelderechoadecidir.net/cdd_abortos.php?id=20. Acceso 5 de julio de 2015.

120 Marta Lamas nació en 1947 en el Distrito Federal con padres argentinos.

o proyectos que buscan empoderar a las mujeres. También es profesora del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

Ipas

Ipas es una organización internacional constituida como tal desde 1993, pero que existe desde 1971 en Estados Unidos. Se concentraron en establecer el método de aspiración manual, un método seguro que funciona con embarazos de menos de doce semanas. Entre 1974 y 1980, abrieron trece clínicas para poder realizar abortos en once países diferentes. Acuñaron el término de cuidados posaborto como parte de lineamientos para combatir la mortalidad materna a causa de los embarazos. Se involucraron en la agenda de políticas públicas internacionales y entrenaron a personal de salud en los países donde se involucraron.[121]

Raffaela Schiavon Ermani, directora de IPAS

Raffaela es una médica de origen italiano y con residencia mexicana, especialista en ginecología y obstetricia.[122] Trabajó en el Hospital General de México como especialista en reproductividad biológica. Posteriormente, se incorporó al Instituto Nacional de Pediatría como directora de la clínica Ginecológica y Planeación Familiar y jefa de los servicios de salud reproductiva. Fue directora adjunta del Centro de Salud Reproductiva del Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva del Ministerio de Salud. Desde 2005 es parte de IPAS, una organización global sin fines de lucro dedicada a la prevención de mortalidad y morbilidad materna producto de abortos inseguros.[123]

Formó parte de la lucha por la inclusión de la pastilla del día siguiente en la canasta básica de México. Refiere que fue una batalla donde "se enfrentó la ideología con la ciencia". A través de la evidencia científica, se pudo sumar a la voluntad política para poder generar programas, como este, que beneficien la salud de las mujeres. Posteriormente, habla del logro de la despenalización del aborto.[124]

La doctora Schiavon, como individuo y como directora de la organización IPAS, ayudó a generar la evidencia científica necesaria para abogar por la despenalización del aborto en la Ciudad de México. Entre sus argumentos, destacan la vulneración de las mujeres pobres y la criminalización desmedida contra las mujeres que recurren a este recurso. Las grandes desigualdades de México se ven reflejadas en la mortalidad materna y el acceso a la tecnología anticonceptiva. Persisten los retos de la reducción de estas brechas para que los derechos puedan ser para todos y para todas.[125]

Comprendemos que existe un círculo virtuoso de la emancipación de los movimientos ya que en cuanto aumenta el grado de inclusión sociocultural hay mayor

121 Ipas. *The Ipas Story*, documento electrónico disponible en: http://www.ipas.org/en/Who-We-Are/The-Ipas-Story.aspx. Acceso 3 de julio de 2015.

122 Raffaela Schiavon Ermani nació en Venecia, Italia, en 1952. Llegó a México para realizar su residencia en el Instituto Nacional de Nutrición en 1981, y continuó ahí su carrera profesional.

123 IPAS. *Raffaela Schiavon*, documento electrónico disponible en: http://www.ipas.org/en/Content/Bios/Raffaela-Schiavon.aspx. Acceso 24 de junio de 2015.

124 Sociedad Mexicana de Salud Pública. Dra. Raffaela Schiavon Ermani, junio 8 de 2014, video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=6Cc19m-ggVM.

125 Ibíd.

capacidad de agencia del sujeto y viceversa, puesto que el individuo solamente tiene obligaciones cuando tiene derechos como sujeto. Esta es una postura activa de los mismos, en la que no quieren solo que se les reconozcan sus derechos, sino participar en la manera en que se decide cómo se les deben de reconocer los mismos. En esto vemos la clara frase feminista que dicta "Nada sobre nosotras sin nosotras".

Entre mayor sea la sinergia entre el reconocimiento, la distribución y la participación, habrá una mayor capacidad de agencia para poder lograr los cambios que se necesitan. En el centro de este proceso, como en todos los movimientos sociales, está la lucha por la dignidad.[126] Queda claro que en el caso de la ley de la interrupción legal del embarazo, coincidió el momento político junto con los esfuerzos de los actores políticos y las organizaciones sociales clave. Gracias a que todos estos elementos estuvieron listos en el mismo momento, se logró que se llevara a cabo una política pública que vele por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el Distrito Federal.

126 Ibíd.

Capítulo 4

REFLEXIONES

En este 2015, la interrupción legal del embarazo cumplió su octavo año activo en la Ciudad de México. La organización Grupo de Información en Reproducción Elegida ha publicado cifras sobre las usuarias del servicio público y gratuito de interrupción del embarazo. Entre 2007 y el 31 de mayo de 2015 se han realizado 141.930 procedimientos, de los cuales 8615 fueron realizados a mujeres menores de edad, lo cual representa poco más del 6% del total de abortos realizados. Sin embargo, solamente 38 personas del personal médico ha participado en las interrupciones legales al embarazo realizadas en estos ocho años.[127]

El análisis de la cifra total de abortos (141.930) incluyó variables como estado de origen, escolaridad, edad, ocupación, entre otras. Casi el 25% reside en el Estado de México, poco más del 70% en la Ciudad de México, y el resto son mujeres de otros estados de la República o extranjeras. El porcentaje de mujeres sin escolaridad es muy bajo, poco más del 8% estudió la primaria, el 32,3%, la secundaria, y casi un 40%, la preparatoria. Más de la mitad de las mujeres se declararon solteras. El grupo de edad más poblado corresponde al de 18 a 24 años, en el que se encuentra más del 45% de las usuarias. En cuanto a la ocupación, el 35% refiere trabajar en el hogar, el 25%, ser estudiantes y un 23%, ser empleada. Poco más del 60% es católica y más del 30% no profesa ninguna religión.[128] En el apartado de los anexos, se presentan gráficas con esta información sociodemográfica de las mujeres que han utilizado el servicio (ver anexo 6).

Antes del cambio de legislación en el Distrito Federal, la mayoría de los estados de la República tenían leyes más laxas sobre el aborto. Podemos ver lo anterior en la siguiente cita de un estudio publicado en 2008 por el Instituto Guttmacher, en el que se analizan las cifras de 1990 y 2006:

> En todos los 32 estados en México el aborto es legal cuando el embarazo es producto de una violación; en 29 se permite cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer; en 10 cuando el embarazo constituye un riesgo severo a la salud de la mujer; en 13 en casos de malformaciones congénitas; en 29 cuando el aborto se produce de manera "imprudencial"; en 11 cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial no consentida y en un estado, Yucatán, por razones económicas.[129]

127 GIRE. *Cifras*, documento electrónico disponible en: https://www.gire.org.mx/nuestros-temas/aborto/cifras.

128 Ibíd.

129 Instituto Guttmacher. *Datos sobre el aborto inducido en México*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/2008/10/01/FIB_IA_Mexico_sp.pdf. Acceso 25 de mayo de 2015, p. 2.

Sin embargo, cuando en el D. F. se logró despenalizar el aborto, varios estados endurecieron sus Constituciones para comenzar a proteger la vida desde la fecundación. Actualmente, dieciséis estados de la República protegen la vida desde la concepción. De hecho, en estados como Guanajuato y Querétaro el aborto es ilegal, incluso si ese embarazo pone en riesgo la vida de la mujer.

De los treinta y dos estados en México, el único donde está legalizado el aborto voluntario, es en la Ciudad de México. Después de despenalizarlo, dieciséis de los demás estados cambiaron sus Constituciones para proteger la vida desde la concepción. En el apartado de anexos se encuentra un cuadro con información sobre el momento cuando los estados comenzaron a proteger la vida desde la concepción (ver anexo 7). La manera que encontraron para endurecer la legislación, fue dándole personalidad jurídica a los fetos como neonatos, de esa manera se compara el aborto con homicidio. Como dice la Dra. Schiavon, fue ingenuo de parte de la gente del movimiento que empujó a favor del derecho a decidir pensar que los demás estados seguirían la acción del Distrito Federal al despenalizar el aborto.[130]

Instituciones

Retomando lo establecido a lo largo del trabajo, la mortalidad materna ha sido la manera más evidenciable de luchar por la importancia al aborto. Empezaré diciendo que lo anterior está claramente vinculado con el paradigma que ubica la salud en el centro de nuestras sociedades. Según Foucault, esto tiene sus raíces a partir del siglo XVIII aproximadamente, y se apoyó sobre la vieja forma de poder pastoral que requería la vigilancia de los sujetos. Acerca de eso, García Canal comenta:

> si bien este poder pastoral de la Iglesia desapareció... el poder pastoral permaneció, sin encarnación única en una institución, y comenzó a extenderse a lo largo y a lo ancho de la sociedad a finales de siglo XVII y principios del siglo XVIII, en un tiempo en el que se multiplicaron por doquier sus gestores para institucionalizarse finalmente. Así, el Estado moderno apareció como la nueva y más eficaz forma de poder pastoral... Ya no se buscarán metas religiosas, esto es, conducir a los seres humanos a la salvación eterna, sino que sus metas serán más mundanas, más terrenales. El Estado se preocupará entonces por la salud, el bienestar y la seguridad de su población. De esta manera, el poder pastoral del Estado moderno tendió a actuar sobre las conductas de los ciudadanos, velando porque estas conductas no se saliesen de las consideradas "sanas y normales".[131]

Siguiendo con lo anterior, vemos que la preocupación por la salud tuvo una mayor importancia desde el siglo XVIII en Occidente. No solo visto por la Iglesia, sino también como una estrategia de Estado. Se comienza a estudiar más sobre la salud, lo que genera en la sociedad una mayor procuración por esta, lo que forma una relación entre la medicina, la salud, la política, la sociedad y la economía. En este último plano –la economía–, la medicalización dentro el sistema capitalista ha creado un control sobre la sociedad, Foucault acerca de esto dice que:

130 Entrevista personal a Raffaela Schiavon. En los anexos se encuentra adjunta.

131 María Inés García Canal. *Foucault y el poder*. México D. F., Depto. de Política y Cultura, UAM-X, 2002, p. 36.

> El control de la sociedad sobre los individuos no se opera simplemente por la conciencia o por la ideología sino que se ejerce en el cuerpo, con el cuerpo. Para la sociedad capitalista lo importante era lo biológico, lo somático, lo corporal antes que nada. El cuerpo es una realidad biopolítica; la medicina es una estrategia biopolítica.[132]

Entendiendo la biopolítica como:

> el poder que actúa sobre la vida, pero no sobre el cuerpo individual del hombre sino en dirección al hombre-especie; un tipo de tecnología de poder que trabaja con la población como problema biológico y como problema de poder, un poder de regulación que hace vivir y deja morir.[133]

Por lo anterior, vemos que la medicalización creará una relación de poder –en este caso– entre las instituciones orientadas a las preservación de la salud y los sujetos que dependen de estas.

Por ello, no sorprende que en el año 2007, recién aceptada la nueva ley, el 52% de las personas encuestadas por el Population Council opinaban que el resto del país debería de despenalizar el aborto. Mientras que en el 2009, ante la misma pregunta, el 83% apoyó la idea.[134] Podemos observar que esta ley ha generado cambios en la opinión pública cambiando la manera de vivir la ciudadanía en el país. A pesar de estos claros avances en la opinión del aborto, tenemos que tomar en cuenta las respuestas de los médicos que aleatoriamente realizaron una encuesta sobre sus conocimientos y prácticas en cuanto al aborto. El 70% de estos médicos eran varones y más del 85% dijo ser católico. Si bien la mayoría supo la legislación correcta bajo la cual el aborto está permitido, más del 15% dijo que es ilegal bajo cualquier causal y más del 80% estableció que quisieran más información sobre las legislación al respecto. Si bien más del 80% de los médicos dijeron considerar que todas las instituciones debieran realizar abortos, solamente un 11% había efectivamente realizado un aborto terapéutico.[135]

Significación

Tuvo un efecto positivo, puesto que políticos de algunos estados de la República mexicana han intentado despenalizar el aborto (o legalizar la interrupción del embarazo) como en Morelos, Guerrero y Coahuila. A pesar de que no fue fructífera la despenalización, este es un paso muy importante, ya que es de las primeras veces que los políticos declaran como parte de su agenda política la propuesta de legalizar el aborto. La doctora Schiavon comenta que antes de la despenalización en el D. F.,

132 Ibíd., pp. 5.

133 Michel Foucault. "Del poder de soberanía al poder sobre la vida", en: *Genealogía del racismo*. Buenos Aires, Altamira, 1996, p. 196.

134 Population Council. *¿Qué piensan los habitantes del Distrito Federal sobre la ley que permite a las mujeres obtener la interrupción legal del embarazo hasta las primeras doce semanas de gestación?*, 2014, documento electrónico disponible en: http://catolicasmexico.org/ns/wp-content/uploads/2014/10/otras14.pdf. Acceso 15 de julio de 2015.

135 Sandra G. García, Diana Lara y Lisa Goldman. "Conocimientos, actitudes y prácticas de los médicos mexicanos sobre el aborto: Resultados de una encuesta nacional", *Gaceta Médica de México*, vol. 139, N° 2003, pp. 91-102. Documento electrónico disponible en: http://bvs.insp.mx/articulos/2/11/Conocimientos-L-Mar09.pdf. Acceso 7 de julio de 2015.

era impensable que un político hiciera esta postura pública.[136] Este intento también implica un cambio en la visión del aborto.

Las investigaciones del Population Council reflejan que en el 2007 había una aceptación del aborto del 38,4% y que en el 2009 esta ascendió a 73%. Estos datos nos dejan en claro que la aceptación de esta ley tiene también un efecto subjetivo en la visión del aborto como un derecho de las mujeres desde la sociedad en general. De igual manera, con las investigaciones de Amuchástegui y Flores,[137] nos percatamos de que en 2007, las mismas mujeres del Distrito Federal que se enfrentaban con la necesidad de realizarse un aborto pasaron de pensarse como delincuentes a ser sujetos de derecho protegidas por esta política pública. Este cambio en la postura subjetiva es abismal, ya que la misma acción en un momento significaba ser criminal y después significaba ejercer tu derecho.[138]

Es importante abordar el tema de la legalización del aborto como una cuestión de derechos de las mujeres que trasciende la esfera de salud pública. Hablar del acceso a un aborto gratuito y seguro no solo apela al derecho a la vida y a la salud física. También habla de equidad y no discriminación en tanto que se les garantiza de manera segura a las mujeres que no tienen los recursos para pagarlo de manera privada, y, principalmente al derecho sobre el goce de nuestros propios cuerpos.

Los datos arrojados por la Encuesta Nacional de Opinión Católica 2014, realizada por la organización Investigación en Salud y Demografía S. C. (INSAD), "demuestran un contundente apoyo de la feligresía católica a la educación sexual para adolescentes, los derechos de las mujeres y el aborto, así como posturas que demandan más flexibilidad de la Iglesia en estos temas".[139]

Con las cifras que representan los cambios de mentalidad que ha tenido la gente a lo largo de estos ocho años, resulta fácil comprender la importancia de entender el aborto como un derecho. También vemos que esto empodera a las mujeres, ya que pueden decidir sabiendo que será un procedimiento seguro y gratuito, y progresivamente cambia la visión de la sociedad. La doctora Schiavon comenta que primero con la ley de la despenalización, pero inmediatamente después de eso, comenzó la implementación de los servicios en los centros de salud del Distrito Federal. Después de este paso, vino la aceptación por parte de la sociedad y, principalmente, cómo las mujeres comenzaron a usar el servicio casi de manera inmediata, tan solo tres días después de su implementación. Lo que sucedió en el Distrito Federal ha sucedido pocas veces, principalmente por la articulación entre los poderes que consiguieron que se aceptara, implementara y utilizara el servicio de manera veloz y muy fluida tanto por la parte estatal, como la de la sociedad civil, los activistas y la sociedad en general. Lo que destaca el gran momento de empoderamiento que vivieron las mujeres en la

136 Entrevista personal a Raffaela Schiavon.

137 Ana Amuchástegui y Edith Flores. "Women's interpretations of the right to legal abortion in Mexico City: citizenship, experience and clientelism", *op. cit.*

138 Population Council. *¿Qué piensan los habitantes del Distrito Federal sobre la ley que permite a las mujeres obtener la interrupción legal del embarazo hasta las primeras doce semanas de gestación?, op. cit.*

139 Católicas por el Derecho a Decidir. "Feligresía católica demanda
cambios a su Iglesia", La Jornada, N° 227, 4 de junio del 2015, documento electrónico disponible en: http://www.jornada.unam.mx/2015/06/04/ls-catolicas.html. Acceso el 29 de junio de 2015.

Ciudad de México de pasar de ser criminalizadas a ser sujetos de derecho. También se redefine la manera en la que estas mujeres viven y transitan su ciudadanía.

Jurisprudencia

Al plantear esta investigación, rápidamente me di cuenta del conflicto legislativo que significaban las Constituciones estatales. Como hemos visto, en México, al ser un país con divisiones estatales, la legislación sobre el aborto está sujeta a la jurisprudencia de los mismos, no depende del Poder Federal. Vale la pena cuestionar que la decisión sobre esta ley sea estatal, ya que aunque la Suprema Corte de Justicia decidiera legalizar el aborto en todo el país, como lo hizo con la posibilidad de casarse a personas del mismo sexo, las jurisprudencias solo se aplican en caso de amparo. Lo que significa que solo se aplica para las personas específicas pidiendo el amparo, no para todos. Sin embargo, ahora hay una nueva ley de amparo en México con la cual cuando se acumulan cinco casos, se puede verificar para cambiar la legislación.

Al retomar también lo presentado en el capítulo 2, pareciera que plantea un conflicto entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, ya que significa hacer la revisión de la congruencia entre las normas internacionales y las nacionales. Este derecho trasciende los países, ya que todas las Constituciones estarían en la lógica de la Convención Americana de Derechos Humano. El Pleno votó por un modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad. En este sentido, los jueces del Poder Judicial de la Federación pueden declarar inválida una norma que vaya en contra de la Constitución Federal o tratados internacionales de derechos humanos. Los jueces de México pueden eliminar o desaplicar leyes que violen la Constitución Federal o tratados internacionales de derechos humanos en casos concretos. Como se dice en la página 92 del apartado de Medidas de satisfacción y garantías de no repetición de fallo:

> Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[140], [141]

140 Ver Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párr. 124; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 51, párr. 173, y Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 169, párr. 78. El Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno de México. Ver Amparo Directo Administrativo 1060/2008, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, sentencia de 2 de julio de 2009. En tal decisión se estableció que: "los tribunales locales del Estado mexicano no deben limitarse a aplicar solo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (…)".

141 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 92.

Como vamos viendo, al ser las sentencias de la Corte obligatorias en México, se adquiere un control de convencionalidad. De esta manera, me parece que obliga a que en la jerarquía normativa, la Corte esté por arriba de las Constituciones nacionales y, con ello, que los Estados tengan una aplicación e interpretación correspondiente a la Convención Americana.

Comentarios Finales

> Todo trabajo de investigación involucra una actividad de escucha y un vínculo, encuentro que crea tensiones y diferencias al ponerse en juego diversas identidades. Es importante tener en cuenta desde dónde se escucha, desde cuales paradigmas y desde qué lugar institucional se parte.
>
> Lidia Rivas Fernández[142]

La despenalización del aborto en la Ciudad de México fue el resultado de la lucha feminista más importante, ya que les otorga a las mujeres el derecho a decidir sobre la defensa de sus propios cuerpos, pero también por la fuerza que le dio al movimiento feminista. La lucha por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres logró tener una injerencia fundamental en la agenda política del Distrito Federal. Fue muy atinada la manera en la que se sincronizaron los diferentes elementos: los actores políticos, el clima social, el espacio político local y el impulso de la comunidad internacional observando el problema. Con ello, se ha ido democratizando, no solamente en términos de salud pública y justicia social, sino también como de libertad de conciencia, derecho a la intimidad y lo básico democrática sobre la pluralidad y laicidad. Queda claro que los demás estados de la República podrían seguir para que cambie el proceso en el resto de México, falta más presencia de las organizaciones sociales y actores políticos clave, como hubo en la Ciudad de México. Esta política pública fue una construcción generada por la convergencia de la sociedad y la política. En la lucha por la legalización del aborto, vemos a las activistas y a las organizaciones de la sociedad civil luchando por meter en el debate público la importancia de que las mujeres puedan decidir sobre su propio cuerpo.

Si bien la bandera de los grupos provida ha sido la afirmación de que hay vida desde la concepción, eso no quiere decir que ya haya una persona o como abogan los grupos provida, alma. En realidad la actividad cerebral y sensibilidad neurológica se activa en el séptimo mes. Es arbitrario y confuso decidir cuándo empieza la vida. Si nos referimos puramente a lo biológico, queda claro que sí hay una forma de vida. Ni el Vaticano utiliza el argumento de la fe porque sabemos que no tiene validez en la discusión pública. El argumento que utilizan las personas en contra del aborto o las pastillas anticonceptivas y a favor de la maternidad voluntaria es la particularidad de cada cigoto, que tiene un genoma humano completo y particular. Sin embargo carece de validez, porque cualquier célula de un adulto contiene esta misma información y cuando las perdemos, no pensamos que estamos matando potencialmente gente.[143]

142 *Lidia Rivas Fernández.* Vicisitudes de los grupos de reflexión en la Institución Educativa. Tesis de maestría, UAM-X, México, 2007, p. 3.

143 Ricado Tapia. *Por qué científicamente ni el óvulo fecundado ni el blastocisto pueden ser considerados personas.* Colegio de Bioética,

La necesidad de legalizar el aborto trasciende la discusión de cuándo empieza la vida porque agrede los derechos a la vida de las mujeres.

El discurso de los organismos provida defiende la vida de los futuros/as niños/as sin que les importe el cuerpo de las mujeres. Desde la postura médica, como veíamos, se nombra la mortalidad y morbilidad de las mujeres al no tener acceso al aborto seguro. Es entonces que el discurso político finalmente da lugar a este problema garantizando los derechos, y es entonces que pareciera posibilitarse que la sociedad acepte que las mujeres decidan sobre su cuerpo como propio. Si el Estado está autorizado a decidir y reglamentar que las mujeres deban llevar a término su embarazo, tendría que garantizar su futuro. Sabemos que eso no sucede, por lo que la maternidad debe ser una decisión personal en la que el Estado no tiene por qué participar más que en la garantía de que se haga con seguridad para las mujeres.

El dilema entre ciencia y religión siempre ha sido la bandera que adopta el movimiento a favor de la decisión y el movimiento a favor de la vida respectivamente. Sin embargo, el movimiento a favor de la legalización no obliga a las mujeres religiosas o que tienen alguna objeción moral a realizárselo, mientras que la criminalización del mismo sí las obliga a no hacerlo. Por lo que la religión no debería de jugar ningún papel dentro de la legislación sobre el aborto, mucho menos en un país como México que lo tiene establecido en la Constitución Nacional de los Estados Unidos Mexicanos. Incluso en países con larga tradición católica como Italia, donde además está el Vaticano, se despenalizó el aborto desde 1978 producto de una serie de debates públicos. En México, la fuerza católica de los empresarios mantuvo estas discusiones silenciadas por mucho tiempo, con amenazas de quitar el dinero si se realizaban. Si bien en la Ciudad de México también hubo un gran movimiento de asociaciones civiles y movimientos feministas que nivelaron el poder que ejercen los empresarios católicos, el resto de los estados no ha tenido el mismo panorama. Esta fuerza católica es uno de los principales retos que faltan por vencer para poder garantizar el aborto como un derecho fundamental, y esta es una característica que se comparte en la mayoría de los países latinoamericanos.

A lo largo de este trabajo, hemos visto varios de los efectos que la ley de la interrupción del embarazo ha tenido al generar una vivencia de la ciudadanía de las mujeres más involucrada, creando también una sociedad más democrática. Sabemos que muchas veces las mujeres que tiene que acudir a realizarse un aborto tienen emociones encontradas al respecto, por lo que el cambio de legislación ayuda a modificarlo para verlo como un servicio de salud. La legalización ha hecho que las mujeres logren modificar inmediatamente su vivencia ciudadana al ejercer su derecho. Paulatinamente, esta legislación genera también un cambio en la sociedad en general. Si bien el aborto es legal en caso de violación en todo el país, en el Distrito Federal solo se habían realizado 62 procedimientos entre el 2001 y el 2007. La cantidad de procedimientos realizados aumentó, del 2007 al 2011, de un 24,7% a 74,2%.[144] Durante el primer año que se legalizó el aborto voluntario, más de nueve mil mujeres han usado este servicio. Con ello podemos ver que con la legalización se comenzó a hablar más sobre el tema y más

documento electrónico disponible en: http://colegiodebioetica.org.mx/wp/editoriales/editoriales-2005/por-que-cientificamente-ni-el-ovulo-fecundado-ni-el-blastocisto-pueden-ser-considerados-personas/. Acceso 25 de junio de 2015.

144 David Becker y Claudia Díaz Olavarrieta. "Decriminalization of Abortion in Mexico City: The Effects on Women's Reproductive Rights", *Am J Public Health*, abril, 2013, documento electrónico disponible en: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3673241/. Acceso 12 de julio de 2015.

mujeres accedieron a este servicio. Se ha dado un cambio de percepción social en torno al aborto, gracias a los esfuerzos de las organizaciones que luchan por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que han difundido su trabajo, al personal de salud especializado que ha presentado estadísticas confiables de la eficacia del servicio, acompañado de la oportunidad política que implicó un gran cambiado legislativo. Esto suma y genera una visión colectiva e individual diferente para comenzar a dialogar y desmitificar temas que antes ni siquiera se discutían.

BIBLIOGRAFÍA

Abortion Clinics in Europe. *Legal Situations in Europe*, 2015, documento electrónico disponible en: http://www.abortion-clinics.eu/abortion-europe/. Acceso el 1° de julio de 2015.

Amuchástegui, Ana y Flores, Edith. "Women's interpretations of the right to legal abortion in Mexico City: citizenship, experience and clientelism", *Citizenship Studies*, Vol. 17, N° 8, Dec., 2013, pp. 912-927.

Amuchástegui, Ana; Flores, Edith y Parrini, R. "Lo bueno es la seguridad: la interrupción legal del embarazo como ejercicio de derechos", *La Jornada*, documento electrónico disponible en: http://www.jornada.unam.mx/2009/08/06/ls-central.html.

BBC. "El impacto de la legalización del aborto en México", 18 de diciembre de 2012, documento electrónico disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/12/121217_aborto_impacto_legalizacion_mexico_men. Acceso 16 de junio de 2015.

BBC News. "The mothers being criminalised in El Salvador", 28 de abril de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.bbc.com/news/world-latin-america-32480443. Acceso 26 de junio de 2015.

Becker, David y Díaz Olavarrieta, Claudia. "Decriminalization of Abortion in Mexico City: The Effects on Women's Reproductive Rights", *Am J Public Health*, abril, 2013, documento electrónico disponible en: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3673241/. Acceso 12 de julio de 2015.

Butler, Judith. "Sujetos de sexo/género/deseo", *Feminaria*, Año X, N° 19, junio, 1997, pp. 1-20.

Braunstein, Néstor. "Sujeto de la conciencia, sujeto del discurso, sujeto", en: *Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis*. México, Siglo XXI, 1987, pp. 69-79.

Calderón, Fernando y Escobar, Diego. *Clase de Maestría*. 22 de mayo de 2015.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma 19 de julio de 2013, documento electrónico disponible en: http://www.sems.gob.mx/work/models/sems/Resource/11431/1/images/1_0_dof_19_julio_2013_constitucion.pdf. Acceso 8 de julio del 2015.

Castells, Manuel. *Redes de Indignación y de Esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet*. Madrid, Alianza, 2012, p. 19.

Católicas por el Derecho a Decidir. "Feligresía católica demanda
cambios a su Iglesia", *La Jornada*, N° 227, 4 de junio del 2015, documento electrónico disponible en: http://www.jornada.unam.mx/2015/06/04/ls-catolicas.html. Acceso el 29 de junio de 2015.

___ *Perfil institucional de Católicas por el Derecho a Decidir*, documento electrónico disponible en: http://catolicasmexico.org/ns/?page_id=4121. Acceso 3 de julio de 2015.
Center for Reproductive Rights. *Legal Grounds Reproductive and Sexual Rights in African Commonwealth Courts*. University of Toronto, 2005, documento electrónico disponible en: http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/bo_legal-grounds_2005.pdf. Acceso 10 julio de 2015.
CIDH. Informe Nº 21/07 Petición 161 – 02 Solución Amistosa Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2007, documento electrónico disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm. Acceso 1° de julio de 2015.
CONAPO. *La situación demográfica de México*, documento electrónico disponible en: http://conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/Resource/1727/1/images/La_Situacion_Demografica_de_Mexico_2013_COMPLETO.pdf. Acceso 24 de mayo de 2015.
Cladem, Comité Latinoamericano para la Defensa de los derechos de la mujer. *Vigiladas y Castigadas*. Lima, 1993, pp. 215-264.
Clínicas aborto. 23 de abril, 2013, documento electrónico disponible en: http://www.clinicasabortos.mx/noticias/una-mujer-violada-ahora-en-la-carcel/n95mc0. Acceso 16 de junio de 2015.
Dorlin, Elsa. *Sexo Género y Sexualidades. Introducción a la teoría feminista.* Buenos Aires, Nueva Visión, 2009.
"La 'ley Robles', avalada por la SCJN", *El Proceso*, 30 de enero de 2012, documento electrónico disponible en: http://www.proceso.com.mx/?p=239606. Acceso 1° de julio de 2015.
Fernández Rivas, Lidia. *Vicisitudes de los grupos de reflexión en la Institución Educativa*. Tesis de maestría, UAM-X, México, 2007.
Ferragoli, Luigi. "Igualdad y Diferencia", en: *Igualdad y Diferencia de Género, Consejo para Prevenir la Discriminación*. México D. F., documento electrónico disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1952/pl1952.htm. Acceso 29 de junio de 2015.
Foucault, Michel. "Historia de la medicalización", *Educación médica y salud*, Vol. 11, N° 1, 1977.
___ "Del poder de soberanía al poder sobre la vida", en: *Genealogía del racismo*. Buenos Aires, Altamira, 1996.
Gaceta Oficial del Distrito Federal, Décima Séptima Época N° 70, Ciudad de México, 26 de abril de 2007, documento electrónico disponible en: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/legislacion/leyes_internacionales/despenalizacion_mexicodf.pdf. Acceso 24 de mayo de 2015.
Gamboa Montejano, Claudia y Valdés Robledo, Sandra. *Regulación del Aborto en México Derecho Comparado de los 31 estados y del Distrito Federal, así como de diversos países en el mundo y estadísticas del INEGI en el tema (Segunda Parte)*. Cámara de Diputados, marzo 2014, documento electrónico disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-33-14.pdf. Acceso 26 de junio de 2015.
Ganatra, Bela *et al*. *Del concepto a la medición: la aplicación práctica de la definición de aborto peligroso utilizada en la OMS*. Boletín de la Organización Mundial de la Salud, 2014, pp. 92-155, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/bulletin/volumes/92/3/14-136333/es/. Acceso 6 de julio de 2015.
García, Sandra G., Lara, Diana y Goldman, Lisa. "Conocimientos, actitudes y prácticas de los médicos mexicanos sobre el aborto: Resultados de una encuesta nacional", *Gaceta Médica de México*, Vol. 139, N° 2003, pp. 91-102, documento electrónico disponible en: http://bvs.insp.mx/articulos/2/11/Conocimientos-L-Mar09.pdf. Acceso 7 de julio de 2015.

García Canal, María Inés. *Foucault y el poder*. México, D. F., Depto. de Política y Cultura, UAM-X, 2002.
GIRE. *Cifras*, documento electrónico disponible en: https://www.gire.org.mx/nuestros-temas/aborto/cifras Acceso el 23 de junio.
___ *Cronología de la Despenalización del aborto en México*. México, 2005.
___ *Durango*, documento electrónico disponible en: http://gire.org.mx/component/content/article?id=235:durango. Acceso 16 de junio de 2015.
___ *Omisión e Indiferencia. Derechos reproductivos en México*. México, 2013.
Guerrero, Kay y Schoichet, Catherine E. "Paraguay rechaza la petición de aborto de la CIDH para una niña embarazada", *CNN México*, 15 de junio de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.cnnmexico.com/mundo/2015/06/15/paraguay-rechaza-la-peticion-de-aborto-de-la-cidh-para-una-nina-embarazada. Acceso 25 de junio de 2015.
Hagerman, Lorenzo. *Documental 0,56% ¿Qué le pasó a México?*, video electrónico disponible en: https://vimeo.com/50045692. Acceso 15 de julio de 2015.
Herrera, Mario. "Mortalidad Materna en el Mundo", *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, Vol. 68, N° 6, 2003, documento electrónico disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-75262003000600015&script=sci_arttext&tlng=ent. Acceso 6 de julio de 2015.
Human Rights Watch, documento electrónico disponible en: http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/americas/argentina0605/qna0605sp.htm. Acceso 4 de junio de 2015.
___ *Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf. Acceso 4 de junio de 2015.
Ibis Reproductive Health. *United States*, documento electrónico en http://www.ibisreproductivehealth.org/where-we-work/united-states. Acceso 27 de junio de 2015.
Ipas. *Raffaela Schiavon*, documento electrónico disponible en: http://www.ipas.org/en/Content/Bios/Raffaela-Schiavon.aspx. Acceso 24 de junio de 2015.
___ *The Ipas Story*, documento electrónico disponible en: http://www.ipas.org/en/Who-We-Are/The-Ipas-Story.aspx. Acceso 3 de julio de 2015.
Instituto Guttmacher. *Datos sobre el aborto inducido en América Latina*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf. Acceso 9 de junio de 2015.
___ *Hechos sobre el aborto inducido en el mundo*, documento electrónico disponible en: http://despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estadistica/Guttmacher2012.pdf. Acceso el 5 de septiembre de 2016.
___ *Datos sobre el aborto inducido en el Mundo,* documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW_sp.pdf. Acceso 9 de junio de 2015.
___ *Datos sobre el aborto inducido en México*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/2008/10/01/FIB_IA_Mexico_sp.pdf. Acceso 25 de mayo de 2015.
___ *Facts of abortion in Asia*, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Asia.pdf. Acceso 6 de julio de 2015.
___ *Fact Sheet: Induced Abortion in the United States,* july 2014, documento electrónico disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/fb_induced_abortion.html. Acceso 24 de junio de 2015.

Jones, Rachel K. *et al*. "Repeat Abortion in the United States", *Instituto Guttmacher, report*, N° 9, 2006, documento electrónico disponible en: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/2006/11/21/or29.pdf. Acceso 5 de septiembre de 2016.

Juárez, Fátima *et al*. "Estimaciones del aborto inducido en México: ¿qué ha cambiado entre 1990 y 2006?", *Guttmacher*, pp. 4-14, documento electrónico disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/journals/3500409S.pdf. Acceso 16 de junio de 2015.

"La Conquista de un Derecho", *El País*, 2014, documento electrónico disponible en: http://elpais.com/especiales/2014/dia-de-la-mujer/. Acceso 26 de junio de 2015.

Lamas, Marta. "Aborto: Viejo Problema y Nuevos Dilemas", *Perinatol. Reprod. Hum*., Vol. 18, N° 1, Mar., 2004, documento electrónico disponible en: http://www.inmujer.df.gob.mx/wb/inmujeres/articulo_aborto_viejo_problema_y_nuevos_dilemas_ma. Acceso 25 de junio de 2015

___ "Aborto, derecho y religión en el siglo XXI", *Debate Feminista*, Año 14, Vol. 27, abril, 2003, pp. 1-13, documento electrónico disponible en: http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Aborto_Derecho_y_Religion.pdf. Acceso 10 de junio de 2015.

___ "De la autoexclusión al radicalismo participativo. Escenas de un proceso feminista en 'Frío Caliente'", *Debate Feminista*, Vol. 23, abril, 2001.

___ "La despenalización del aborto en México", *Nueva Sociedad*, marzo-abril, 2009.

Mejía Piñeros, María Consuelo. *Ponencia ante los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en defensa de la constitucionalidad de la ley que permite la interrupción del embarazo*. Ciudad de México, 5 de mayo de 2008, documento electrónico disponible en: http://www.catolicasporelderechoadecidir.net/cdd_abortos.php?id=20. Acceso 5 de julio de 2015.

Naciones Unidas. *Abortios Policies*, documento electrónico disponible en: http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/. Acceso 26 de junio de 2015.

___ *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. 1979.

___ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 1945.

___ *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.* El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Nueva York, 1995.

___ *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Pekín, 4 a 15 de septiembre de 1995, Nueva York, 1996.

___ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1966, entrada en vigor 1976.

___ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1976.

___ *Podemos Erradicar la Pobreza. Objetivos de Desarrollo del Milenio y más allá de 2015*, 2013, documento electrónico disponible en: http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/Goal_5_fs_sp.pdf. Acceso 10 de julio de 2015.

___ *Protocolo Facultativo de la Convención de CEDAW*. 1999.

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento electrónico disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp. Acceso 16 de junio de 2015.

Organización Mundial de la Salud. *Aborto sin riesgo: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Montevideo, Marge Berer, 2015, pp. 16-30.

___ *Mortalidad Materna*, Nota descriptiva N° 348, mayo de 2014, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/. Acceso 15 de julio de 2015.

___ *Salud de la madre, el recién nacido, del niño y del adolescente*, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/maternal/maternal_perinatal/es/. Acceso el 25 de junio de 2015.

Ortiz, Gustavo Millán y Millán, René (comps.). *Avances Democráticos a partir de la despenalización del aborto en la Ciudad de México en Vida pública en México: ¿didáctica para la democracia?* 2014.
ProChoice Action Network. *Abortion in Canada*, documento electrónico disponible en: http://www.prochoiceactionnetwork-canada.org/articles/canada.shtml. Acceso 27 de junio de 2015.
Ronsmans, Carine, y Graham, Wendy J. "Maternal mortality: who, when, where, and why", *The Lancet*, Vol. 368, Issue 9542, 2006, pp. 1189-1200, documento electrónico disponible en: http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S014067360669380X. Acceso 11 de julio de 2015.
Sanders, Nichole. *Gender and Welfare in Mexico: The Consolidation of a Postrevolutionary State*. Penn State University Press, 2012.
Secretaría de Salud del Gobierno del Distrito Federal. *El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: "Una isla de libertades"*. México, noviembre de 2012.
Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*. México, Flacso, 2014.
Shepsle, Kenneth A. y Bonchek, Mark S. *Las fórmulas de la política: instituciones, racionalidad, y comportamiento*. Taurus, 2005.
Schiavon, R., Troncoso, E. y G. Polo. *Increasing abortion-related hospitalization rates among adolescents in Mexico in the last decade, by age group and by state of residence*. México, Ipas, documento electrónico disponible en: https://www.academia.edu/4242616/Increasing_abortion-related_hospitalization_rates_among_adolescents_in_Mexico_by_age_group_and_by_state_of_residence._Proceedings_of_the_15th_World_Congress_on_Human_Reproduction_CIC_Edizioni_Internazionali_2013. Acceso 25 de junio de 2015.
Sousa, A., Lozano, Rafael y Gakidou, Emmanuel. "Exploring the Determinants of Unsafe Abortion: Improving the Evidence base in Mexico", *Health Policy and Planning,* Vol. 25, N° 4, 2010, pp. 300-310, documento electrónico disponible en: http://bit.ly/12kvrGi. Acceso 25 de mayo de 2015.
Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Decreto de Reformas que Despenalizan el Aborto de las 12 Semanas de Gestación*. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de agosto de 2008, documento electrónico disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/cronicas/PDF/cr_desp_aborto.pdf. Acceso el 1° de julio de 2015.
Tapia, Ricado. *Por qué científicamente ni el óvulo fecundado ni el blastocisto pueden ser considerados personas*. Colegio de Bioética, documento electrónico disponible en: http://colegiodebioetica.org.mx/wp/editoriales/editoriales-2005/por-que-cientificamente-ni-el-ovulo-fecundado-ni-el-blastocisto-pueden-ser-considerados-personas/. Acceso 25 de junio de 2015.

Videografía

Católicas por el Derecho a Decidir. *Avances con Respecto a la Interrupción Legal del Embarazo en el Distrito Federal*, video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=OTB_b56i2PQ. Acceso el 24 de junio de 2015.
Grupo de Información en Reproducción Elegida. "La lucha por despenalizar el aborto en México". Fragmento de Ponencia presentada por Marta Lamas, para el Centro de

Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades en la UNAM, 2001. https://www.youtube.com/watch?v=Hf7uVVT1XYM. Acceso 25 de junio de 2015.
Ipas. *Like a Ship in the Night*, 10 de noviembre de 2008, video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?t=78&v=Er_gW6KQwCE. Acceso 18 de junio de 2015.
"Nicaraguan leader sings abortion law", *The Guardian*, noviembre, 2006, documento electrónico disponible en: http://www.theguardian.com/world/2006/nov/20/mainsection.international11 Acceso el 26 de junio de 2015.
"Paola Dragnic sobre aborto: Se trata de calidad de vida, derechos esenciales y dignidad", *CNN Chile*, video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=iUdpNPP8x3Y. Acceso el 5 de julio de 2015.
Proyecto Grado Cero AEJ.*Cuerpo, Sexo y Política. Entrevista a Marta Lamas*, junio 28 de 2014, video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=cUNbnL7jmIU. Acceso el 25 de junio de 2015.
Sociedad Mexicana de Salud Pública. *Dra. Raffaela Schiavon Ermani*, junio 8 de 2014, video electrónico disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=6Cc19m-ggVM. Acceso 24 de junio de 2015.

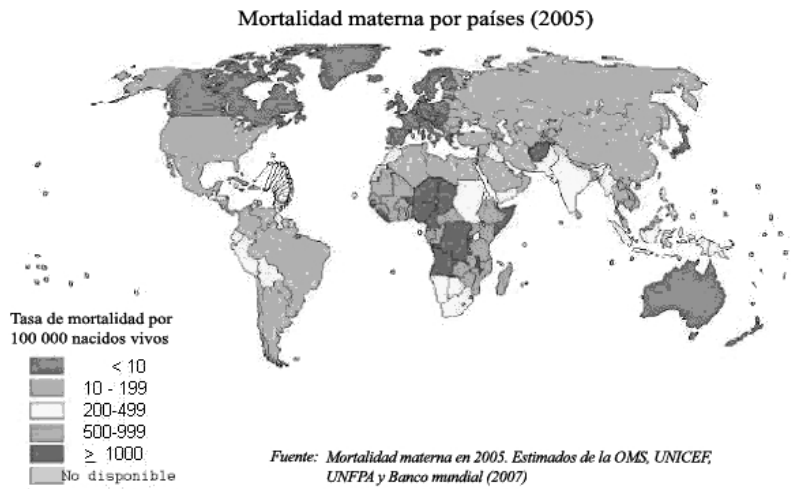
Agradecimientos

Agradezco las atentas lecturas de Guillermo Ruiz, las sugerencias cariñosas de María de Lourdes Valenzuela y Rosa Isabel Garza, junto con las palabras de Raffaela Schiavon. El incansable apoyo de Diego Safa Valenzuela y la eterna presencia de Elena Caligaris Goitia, María Guadalupe Garza, Juan Carlos Hidalgo Caballero, Sara Daniela Hidalgo Garza y Juan Carlos Hidalgo Garza.

ANEXOS

Capítulo 1

Anexo 1. Mapa de Organización Mundial de la Salud. *Salud de la madre, el recién nacido, del niño y del adolescente*, documento electrónico http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/maternal/maternal_perinatal/es/. Acceso el 25 de junio de 2015.



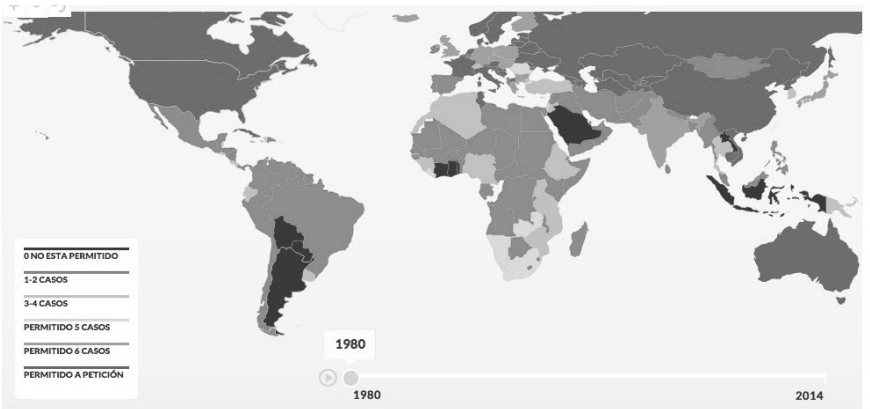
Anexo 2. Cuadro sobre números y tasas de aborto inducido a nivel global y regional. Elaboración propia con información del Instituto Guttmacher.

Región	N° de abortos (millones)			Tasa de abortos		
	1995	2003	2008	1995	2003	2008
Mundial	45,6	41,6	43,8	35	29	28
Países desarrollados	10	6,6	6	39	25	24
Excluyendo a Europa del Este	3,8	3,5	3,2	20	19	17
Países en desarrollo 1	35,5	35	37,8	34	29	29
Excluyendo a China	24,9	26,4	28,6	33	30	29
África	5	5,6	6.4	33	29	29
Asia	26,8	25,9	27,3	33	29	28
Europa	7,7	4,3	4,2	48	28	27
Latinoamérica	4,2	4,1	4,4	37	31	32
Norteamérica	1,5	1,5	1,4	22	21	19
Oceanía	0,1	0,1	0,1	21	18	17

Anexo 3. Mapas sobre la legislación del aborto en el mundo en 1980 al 2014 (Fuente: *El País*).

"Los siete supuestos que tiene en cuenta este organismo en cuanto a leyes del aborto son: a) peligro de muerte de la mujer; b) preservación de la salud de la mujer; c) preservación de la salud mental de la mujer; d) en caso de violación o incesto; e) malformación del feto; f) causas económicas y/o sociales; g) bajo petición, en todos los casos (normalmente sujeto a plazos)".

Mapa 1: Sobre la legislación del aborto en el mundo en 1980



Mapa 2: Sobre la legislación del aborto en el mundo en 1990

Mapa 3: Sobre la legislación del aborto en el mundo en el 2000

Mapa 4: Sobre la legislación del aborto en el mundo en el 2010

Mapa 5: Sobre la legislación del aborto en el mundo en el 2014

Anexo 4: Cuadro de medición de pobreza extrema en 2010 y 2012 por estado (Información del Coneval, elaboración y delineados propios para mostrar los estados con más pobreza y pobreza extrema).

Medición de la evolución de la pobreza y pobreza extrema nacional y en entidades federativas, 2010-2012												
Estados	Pobreza						Pobreza extrema					
	Porcentaje		Miles de personas		Cambios en el número de personas		Porcentaje		Miles de personas		Cambios en el número de personas	
Aguascalientes	38,1	37,8	456,8	467,6	23	10,7	3,8	3,4	45,1	42	-7	-3,1
Baja California	31,5	30,2	1019,8	1010,1	-0,9	-9,7	3,4	2.7	109.1	91.5	-16,1	-17.6
Baja California Sur	31	30,1	203	211,3	4,1	8,3	4,6	3,7	30,3	25,6	-14,8	-4,6
Campeche	50,5	44,7	425,3	387,9	-8,8	-37,4	13,8	10,4	116,1	90,7	-21,8	-25,3
Coahuila	27,8	27,9	775,9	799,3	3	23,3	2,9	3,2	81,9	92,7	13,1	10,8
Colima	34,7	34,4	290,3	237,2	3	6,9	2,5	4	16,7	27,4	63,9	10,7
Chiapas	78,5	74,7	3866,3	3782,3	-2,2	-84	38,3	32,2	1885,4	1629,2	-13,6	-256,2
Chihuahua	38,8	35,3	1371,6	1,272,7	-7,2	-96,9	6,6	3,6	231,9	136,3	-41,2	-95,6
Distrito Federal	28,5	28,9	2537,2	2565,3	1,1	28,2	2,2	2,5	192,4	219	13,9	26,6
Durango	51,6	50,1	864,2	858,7	-0,6	-5,5	10,5	7,5	175,5	128,	27,1	-47,5
Guanajuato	48,5	44,5	2703,7	2525,8	-6,6	-177,9	8,4	6,9	469,5	391,9	16,5	-77,6
Guerrero	67,6	69,7	2330	2442,9	4,8	112,9	31,8	31,7	1097,6	1111,5	1,3	14
Hidalgo	54,7	52,8	1477,1	1465,9	-0,8	-11,1	13,5	10	364	276,7	-24	-87,3
Jalisco	37	39,8	2,766,7	3,051	10,3	284,3	5,3	5,8	392,4	446,2	13,7	53,8

México	42,9	45,3	6,712,1	7328,7	9,2	616,7	8,6	5,8	1,341,2	945,7	-29,5	-395,6
Michoacán	54,7	54,4	2,424,8	2447,7	0,9	22,9	13,5	14,4	598,0	650,3	8,8	52,4
Morelos	43,2	45,5	782,2	843,5	7,8	61,3	6,9	6,3	125,4	117,2	-6,6	401,
Nayarit	41,4	47,6	461,2	553,5	20	92,3	8,3	11,9	92,7	138,7	49,6	46
Nuevo León	21,0	23,2	994,4	1,132,9	13,9	138,4	1,8	2,4	86,4	117,5	36,1	31,1
Oaxaca	67,0	61,9	2,596,3	2,434,6	-6,2	-161,7	29,2	23,3	1,133,5	916,6	-19,1	-216,9
Puebla	61,5	64,5	3,616,3	3,878,1	7,2	261,9	17,0	17,6	1,001,7	1,059,1	5,7	57,3
Querétaro	41,4	36,9	767	707,4	-7,8	-59,6	7,4	5,2	137,5	98,7	-28,2	-38,7
Quintana Roo	34,6	38,8	471,7	563,3	19,4	91,6	6,4	8,4	87,5	122,2	39,5	34,6
San Luis Potosí	52,4	50,5	1375,3	1,354,2	-1,5	-21,1	15,3	12,8	402,6	342,9	-14,8	-59,6
Sinaloa	36,7	36,3	1048,6	1055,6	0,7	6,9	5,5	4,5	156,3	130,2	-16,7	-26,1
Sonora	33,1	29,1	905,2	821,3	-9,3	-83,9	5,1	5	140,1	139,8	-0,2	-0,3
Tabasco	57,1	49,7	1291,6	1149,4	-11	-142,2	13,6	14,3	306,9	330,8	7,8	23,9
Tamaulipas	39	38,4	1301,7	1315,6	1,1	13,9	5,5	4,7	183,4	160,2	-12,7	-23,2
Tlaxcala	60,3	57,9	719,0	711,9	-1	-7,1	9,9	9,1	118,2	112,2	-5,0	-5,9
Veracruz	57,6	52,6	4448	4141,8	-6,9	-306,2	18,8	14,3	1449	1122	-22,6	-327
Yucatán	48,3	48,9	958,5	996,9	4	36,3	11,7	9,8	232,5	200,6	-13,7	-31,9
Zacatecas	60,2	54,2	911,5	835,5	-8,3	-76,0	10,8	7,5	164,1	115,3	-29,7	-48,8
Estados Unidos Mexicanos	46,1	45,5	52.813	53.349,9	1	536,9	11,3	9,8	12.964,7	11.529	-11,1	-1435,7

Capítulo 3

Anexo Transcripción parcial de la entrevista con Raffaela Schiavon.

Preguntas planeadas:

-Me gustaría que me cuentes brevemente cómo viste el proceso de despenalización del aborto y convertirse en política pública.

-¿Cómo lograron articularse la lucha feminista con el gobierno?

-La Dra. Ana Amuchástegui habla de cómo la legalización del aborto tuvo un efecto subjetivo fundamental en la vida de las mujeres ya que pasaron de ser perseguidas por la ley a ser protegidas. ¿Cuál es tu opinión de esta postura?

-¿Creés que el endurecimiento de las constituciones de los demás estados tuvo que ver con esta legalización?

-Por último quisiera saber qué objetivos y obstáculos observas para legislación del aborto desde tú posición como experta en salud pública y activista feminista.

-En 2007 se despenaliza el aborto en el Distrito Federal en lo que yo creo que fue un movimiento muy *tricky*, una maniobra jurídica que implicó una redefinición de lo que significa el aborto. Se cambió el texto de la ley y ahora define el aborto pasando de la doceava semana de embarazo, e interrupción del embarazo mientras sea antes de este momento. Considero que esta fue una estrategia muy audaz. De hecho en su momento, yo les dije que me parecía muy difícil pero funcionó muy bien.

-Bueno te voy a hablar desde mi perspectiva de lo que yo vi y viví. Me parece que lo que fue innovador en el Distrito Federal, fue la secuencia contemporánea, de cómo pasó todo. Primero fue la despenalización en la ley, seguido de la implementación inmediata de los servicios por el ejecutivo y luego la aceptación y apropiamiento de parte de la sociedad. Las mujeres en el país se empoderaron del derecho inmediatamente, al día siguiente había gente ya pidiendo el servicio. Este es un fenómeno muy pocas veces documentado por qué puedes cambiar la ley y que el ministerio de salud se tarde en implementar los servicios.

-Me parece que fue muy novedoso e interesante en cuando a salud público en el tema de después y que ha llevado a ese empoderamiento del que tú me hablar y habla Ana, en términos del aborto de pasar de ser criminalizada a ser sujeto de derecho. Esta articulación fue un momento de oro, y sumamente difícil de repetirlo y no siempre se da con tanta fluidez la colaboración de organizaciones de la sociedad civil, el legislativo, académicos y activistas de diferentes niveles de la sociedad civil.

-En el ámbito legislativo lo que se observó fue una alineación interesante de legislar de diferentes partidos. Mi reflexión después de 8 años e intentos en diferentes gobiernos locales del país, es que también hubo mucha generosidad entre los legisladores y poco protagonismo.

-El que presentó primero la iniciativa fue un legislador del PRI, Tonatiuh. Su propuesta inicial, era bastante extrema, su información era exagerada pero se dejó asesorar, soltó la iniciativa a otros compañeros de diferentes partidos. Esto es bastante raro en el gobierno porque normalmente los políticos quieren ser protagónicos, pretenden tener ganancia política los que lo presentan. También se trabajó de manera muy activa y se dieron fenómenos de foros y discusiones públicas organizadas por el congreso, por la asamblea legislativa, donde estuvo presente personas en pro y en contra,

también los medios de comunicación. Fue un proceso muy transparente, público y democrático.

-La Ciudad de México es muy progresista. Yo creo que fue un proceso muy positivo y permitió que se ganara la lucha por el aborto con respaldo de la sociedad y la opinión pública.

-Sí, la contra respuesta de parte de los estados se dio después de la sentencia de constitucionalidad de la ley, inmediatamente después. También ese proceso fue muy abierto, transparente y público. La Suprema Corte hizo serie de foros de discusiones que transmitió en línea. Creo que fue un proceso muy positivo para ganar el apoyo de la opinión pública y para ratificar la decisión de la corte pero queda muy claro que en ese momento se gestaba la respuesta de la derecha pues inmediatamente después empezó el endurecimiento en los estados.

-Comparando la despenalización y ratificación de constitución un año después. Este endurecimiento se dio de manera completamente diferente. Fue de toma de decisión copular desde el poder y la Iglesia católica, sin participación democrática de la sociedad civil sino negociaciones del poder, organizaciones de derecha, entre otras. Fue muy diferente el contexto local de los estados por las diferencias que todos conocemos entre provincia y capital. También sabemos que la presencia de la sociedad civil de avanzada es más débil y tienen las escuelas católicas mucha capacidad de movilizar mucha gente que no sabe para qué se mueve o que están adoctrinados ya.

-En general, antes de la despenalización en el Distrito Federal la visión era que un político le daba miedo hacer una reforma de este tipo por el precio político que pudiera tener. Se pensaba solo en términos negocio, de cómo podía afectarlos políticamente. Después, el jefe de gobernación Marcelo Ebrard y su grupo se cubrió de gloria y recibió muchos premios internacionales de la mejor ciudad de no sé qué. Es decir que por primera vez se evidencio la capacidad de que estos temas puedan tener un significado positivo. Por primera vez hubo un cambio de visión hacia lo positivo y los demás políticos lo pudieron ver. Tan es así que hubo tres intentos de despenalización en otros estados que fueron: Morelos, Guerrero y Coahuila. Donde los políticos que querían impulsar la ley declararon públicamente y presentaron propuestas, aunque no hayan podido aprobar la ley, es una victoria en sí misma ya que antes era impensable que un político en el poder o que buscara un puesto en el gobierno, pusiera el tema del aborto en su plataforma política. Ahora incluso hay una propuesta a nivel federal de la despenalizar el aborto.

-Se han generado acciones positivas también más allá de la derecha. Aunque pensándolo bien sí fuimos ingenuos e ingenuas en pensar que los demás estados seguirían al Distrito Federal como reacción en cadena. En algunos fenómenos sí se observa esto que es muy novedoso. Por ejemplo ahora la Michelle Bachelet, de Chile la presidenta antes de ser elegida puso el tema en la agenda de gobierno también para ganar en el sector progre. Antes esto no sucedía aun que se supiera que podría traer más votos, no se declaraba esta postura públicamente.

-Entre los obstáculos que ubico sería esencialmente la derecha. Ha sido un obstáculo, una barrera que observamos y que cada vez se ve más es la presencia y el protagonismo de la derecha en los espacios internos, la Comisión de Derechos Humanos, en los seguimientos a las reuniones del Cairo y Beijing. Se nota que está cada vez

más presente y organizada la derecha. Creo que nosotros tenemos que asumirlo y encontrar respuestas adecuadas para poder contrarrestar estos obstáculos.

Como médica y académica, o lo que sea que yo soy, me doy cuenta como ahora la derecha está utilizando argumentos pseudocientíficos para poder argumentar y discutir sobre el aborto. Antes se trataba de un asunto de no pecar, en cambio ahora usan un lenguaje científico que a alguien que no sepa, lo asusta. Dicen que desde la ciencia se muestra que hay vida desde la concepción, por qué hay un genoma único. Aunque sea ciencia chafa, la gente que no domina o no sabe del tema, puede impactarlos mucho.

Anexo 5. Ley modificada en la Gaceta Oficial Federal.

El texto modificado la ley de la interrupción del embarazo, quedó establecido en la Gaceta de la siguiente forma: (CIUDAD de México, Gaceta Oficial del Distrito Federal, Décima Séptima Época, 26 de abril de 2007, No. 70, documento electrónico: http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/legislacion/leyes_internacionales/despenalizacion_mexicodf.pdf Acceso 24 de mayo de 2015.)

"Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la ley de salud para el Distrito Federal.

ARTÍCULO PRIMERO.- Se reforman los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto solo se sancionará cuando se haya consumado. Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de esta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Artículo 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada. Pare efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión

Artículo 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta

ARTICULO SEGUNDO.- Se adiciona un tercer párrafo al artículo 16 Bis 6, y se adiciona el artículo 16 Bis 8 a la Ley de Salud del Distrito Federal, para quedar como sigue:

Artículo 16 Bis 6. [….] Las instituciones públicas de salud del gobierno del Distrito Federal atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aún cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado.

Artículo 16 Bis 8. La atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario. Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos. El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad a las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes. El gobierno del Distrito Federal otorgará servicios de consejería médica y social en materia de la atención a la salud sexual y reproductiva, funcionando de manera permanente con servicios gratuitos que ofrecerán la información, difusión y orientación en la materia, así como el suministro de todos aquellos métodos anticonceptivos cuya eficacia y seguridad estén acreditadas científicamente. Asimismo, proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal. Los servicios de consejería también ofrecerán apoyo médico a la mujer que decida practicarse la interrupción del embarazo después del procedimiento de aborto, particularmente en materia de planificación familiar y anticoncepción."

Capítulo 4

Anexo 6. Perfil sociodemográfico de las mujeres que han usado el servicio de interrupción legal del embarazo.

Figura 1. Residencia (Elaboración propia con datos de GIRE)

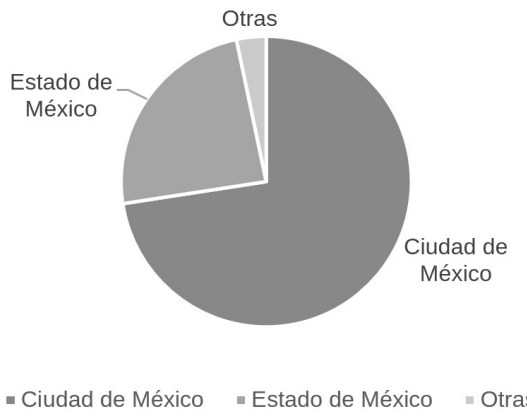


Figura 2. Escolaridad (Elaboración propia con datos de GIRE)

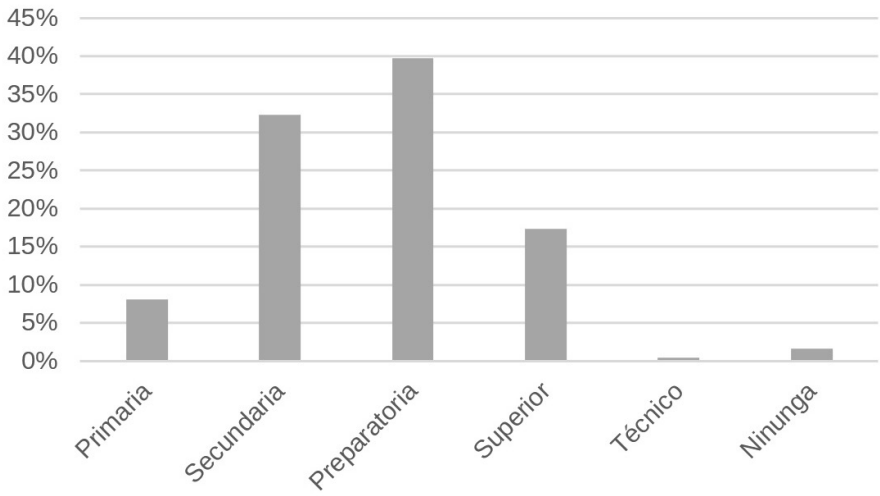


Figura 3. Ocupación (Elaboración propia con datos de GIRE)

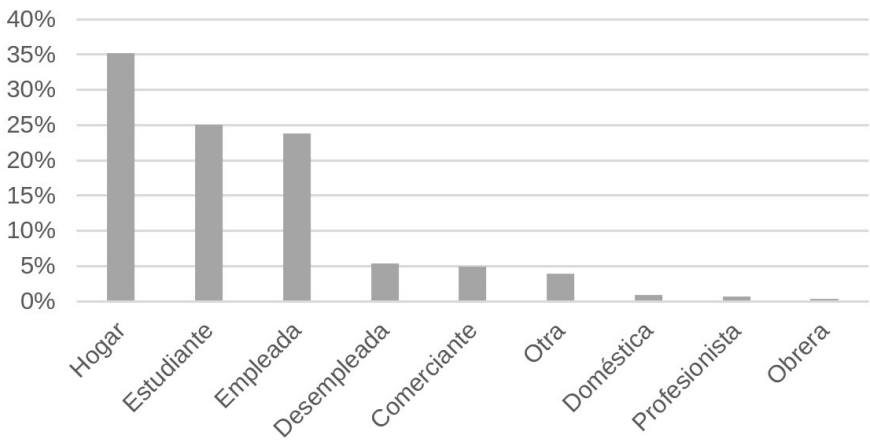


Figura 4. Estado civil (Elaboración propia con datos de GIRE)

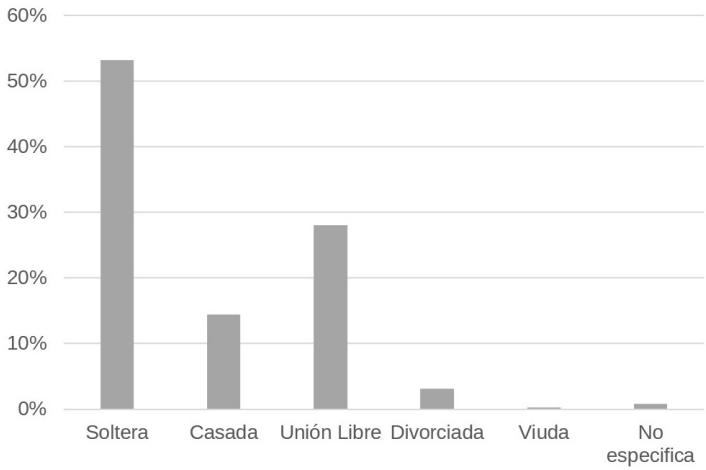


Figura 5. Edad (Elaboración propia con datos de GIRE)

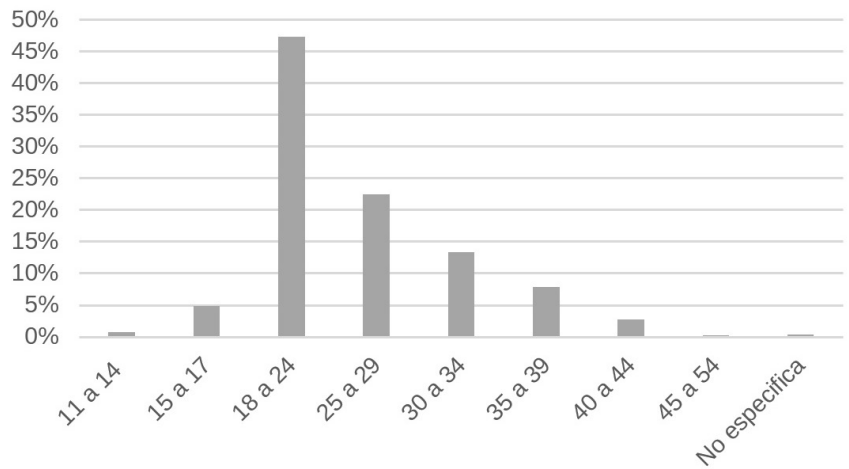
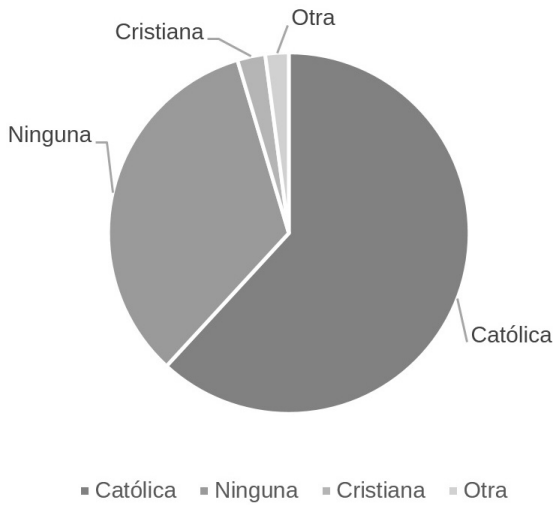


Figura 6. Religión (Elaboración propia con datos de GIRE)



Anexo 7. Cronología del momento en el que los estados protegieron el derecho a la vida desde la Constitución (Elaboración propia con información de la Cámara de Diputados de la Regulación del Aborto en México).

Estado	Fecha
Coahuila	13 de octubre de 1989
Chihuahua	4 de octubre de 1994
Morelos	11 de diciembre de 1008
Baja California	26 de diciembre de 2008
Chiapas	20 de enero de 2009
Colima	21 de Marzo de 2009
Sonora	6 de abril de 2009
Quintana Roo	15 de mayo de 2009
Guanajuato	26 de mayo de 2009
Durango	31 de mayo de 2009
Puebla	3 de junio de 2009
Nayarit	6 de Junio de 2009
Jalisco	2 de julio de 2009
Yucatán	7 de agosto de 2009
San Luis Potosí	3 de septiembre de 2009
Oaxaca	11 de septiembre de 2009
Querétaro	18 de septiembre de 2009
Tamaulipas	23 de diciembre de 2009

LA CONSTRUCCIÓN DISCURSIVA SOBRE EL PROYECTO AMBIENTAL YASUNÍ-ITT A TRAVÉS DE LOS DISCURSOS DE RAFAEL CORREA

LENIN MIRANDA MALDONADO

Directora: Jimena Sáenz

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objetivo examinar el material discursivo producido por el gobierno ecuatoriano con respecto a la Iniciativa Yasuní ITT. Un proyecto ambiental que se compromete a dejar una reserva de petróleo sin explotar, en el parque nacional que lleva ese nombre.

El enfoque elegido pretende subrayar el papel que juegan las ideas y el lenguaje como constructores de sentido y reproductores de normas, instituciones y marcos protectorios de derechos realizando un análisis del discurso que, desde una perspectiva constructivista, permite visualizar cómo se ha construido en el Ecuador todo un cuerpo discursivo que busca fundamentar la implementación de un modelo extractivo-exportador y continuar con la ejecución de proyectos para la extracción de crudo en el país.

En las últimas décadas han sido diversos los modismos y recursos discursivos que se han utilizado para maquillar modelos de corte neoliberal o legitimar el uso de recursos naturales, vulnerando en la práctica derechos sociales y colectivos, fundamentalmente. El neoliberalismo en el contexto latinoamericano de los años setenta y ochenta, a manera de ejemplo, se valió de expresiones como "flexibilización laboral", "restauración del orden interno", "amenaza subversiva", "gasto público" o "programas de ajuste estructural", para precarizar condiciones laborales, privatizar servicios básicos y recursos naturales estratégicos, atentar contra gobiernos democráticos o, simplemente, para reducir la inversión social en favor del pago de la deuda externa. Todos estos fueron eufemismos construidos para encontrar legitimidad social e implementar las recetas neoliberales del Consenso de Washington.

El lenguaje resulta un elemento clave para entender las relaciones sociales, articulando y condicionando la práctica social; así, puede transformar estructuras sociales a través del posicionamiento de nuevos valores y principios que se materializan en instituciones concretas o puede funcionar como un instrumento clave para reproducir viejas estructuras, modelos de desarrollo o mantener un orden establecido.

Actualmente, en América Latina se utilizan recursos discursivos que sirven para justificar tanto un modelo extractivo-exportador, la explotación de recursos naturales no renovables, la producción maderera o la expansión de infraestructura adecuada a través de la construcción de carreteras e hidroeléctricas, y que apelan a la necesidad de obtener recursos que garanticen aquellos Derechos Económicos Sociales y

Culturales (DESC) que venían siendo deficientemente atendidos por los Estados desde la etapa neoliberal del ochenta y noventa.[1]

Gran parte de los proyectos propuestos en la actualidad se realizan en tierras ricas en recursos naturales, biodiversidad, y donde habita gran parte de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, como es el caso de la Amazonía y el Gran Chaco. Lamentablemente, y según expone Rodolfo Stavenhagen, los derechos de pueblos indígenas no han sido tomados en cuenta por los gobiernos cuando se trata de la construcción de mega proyectos de "desarrollo".[2] En este sentido, no han existido mecanismos de consulta previa, ya que se coloca como prioridad el "interés nacional" frente a cualquier otro elemento.

La construcción de la represa Belo Monte, en Brasil, el proyecto de infraestructura más importante del gobierno de Dilma Rousseff que busca convertirse en la tercera fuente mundial de hidroelectricidad, es solo un ejemplo de la contradicción de derechos y modelos de desarrollo. Según se menciona en la edición de abril del 2014 de la revista de la Fundación para el Debido Proceso, su ejecución, que en el 2011 obtuvo una licencia parcial de construcción, tendría impactos dramáticos en los indígenas que viven en la zona.[3]

Perú, por su parte, redujo la extensión original de la Reserva Murunhua en más de 23.000 hectáreas, para favorecer proyectos de extracción maderera. En Paraguay, la deforestación de la zona del Chaco, territorio del pueblo ayoreo, alcanza las 100 hectáreas diarias, según datos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La minería ilegal en Venezuela y Brasil ha arrojado casos de enfrentamientos entre mineros y pueblos en situación de contacto inicial.[4] Estos casos son algunos de los ejemplos que evidencian la tensión que existe entre modelos desarrollo y los derechos humanos, y exponen una realidad regional que ha encontrado en el uso de recursos naturales su única forma de sobrevivencia y generación de recursos.

En el Ecuador, se diseñaron megaproyectos de producción energética y se intervino sobre zonas sensibles en la Amazonía para la exploración de petróleo, con el fin de obtener recursos que respondan a las necesidades sociales del país. El caso del Yasuní ITT, en la Amazonía ecuatoriana, es paradigmático, ya que pone de manifiesto la tensión que existe entre desarrollo y el uso de recursos naturales y los derechos de los pueblos indígenas.

En medio de esta compleja realidad, pretendo dar cuenta del enfoque discursivo que ha utilizado el gobierno para dar inicio a proyectos de corte extractivista, que colocan en el centro del debate el paradigma de desarrollo e invisibilizan a los pueblos indígenas y en aislamiento voluntario y el impacto sobre la naturaleza y la biodiversidad. La riqueza y complejidad discursiva construida en este marco político,

1 Maristella Svampa. "La disputa por el desarrollo: territorio, movimientos de carácter socio-ambiental y discursos dominantes". *Paper* presentado en *Seminario Interrogating the Civil Society Agenda*, Estados Unidos, Universidad de Massachusetts, abril del 2008.

2 Rodolfo Stavenhagen. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. UNESCO, México, 2007.

3 Douglas Cassel. "La tormenta perfecta: cuenta y balance". *Aportes DPLf Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, N°19, 2014.

4 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.* 2013.

social y económico, para justificar la intervención sobre zonas sensibles –tanto en lo ecológico como en lo cultural–, nos permitirá entender no solo el caso ecuatoriano, sino que puede dar luces sobre una realidad regional marcada por los bajos niveles industrialización y el carácter dependiente de los países, que en su mayoría hacen uso de sus recursos naturales como fuente de su economía. Así, los derechos de pueblos indígenas se convierten en un tema incómodo para los países de América Latina, región donde habita el mayor número de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial en el mundo.

Se ha hablado mucho en torno al extractivismo en el Ecuador y América Latina en general, sin embargo, pocos se han enfocado en la riqueza discursiva que se encuentra detrás del accionar estatal utilizado para justificar su intervención. Mucha de la literatura producida alrededor del extractivismo y recursos naturales utiliza variables de corte sistémico provenientes de la economía política internacional, fundamentalmente de la ecología política.[5] El presente trabajo, sin embargo, pretende dar cuenta del conflicto de derechos que existe en todo proyecto de exploración y extracción de recursos naturales, con especial énfasis en el papel que ocupan los denominados pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

La importancia de centrar el análisis en los discursos se debe a que dichos dispositivos forman parte de los procesos de construcción nacional llevados a cabo por los gobiernos en busca de una "unidad política", que les genere gobernabilidad y legitimidad mediante la manipulación de símbolos. Máxime, en un contexto regional protagonizado por gobiernos de corte progresista, que han colocado de manera imprevista el debate sobre lo "nacional" en el tapete y han instalado una serie de nuevos valores alrededor de la idea de Patria. Por ello resulta constructivo realizar un acercamiento a dichos procesos a través del discurso. La construcción nacional es un proceso inacabado, inconcluso y siempre en construcción, y en este sentido, las narrativas de las élites políticas y económicas moldean y orientan las identidades locales.

El trabajo aparece dividido en tres grandes capítulos y un apartado en el que se exponen las conclusiones generales. En el primero, se exponen los principales aspectos teóricos y metodológicos: en primer lugar, se muestra al lector que el trabajo parte de las corrientes constructivistas como principal paraguas teórico, lo cual permite analizar el papel de las ideas y el lenguaje como constructoras de la realidad social. Nos hemos enfocado fundamentalmente en el papel del discurso, ya que se lo asume como un instrumento portador y constructor de sentido, que tiene la capacidad de reproducir ideas y normas y, por lo tanto, condiciona el accionar social. Asimismo, se asume que a través del lenguaje, las personas tienen la capacidad de interpretar y transformar el mundo. De esta forma, se hacen posibles ciertas acciones políticas y, al mismo tiempo, se construyen marcos protectorios de derechos.

Posteriormente, se presentan al lector los aspectos metodológicos utilizados para el análisis. Es decir, se exponen los diversos instrumentos empleados para procesar e interpretar los datos existentes. En este sentido, nos basamos en el análisis retórico como instrumento, para abordar de manera estructurada el corpus discursivo

5 María José C. Muñoz. "El conflicto en torno al territorio indígena Parque Nacional Isiboro Sécure: Un conflicto multidimensional", *Cultura y representaciones sociales,* Año 7, N°14, 2013, pp. 100-141.

seleccionado. Hemos tomado este método en particular, ya que el discurso político se convierte en el principal objeto del ejercicio retórico.

Para terminar de brindar los elementos conceptuales que le permitan al lector entender la problemática, nos abocamos a explicitar las denominaciones de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial: así, la primera se refiere a aquellos pueblos o segmentos de pueblos que no mantienen contacto sostenido con la población no indígena y evita todo tipo de interacción debido a experiencias traumáticas que les significó el contacto a lo largo de su historia; por otro lado, el término de pueblos en contacto inicial se refiere a aquellos grupos que mantienen una relación intermitente y esporádica con la población mayoritaria no indígena. También, se presentan antecedentes generales sobre los pueblos Tagaeri y Huaraniy, y su vínculo con el Parque Nacional Yasuní. Esta aproximación, tanto a los términos como al contexto de los pueblos mencionados, nos permite introducir al lector en la problemática indígena para el caso ecuatoriano. Finalizamos el capítulo brindando una visión general del caso de estudio: el proyecto Yasuní ITT y su relación con la actividad extractiva en el Ecuador.

El segundo capítulo presenta el marco normativo y de protección relacionado con los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, que funciona como contexto normativo de los discursos presidenciales. En este apartado, se analizan los principales instrumentos internacionales, regionales y nacionales de protección de los derechos humanos. A manera de conclusión, se plantea que existen tres grandes principios que resultan útiles en materia de protección de derechos humanos que se aplica a nuestro tema de investigación, estos son el derecho a la autodeterminación, territorio y consulta previa.

El capítulo tercero efectúa el análisis y la justificación del corpus discursivo seleccionado para el estudio. Aquí, para su mejor compresión, se lo dividió en cuatro categorías. La primera se enfoca en la construcción de la persona discursiva en base a antagonismos. Es decir, se interpretan los discursos en términos de oposición binaria, ya que cuando se producen prácticas antagónicas se establecen diferencias y, por lo tanto, se generan identidades y fronteras claras entre "ellos" y "nosotros".

La segunda categoría examina el tropo de la lucha contra la pobreza. En este punto se muestra cómo dicha categoría se convierte en el eje central del discurso del gobierno para justificar la intervención sobre el Yasuní-ITT. La tercera categoría trabaja lo relacionado al territorio y la visión del gobierno sobre este concepto como un espacio productivo y sacrificable en función del interés nacional. Dicha lectura entra en contradicción con otras formas de percibir la tierra, a la cual proponen como un espacio constructor de identidades colectivas y fuente de reproducción de sus formas de vida. La última categoría se enfoca en los derechos de la naturaleza que están consagrados en la Constitución del Ecuador del 2008 y que son relegados a un segundo plano en beneficio de garantizar derechos económicos, sociales y culturales para la población en general. Esta postura refleja una visión antropocentrista del discurso y, al mismo tiempo, se convierte en una estrategia para invisibilizar a los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial que viven en el lugar. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones que surgieron del estudio.

Capítulo 1

PRINCIPALES ASPECTOS TEÓRICOS Y METODOLÓGICOS

El discurso del gobierno, difundido y reproducido por diversos canales, es desde una perspectiva constructivista no solo un instrumento informativo, sino que es además una herramienta constructora de realidades. De allí la importancia de trabajar sobre estos recursos de poder simbólico, ya que al construir y manipular la opinión pública, generan también marcos interpretativos de los derechos. El análisis del discurso (AD) es una herramienta importante para identificar los relatos construidos en la complejidad de la discusión política. En este capítulo, realizaremos un recorrido teórico alrededor del constructivismo y explicaremos la importancia de las ideas, valores y normas para configurar la práctica social. En una segunda parte, nos enfocaremos directamente en la importancia del discurso y en cómo su deconstrucción e interpretación nos permiten obtener una lectura más profunda de la realidad social.

Enfoque constructivista

Las corrientes constructivistas constituyen el paraguas teórico más amplio sobre el cual descansa el presente trabajo. Su principal postulado es que las relaciones sociales son las que definen el comportamiento y el accionar de las personas. Por lo tanto, la realidad misma es una construcción social generada a partir de la interacción de los sujetos que la conforman,[6] Para entender la sociedad, debemos entender cómo los sujetos interactúan unos con otros.

Según Nicholas Onuf, el mundo se crea con base en las acciones de los seres humanos y, de esta forma, se construyen y constituyen mutuamente. Por lo tanto, el lenguaje y el posicionamiento de ciertas normas ocupan un papel determinante al momento de entender dichas interacciones entre sujetos La tradición constructivista plantea que "decir es hacer y hablar es sin duda, la forma más importante que tenemos para hacer del mundo lo que es"[7]. En el presente trabajo, pretendemos estudiar los discursos gubernamentales como instrumentos portadores y constructores de sentido, reproductores de ideas, instauradores de normas y, de esta forma, condicionantes de todo accionar social.

6 Jeffrey Checkel. "Constructivist approaches to a European integration". *Paper* presentado en *ARENA and department of political Science N° 6*, Oslo, febrero de 2006.

7 Nicholas Onuf. "Contructivism as a user manual", en V. Kubálková, P. Kowert y N. Onuf: *International Relations in a constructed world.* United States, M. E. Sharpe, 1998, p. 59. Traducción realizada por el autor.

Según plantean otros autores, "el mundo no viene simplemente dado o es natural, sino que, por el contrario, es construido mediante las acciones de los sujetos".[8] El constructivismo examina por qué ciertas prácticas sociales son entendidas como normales, naturales y simplemente permanecen intactas. Al mismo tiempo, se enfoca en cuestionar por qué otras prácticas no permanecen en el tiempo y se transforman tomando como punto de partida el flujo de ideas, normas y discursos. El lenguaje es el lugar donde se refleja y, al mismo tiempo, se reproduce el orden social. Según esta postura, el lenguaje pierde su carácter meramente descriptivo y toma una dimensión constructiva.

Según explican Robert Jackson y Georg Sorensen, "el mundo social es un mundo de la conciencia humana: de pensamientos, creencias, ideas y conceptos, de leguajes y discursos, de signos, señales y entendimiento entre seres humanos".[9] Por lo tanto, la mirada debe estar puesta no solo sobre las cosas materiales, sino sobre principios y valores que articulan esa materialidad. No pretendemos dejar de lado el papel clave que tienen el poder, los intereses o las condiciones materiales en una sociedad (elementos que ha marcado la tradición neorrealista), sin embargo, queremos posicionar la hipótesis que explica que dichos conceptos (poder, intereses, instituciones, discursos) tienen el impacto e influencia que tienen, gracias a las ideas que los constituyen.[10]

Dentro del amplio espectro constructivista, existen dos grandes líneas de pensamiento: la tradición europea y la norteamericana. Esta última se enfoca en el papel de la norma, mientras que la vertiente europea, o también llamada pospositivista, prioriza el rol del discurso. Si bien cada línea de pensamiento le da importancia a ciertos elementos por sobre otros, las dos coinciden en la relevancia de las ideas como rectoras del comportamiento social. El presente estudio tomará elementos de cada una, razón por la cual se ha considerado pertinente mostrar brevemente sus principales argumentaciones.

La línea norteamericana sostiene que la realidad es una construcción continua entre sujeto y sociedad, es un proceso de doble vía, donde interactúan constantemente dichos actores. Para estudiar y comprender la realidad, debemos colocar un tercer elemento en medio del sujeto y la sociedad que actúa como conector: las normas. Según Onuf, las normas permiten que la gente y la sociedad se constituyan continua y recíprocamente. En este sentido, el papel de la norma en una sociedad es fundamental, ya que al entender la norma que relaciona al sujeto frente a esta, comprendemos las prácticas sociales que de allí se producen. En palabras de Onuf, respecto a la importancia de la regla, establece lo siguiente:

> Una regla es una declaración que dice a la gente lo que debemos hacer. El "qué" en cuestión es un estándar para guiar la conducta de las personas en situaciones que podemos identificar como normales, y que podemos esperar encontrar. El "debería" nos plantea la necesidad de hacer coincidir nuestra conducta con la norma.[11]

8 M. Ortega. "La reinvención de la OTAN: transformación institucional desde el discurso". Disertación de maestría, Departamento de Relaciones Internacionales, FLACSO, Sede Ecuador, 2012, p. 18.

9 G. Sorensen y R. Jackson. *Introduction to International Relations. Theories and approaches.* Oxford. Oxford University Press, 2013, p. 220.

10 Ibíd., pp. 208-231.

11 N. Onuf. "Contructivism as a user manual", *op. cit.*, p. 59. Traducción realizada por el autor.

Según el autor, la manera en que las reglas marcan nuestro comportamiento, ya sea siguiéndolas, rompiéndolas o transformándolas, constituyen el accionar social y, por la tanto, la realidad misma que nos interesa comprender.

Por otra parte, la tradición europea, según plantea Van Dijk, sostiene que el discurso no puede ser entendido solamente como un conjunto de estructuras gramaticales con un fin comunicativo. El presente estudio asume esta categoría bajo una perspectiva dinámica y la presenta como estructura compleja y una forma de interacción política y social.[12] A través del lenguaje se interpreta el mundo, y de esta forma se hacen posibles ciertas acciones políticas y marcos protectorios de derechos.

Desde el análisis del discurso podemos dar cuenta de cómo ciertos significados se consolidan en normas e instituciones. Dichas instituciones reproducen el orden social en base a principios establecidos como correctos. Según Ortega, "cuando las instituciones persisten, las estructuras, los sistemas de reglas y significados estables que resultan de prácticas institucionales adquieren fuerza normativa. Esto último dado que los patrones y reglas son la base para el comportamiento de las personas".[13] Por lo tanto, el discurso y el lenguaje son instrumentos mediante los cuales se construyen realidades y se posicionan ciertos valores por sobre otros. Las instituciones que revisten estos principios están compuestas de reglas y normas y, en este sentido, marcan ciertas prácticas y procedimientos como correctos. Por lo tanto, entender la complejidad del discurso es una herramienta importante para entender el orden político y los principios que guían a una sociedad. Finalmente, la lucha política y/o social se plasma en una batalla cognitiva por posicionar ciertos valores por sobre otros.

El control de la opinión pública por parte del gobierno es otro punto clave en este juego de poder a través del discurso. Como bien señala Irvin Crespi, la opinión pública está vinculada con el conflicto respecto a cómo deben ser resueltos los asuntos considerados de interés general, cómo se construyen las opiniones individuales y su relación con el funcionamiento del gobierno en regímenes democráticos.[14] Si nos enfocamos en analizar discursos gubernamentales, tal el caso de la presente investigación, vemos que todos apuntan a relacionar las variables antes mencionadas en busca de legitimidad política y continuidad en el poder. Desde nuestra visión, la legitimidad la entendemos como "la creencia pública ampliamente compartida de que el sistema político es bueno para la sociedad y que la instituciones gobernantes y los funcionarios, poseen y ejercen correctamente el poder".[15]

Pensar el lenguaje como una herramienta capaz de influenciar a otros nos ha llevado al análisis de los discursos gubernamentales, en tanto que los mismos marcan no solo la percepción de un gobierno frente a una realidad problemática, sino que, al mismo tiempo, influyen en el comportamiento de otros actores. Si bien el mundo material existe, cobra sentido solamente a través de las ideas que lo articulan, de allí

12 T. Van Dijk. "Critical discourse analysis", en Deborah Schriffrin, Deborah Tannen y Haidi Hamilton (comps.): *The handbook of discourse analysis*. London, Blackwell, 2001, pp. 352-372.

13 M. Ortega. "La reinvención de la OTAN: transformación institucional desde el discurso", *op. cit.,* p. 19.

14 Irving Crespi. *El Proceso de Opinión Pública. Cómo habla la gente*. Barcelona, Ariel, 2000.

15 David L. Paletz y Robert Entman. "Aceptar la legitimidad del sistema", en Doris Graber (comp.): *El poder de los medios en la política*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1986, p. 103.

que toda esta tradición exige un tratamiento más profundo del aspecto discursivo para entender la realidad política de una región.

Por otra parte, el lenguaje permite la construcción de intereses e identidades en el escenario político, y por lo tanto, determina el estatus y los roles específicos en una estructura determinada. Dichas identidades definen agrupaciones regionales, movimientos sociales y Estados, entre otros actores, que luego dibujan el mapa político más amplio. Según Klotz y Lynch, "las identidades no son características inmutables de los individuos o grupos; las personas las producen y reproducen en lugar de haber nacido con ellas".[16] El paradigma constructivista rechaza directamente las condiciones materiales como determinantes en términos de construcción de intereses e identidades, por el contrario, estas se definen con base en la interacción entre actores articulados por el peso de las ideas.

El poder, dentro de esta postura, pasa por determinar qué ideas están por encima de otras y, específicamente en este caso, a qué conceptos hace referencia el gobierno ecuatoriano para justificar programas de corte extractivista en zonas sensibles. El poder no radica en una materialidad específica (poder militar, políticas públicas, entre otras), sino que existe y se activa con base en la imposición de ciertas ideas. En suma, el juego político se convierte en un juego cognitivo.

Lamentablemente, cuando hablamos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, la lucha por la imposición de valores e ideas es profundamente desigual. De algún modo, son actores que históricamente han carecido de voz y representatividad en el escenario político tradicional, por lo tanto se encuentran en una situación de desventaja al momento de cuestionar relaciones de poder. La modernidad, ya sea en su faceta política, social, económica o cultural, invisibilizó cosmovisiones y grupos sociales distintos de la cultura occidental. Tomando una frase de Boaventura de Sousa Santos, en América Latina se produciría un espistemicidio, es decir, el aniquilamiento de otras formas de conocer que no se enmarcaron en los preceptos de la ciencia, la técnica y la razón.[17] Se impuso la idea del ignorante frente al conocimiento científico, del retrasado frente al civilizado, de lo estéril frente a lo productivo en el marco del capitalismo. Todos estos fueron mecanismos de imponer formas de "no existencia" a través del lenguaje, del discurso, de una identidad concreta y de intereses específicos que cobran fuerza normativa e institucional. El análisis del discurso, en este caso de estudio, pretende dar cuenta del tipo de valores que se imponen desde un Estado y las prioridades que ellos definen.

Análisis del discurso

La presentación de los aspectos metodológicos que nos permiten abordar el material discursivo está compuesto por la propia definición del discurso, su anclaje en la teoría constructivista y, finalmente, las técnicas y métodos específicos que se corresponden con el análisis retórico del discurso, que nos permiten un abordaje más claro y estructurado del corpus seleccionado.

16 A. Klotz y C. Lynch. "Strategies for Research in Constructivist International Relations", citado en María Luisa Ortega. "La reinvención de la OTAN: transformación institucional desde el discurso". *Disertación* de maestría. Departamento de Relaciones Internacionales, FLACSO, Ecuador, 2012, p. 24.

17 Boaventura de Sousa Santos. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur.* Perú, Red Latinoamericana de Antropología Jurídica y la Fundación Ford, 2010.

El análisis del discurso (AD) se ubica dentro de la metodología cualitativa e interpretativa, que busca analizar cómo las ideas son producidas socialmente y su impacto en la esfera material. A diferencia de otros métodos, el AD asume que la realidad social no es algo que se debe descubrir, sino que se crea gracias a la interacción de ideas y significados. El análisis de discurso trabaja sobre la forma en que los conceptos y el flujo de ideas definen la realidad. Vamos a entender y utilizar el AD de la siguiente manera:

> … una metodología cualitativa, interpretativa y constructivista, para analizar fenómenos sociales. Explora cómo las ideas y objetos producidos socialmente, que pueblan el mundo, fueron creados y se mantienen en su lugar. No solo encarna un conjunto de técnicas para realizar investigaciones cualitativas y estructuradas de los textos, sino también una serie de asunciones con respecto a los efectos constructivos del lenguaje.[18]

Por lo tanto, el AD nos permite explorar el papel de las ideas en la reproducción de ciertas prácticas sociales a las cuales se las define como: "formas estables y duraderas de actividad social, las cuales se articulan unas a otras para constituir redes sociales, instituciones y organizaciones".[19] Dichas prácticas son vistas como dependientes del poder y de las relaciones de control en una sociedad. Según explican algunos autores, "el uso del lenguaje no es solo un producto de la sociedad sino que también es una fuerza importante que redefine las prácticas sociales; positiva o negativamente".[20]

Es importante señalar que, desde nuestra perspectiva, discurso no es equivalente a lenguaje. Por "discurso" vamos a entender el conjunto de estructuras y prácticas sociales utilizados por los seres humanos para construir significados respecto al mundo en que se encuentran e interactúan.[21] Esta concepción acerca del discurso ofrece las siguientes interpretaciones:

> Los discursos son conjuntos de reglas que permiten prácticas y son reproducidas y/o transformadas por ellas (...) 2. Los discursos se manifiestan tanto en las prácticas lingüísticas y no lingüísticas (...) 3. Los discursos son productivos. Producen sujetos, objetos y las relaciones entre ellos (...) 4.Discursos siempre están implicados en las instituciones, en términos ampliamente concebidos (...) 5. Los discursos son inherentemente políticos.[22]

Los discursos no son simples mecanismos de interacción entre sujetos, sino que transmiten significados, influyen sobre las creencias de las personas, reproducen valores y tienen la capacidad de condicionar la práctica social. Según explica Van Dijk, "los discursos expresan y manejan nuestras mentes. Es especialmente esta interfaz discurso-cognición lo que explica cómo (...) las ideologías se expresan, transmiten, comparten y reproducen en la sociedad".[23] En sociedades de la información con-

18 C. Hardy, B. Harley y N. Phillips. "Discourse Analysis and Content Analysis: Two Solitudes?", 2004, citado en Beatriz Zepeda. "Construyendo la nación del siglo XXI. La Patria en el discurso de Rafael Correa", en Felipe Lara (comp.): *Transiciones y rupturas. El Ecuador en la segunda mitad del siglo XX.* Ecuador, FLACSO, 2010, p. 169.

19 N. Fairclough. *Critical Discourse Analysis.* Nueva York, Routledge, 2010, p. 31.

20 M. Boyd. "De-constructing Race and Identity in US Presidential Discourse: Barack Obama's speech on Race", *Journal of the Spanish Association of Anglo-American Studies*, Vol. 31, N° 2, 2009, p. 75.

21 M. Ortega. "La reinvención de la OTAN: transformación institucional desde el discurso". *op. cit.*

22 M. Laffey y J. Weldes. "Methodological Reflections on Discourse Analysis", *Qualitative Methods,* Vol. 2, N° 1, 2004, p. 28. Traducción realizada por el autor.

23 T. Van Dijk. *Discurso y poder*. Barcelona, Gedisa, 2009, p. 186.

temporánea, caracterizadas por altos niveles de exposición a mensajes, el control del discurso es un claro ejercicio de poder político.[24] En regímenes democráticos, el rol del discurso es crucial, ya que se este se convierte en un medio para persuadir y condicionar la opinión pública.

El papel que juegan los gobiernos y las élites en la construcción de discursos hegemónicos es fundamental, por tal motivo hemos enfocado nuestro análisis en discursos producidos por el gobierno desde sus principales representantes. Los gobiernos y las elites ocupan un rol importante dentro de la reproducción de ideas y valores, gracias a su capacidad preferencial para acceder y controlar espacios influyentes dentro de lo público (medios de comunicación, educación, centros de investigación académica). Ellos definen el "capital simbólico", y por lo tanto intervienen sobre el sentido común y el consenso.[25]

En este sentido, trabajar con discursos gubernamentales tiene que ver con lo que se denomina "productividad del discurso" y la construcción de regímenes de verdad. Según señala Zepeda, la productividad del discurso plantea lo siguiente:

> establece que los discursos producen y reproducen las cosas que definen; operativizan, así, regímenes de verdad, al tiempo que excluyen otros modos posibles de identidad y acción. Al definir quién está autorizado para hablar, los discursos producen también expertos y autoridades, así como públicos para los actores autorizados.[26]

Es decir, se busca explicar cómo el discurso logra transformar la realidad privilegiando ciertos conceptos y prácticas sociales a través de autoridades específicas.

Ahora bien, un elemento importante a tomar en cuenta dentro del aspecto metodológico, se enfoca en el discurso como un sistema de significación. Dicho sistema tiene la capacidad de construir realidades sociales y fortalecer procesos identitarios a través de la forma en que se sitúan los objetos, unos con respecto a otros.[27] Bajo esta perspectiva, el énfasis está puesto sobre las relaciones de poder que surgen a partir del posicionamiento privilegiado de ciertos objetos en relación a otros, es decir:

> Los discursos están estructurados en términos de oposición binaria. Esto último está lejos de ser neutral. Por el contrario establece una relación de poder en la cual uno de los elementos de la oposición binaria es privilegiado. Así, el discurso como sistema de significación es, entre otras cosas, capaz de posicionar al enemigo en una relación de poder.[28]

Dentro del presente estudio, se utiliza esta herramienta de análisis, principalmente, para examinar la construcción de la persona retórica. A manera de ejemplo, Boaventura de Sousa Santos plantea que este tipo de relación binaria entre objetos produce formas de "no-existencia", lo cual ha sido una problemática constante cuando se aborda la problemática indígena. Según el autor, "la no-existencia es producida siempre que cierta entidad es descalificada y considerada invisible, no-inteligible

24 Ibíd.

25 Ibíd.

26 B. Zepeda. "Construyendo la nación del siglo XXI. La Patria en el discurso de Rafael Correa", *op. cit.*, p. 170.

27 Ibíd.

28 M. Ortega. "La reinvención de la OTAN: transformación institucional desde el discurso", *op. cit.,* p. 34.

o desechable en relación a otra".[29] La modernidad, posicionó varias formas de no-existencia a través del discurso: lo científico versus lo ancestral, lo civilizado versus lo incivilizado, lo universal versus lo local, lo productivo versus lo estéril, el educado versus el ignorante, lo moderno frente a lo tradicional.

Para abordar el corpus discursivo seleccionado, nos hemos basado en un método inductivo y en el uso de categorías discursivas de análisis. Dichas categorías surgen a partir de una revisión previa del corpus. Es decir, no son categorías dadas de antemano, sino que surgen a partir de la revisión del material escogido y de la construcción de categorías provisionales, que posteriormente deberán ser validadas.[30] Dichas categorías nos permiten aproximarnos al discurso en busca de nociones y conceptos clave que estructuren todo el texto y que responden a posiciones ideológicas más amplias. Por lo tanto, las categorías generadas están atadas al objeto de estudio propuesto.

Se ha apelado a elementos del análisis retórico para examinar el corpus discursivo, ya que, como bien señalan Ann M. Gill y Karen Whedbee, "el discurso político es el objeto fundamental de la práctica retórica".[31] En este sentido, las herramientas escogidas resultan útiles para acercarnos al texto y poder interpretarlo.

Un primer elemento que hemos tomado en cuenta radica en la composición retórica del discurso público, la cual que está dividida en cinco cánones y constituyen, a la vez, las principales etapas para la composición y pronunciación de un discurso. La identificación de dichos cánones en el corpus analizado nos permite comprender la forma en que trabajan los oradores y, por lo tanto, interpretar de mejor manera el texto estudiado. Estos son: la construcción de argumentos válidos, la organización y disposición de dichos argumentos a lo largo del discurso, la forma en cómo se expresan esas ideas en torno al lenguaje y los tonos de voz, los mecanismos utilizados por el orador para "vestir" sus ideas a través de recursos discursivos como tropos y esquemas y, finalmente, las estrategias verbales utilizadas para pronunciar un discurso eficaz.[32]

Otro aspecto importante a tomar en cuenta dentro del análisis retórico radica en los modos de demostración para persuadir al público. Ann M. Gill y Karen Whedbee señalan cuatro mecanismos: primero, mediante el carácter del orador, es decir, inducir al auditorio con base en sus modos de comportarse; segundo, a través de la manipulación de las emociones; tercero, mediante la forma cómo el orador logra defender una tesis utilizando razonamientos convincentes y, finalmente, con base en la capacidad del orador para adaptar su discurso, tanto al público como a la situación histórica donde se inserta una determinada temática.[33]

Por otro lado, el investigador debe formularse tres grandes preguntas que le permitirán guiar todo el proceso de la crítica retórica. Estas son: "¿Qué expectativas genera el contexto?, ¿qué es lo que se presenta al público? y ¿qué características resultan significativas?".[34] Respecto al primer interrogante, los autores proponen dirigir la mirada al momento histórico dentro del cual se produjo un discurso en particular. Es

29 Boaventura de Sousa Santos. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología el Sur, op. cit.*, p. 37.

30 Beatriz Zepeda. "Construyendo la nación del siglo XXI. La Patria en el discurso de Rafael Correa", *op. cit.,* pp. 159-197.

31 K. Whedbee y A. M. Gill. "Retórica", *op. cit.*, p. 234.

32 Ibíd., pp. 233-270.

33 Ibíd.

34 Ibíd., p. 238.

decir, considerar los sucesos, la situación, las circunstancias específicas que moldean e influyen en la producción misma de un texto. El contexto, por lo tanto, definirá el tono que debe utilizar el orador en un momento dado; la audiencia a la que debe dirigirse con mayor énfasis; el género a utilizar, es decir, el estilo del texto (que debe guardar relación con la audiencia) y, finalmente, la credibilidad del orador frente a la audiencia.[35]

La segunda pregunta por su parte, se enfoca en lo que el texto intenta mostrar al público, y en este sentido, examina los elementos que al orador le interesa resaltar o pasar por alto. Para esto, podemos basarnos en las siguientes categorías: primero, la construcción de la persona retórica; segundo, la construcción del auditorio implícito; tercero, la percepción del contexto y, por último, las ausencias y silencios fabricados. En cuanto al primer punto, se plantea que es importante diferenciar entre el orador y la persona retórica, o "ficticia", construida a lo largo del discurso. De esta forma, se busca analizar a aquella persona "creada" que procura identificarse con la población, con el fin de encontrar legitimidad política.[36]

La segunda categoría, sobre la construcción del auditorio, también sostiene que es importante distinguir entre el auditorio real y el implícito. Es decir, la audiencia también puede ser creada en función de los intereses que el orador persigue. En este sentido, la audiencia es construida a partir de un mundo simbólico propuesto por el orador. La tercera categoría se refiere a los objetos, acontecimientos y hechos dentro de un contexto determinado, que al orador le interesa subrayar por sobre otros. Esta selección de objetos genera una percepción también artificial del entorno. Finalmente, lo relativo a las ausencias, busca examinar aquello que no aparece en el texto y que fue silenciado por el orador. De esta forma, el hablante delimita la realidad y deja por fuera una serie de sujetos, principios o valores que no fueron nombrados en el discurso.[37]

Por último, respecto a las características significativas del texto, nos enfocaremos en los siguientes elementos: la argumentación y el uso de metáforas. La primera tiene que ver con el aparato lógico que articula el texto y la forma cómo se sustenta una tesis que precede a una acción determinada. El uso de metáforas, por su parte, ocupa un rol importante tanto en la construcción del lenguaje como en la influencia sobre las prácticas cotidianas. Desde nuestra perspectiva, consideramos que la construcción de metáforas afecta la forma en cómo concebimos la realidad misma, y por esta razón la hemos tomado en cuenta dentro de nuestro marco metodológico.

Los discursos, por lo tanto, están cargados de cierta "opacidad", y a través de las herramientas de análisis se pretende dar cuenta de la realidad social que pretenden construir. El lenguaje tiene la capacidad de mostrar ciertas cosas, pero al mismo tiempo distorsiona y oculta otras. A decir de Pedro Santander respecto al porqué del análisis del discurso, señala lo siguiente:

> Si los discursos fueran transparentes, ¿qué sentido tendría hacer análisis? (...) lo que ocurre en el nivel de la circulación de los discursos no es necesariamente un reflejo de lo ocurrido en

35 Ibíd.

36 Ibíd.

37 Ibíd., pp. 233-270.

> el nivel de su producción, lo que quedan son huellas, pistas, hebras, síntomas que el analista debe saber interpretar.[38]

En resumen, el marco metodológico presentado previamente nos ofrece una serie de herramientas y métodos concretos para poder abordar un texto en particular y, de esta forma, desmontar estructuras discursivas complejas existentes.

Pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. Definiciones y antecedentes

En la última década, se han realizado importantes esfuerzos para incorporar en el debate político y normativo los derechos de pueblos indígenas en todo el mundo. Actualmente, evidenciamos que esta problemática se ha materializado en diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos, así como también en el derecho local de varios países de América Latina. Ecuador y Bolivia, por ejemplo, han introducido en sus respectivos marcos constitucionales y planes nacionales de desarrollo, principios sustanciales para la construcción de un proyecto inclusivo, tanto en lo económico como en lo social, a través del denominado Sumak Kawsay o Buen Vivir. Este proyecto implica la construcción de un nuevo paradigma de desarrollo humano integral, que suplanta la visión tradicional economicista y utilitarista liberal del desarrollo. Así, señala Barrientos, que:

> Esta manera de pensar se plantea como una nueva forma de concebir la relación entre el Estado, los actores políticos, la sociedad civil, y aquellos grupos marginados dentro de América Latina. Esta nueva lógica (...) entra en contradicción con el paradigma dominante, el capitalismo, cuya lógica central es la acumulación el consumo y atenta contra la forma de vida de los pueblos indígenas y sus territorios.[39]

Por otra parte, el reconocimiento de la justicia indígena, a través de la institucionalización y creación de organismos particulares para la resolución de conflictos internos con base en su propia cosmovisión y concepción del derecho, ha sido otro paso importante para reconocer y entender las diversidades culturales. Evidenciamos que América Latina goza de nuevas herramientas para defender la diversidad y participación de pueblos indígenas, respaldada tanto por constituciones nacionales inclusivas como por instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos.

La lucha por la institucionalización de la justicia indígena ha sido un paso importante, y hasta necesario, para reconocer la existencia y validez de culturas y cosmovisiones diferentes. Otro campo de acción en materia de inclusión de grupos históricamente excluidos en la región radica en la reflexión alrededor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Según se detalla en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año 2013: "en el continente americano habita el mayor número de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en el mundo".[40] Es decir, son sobrevivientes no coloni-

38 Pedro Santander. "Por qué y cómo hacer análisis del discurso", *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales,* Vol. 41, N° 11, 2011, p. 210.

39 María Barrientos. "Reseña entre el desarrollo y el Buen Vivir. Recursos naturales y conflictos en territorios indígenas", *Íconos*, Vol. 19, N° 51, 2015, p. 222.

40 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.* 2013, p. 1.

zados, que no se relacionan con los Estados modernos. Sin embargo, existe una alta demanda internacional de recursos naturales en los territorios habitados por pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, en este caso la Amazonía y el Gran Chaco. Esta situación los coloca en un estado de vulnerabilidad.

Según los datos que ofrecen investigaciones realizadas por el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) y el Instituto de Promoción de Estudios Sociales (IEPS), se estima que en el continente americano existen cerca de 200 pueblos indígenas en aislamiento, lo que corresponde a un aproximado de 10.000 personas que viven en países como: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. Dichos grupos habitan en zonas de difícil acceso que, sin embargo, son territorios de abundantes recursos naturales y biodiversidad.[41]

Con el objetivo de incluir en el debate a los grupos mencionados, es importante presentar definiciones sobre ciertas categorías: pueblos en aislamiento voluntario y pueblos en contacto inicial. Cada una de las denominaciones hace referencia a sistemas sociales, económicos, políticos y organizativos propios, es decir, no relacionados con la tradición moderna occidental.[42] En el sentido estricto del término, no se los puede considerar como "no contactados", dado que ellos o sus antepasados han presentado algún tipo de relación con sociedades ajenas a ellas.[43] Sin embargo, lo que los términos "aislamiento voluntario" y "contacto inicial" pretenden exponer es la decisión voluntaria de dichos grupos de aislarse debido a experiencias traumáticas que vivieron en situaciones de contacto previas. Por lo tanto, el aislamiento se convirtió en una estrategia de supervivencia frente a la expansión de la globalización, el mercado capitalista y la modernidad.[44]

Para definir la categoría de pueblos en aislamiento voluntario utilizaremos la definición propuesta por la CIDH en su informe del 2013 sobre pueblos aislamiento voluntario y contacto inicial en la Américas, que señala lo siguiente:

> Son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo. También son (...) pueblos previamente contactados y que, tras un contacto intermitente con las sociedades no indígenas han vuelto a una situación de aislamiento, y rompen las relaciones de contacto que pudieran tener con dichas sociedades.[45]

Por otro lado, cuando nos referimos a pueblos en contacto inicial hablamos de "segmentos de pueblos indígenas que mantienen un contacto intermitente o esporádico con la población mayoritaria no indígena".[46] El término inicial en este contexto, pretende mostrar que si bien existe un grado de interacción más continuo en

41 D. Shelton *et al. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*. N.A. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)-Instituto de Promoción Estudios Sociales (IEPS), 2012.

42 Beatriz Huertas. *Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad.* Bolivia, Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, 2002.

43 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*, 2013.

44 Beatriz Huertas. *Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad, op. cit.*

45 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*, 2013, p. 4.

46 Ibíd.

comparación con la categoría anterior, no comparten otras cosmovisiones, códigos culturales, estructuras sociales o políticas ajenas a las propias.

En Ecuador, se han identificado dos grupos en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía. Según se detalla en un documento oficial respecto a los pueblos en situación de aislamiento voluntario, "en el territorio ecuatoriano viven al menos dos pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Son los Taromenane y Tagaeri, que en su situación de pueblos originarios se convirtieron en el testimonio vivo de la cultura y patrimonio sociocultural tangible e intangible de la humanidad".[47] Estos pueblos viven en una situación de vulnerabilidad extrema, debido al avance de la civilización y el desarrollo económico que amenaza sus territorios, que son zonas de extracción petrolera y maderera en el país.

En el Parque Nacional Yasuní habitan los pueblos Tagaeri y Taromenane, razón por lo cual se declaró una franja del parque como zona irreductible e intangible, en la cual está vedada todo tipo de actividad extractiva. Dicho territorio es considerado por la Constitución del Ecuador del 2008 como un espacio de posesión ancestral de los pueblos en aislamiento voluntario. En el 2013, el gobierno ecuatoriano, con base en una declaratoria de interés nacional, permite el aprovechamiento del petróleo en el Yasuní, específicamente en los campos Ishpingo, Tambococha y Tiputini (ITT). La producción discursiva utilizada por el gobierno, en el contexto antes mencionado, será el objeto del presente estudio.

En medio de esta aldea global, asegurar el respeto por los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial cobra una importancia especial, que nos implica a todos si se pretende construir una sociedad intercultural respetuosa de las diversidades. Ello pues, en palabras de la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana, se menciona lo siguiente:

> Ante la imposibilidad de defender sus propios derechos, los Estados, organismos internacionales, integrantes de la sociedad civil, y otros actores en la defensa de los derechos humanos son quienes deben asegurar que sus derechos humanos sean respetados (...), tomando en cuenta las particularidades de su situación.[48]

Marco contextual: acerca del caso de estudio. Yasuní-ITT

Como se mencionó previamente, el objetivo del presente trabajo se centra en el análisis del material discursivo producido por el gobierno ecuatoriano en el marco de proyectos de extractivismo y, más específicamente, respecto al proyecto de explotación petrolera en el Yasuní-ITT. Este parque nacional, ubicado en la ecorregión húmeda del Napo, declarado Parque Nacional en 1979 y considerado como red UNESCO en 1989 de acuerdo con la característica de Reserva de Biósfera, es una de las áreas biológicas y culturalmente más importantes en todo el planeta. Según estudios científicos, es la región con mayor diversidad biológica del planeta.[49] Además, es

47 Gobierno Nacional República del Ecuador. *Política Nacional de los pueblos en situación de aislamiento voluntario.* Documento de Consulta, p. 1.

48 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*, 2013, p. 1

49 Ecologistas en Acción. *La iniciativa ITT-Yasuní. Un ejemplo de cómo transitar hacia un mundo sin calentamiento global, biodiverso y basado en energías renovables*, documento electrónico disponible en: http://www.ecologistasenaccion.org/IMG/

territorio de varias comunidades indígenas y pueblos en aislamiento voluntario, como es el caso de los pueblos Tagaeri y Taromenane, razón por la cual, en 1999, la parte sur del Parque fue declarada como Zona Intangible de Conservación. De esta forma, se prohibió todo tipo de actividad extractiva, ya que se trataba de un espacio vital para la supervivencia de los grupos étnicos mencionados.

Debido a las reservas de energía fósil que existen en el lugar, sumado al papel crucial que el petróleo ha jugado históricamente en la economía del país, el Estado ecuatoriano ha zonificado áreas específicas de la región amazónica, para garantizar las actividades industriales de la producción petrolera[50] (ver mapa que se ofrece a continuación). Según la literatura revisada al respecto, podemos identificar cinco grandes líneas temáticas, que se superponen unas con otras y a las cuales el Estado ha debido atender evidenciando varios conflictos. Al respecto, Iván Narváez señala lo siguiente:

> Lo que se observa en el Yasuní (y alrededores) es la superposición de cinco principales políticas territoriales del Estado ecuatoriano: la producción de petróleo (varias concesiones petroleras a empresas nacionales e internacionales); la protección de la naturaleza (Parque Natural Yasuní desde 1979 y Reserva de la Biosfera Yasuní, UNESCO, desde 1989); el reconocimiento de los derechos indígenas (territorio waorani y zona intangible Tagaeri Taromenane); la colonización agraria (que utiliza las vías preparadas para las operaciones petroleras: por ejemplo la vía Auca); la agroindustria (la palma aceitera cerca del Lago Agrio mezclada con las actividades petroleras).[51]

Vale mencionar que en la presente investigación, nos hemos enfocado en las tres primeras dimensiones que son parte del contexto de análisis en el cual se inserta el texto discursivo analizado: producción de petróleo, protección de la naturaleza y derechos indígenas fundamentalmente. Estos elementos serán tomados en cuenta para el desarrollo del capítulo analítico, e intentaremos evidenciar cómo dichas políticas entran en coalición unas con otras.

Debido a las características únicas del lugar, el gobierno ecuatoriano, en junio del 2007, lanzó la Iniciativa Yasuní-ITT. Dicha Iniciativa propuso mantener de forma indefinida en el subsuelo, el crudo del bloque petrolero ITT, ubicado en la Amazonía ecuatoriana, específicamente en el Parque Nacional Yasuní, a cambio de una compensación económica: el valor de al menos el 50% de los beneficios que el Estado recibiría si dichas reservas fueran explotadas.[52] El objetivo era evitar que se arrojen a la atmósfera más de 400 millones de toneladas de CO2, derivadas de la quema de 800 millones de barriles de petróleo, y también que se evite de ese modo, intervenir sobre la zona más biodiversa del planeta.

Por lo tanto, la Iniciativa buscaba una compensación de carácter económico por la generación y producción de bienes globales; en este caso, el oxígeno. De esta forma, se intentaba buscar nuevas alternativas en términos de recursos económicos, que se

pdf/a_iniciativa_itt_yasuni.pdf. Acceso 23 de junio de 2015.

50 I. Narváez, M. de Marchi y E. Pappalardo. "Yasuní: en clave de derechos y como ícono de la transición, para ubicarse en la selva de proyectos", en I. Narváez *et al.* (comps.): *Yasuní zona de sacrificio. Análisis de la iniciativa ITT y los derechos colectivos indígenas.* Ecuador, FLACSO, 2013, pp. 9-26.

51 Ibíd., p. 10.

52 Ecologistas en Acción. *La iniciativa ITT-Yasuní. Un ejemplo de cómo transitar hacia un mundo sin calentamiento global, biodiverso y basado en energías renovables, op. cit.*

alejen del modelo extractivo en el país y de esta forma se contribuya también a la lucha contra el cambio climático y la conservación de la biodiversidad en el Ecuador.

En agosto del 2013, el presidente de la República, Rafael Correa, firmó el decreto Nº 74, con el que solicitó a la Asamblea Nacional la declaratoria de "interés nacional" para el aprovechamiento del petróleo en el Yasuní, con el fin de invertir en proyectos y programas de corte social. Se tuvo que utilizar este recurso constitucional de "declaratoria de interés nacional", dado que el artículo 57 de la Constitución prohíbe la actividad extractivista en zonas donde habiten pueblos indígenas.

De esta forma, se continuó con una larga tradición en el Ecuador que colocó al petróleo como el eje principal de la economía. Según varios autores, existen dos etapas dentro del proceso de exploración petrolera en el país. La primera, entre 1911 y 1970, se focaliza en la exploración y explotación de crudo en la península de Santa Elena, y presenta ciertas características importantes: el uso de crudo liviano; el uso de tecnología primaria, es decir, con un alto impacto en lo social como en lo ambiental; la falta de consideración de la contratación pública y la concesión otorgada a una compañía extranjera.

Según Edmundo Guerra, el proceso de concesión y distribución de ganancias fue totalmente adverso para el Ecuador. Según una declaración tomada del ex ministro de Energía, Gustavo Jarrín Ampudia, y citada por Guerra en su artículo "Explotación petrolera: ¿Oportunidad para el desarrollo sostenible o una seria amenaza?", se señala: "el beneficio directo para el Estado ecuatoriano fue del 1%, bajo la figura de la concesión y la regalía. El 99% fue beneficio directo para la empresa Anglo, subsidiaria de la transnacional British Petroleum".[53]

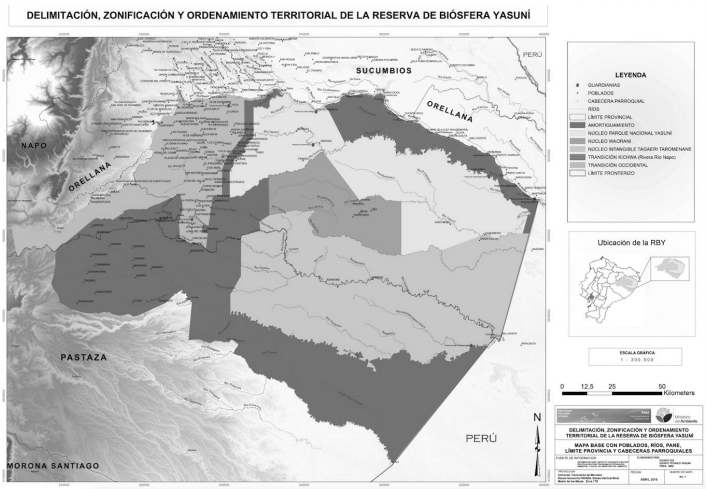
La segunda etapa, que arranca en 1970, se ubica en la zona de Lago Agrio, en la región amazónica del Aguarico. Durante este período, se construye el nuevo oleoducto de crudos pesados y, a diferencia de la etapa anterior, la industria hidrocarburífera esuvo a cargo del Estado a través de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), la cual asumió todas las fases del proceso industrial del crudo (explotación, comercialización e industrialización del petróleo). Luego, en el gobierno de Rodrigo Borja, cambió su nombre a Petroecuador y se la dividió en tres instituciones: Petroproducción, Petroindustrial y Petrocomercial. En el 2007, durante el gobierno de Rafael Correa, se creó la empresa estatal Petroamazonas, la cual se fusionó con Petroecuador y asumió la responsabilidad casi total de la producción hidrocarburífera en el Ecuador hasta la actualidad. La explotación del bloque ITT en la Amazonía ecuatoriana está a cargo de dicha empresa.

Estas características, detalladas brevemente, nos ofrecen un caso de estudio muy complejo y rico a la vez, para desagregar intereses políticos, sociales, y económicos. Es importante mencionar que Ecuador presenta, en su Constitución Nacional, un enfoque del denominado Buen Vivir o Sumak Kawsay que, como ya se mencionó en breves rasgos, plantea una "nueva forma" de concebir la relación entre el Estado y los nuevos actores políticos, la sociedad civil y los grupos históricamente marginados dentro de Latinoamérica, entre ellos, los pueblos indígenas. También, ofrece una visión que rompe con el modelo neoliberal, fundamentalmente economicista, y presenta una relación equilibrada entre el ser humano y la naturaleza.

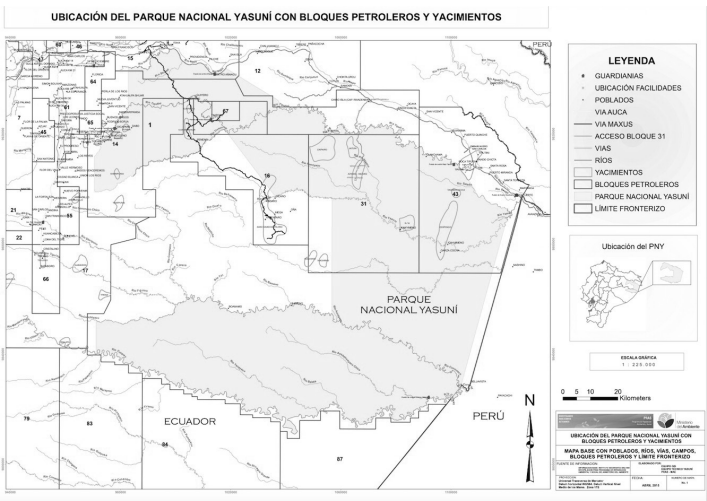
53 Edmundo Guerra. *Explotación petrolera: ¿Oportunidad para el desarrollo sostenible o una seria amenaza?* Ecuador, FLACSO, 2003, p. 11.

Por lo tanto, nuestro caso de estudio no solo muestra tensiones entre el uso de recursos naturales y la sobrevivencia de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, sino también muestra una incoherencia grave entre el modelo de desarrollo regional extractivista que implementó el gobierno ecuatoriano y el paradigma del Buen Vivir consagrado en la Constitución, que protege el derecho a la naturaleza y los derechos de los pueblos indígenas.

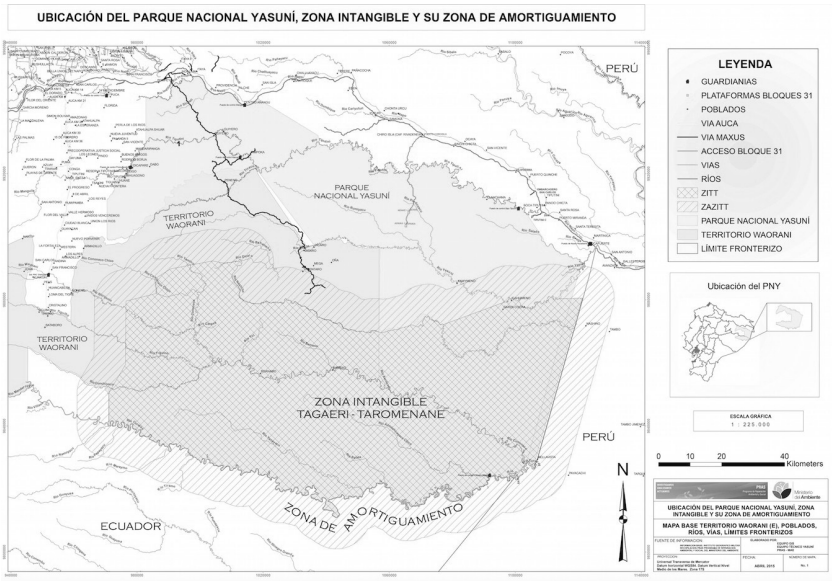
La decisión de tomar este caso de estudio es la consideración de que el mismo refleja una tensión a nivel regional para articular el desarrollo, los derechos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial con el medio ambiente.



Fuente: Yasuní Transparente. Disponible en: http://yasunitransparente.ambiente.gob.ec/mapas.



Fuente: Yasuní Transparente. Disponible en: http://yasunitransparente.ambiente.gob.ec/mapas.



Fuente: Yasuní Transparente. Disponible en: http://yasunitransparente.ambiente.gob.ec/mapas.

Capítulo 2

CONTEXTO NORMATIVO

En este apartado analizaremos el marco normativo de protección de los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial tomando en cuenta como punto articulador su condición particular de vulnerabilidad y exposición. A tal efecto, se recogen los diversos instrumentos internacionales, regionales y nacionales de protección de derechos humanos que conforman ese marco de protección. La exposición comenzará con el marco internacional, continuará con el regional interamericano y, finalmente, se analizará la Constitución de Ecuador.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El instrumento internacional de protección más importante en materia de garantía y defensa de pueblos indígenas es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre del 2007 por la Asamblea General de la ONU.

Respecto a este instrumento, podemos notar que si bien no existe un artículo dirigido estrictamente a pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, este instrumento proyecta un marco de protección de derechos de los pueblos indígenas aplicable al caso. Lo importante respecto a este instrumento de protección es el compromiso que han mostrado los Estados y la comunidad internacional respecto a un tema que ha sido históricamente poco abordado.

El artículo 3 consagra el derecho a la libre determinación de pueblos indígenas y, en este sentido, rescata lo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señalan en sus artículos 1°, respectivamente. Al respecto, el artículo mencionado señala lo siguiente: "En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Este artículo es importante, como bien se dijo previamente, ya que el derecho a la libre determinación se articula con la decisión de los pueblos de permanecer en aislamiento si así lo desean.

El artículo 5 abre la posibilidad a los pueblos indígenas de relacionarse con el Estado o no, con el objeto de conservar sus propias instituciones y señala lo siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, *si lo desean*, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

> Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Respecto al territorio de los pueblos no contactados, resulta aplicable la Declaración cuando dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a los territorios que tradicionalmente han ocupado, poseído y utilizado. El derecho a tierra y territorios para pueblos no contactados es fundamental para garantizar su supervivencia. Este derecho está protegido en el artículo 26.1 de la Declaración: "Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido".

La Declaración también señala que los pueblos no podrán ser desplazados de sus territorios,[54] así como también se promueve el respeto a practicar sus tradiciones y costumbres.[55] En este sentido, también se garantiza el derecho a tener "sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital".[56] Este elemento es importante, ya que cuando hablamos de pueblos en aislamiento voluntario, amenazados por el contacto y el extractivismo, garantizar el respeto a sus territorios implica defender su medio de vida, salud, alimento y en general su fuente de bienestar.

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Otra fuente normativa específica en materia de derechos de los pueblos indígenas se expresa en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989. En dicho convenio se reconoce el derecho de los pueblos indígenas "de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan".[57] Por otra parte, el apartado 14.1 explica lo siguiente:

> en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Los artículos 6 y 16 establecen la consulta y consentimiento previo, elementos que también se establecen en otros instrumentos internacionales y que tienen tratamientos distintos en caso de referirse a pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial. Sobre el derecho a tierras y territorios, se especifica en el artículo 13 del Convenio: "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas

54 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. N° 10.

55 Ibíd., art. N° 11.

56 Ibíd., art. N° 24.

57 Art. N° 14 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios (...) y en particular los aspectos colectivos de esa relación". El artículo 16 expone el derecho a no ser trasladados. El apartado 5, por su parte, plantea el reconocimiento y protección de valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, propios de dichos pueblos. Mientras que el artículo 15.2 señala la obligación de los gobiernos a establecer procedimientos de consulta a los pueblos interesados en relación a la explotación de recursos naturales.

Otros instrumentos internacionales

Existen también una serie de instrumentos internacionales que, aunque no resultan específicos a la temática, complementan este marco normativo. La Declaración Universal reconoce el derecho individual a la vida, la libertad y a la seguridad de la persona, específicamente tipificado en su artículo 3. Este artículo está íntimamente vinculado con el derecho al territorio. Por otra parte, en el artículo 17 se reconoce el derecho a la propiedad, individual y colectiva, en este sentido, se establece que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. Este artículo es importante analizarlo en medio de un contexto económico, político y social, dado que los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, sobre todo en Ecuador, viven en zonas de explotación petrolera ubicadas en la región amazónica.

Por otro lado, respecto al sistema de protección universal, tanto el PIDCP como el PIDESC nos ofrecen un marco jurídico útil en el que se reconoce el derecho a la libre determinación antes mencionado. El artículo 1°, común en los dos pactos, plantea los siguientes puntos: "Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". En este artículo, leído a la luz de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, se atribuye a cada agrupación indígena la condición de pueblo, y por lo tanto, la capacidad para decidir su propia forma de organización; económico, social y política, fuera de principios impuestos por el paradigma moderno occidental, en frontal reconocimiento de su dignidad y decisión de aislamiento. Asimismo, se establece el derecho a disponer libremente de sus recursos naturales, como se establece a continuación: "todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (...) en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia".

El artículo 27 del PIDCP complementa la idea en relación con la diversidad cultural y plantea lo siguiente:

> En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Sin embargo, es importante mencionar que el uso de conceptos como "minorías" y "prohibición de discriminación", para referirse a pueblos indígenas, ha sido objeto de varios debates tanto dentro de la academia como al interior de la misma Comisión. El informe de la CIDH del 2000 sobre derechos humanos de los indígenas en las Américas, plantea que, si bien el acercamiento sobre la base de dichos conceptos

fue útil en su tiempo, ahora resulta inapropiada, incompleta e inadecuada. Al respecto la Comisión plantea lo siguiente:

> El tratamiento tradicional de sus derechos como minorías, o por la vía de la prohibición de discriminaciones, no es suficiente, pues desconoce la naturaleza y complejidad de los pueblos indígenas. Se trata en efecto de un hecho más complejo y completo que el de las minorías, o incluso el de un grupo étnico. En efecto, los pueblos indígenas configuran una historia, y unas culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, territorios y hábitat. En fin, dicha realidad rica y compleja es mucho más que una minoría o una raza.[58]

Por otro lado, y a manera de complemento, vemos que existe también una relatoría especial sobre derechos de pueblos indígenas en el marco de la ONU. Dicha relatoría ha permitido visibilizar la situación de los pueblos indígenas en diversas partes del mundo, a través de la emisión de informes anuales y visitas *in loco* y ha funcionado también como nexo entre gobiernos y organismos no gubernamentales. En la actualidad, hay dos temas de suma importancia, como se expone en el informe del 2012: violencia contra las mujeres y niñas indígenas y derechos de pueblos en relación a industrias extractivas.[59]

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Dentro de los instrumentos regionales de protección encontramos, en una esfera más amplia, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Su artículo 23, sobre el derecho a la propiedad, si bien no se refiere directamente a pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial o a los pueblos indígenas en general, ha sido interpretado, tanto por la Corte como por la Comisión, como un instrumento que protege también el derecho de pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.[60] El artículo mencionado establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar". Esta tendencia interpretativa de lo jurídico es un esfuerzo realizado, desde los organismos regionales, por sentar contenidos mínimos y fortalecer el derecho a la propiedad comunal (tierra, territorios, recursos naturales), elemento fundamental para su supervivencia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 21, hace referencia también a la propiedad y ha sido interpretada de la misma forma que el artículo 23 de la Declaración Americana.[61] Así lo señala un documento realizado por la Comisión Interamericana sobre derechos de pueblos indígenas y tribales:

58 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. Doc. OEA/Ser.L/Vol 2. 108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000.

59 James Anaya. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. ONU, 2012.

60 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, párrafo 5.

61 Ibíd.

> La Corte concluyó que el artículo 21 de la Convención Americana incluye el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico (...) el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre dicho territorio.[62]

Al igual que otros instrumentos de protección, la Convención Americana no hace referencia directa a pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Sin embargo, menciona algunos principios relevantes que pueden ser interpretados desde una visión más amplia. Los artículos 4 y 5, relacionados con el derecho a la vida y la integridad de las personas. El apartado 12 menciona "la libertad de conservar su religión y sus creencias (...) individual y colectivamente". El artículo 22.1, vinculado al derecho a la circulación y residencia, establece que: "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él", entre otros. Por lo tanto, si bien el derecho al territorio es fundamental en materia de protección de pueblos en aislamiento voluntario, como se establece en el artículo 23 de la Convención, también hace referencia a otro tipo principios que también resultan útiles para su protección.

Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas podría complementar un cuerpo de instrumentos regionales muy fuerte en materia de protección de pueblos indígenas que, según se explica en el informe de la CIDH, se podría convertir en el "primer instrumento internacional que contenga un artículo específico sobre los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial".[63] Según el informe mencionado, el proyecto de Declaración, el cual está en proceso de negociación a la fecha, en su artículo 26 haría referencia directa a pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, lo cual fortalecería de manera significativa la protección de estos grupos:

> 1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas. (Consensuado en octubre de 2005 - Sexta Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos) 2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva. (Consensuado en octubre de 2005 - Sexta Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos).[64]

Constitución de la República del Ecuador del 2008

Finalmente, analizaremos la Constitución de la República del Ecuador del 2008. Según varios autores, dicha Constitución, al igual que la de Bolivia de 2009, marca un punto de inflexión respecto a la protección de los pueblos indígenas y los

62 Ibíd., párrafo 166.

63 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.* 2013, p. 10.

64 Ibíd., p. 17.

derechos de la naturaleza en América Latina. Es decir, se evidencia un giro hacia posturas biocéntricas en materia de derechos.[65] Según explican algunos autores: "las dos [Constituciones] son exponentes del nuevo paradigma del constitucionalismo que se vislumbra con la apertura a la contribución indígena".[66] Otros, por su parte, y específicamente sobre la Constitución del Ecuador del 2008, señalan que hay un énfasis particular en los derechos de la naturaleza, punto clave a tomar en cuenta para esta investigación. Al respecto, María José Narváez establece lo siguiente:

> El Estado constitucional de derechos, plurinacional, tiene base en el nuevo paradigma jurídico político denominado neoconstitucionalismo y en el constitucionalismo social latinoamericano, que le asigna un sentido histórico con identidad. Su principal divisa es el respeto de los derechos fundamentales individuales y colectivos, de la naturaleza reconocida como sujeto de derechos, y la adopción del sumak kawsay como sustrato rector de la conducta pública y privada, individual y colectiva.[67]

Hablar de derechos de la naturaleza, o de la naturaleza como sujeto de derechos, marca un giro epistemológico en materia jurídica. La Constitución del 2008 asume una orientación con base en conceptos y lógicas autónomas que no fueron tomados en cuenta por la tradición jurídica positivista.[68] El artículo 10.2 de la Constitución señala, respecto a los derechos de la naturaleza, que: "gozan de la aplicación del principio de inmediatez al igual que los otros derechos consagrados constitucionalmente". Por lo tanto, la naturaleza goza de reconocimiento como entidad jurídica y afirma su independencia en relación a los seres humanos. El artículo 71 habla de la exigibilidad de los derechos de la naturaleza y plantea lo siguiente:

> La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

El artículo 83, numeral 6, también hace referencia a los derechos de la naturaleza: "Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible". Asimismo, el artículo 276.4 plantea lo siguiente:

> Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.

65 Eduardo Gudynas. "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", *Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes,* N° 32, 2009, pp. 33-47.

66 Bartolomé Clavero. "Constitucionalismo indígena en América latina, con particular consideración de Colombia". *Paper* presentado en el *Seminario Internacional Veinte años de constitucionalismo social*, Colombia, septiembre del 2011.

67 María José Narváez. "Yasuní y el proceso petrolero: el derecho colectivo indígena a la consulta previa, libre e informada en el Estado constitucional de derechos", en I. Narváez *et al.* (comp.): *Yasuní zona de sacrificio. Análisis de la iniciativa ITT y los derechos colectivos indígenas.* Ecuador, FLACSO, 2013, p. 102.

68 Ibíd., p. 106.

La Constitución del Ecuador, en su capítulo cuarto, sobre derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, dentro del Título II referido a los derechos, menciona una serie de principios que hacen referencia a la protección de pueblos indígenas en general. El artículo 57, sobre el derecho a la libre determinación, reconoce una serie de derechos colectivos que resultan útiles para pensar la problemática indígena:

> 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. (...) 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. (...) 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales. (...) 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. (…) 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

Por otra parte, la Constitución del Ecuador también hace referencia específica a pueblos en aislamiento voluntario. Según se establece:

> los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos.[69]

El reconocimiento específico de estos grupos vulnerables y el grupo de principios vinculados a la defensa de derechos colectivos son un cuerpo jurídico importante en materia de protección de pueblos indígenas.

En suma, se observa que existe un amplio marco normativo para la defensa de pueblos indígenas. Sin embargo, a nivel del derecho internacional de los derechos humanos, no existe una especificación en materia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, salvo lo que pueda integrar el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas todavía en proceso de discusión. Aun así, como lo señala el artículo 57 de la Constitución del Ecuador, existen una serie de derechos que están directamente relacionados con los grupos en aislamiento voluntario y contacto inicial y, de algún modo, son puntos clave que nos ofrecen un marco de protección muy completo.

Primero, uno de los principios clave que recogen varios instrumentos internacionales para la defensa de pueblos indígenas en contacto inicial y aislamiento voluntario es el derecho a la libre determinación de los pueblos. En nuestro caso particular, podemos entender el principio de no contacto como la manifestación del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación.[70] Este punto es clave respecto a nuestro tema de investigación, ya que respalda la decisión de cada grupo a permanecer en aislamiento y no contacto respecto al Estado moderno, como una forma de protección y sobrevivencia. Es importante mencionar que gran parte de las amenazas a la que están expuestos los grupos antes mencionados están relacionadas con el contacto, el cual

69 Artículo N° 57 de la Constitución del Ecuador.

70 El derecho de autodeterminación está contenido en los artículos 1° del PIDCP y del PIDESC; y en los artículos 3, 4 y 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

históricamente ha demostrado ser perjudicial: extracción de recursos naturales, enfermedades, alienación cultural, agresiones físicas, entre otros. En este sentido, y según se expone en el Informe de la CIDH sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario:

> el derecho a la libre determinación tiene una relación directa y profunda con los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales (...) los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y a que los Estados les garanticen su derecho a vivir en sus territorios ancestrales para poder preservar dicha identidad.[71]

Segundo, el derecho a la consulta previa e informada. Existen dos lecturas sobre este punto. Primero, cuando se trata de pueblos en aislamiento voluntario, es decir, cuando no existen canales de comunicación o contacto alguno con el Estado, no se puede realizar una consulta previa, como dictan los estándares tradicionales, y se debe respetar el principio a la autodeterminación y su elección a mantenerse en aislamiento. Los grupos antes mencionados, en principio, y por su especial situación, no pueden participar e interactuar con el Estado bajo los procedimientos usualmente utilizados. A diferencia de otros grupos indígenas, estos evaden el contacto como un mecanismo de protección y sobrevivencia. Por otra parte, cuando se trata de grupos en contacto inicial, que de algún modo presentan cierto grado de contacto con el Estado y la sociedad en general, es importante respetar el derecho a la consulta previa, libre e informada. En estas circunstancias, los "Estados deben aplicar los estándares desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericanas de manera culturalmente apropiada".[72]

Tercero, el derecho al territorio.[73] Para las comunidades indígenas, y sobre todo para los grupos en aislamiento voluntario y contacto inicial, el tema del territorio guarda una relación mucho más compleja que la simple idea de propiedad y producción, ya que vincula conceptos como el de identidades colectivas, cultura, espiritualidad y su misma supervivencia. Según Barroso, "los indígenas amazónicos ven al territorio con otros ojos, ven al bosque como la casa grande, su fuente de bienestar, su medio de vida y es en ella donde afirman su identidad".[74] Es decir, no podemos hablar de pueblos indígenas sin vincular su existencia con el territorio. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en esta concepción del territorio como un espacio articulador de relaciones sociales, plantea lo siguiente:

> Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...) Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[75]

71 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*, 2013, p. 10.

72 Ibíd., p. 14

73 El derecho al territorio está contenido en los artículos NN° 10, 26, 27, 28, 29, 30 y 32 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

74 Verónica Barroso. "TIPNIS ¿Un conflicto ambiental o de territorio?", *Letras Verdes,* N° 11, 2012, p. 114.

75 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 149.

Capítulo 3

CORPUS DISCURSIVO

El material analizado surge de los discursos oficiales más relevantes emitidos por el gobierno ecuatoriano en relación con este tema: el discurso de posesión tras ganar la reelección en mayo de 2013;[76] la cadena nacional con la cual comunica al país el fin de la Iniciativa Yasuní-ITT el 15 de agosto de ese mismo año, luego de seis años de haber lanzado el proyecto; y el Enlace ciudadano N° 335 del 17 de agosto, dos días después de haber puesto fin a la Iniciativa.

El 15 de agosto de 2013, el Poder Ejecutivo pone fin a la Iniciativa Yasuní-ITT solicitando a la Asamblea Nacional la declaratoria de "interés nacional". Vale señalar que dicha declaración respecto al "interés nacional" hace referencia a aquellas "decisiones que tocan transversalmente las demandas, intereses, y derechos de todos y todas (...) Se trata de aquellas cuestiones que están conectadas directamente con la idea del bien común y que, por tanto, trascienden los intereses particulares".[77] Por lo tanto, con base en este recurso, se da paso a la explotación de crudo en el Parque Nacional Yasuní y se generan tensiones con varios grupos ambientalistas de la sociedad civil (Yasunidos, Resiste Yasuní, entre otros) y opositores al gobierno.

El discurso de posesión presidencial de mayo del 2013 tiene lugar meses antes del fin de la iniciativa Yasuní-ITT; el mismo tuvo un alcance a nivel internacional y en él se pudo identificar –tras una revisión del texto–, que desde aquel momento el gobierno ya empezaba a dar justificaciones al proyecto de carácter extractivista.

También nos pareció interesante agregar al corpus, un *spot* publicitario de 44 segundos de duración, realizado por la Secretaría Nacional de Comunicación y difundido a todo el país, días después de poner fin a la iniciativa Yasuní-ITT, y que formó parte de una campaña del gobierno para justificar la actividad extractiva en el Yasuní-ITT. El mismo ha sido incorporado al corpus, dado el impacto que generó en toda la población y la fuerte carga simbólica que presenta.

Durante este período, el Ejecutivo tuvo que justificar su intervención sobre el Yasuní desde varios espacios oficiales, material discursivo que resulta de suma importancia, dado que refleja la postura, intereses y prioridades del gobierno respecto al debate del desarrollo, recursos naturales y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Es importante señalar que los grupos en aislamiento voluntario

76 Es importante mencionar que desde el 2013, el presidente ofrece el informe a la Nación el 24 de mayo, fecha en la cual se recuerda la Batalla de Pichincha, con la cual se ganó la independencia de España.

77 Informe de Exposición de Motivos de la Asamblea Nacional del Ecuador sobre la extracción de crudo en el Yasuní-ITT, documento electrónico disponible en: http://suia.ambiente.gob.ec/documents/40785/42337/Resoluci%C3%B3n+Asamblea+Nacional.pdf/1af8c026-3949-42e9-afe6-319c1a1906b4. Acceso mayo de 2015.

y contacto inicial reconocidos por el gobierno ecuatoriano (Tagaeri y Taromenane) viven en el corazón del Parque Nacional Yasuní, razón por la cual el debate del desarrollo y extractivismo transciende lo ambiental y abre toda una gama muy amplia de derechos, mencionados en el capítulo normativo.

Análisis de los discursos de Correa en torno a la explotación en Yasuní

En el presente apartado analizaremos el discurso enfocando en el lenguaje como generador de campos de significaciones y por lo tanto, como condicionador de la práctica social. En una primera instancia y, a manera de introducción, enfocaremos el análisis en la persona retórica y la construcción del auditorio implícito con base en antagonismos, es decir, analizaremos los discursos en términos de oposición binaria como una forma de producir identidad. Luego de revisar el material escogido basados en las dos variables ya mencionadas, temporal y temática, hemos definido tres categorías sobre las cuales analizaremos todo el corpus discursivo: tropo de la pobreza, derecho al territorio y derechos de la naturaleza. Hemos considerado que, alrededor de estas tres categorías, se articula el discurso del gobierno para legitimar su política extractiva en el país y su intervención en el bloque ITT del Yasuní.

Construcción de la persona retórica

La construcción de antagonismos desde el discurso es fundamental para fortalecer la identidad y diferenciarse de otros actores. Como bien señalamos con anterioridad, los discursos se estructuran en términos de oposición binaria para definir identidades. El concepto de antagonismo es una de las dimensiones capitales dentro del discurso, ya que define la identidad por oposición: cuando se producen prácticas antagónicas, se generan las diferencias, y en este sentido, el antagonismo es constitutivo de lo social. Sin esta "oposición", la sociedad se constituye como una unidad cerrada imposible de ser transformada. Gracias a la presencia de una fuerza antagónica y a la diferencia y la oposición, es que se fortalecen discursos hegemónicos y dominantes.

Por tanto, la creación de enemigos en el escenario político permite fortalecer un proceso identitario y de significación con características propias, con el objetivo de establecer fronteras entre "ellos" y "nosotros". Por tal motivo, hemos considerado necesario trabajar en la construcción de la persona retórica con base en la oposición y, en este sentido, reflexionar sobre la manera en que el orador construye su propia imagen y la del auditorio a la vez. Consideramos que tanto la imagen del "yo" así como la del "auditorio" se retroalimentan constantemente.

Es importante señalar que cuando hablamos de la persona retórica, nos referimos a la persona "ficticia" y "artificial" creada por el orador, que busca identificarse con un auditorio en particular, a fin de encontrar respaldo y legitimidad política a través de discurso. Este ejercicio forma parte del proceso de construcción de mayorías, ineludible en la práctica política. La persona retórica, en este caso, surge a partir de la identificación con un auditorio también creado, denominado "auditorio implícito". A decir de Ann M. Gill y Karen Whedbee, vale mencionar lo siguiente: "Los oradores que representan a los grupos oprimidos tienen que negociar una persona retórica aceptable a fin de que sus expresiones sean reconocidas como legítimas".[78]

78 K. Whedbee y A. M. Gill. "Retórica", *op. cit.*, p. 246.

En este sentido, vemos que el discurso de Rafael Correa está cargado de este tipo de referencias en términos de oposición. La Revolución ciudadana, nombre con el que se conoce al régimen de Rafael Correa desde el 2007, se identifica claramente en oposición a las "oligarquías", los partidos políticos tradicionales, el "gran capital", la "prensa corrupta", las élites financieras, los "charlatanes de siempre", los "oportunistas" o la "hipocresía de la comunidad internacional". Su discurso interpreta acertadamente las demandas de la población ecuatoriana en términos de injusticia social e inestabilidad política y dota de nuevos significados a viejas luchas políticas que históricamente se han identificado con la izquierda.

Esta primera característica, vinculada con la injusticia social, es transversal a lo largo de todos los discursos analizados, en los que incluso se llega a identificar el gobierno de la Revolución ciudadana bajo la bandera del "socialismo del siglo XXI", todo esto en el marco del renacer de la izquierda y el "retorno del Estado" al escenario político, que vivió toda la región a partir del 2000. La efectividad del discurso de Correa, dirigido hacia la injusticia social, encuentra como antecedente la crisis neoliberal que dejó la década del 2000 y la denominada "década perdida".[79] Basado en este contexto económico y político, logra articular un discurso de transformación y cambio. Hablar de la Revolución ciudadana genera la ilusión de un discurso político renovado y de cambio, que abre el camino hacia una nueva cultura política en el Ecuador protagonizada por toda la población con base en una propuesta participativa y profundamente democrática.

El estilo carismático de Rafael Correa se ha identificado plenamente con las clases populares en el Ecuador y ha logrado transformar la forma de ver la política en el país. Este elemento forma parte de los mencionados "modos de demostración", a través de los cuales el orador busca persuadir a un público en particular basado en el recurso del *ethos* o carácter del narrador. Es decir, se genera un mayor grado de credibilidad en el auditorio basado en la personalidad y carácter del hablante.

En este sentido, se pasa de una relación vertical entre ciudadanos y élites políticas, propia de los partidos tradicionales, a la idea de un líder que mantiene una relación directa y horizontal con sus "mandantes". Gran parte de su fortaleza discursiva se basa en la construcción de enemigos y confrontación insistente. Como se irá viendo a lo largo del presente análisis, la oposición y los adversarios políticos están constantemente adjetivados, estrategia que le permite construir su propia identidad y, al mismo tiempo, deslegitimar posibles "enemigos" de la Revolución ciudadana. El uso de metáforas y expresiones coloquiales ocupa una parte importante dentro del discurso de Correa, fundamentalmente para deslegitimar a sus adversarios políticos y enemigos en general.

A lo largo del discurso estudiado, hemos podido identificar dos tipos de enemigos, tanto a nivel externo como interno. Los primeros están asociados directamente a lógica neoliberal, el "gran capital", los "países ricos" y la denominada lucha contra el "neocolonialismo". En este sentido, es ya distintivo en el discurso de Rafael Correa el uso de metáforas para fortalecer su discurso: en este caso, el régimen de la Revolución ciudadana habla de la "larga y triste noche neoliberal" en referencia a las políticas implementadas en décadas anteriores, que implicaron un alto costo para

79 Término utilizado para definir la crisis económica que vivió América Latina en la década de 1980.

la población en términos de baja inversión social. Respecto a los enemigos internos, identificamos las "oligarquías", la "prensa corrupta" y las "élites políticas" como los principales adversarios del gobierno de la Revolución. De esta forma, se los asocia como aliados del "capital internacional", "entreguistas" a los Estados Unidos y defensores de intereses particulares y egoístas, todo esto en perjuicio de las clases populares del Ecuador.

Un primer elemento a tomar en cuenta respecto a los enemigos externos, que podemos evidenciar en el discurso de Correa durante el mensaje a la Nación que pone fin a la Iniciativa Yasuní-ITT, es el planteo que objetiviza al enemigo, el cual –según su relato– gira en torno a la comunidad internacional y, específicamente, se dirige a los países más ricos, poderosos e "hipócritas" del sistema. En el mensaje a la Nación, con el que se comunica a la población el fin de la Iniciativa Yasuní-ITT, menciona lo siguiente: "El mundo nos ha fallado (...) pienso que la iniciativa se adelantó a los tiempos, y no pudo, ni quiso ser entendida, por los responsables del cambio climático".[80] El jefe de Estado atribuye frontalmente el fracaso de la Iniciativa a toda la comunidad internacional y adjetivó a dichos países como "contaminadores", marcados por la "lógica del poder" y la "hipocresía".

> El factor fundamental del fracaso es que el mundo es una gran hipocresía y la lógica que prevalece no es la de la justicia, sino la lógica del poder. Es tan simple como duro, queridos jóvenes. Los países contaminadores también son los más ricos y fuertes y, si los bienes ambientales generados por otros son de libre acceso, por qué habrían de pagar algo.[81]

El fragmento previamente citado coloca dos conceptos como opuestos, que resultan interesantes en el discurso: el de justicia –propio de la Revolución ciudadana– y el de poder –ejercido por los países ricos y fuertes del sistema–. Según el gobierno, la comunidad internacional, especialmente los países ricos, debían reconocer en términos financieros el oxígeno que produce la selva amazónica para todo el planeta. En este contexto, señala que:

> No era caridad, era corresponsabilidad en la lucha contra el cambio climático (...) constituía un justo pago por la generación de bienes ambientales. Sin la selva amazónica, principal pulmón del mundo, probablemente hasta la vida en el plantea desaparecería. No obstante, los países amazónicos no recibimos nada a cambio, por ese fundamental bien para la vida.[82]

Queda claro que el discurso de la Revolución ciudadana se apropia del concepto de justicia y coloca al sistema internacional como el principal culpable del fracaso de la Iniciativa Yasuní. "Esa es la gran lucha, queridos jóvenes. Un mundo donde reine la justicia y no solo la conveniencia del más fuerte (...) Con las relaciones de poder vigentes, por qué van compensar a los más débiles, por qué pagar por algo que lo pueden disfrutar gratis".[83]

80 Mensaje a la Nación del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lFc1topfPqM.

81 Ibíd.

82 Ibíd.

83 Ibíd.

Por lo tanto, gran parte de su justificación recae en las relaciones de poder injustas que organizan al mundo. Basado en el concepto de bienes ambientales de libre acceso logra defender su política extractiva en el Yasuní, y plantea que no reconocer económicamente a dichos bienes es una forma de dominación neocolonial. El fracaso de la Iniciativa responde directamente a las relaciones de poder existentes, dominadas principalmente por el capital internacional.

> Todo está en función del poder, no de la lógica de la justicia. Los bienes públicos globales producidos por países pobres, deben ser gratuitos, los de los países hegemónicos, hasta cárcel si no se pagan. Lo triste es que muchas veces, con entusiasmo participamos en esos mecanismos injustos, diría, de explotación. La compensación por la generación de bienes públicos globales implica un problema político de redistribución del ingreso mundial. Tenemos la Iniciativa Yasuní ITT, no nos ha ido tan bien, ¿por qué? Porque no es un problema de lógica ni de justicia, sino de poder. Si he aprendido algo en estos seis años como Presidente, es que el capital domina al mundo, así como los intereses de países hegemónicos.[84]

El concepto de neocolonialismo está en el corazón de todo su discurso, y se lo presenta como uno de los principales enemigos que tienen el Ecuador, los países "pequeños" y la denominada "Patria grande" en general. "El orden mundial no solo es injusto, es inmoral: los dobles estándares cunden por doquier y se quiere sostener hasta las más aberrantes irracionalidades, todo en función del capital".[85] De esta forma, se percibe al neoliberalismo como el principal dispositivo para imponer relaciones neocoloniales en América Latina. Durante su discurso de posesión, en el 2013, muestra un rechazo frontal a las políticas económicas de corte neoliberal que adoptó la región en las décadas pasadas, a las que se cataloga como parte de la "economía ortodoxa" que es necesario rechazar en nombre de la "Patria nueva".[86] La construcción de enemigos internos, élites y oligarquías nacionales también está asociada a la lógica antineoliberal.

Por otro lado, notamos que el discurso se dirige especialmente a los y las jóvenes, algo que se intensifica en el material analizado a partir del pronunciamiento sobre el fracaso de la Iniciativa en agosto del 2013. Esta focalización del público forma parte de la denominada construcción del auditorio implícito. De esta forma, a través del discurso, el gobierno logró separar entre el auditorio "total" a nivel nacional, y el público particular, sobre el cual se centró su atención. Durante el mensaje a la nación, esta delimitación del público a los jóvenes resultó evidente. En este sentido, evitó dirigirse a los espectadores más hostiles dentro del escenario político y puso su mirada sobre las "nuevas generaciones".

Por lo tanto, los jóvenes no son catalogados como enemigos a lo largo de su discurso, más bien intenta incorporarlos a su propuesta: "Bienvenidos ecuatorianas y ecuatorianos y muy especialmente los jóvenes de mi Patria, y de la Patria grande".[87]

84 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI; y en: https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

85 Ibíd.

86 Ibíd.

87 Mensaje a la Nación del presidente de la República. Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=IFc1topfPqM.

Hay un lenguaje conciliador y comprensivo hacia los jóvenes de la Patria. Durante el Enlace ciudadano N° 335, también se evidencia otro tipo de referencias, en los que adjetiva el término "jóvenes" como "queridos": "Así que, queridos jóvenes, yo me siento muy orgulloso de la conciencia ecológica. Eso es fruto de la conciencia de la Revolución ciudadana profundamente ecológica".[88] También se nota el uso de un lenguaje íntimo y familiar, algo que no es usual en sus discursos. De hecho, a lo largo de su administración, ha intentado desvincular a su familia del debate político. Sin embargo, para este tema en particular, relacionado como lo ambiental, asumió otra postura y Correa se muestra en este caso, como un ciudadano común, "afectado" por la decisión de intervenir sobre el Yasuní: "Tuve que hablar hasta con mis hijos de esto. Ellos me dijeron: 'papi, confiamos en ti, yo sé que estas tomando la mejor decisión'".[89] Este mecanismo de persuasión basado en la manipulación de las emociones (*pathos*) fue otra característica fuerte que marcó que el discurso de Correa. A decir de Ann M. Guill y Karen Whedbee, no es lo mismo "emitir un juicio cuando estamos afligidos o alegres, o cuando somos amistosos u hostiles".[90]

A manera de hipótesis, esta mención a los y las "jóvenes" se convierte en un intento por encontrar respaldo en un grupo que durante todo el proceso se apropió del discurso ambientalista y lideró posteriormente las marchas por la defensa del Yasuní. Varios colectivos de la sociedad civil, como Yasunidos, Resiste Yasuní, Acción Ecológica, Igualdad de Derechos Ya, Libertad Animalista, y algunos partidos políticos, como el Frente Popular y Ecuarunari, protagonizaron las protestas en contra de la explotación del bloque ITT en todo el país. Como dijimos, fueron fundamentalmente los y las jóvenes quienes lideraron dichos movimientos sociales y posteriormente se movilizaron basados en un discurso fundamentalmente ambientalista; ese contexto explica la intención en el discurso gubernamental de incorporar a este grupo dentro su postura.

Por otro lado, el discurso del presidente apela al ciudadano común, al sujeto de clase baja que se mueve por fuera de las estructuras clásicas del sistema político y, por lo tanto, no se identifica con un partido tradicional, sino por la defensa de demandas "justas". Para fortalecer esta idea de pertenencia a las clases populares, utiliza, en casi todos sus discursos, una estrategia de deslegitimación del adversario político que, como dijimos, no incluye a los jóvenes del Ecuador.

> Cada vez que alguien proteste, [tendremos que preguntar] ¿cuánto aportó al Yasuní ITT? ¿En qué viaja?, ¿en carro y no en bicicleta?, ¿se baña con agua fría para ahorrar engería? Esto no se trata de solo gritar. Que unos burguesitos con la panza bien llena, que nunca han visitado su país, digan: no topar el Yasuní ITT y lo único ecológico que hacen es ponerle gasolina súper a su ocho cilindros.[91]

La construcción del "enemigo" y el proceso de deslegitimación se enfocan no solo en la comunidad internacional "hipócrita" y responsable del cambio climático, sino también en las clases altas, como evidencia el uso del término "burguesito". El empleo de las metáforas y expresiones coloquiales es también constante a lo largo de

88 Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.

89 Ibíd.

90 K. Whedbee y A. M. Gill. "Retórica", *op. cit.*, p. 235.

91 Ibíd.

todo su discurso, como por ejemplo: "burguesito con la panza bien llena", "ecologistas infantiles",[92] entre otros. A través de este tipo de recursos discursivos, se redefine el concepto mismo de ciudadanía en oposición a las élites económicas. Se entiende por ciudadano a aquellos y aquellas que fueron oprimidos por las clases burguesas y los partidos políticos tradicionales, el migrante, el obrero, el comerciante informal, la empleada doméstica, entre otros. En este sentido, Correa señala lo siguiente: "La Patria ya es todos, pero sobretodo de los más pobres".[93]

Esta capacidad productiva del discurso resultó ser efectiva en la sociedad ecuatoriana. Durante este período, se generaron intensos debates en toda la sociedad, fundamentalmente en las redes sociales, donde grupos a favor del gobierno defendían la actividad extractiva en el Yasuní basadon en una postura de clase. Es decir, se logró posicionar en la opinión pública la idea de que las clases altas, irresponsables con la sociedad y la pobreza, defendían el Yasuní y el medioambiente, siendo ellos los grandes contaminadores. El gobierno por su parte, "responsable" con el país, y con la "historia", trabajaba por el bienestar de las clases populares e históricamente oprimidas. Este giro en la perspectiva del debate hacia un conflicto de "clase" resultó efectivo en términos de justificación y construcción de mayorías a favor de la postura del gobierno. Al respecto, el texto retórico estudiado plantea lo siguiente:

> Conciudadanas, conciudadanos, jóvenes de la Patria grande. Con profunda tristeza, pero con absoluta responsabilidad con nuestro pueblo y con la historia, he tenido que tomar una de las decisiones más difíciles de mi gobierno. He firmado el decreto ejecutivo para la liquidación de los fideicomisos Yasuní ITT y con ello poner fin a la iniciativa. (...) Hemos vivido acostumbrados a enfermedades como dengue, cólera, gastroenteritis; que no deberían existir, y no existen, en países con adecuados servicios sanitarios, agua potable, alcantarillado, rellenos sanitarios. De los cuales, en pleno siglo XXI, solo goza la mitad de la población ecuatoriana. Escúchenme jóvenes de la Patria, solo la mitad de los ecuatorianos tienen agua potable, alcantarillado, relleno sanitario.[94]

Por lo tanto, la principal justificación para la explotación del Yasuní recae en la lucha contra la pobreza –que se analizará en extenso a continuación– y la responsabilidad del Estado de invertir en servicios sociales para los más vulnerables de la Patria. "Tenemos que velar por nuestro pueblo, por nuestra gente, sobre todo por lo más pobres (...) Esta decisión nos desilusiona a todos, pero es necesaria. Ya no podemos hacer más, sin grave perjuicio del bienestar de nuestra gente, la historia nos juzgará".[95]

Las "élites", las "oligarquías", los "mismos de siempre" fueron, desde el inicio de su gobierno, en el 2007, los principales "enemigos" de la Patria. Dichos grupos, aliados al gran capital internacional y cargados de intereses egoístas, son los antagonistas por excelencia de la Revolución ciudadana, según el discurso correísta. La referencia constante a estos grupos antagónicos se ha mantenido durante un período de tiempo relativamente largo en el gobierno de Rafael Correa y ha servido para justificar,

92 Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.

93 Discurso de posesión del Presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

94 Mensaje a la Nación del Presidente de la República. Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lFc1topfPqM.

95 Ibíd.

basadas en un interés "popular", "patriota" y "justo", varias decisiones políticas que resultaron conflictivas. La categoría de "enemigos" de la Patria ha resultado ser fácilmente maleable en función de los conflictos que surjan.

Por otro lado, vemos que el uso de este tipo de recursos discursivos en la narrativa gubernamental basado en el "interés nacional" es constante a lo largo de sus intervenciones y ha sido, quizás, el argumento central para justificar la actividad extractiva en el Yasuní y construir un relato con base en la "unidad política", en medio de un entramado social tan diverso y heterogéneo. Resulta interesante reflexionar en este punto sobre los procesos de cohesión nacional, ya que la construcción de identidades "nacionales" es vital para garantizar estados de orden y gobernabilidad a nivel doméstico. En este contexto, la conformación del Estado nacional ecuatoriano se lo ha planteado, desde una amplia y ya conocida producción académica, como un proceso "inacabado", "abierto" y en "construcción". Son varios los autores que hacen referencia a este proceso inconcluso en cuanto a la construcción de la ecuatorianeidad, que se ha explicado, entre otros factores, por: la incapacidad de las élites locales por lograr una cohesión efectiva, los bajos niveles de intercambio comercial a nivel interno o la priorización del discurso "regionalista" (costa-sierra) por sobre la unidad nacional.[96]

En este sentido, durante las últimas dos décadas, los referentes simbólicos que articularon el discurso de lo nacional, tanto en el Ecuador como en América Latina, se han ido transformando como resultado de un cúmulo de actores, movimientos sociales y otros acumulados históricos. Como bien señala Érika Silva, y a manera de ejemplo, el protagonismo que ha alcanzado el sector indígena[97] en el escenario político ecuatoriano a partir del levantamiento de 1990 obligó a las élites blanco-mestizas a reconstruir simbólicamente su discurso en cuanto a lo nacional e incluir, quizás a regañadientes, una narrativa que gire en torno a lo multi y lo plurinacional, como se refleja en la Constitución de 1998.[98]

En medio de esta reconstrucción simbólica del Estado nación, la transformación política que ha vivido la región desde principios del presente siglo, protagonizada principalmente por gobiernos de corte progresista, ha instalado un nuevo discurso sobre lo nacional (como hemos venido señalando a lo largo de la presente investigación), el cual se ha edificado, a manera de hipótesis, sobre nuevos valores y principios que flotan entre las posturas de izquierda; la reivindicación de derechos económicos, sociales y culturales; la inclusión de clases sociales bajas o la implementación de modelos de desarrollo de corte extractivo-exportador responsables con el medioambiente. Sin embargo, en medio de toda esta nueva narrativa respecto a la construcción nacional, aparecen de forma intermitente, casi imperceptible, nuevos actores (como son los pueblos en aislamiento voluntario) en medio de la narrativa gubernamental. Dichos pueblos cuestionan, por su simple existencia, los modelos de corte extractivista instalados en el país y, fundamentalmente, el proyecto discursivo-ideológico de construcción nacional y de unidad política planteado desde el gobierno.

96 Beatriz Zepeda. "Construyendo la nación del siglo XXI. La Patria en el discurso de Rafael Correa", *op. cit.*, pp. 159-197.

97 Cuando me refiero a la movilización del sector indígena, por obvias razones no incluyo a los grupos en aislamiento voluntario y contacto inicial.

98 Érika Silva. *Identidad Nacional y Poder*. Quito, Abya Yala, 2004.

En este sentido, el caso ecuatoriano forma parte de un fenómeno más amplio de alcance regional, caracterizado por la efervescencia nacionalista en el discurso de los gobiernos y la "refundación" del Estado nación basados en nuevos referentes.[99] De esta forma, el proyecto de construcción nacional es un proceso siempre en construcción, es decir, un camino continuo e ininterrumpido que permite amasar bajo un mismo universo simbólico las diferentes identidades. Pensar la construcción nacional implica, sobre todo, una práctica discursiva. Por lo tanto, esta compleja realidad nos obliga a reflexionar sobre una pregunta fundamental: ¿Qué entendemos por interés nacional? ¿Quiénes integran esta categoría? En un primer análisis, vemos que los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial parecerían no ser parte de este proyecto nacional; de hecho, se los podría percibir como un inconveniente dentro del proyecto.

Por otro lado, es ya conocida la conflictiva relación entre Rafael Correa, y el gobierno en general, contra los medios de comunicación en el Ecuador. Basta recordar la demanda impuesta por Rafael Correa contra diario *El Universo*, sus directores, Carlos, César y Nicolás Pérez, y el editor de *Opinión*, Emilio Palacio, bajo el cargo de injurias calumniosas; el juicio contra los autores del libro *Gran Hermano*, Juan Carlos Calderón y Christian Zurita, por daño moral, y las denuncias contra otros medios como *Diario Hoy* por infracciones electorales, debido a una publicación que apoyaba la tesis contraria al gobierno en el marco de una Consulta popular, entre otros.

La denominada "prensa corrupta", por lo tanto, es otro de los principales enemigos del gobierno que, según sostiene el presidente, defiende los intereses de las élites y las oligarquías. A lo largo de todo su período en la presidencia, ha sabido posicionar la idea de la prensa como un actor político servil al poder y violador, incluso, de derechos humanos en la región. En este sentido, durante sus intervenciones sobre el Yasuní hizo referencia también a la prensa, como podemos notar en el texto a continuación:

> Además de su dudosa propiedad, en manos de élites que callaron ante las dictaduras y dominan desde siempre nuestros países, los medios juegan un rol político. Han tenido la habilidad de identificar sus negocios dedicados a la comunicación con libertad de expresión (...) no hay ejército que pueda invadir el mundo, pero la desinformación de la prensa si lo puede.[100]

Por lo tanto, en el discurso de Correa, las oligarquías y las clases altas son sus principales enemigos a nivel interno, ya que trabajan para los intereses de los grupos de poder. A pesar de que el presidente reconoce la importancia de la prensa libre y responsable para la vida democrática, se muestra incrédulo de que exista este tipo prensa en el país y en América Latina en general:

> Estoy persuadido de que una prensa libre es vital para la democracia, pero estoy igualmente convencido de que una mala prensa es mortal para esa misma democracia. Y en Latinoamérica, con las honrosas excepciones de siempre, la prensa es muy mala.[101]

99 Beatriz Zepeda. "Construyendo la nación del siglo XXI. La Patria en el discurso de Rafael Correa", *op. cit.*, pp. 159-197.

100 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

101 Ibíd.

El gobierno de Correa, en lo discursivo, ha estado cargado de aspectos simbólicos identificados con los pueblos indígenas. Ningún otro gobierno en la historia del Ecuador ha podido lograr tal identificación pública en este sentido. La Revolución ciudadana ha tenido la capacidad de crear imágenes que diferencien al gobierno actual del pasado, de los "mismos de siempre", de la "partidocracia" y de los políticos tradicionales que históricamente han desvalorizado e ignorado todo el imaginario indígena.

Correa, por su parte, en varios de sus discursos públicos habla en quichua, utiliza camisas con diseños de culturas precolombinas y ha logrado incorporar a varios indígenas como parte de su gabinete. Sin embargo, notamos que los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, que son grupos con características propias y condiciones muy particulares debido al no contacto, aún son pueblos invisibilizados en el discurso y agrupados bajo la categoría de "minorías étnicas" o "pueblos ancestrales" de manera general, como se evidencia en el mensaje a la Nación del 2013.[102]

En resumen, vemos que, basado en la construcción de enemigos y actores antagónicos, el discurso de la Revolución ciudadana ha logrado definir su propia identidad. Se han identificado dos tipos de "enemigos" en el corpus discursivo analizado: enemigos externos e internos. Todos ellos se caracterizan por defender políticas neoliberales y los intereses de las oligarquías, élites políticas tradicionales y los grandes capitales financieros. La administración de la Revolución ciudadana se identifica, por su parte, con el ciudadano común de clase baja, históricamente abusado y explotado por las élites políticas públicas tradicionales. Los enemigos de la Revolución ciudadana son presentados como los enemigos del cambio social y de la "Revolución" en sí misma; no se puede volver a perder la Patria en manos de los "mismos de siempre", señala el gobierno. En este sentido, subraya la importancia de transformar las complejas estructuras de poder que han servido para construir una sociedad cargada de injusticias. La Revolución ciudadana asume, a través de su discurso, la responsabilidad total de cambiar dichas relaciones de poder en favor de las clases más pobres. Al respecto, se menciona lo siguiente: "Los pobres socioeconómicos no dejarán de ser pobres con caridad, pero no con ritos, sino con justicia, y eso implica el cambio en las relaciones de poder dentro de una sociedad, un proceso político. Esta es la razón de nuestra Revolución ciudadana".[103]

El tropo de la lucha contra la pobreza

A continuación, analizaremos el uso del tropo de la lucha contra la pobreza y su importancia en el discurso de Rafael Correa. La decisión de analizar dicha categoría se debe a que esta temática articula gran parte del discurso político de la Revolución ciudadana y, en este sentido, es la principal justificación utilizada por el gobierno para intervenir sobre el Yasuní. La lucha contra la pobreza se convierte en una justificación que parece ser maleable, sin importar la temática que se aborde. Por otro lado, veremos que se simplifica el complejo debate que implica el tema de la actividad

102 Mensaje a la Nación del presidente de la República. Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lFc1topfPqM.

103 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

extractiva en el Yasuní, en función de los recursos económicos para inversión social versus el impacto ecológico, situación que invisibiliza otras problemáticas más complejas, como es el caso de los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario y su relación con el Estado. El discurso del gobierno sostiene que la lucha contra la pobreza debe ser la principal preocupación del Estado. Esta postura radical en su discurso, pone en tensión el pleno goce de otros derechos, en este caso, el de la libre determinación, eje central en materia normativa de protección de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial.

La categoría de la lucha contra la pobreza se relaciona directamente con la idea de alcanzar la "segunda y definitiva Independencia".[104] Este punto se vuelve crucial en el discurso de Rafael Correa, ya que la lucha por la justicia social se convierte en el principal referente de todo su gobierno. Hablar de la "segunda y definitiva Independencia" genera un proceso de "remoralización" de la Patria, es decir, se construyen nuevos valores y principios articulados alrededor de la equidad y la lucha contra la pobreza. Ya no se trata de buscar la libertad frente a España; lo que se busca ahora es la libertad frente a la pobreza y la desigualdad social. Esta recurso discursivo de persuasión, anclado en el concepto de "segunda y definitiva Independencia", está cargado de una simbología muy fuerte en el imaginario nacional y, al mismo tiempo, se la presenta a través de una metáfora muy potente. A continuación, citamos un extracto del discurso de Rafael Correa durante la posesión presidencial en el 2013:

> Hoy conmemoramos 191 años de la batalla del Pichincha, cuando conquistamos la libertad a costa de sangre y dolor. Aquel 24 de mayo de 1822, en la falda de este volcán, logramos la independencia política de España. Pero quedó pendiente nuestra segunda y definitiva independencia, la independencia de la pobreza, de la desigualdad, de la injusticia.[105]

Al hablar de "segunda Independencia" y al hacer alusión constante a hechos trascendentales de la historia nacional, se construye un vínculo entre el presidente y los próceres de la Independencia. Antonio José Sucre, Simón Bolívar, Manuela Sáenz, Eloy Alfaro; son figuras que aparecen reiterativamente en el imaginario correísta.[106] Por lo tanto, se pone de manifiesto que el gobierno de la Revolución ciudadana asume y es el único representante de la batalla por la segunda y "definitiva emancipación".

Vale mencionar que el gobierno de la Revolución ciudadana cambió la fecha del informe anual a la Nación al 24 de mayo, fecha en la que se recuerda la Batalla de Pichincha, con la cual se logró la independencia de España. Al respecto, Zepeda señala lo siguiente:

> mientras la conmemoración de la Batalla de Pichincha es el escenario por antonomasia en el que se celebra la "valentía y coraje" (...) también es el ámbito en el que ese tributo se convierte en una enunciación del compromiso con la defensa de la Revolución ciudadana, que, como la Batalla de Pichincha, no es sino una lucha por la dignidad y la soberanía de nuestro pueblo.[107]

104 Discurso de posesión del Presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI- https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

105 Ibíd.

106 Ibíd.

107 Beatriz Zepeda. "Construyendo la nación del siglo XXI. La Patria en el discurso de Rafael Correa", *op. cit.*, p. 181.

En resumen, la lucha contra la pobreza y la desigualdad se convierte en el eje principal del discurso de la Revolución ciudadana y, al mismo tiempo, representa los nuevos valores y principios que componen la categoría de la Patria nueva:

> Simón Rodríguez, el gran maestro del libertador, decía que nuestras naciones, nuestras Repúblicas, nacieron en una gran mentira, porque "supuestamente" habíamos logrado la libertad. Pero aquella nunca había llegado a los indios, a los negros, a las mujeres, a los pobres, a los marginados de siempre. Por eso el mariscal, Antonio José de Sucre, continúa combatiendo con la esperanza. Manuelita Sáenz convocando a la insurrección de los descalzos. La espada libertaria de Simón Bolívar, que pensaba en siglos y miraba en continentes, permanece desenvainada hasta que la pobreza, la desigualdad y la exclusión sean borradas de la Patria grande para siempre. Por esa segunda y definitiva independencia es que luchamos y gracias a Dios avanzamos.[108]

Tras analizar el corpus discursivo seleccionado, podemos señalar que el principal argumento con el que el gobierno justifica la intervención sobre el Yasuní-ITT es la lucha contra la miseria y la pobreza. Por lo tanto, cualquier acción es válida y está justificada, siempre que persiga valores tan "supremos". Este recurso es transversal durante todo su relato y está ligado a diversos temas. Durante el mensaje a la Nación del 15 de agosto del 2013, fecha en la cual se pone fin a la Iniciativa Yasuní-ITT, el presidente hace una referencia constante a dicha categoría:

> (...) se están produciendo muertes que son verdaderos crímenes en el siglo XXI; por dengue, por amebiasis, por desnutrición. Insisto, patologías de la miseria. ¿A ustedes no les gusta el petróleo? Les aseguro que mí tampoco me gusta. Pero a todos nos debería disgustar aún más la miseria. Que nadie se engañe, necesitamos nuestros recursos naturales para superar lo más rápido posible la pobreza.[109]

Durante el Enlace ciudadano N° 335 del 17 de agosto del mismo año, es decir, dos días después del fin de la iniciativa, se reitera la necesidad de combatir la pobreza a través de los recursos económicos que genere la explotación del bloque ITT.

> ¿Qué tiene que ver el Yasuní con muerte infantil? Se nos muerte la gente por diarrea, (...) nos crecen mal los chicos por desnutrición, (...) son patologías de la pobreza, de la escasez. Queremos la vida, la vida para todos, la vida para el Yasuní, pero también la vida de nuestra gente.[110]

El énfasis que hace el gobierno alrededor de la pobreza invisibiliza la problemática vinculada con los pueblos indígenas. Durante el mensaje a la Nación que da fin a la Iniciativa Yasuní-ITT, el gobierno nunca mencionó a los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial que viven en el lugar. La lucha contra la desigualdad social, a costa del impacto ambiental que supone la explotación de petróleo, monopoliza el debate alrededor del Yasuní. Constantemente se hace referencia al impacto ecológico que esto implica, mas no se analiza el costo social y cultural del mismo.

---

108 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

109 Mensaje a la Nación del presidente de la República. Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lFc1topfPqM.

110 Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.

> Podemos garantizar al pueblo ecuatoriano, que se afectará menos del 1 por mil del territorio del Parque Nacional Yasuní. (…) es 100% del Yasuní y cero dólares para agua potable, alcantarillado, combatir la desnutrición infantil, escuelas, hospitales, vencer la miseria, vivienda en nuestra amazonia o 99,9% del Yasuní intacto, brillante como siempre y 19.000 millones de dólares.[111]

Basados en el corpus discursivo analizado, el único momento en que el presidente hace referencia, al menos de manera superficial, a pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial es durante la Ceremonia de Posesión de Mando, en mayo del 2013, en la cual señala:

> La gama multicolor de nuestra flora y fauna se complementa y enriquece con la diversidad de nuestras culturas humanas. Tenemos además de una mayoría mestiza, catorce nacionalidades indígenas, (...) incluyendo a dos pueblos no contactados que han preferido el aislamiento voluntario en el corazón de la selva virgen.[112]

Esta única referencia a los grupos indígenas en aislamiento, hecha meses antes de poner fin a la iniciativa, nos habla del proceso de invisibilización, a través de construcción de ausencias, que sufren estos grupos en el relato político gubernamental. Como bien mencionan Ann M. Gill y Karen Whedbee: "el potencial de un texto para imponer la existencia también incluye el potencial para estipular aquello que es inaceptable, indeseable, insignificante".[113]

Esta construcción de silencios fue fundamental para simplificar el debate político que acarreó la explotación del Yasuní al dilema de luchar contra la miseria versus conservar el medioambiente. Como dijimos previamente, plantear la justicia social como principal bandera de lucha ha sido parte de los valores que el régimen de Correa ha sabido posicionar de manera muy hábil en la población ecuatoriana desde el 2007. Por lo tanto, desde la perspectiva del gobierno, era más sencillo focalizar la discusión alrededor de la lucha contra la pobreza, pues era una temática ya instalada en el imaginario nacional, construida durante toda su administración y que, por ende, iba a tener mayor respaldo popular.

Por otro lado, la única referencia que se hace de los pueblos indígenas durante el mensaje a la Nación del 15 de agosto señala lo siguiente: "Nuestros pueblos ancestrales y minorías étnicas viven en la pobreza y algunos pretenden mantenerlos en esa situación en nombre de la preservación de sus culturas. Como si la miseria, el mayor insulto a la dignidad humana, fuera parte del folklore".[114]

Este único fragmento que habla de los pueblos indígenas lo vincula otra vez con la pobreza, lo cual plantea una serie de falsos argumentos. Primero, no se evidencia un tratamiento específico respecto de los pueblos en aislamiento voluntario que viven en el lugar, sino que se habla de "minorías étnicas" y "pueblos ancestrales" de manera abstracta, lo cual implica una falacia en términos de generalización apresurada. A lo largo del discurso, no se señalan las características únicas de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ni se visualizan derechos fundamentales para su conservación, como el de la

111 Ibíd.

112 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

113 K. Whedbee y A. M. Gill. "Retórica", *op. cit.*, p. 249.

114 Mensaje a la Nación del presidente de la República. Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lFc1topfPqM.

autodeterminación, consulta previa o territorio. Más bien, se habla de pueblos indígenas en general, subsumiéndolos en la categoría de "pobreza", y no se toman en cuenta las particularidades políticas, culturales y sociales que componen dicho grupo étnico.

Su forma de vivir y su organización social rompen con todos los preceptos occidentales, como bien se ha explicado en los capítulos previos. El derecho a la consulta previa, para dar un ejemplo, no se aplica para los grupos en aislamiento voluntario, sino que se respeta su derecho a la autodeterminación y no contacto. Así lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> Una consecuencia del respeto a la libre autodeterminación y a su elección de mantenerse aislados es que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario no intervienen en los canales convencionales de participación (...) Asimismo, no es posible realizar una consulta previa, libre e informada de acuerdo a los estándares establecidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) los pueblos en aislamiento voluntario suelen rehuir al contacto y rechazar la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus tierras y territorios ancestrales.[115]

En otros casos, dicho derecho es clave para pensar la problemática indígena. Por lo tanto, la categoría de pobreza, pensada desde la visión occidental tradicional, no se aplica a pueblos en aislamiento voluntario, como señala el discurso del gobierno, debido a que sus características y situación particular de aislamiento no permite asimilarlos a esa categoría moderna.

El derecho a la libre determinación vinculado con el no contacto está por sobre cualquier otro derecho en este caso particular, ya que, como bien señalamos en el capítulo normativo, el respeto a este derecho garantiza a su vez el pleno goce del resto de sus derechos humanos. Por lo tanto, plantear que los "pueblos ancestrales y minorías étnicas" (pueblos en aislamiento voluntario) viven en la pobreza y que para sacarlos de tal estado es fundamental intervenir sobre sus territorios constituye una falacia evidente, así como también se convierte en una estrategia de invisibilización utilizada por el gobierno. A través del discurso y de la categoría de pobreza se genera una visión de ciudadanía universal que elimina los matices culturales y coloca a todos los sujetos dentro de las categorías occidentales del Estado moderno:

> pretenden mantenerlos en esa situación [de pobreza] en nombre de la preservación de sus culturas. Como que si la miseria, el mayor insulto a la dignidad humana, fuera parte del folklore (...) Nuestros pueblos ancestrales no viven bien, necesitan servicios básicos; niños sin zapatos, viviendas sin piso, con tierra. No es folklore, no es cultura. (...) El desafío para nuestros pueblos ancestrales y para la Patria entera es cambiar para superar la pobreza, sin perder nuestra identidad. Y aquello es posible.[116]

Otro extracto del discurso de Rafael Correa que resulta evidente para revelar esta negación de los derechos de los pueblos indígenas basado en el tropo de la lucha contra la pobreza expone lo siguiente: "Es indudable que los indígenas han sido víctimas de las peores injusticias, pero eso no les da supremacía moral sobre los no victimizados".[117] Esta afirmación resulta interesante dado que hablar de "supremacía" de derechos de un grupo por sobre otro es sencillamente inconcebible, ya que la

115 Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.* 2013, p. 11.

116 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

117 Ibíd.

violación a un caso individual o grupo específico lesiona la totalidad y el principio de todas y todos como personas libres e iguales.

El derecho al territorio

Otro elemento fundamental para abordar la problemática de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial radica en la categoría de territorio y la visión que se pretende dar sobre este concepto desde el gobierno. Desde la cosmovisión indígena y de los pueblos en aislamiento voluntario, el territorio es percibido como la "casa grande", es una comunidad, un espacio de construcción de identidades colectivas, fuente fundamental para la reproducción de sus formas de vida. Históricamente, el territorio se convirtió en un espacio de resistencia, de resignificación y reproducción de nuevas relaciones sociales. La existencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario está vinculada directamente con el concepto de territorio, como señalamos en capítulos previos. Así lo han expresado las Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la región amazónica, el Gran Chaco y la región oriental de Paraguay, realizado por las Naciones Unidas:

> Su situación de aislamiento provoca el desconocimiento de otras formas de subsistencia y hace que los niveles de interdependencia sean aún mayores que para el resto de los pueblos indígenas (...) el respeto de su decisión de mantenerse en aislamiento requiere que se garantice y respete el ejercicio de sus derechos territoriales, ya que cualquier agresión ambiental que sufran, significaría una agresión a sus culturas y la puesta en riesgo del mantenimiento de su aislamiento.[118]

Por otro lado, y a manera de hipótesis, percibimos que el gobierno utiliza en sus discursos otra visión sobre el concepto de territorio, que se la plantea desde el punto de vista social y económico, siempre articulado a la lógica del capital. A decir de Maristella Svampa, se ha desplegado una concepción binaria del territorio sobre la base de lo viable e inviable.[119] Esta relación desemboca en dos grandes lecturas: el territorio como un espacio eficiente y productivo y, por otro, el territorio vaciable sujeto a ser "sacrificable" en nombre del interés nacional. Respecto a lo productivo, vemos que el discurso se focaliza principalmente en los recursos económicos que arrojaría la explotación del bloque ITT y que servirían para afrontar la situación de pobreza, principal violación a los derechos humanos, según plantea el discurso del régimen de Correa:

> En función de la tecnología disponible, para la recuperación petrolera y sobre la base de los precios del petróleo, el aprovechamiento de las reservas del ITT arrojaría un valor presente neto de 18.292 millones de dólares, más de 11.000 millones adicionales a lo que originalmente se estimó (...) 100% del Yasuní y nada de recursos para satisfacer las necesidades urgentes de nuestra gente o 99% del Yasuní intacto y cerca de 18.000 millones para vencer la miseria.[120]

118 Naciones Unidas. *Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial de la región amazónica y el Gran Chaco.*

119 Maristella Svampa. "La disputa por el desarrollo: territorio, movimientos de carácter socio-ambiental y discursos dominantes", *op. cit.*

120 Mensaje a la Nación del presidente de la República. Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=lFc1topfPqM.

A través del discurso se posiciona la visión del territorio como un espacio económico asociado a políticas públicas para la contención de la pobreza. Por otro lado, el territorio como espacio "sacrificable" en beneficio de futuras generaciones es otra característica que también se vuelve evidente en el discurso oficial, como lo podemos ver a continuación: "No tenemos miedo de dar la cara y decir la verdad. Estamos tristes, pero tenemos la conciencia absolutamente tranquila, porque creo que hemos tomado la decisión correcta en función de las futuras generaciones".[121] Al impacto sobre el territorio se lo concibe netamente en su dimensión ambiental y se lo justifica con base en recursos económicos aprovechables para "futuras generaciones".

Es interesante, por otra parte, notar el tono en el lenguaje que utiliza a manera de justificación. Este está cargado de un tinte personal e íntimo. Al mismo tiempo, se pretende mostrar que la decisión de dar paso a la actividad extractiva en el Yasuní fue producto de una "profunda" y muy "reflexionada" decisión. Aquí prevalece un tono discursivo amistoso, conciliador, por sobre los dispositivos discursivos de corte provocador y agresivo que suelen caracterizar sus intervenciones, como bien se explicó en el acápite sobre la construcción de persona retórica: "He pasado tristísimo estos días, preparando el discurso a la Nación. Uno le puso alma, vida y corazón a la iniciativa Yasuní-ITT".[122] Este recurso discursivo, vinculado con la tristeza, se convierte en un modo de demostración para la persuasión del auditorio vinculado al *pathos* y la emoción.

Por otro lado, el discurso presenta características que coinciden con principios de la corriente ecoeficientista, dentro del ecologismo. Dicha postura plantea el uso eficiente de los recursos naturales, la preocupación por el medioambiente y la búsqueda de un modelo de desarrollo que no comprometa a futuras generaciones. Son comunes dentro de esta visión, conceptos como: "modernización ecológica", "desarrollo sustentable", "industrias limpias", entre otros.[123]

El principal argumento que sostiene toda esta corriente se basa en el avance de las nuevas tecnologías como instrumentos para mantener un modelo de desarrollo sustentable y reducir el impacto en términos ambientales. Esta lectura se ha vuelto dominante en el escenario latinoamericano y se expresa de manera reiterativa a lo largo de toda la narrativa del gobierno. Durante el Enlace ciudadano N° 335, analizado en la presente investigación, participó Oswaldo Madrid, gerente de Petroamazonas en aquel año, quien manifestó lo siguiente:

> El desarrollo será de una manera extremadamente cuidadosa con el medioambiente. Hemos desarrollado otros proyectos en los cuales la afectación, producto de nuestra intervención, ha sido mínima. El impacto sobre el medioambiente, como es el compromiso de Petroamazonas, será del mínimo posible.[124]

Rafael Correa, por su parte, insiste en este aspecto y resalta el rol que juega la tecnología como factor clave para reducir el impacto ambiental: "el mayor problema no

121 Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.

122 Ibíd.

123 Maristella Svampa. "La disputa por el desarrollo: territorio, movimientos de carácter socio-ambiental y discursos dominantes", *op. cit.*

124 Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.

es la extracción del petróleo, que técnicamente realizada tienen un mínimo impacto, sino las emisiones del CO2 cuando se utilice, cuando se queme ese crudo pesado".[125]

Basado en el análisis de otro tipo de material discursivo, el *spot* publicitario que utilizó el gobierno para justificar la actividad extractiva en el Yasuní, basado en el mínimo impacto ambiental, es realmente interesante. En el *spot* mencionado, se muestra a un niño que recibe una vacuna en su brazo. Dicha imagen está acompañada de un texto que señala lo siguiente: "una mínima huella para asegurar que el todo viva – 9,99% intacto - El Yasuní vive, millones de personas vivirán mejor".[126]

El *spot* buscaba comparar la actividad extractiva sobre un pequeño espacio del Yasuní con el pinchazo que provocaría la vacuna en el niño. En este sentido, a pesar de que las dos acciones provocan un mínimo daño sobre el objeto, los beneficios que ese pequeño "sacrificio" implica serán mayores. La comparación que muestra el *spot* es errónea, pues una vacuna en un niño funciona para prevenir el padecimiento de futuras enfermedades, mientras que la actividad extractiva no previene ningún tipo de amenaza para el Yasuní en términos ambientales, por el contrario, el daño que se genera es permanente.

Dicha campaña tuvo un impacto inusitado en la opinión pública. La metáfora visual que supuso la imagen del infante vacunado apeló al sentimentalismo de la población, una falacia en términos discursivo y de análisis. Es decir, se trató de manipular al público a través de las emociones y no de argumentos válidos. En resumen, el discurso se enfocó básicamente en el impacto ambiental y no en otros daños que acarrea un proyecto de estas características. Como se dijo en un principio, la lectura sobre el territorio que propone el discurso de la Revolución ciudadana está articulada en lo económico y lo productivo.

Asimismo, cuando el *spot* hace referencia "al todo", inmediatamente invisibiliza a los pueblos en aislamiento voluntario que viven el lugar y no caben en dicha categoría. Al territorio se lo percibe como un espacio vacío, "sacrificable", y se coloca el interés nacional como la principal justificación de la actividad extractiva. En suma, la invisibilización basada en el tropo del "interés nacional" genera un discurso homogeneizador desde la visión del Estado moderno, hecho que se percibe en el *spot* publicitario analizado previamente.

La narrativa construida desde el gobierno ocultó otro tipo de contradicciones, que se generan a través del concepto de territorio y que se mueven por fuera del debate entre lo ambiental y lo económico. Esta estrategia discursiva abrió una discusión simplista alrededor del Yasuní, ya que se lo mostró como un problema fundamentalmente ambiental y no como un espacio vital para la reproducción de la vida de pueblos indígenas que viven el lugar. Es clara también la percepción del territorio como un espacio vacío y no como un hábitat, "hogar" ancestral de los pueblos en aislamiento voluntario. Por lo tanto, el problema del Yasuní, antes que un problema ambiental, debe ser pensado como un conflicto por el territorio.

Como bien señala Barroso, no podemos presentar un problema ambiental sin tomar como referencia el espacio geográfico donde se desarrolla la actividad

125 Ibíd.

126 *Spot* publicitario. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=qYeBneWm-1c.

extractiva.[127] ¿Se puede pensar en un problema ambiental sin situarnos en un territorio en su lectura más amplia? Atravesar el debate con la variable humana implica ver más allá de lo geográfico, más allá del uno por mil afectado por la actividad extractiva, como reiteradamente expone el gobierno. Implica plantear el debate desde el amplio concepto de territorio, obliga a pensar al Yasuní como un espacio donde se reproducen relaciones sociales y culturales, y por lo tanto es vital su defensa.[128]

Los discursos analizados muestran este tipo de referencia hacia lo ambiental de forma reiterativa, lo que, en suma, supone la reproducción del paradigma moderno que históricamente anuló otro tipo de interpretación del mundo. Lo podemos ver a través de los "falsos dilemas" que menciona el presidente, en los que contrapone el medioambiente versus el extractivismo. De hecho, y según señalan algunos autores, "conceptos como ecosistema o ambiente provienen de la cultura occidental y dejan de lado las visiones de los pueblos originarios".[129] Esta lectura conlleva una occidentalización del discurso y, por lo tanto, una negación de otras formas de organización social. Dentro de las posibles contradicciones y falsos dilemas, no aparece la figura de los pueblos en aislamiento voluntario que viven en el lugar.

> Es una grosera e irresponsable mentira lo que han posicionado los mismos de siempre: engaño en el que caen muchos jóvenes de buen corazón. Yasuní o petróleo. Esto no es verdad queridos jóvenes, jamás voy a permitir que el Yasuní desapareciera. Nos han engañado, con un falso dilema, el todo o nada. Explotar el ITT o la supervivencia del Yasuní. Ese falso dilema es parte de un falso dilema mayor: naturaleza o extractivismo. En consecuencia, el verdadero dilema es: 100% del Yasuní y nada de recursos para satisfacer las necesidades urgentes de nuestra gente o 99% del Yasuní intacto y cerca de 18.000 millones para vencer la miseria, especialmente en la Amazonía, paradójicamente la región con mayor incidencia de pobreza.[130]

En resumen, vemos que el discurso del gobierno se basó en una definición economicista respecto al concepto del territorio, es decir, el territorio como un espacio eficiente y productivo. Básicamente, dicha estrategia le permitió construir una narrativa simplista alrededor de la tierra como un espacio "aprovechable" y "vacío". La estrategia de invisibilización de pueblos indígenas en aislamiento voluntario se basó en la simplificación del debate hacia lo ambiental y en deterioro de otros derechos humanos vinculados a la tierra.

Sobre los derechos de la naturaleza

Como dijimos en el capítulo normativo, la Constitución del 2008 marcó un giro epistemológico en materia jurídica, al señalar a la naturaleza como una entidad sujeta de derechos. Ahora bien, según se identificó en el discurso de Correa, hemos podido evidenciar dos posturas al respecto. Primero, su discurso se atribuye orgullosamente los contenidos ecologistas que presenta la Constitución del 2008 y en este sentido, reivindica la necesidad de defender la naturaleza. Sin embargo, la segunda postura en su discurso plantea que le resultan especialmente "irritantes" los "fundamentalismos" ecológicos que, según señala, "harían fracasar cualquier proyecto político" al colocar

127 Verónica Barroso. "TIPNIS ¿Un conflicto ambiental o de territorio?", *op. cit.*, p. 120.

128 Ibíd., p. 114.

129 Eduardo Gudynas. "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", *op. cit.*, pp. 33-47.

130 Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.

los derechos de la naturaleza por sobre las personas. Durante el discurso de posesión del 24 de mayo del 2013, Correa reivindicó la importancia de respetar la naturaleza como un espacio clave para la reproducción de la vida humana y, en este sentido, mencionó el Yasuní como un lugar único en materia de biodiversidad:

> Ecuador ama la vida. Las y los ecuatorianos hemos declarado que la naturaleza tiene derecho como espacio para la reproducción de la vida. Así lo hemos reconocido en la Constitución, la primera en el mundo y la única hasta ahora en otorgársele un derecho. Cerca del 20% de nuestro territorio está protegido en 44 reservas y parques naturales. Entre ellos el Yasuní, joya selvática del pleistoceno y reserva mundial de la biosfera, donde en un kilómetro cuadrado podrán encontrar más variedades de árboles que en toda América del Norte.[131]

Sin embargo, durante el mensaje a la Nación del 15 de agosto, aproximadamente tres meses después, se habla de "supuestos" derechos de la naturaleza y se plantea la necesidad de colocar al ser humano y la lucha contra la pobreza en el centro de todo análisis: "Somos los primeros convencidos por defender el Yasuní pero también con defender el hambre de nuestra gente. Es un error, insisto, subordinar los derechos humanos, y el mayor derecho: a superar la pobreza, en función de supuestos derechos a la naturaleza".[132]

En este sentido, se evidencia una postura antropocentrista en su discurso, en el que se presenta la defensa de la naturaleza como una práctica antihumanista. Esta falsa relación pervierte el discurso ecológico y lo vacía de contenido, al oponerlo frontalmente a los derechos de la persona. Dicha estrategia discursiva se ve fortalecida al identificar a los opositores del modelo extractivo en el Ecuador como "fundamentalistas", "dogmáticos" e "infantiles", entre otros términos peyorativos: "Buscar superar la economía extractivista con el infantilismo de no extraer petróleo equivale a superar la economía agroexportadora dejando de exportar banano".[133]

Ahora bien, cuando el gobierno plantea que los derechos de las personas no pueden estar subordinados a "supuestos" derechos de la naturaleza, omite explícitamente a los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial que viven en el Yasuní. A pesar de que la Constitución del Ecuador del 2008 reconoce a los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, como bien se explicó previamente, evidenciamos que el discurso de Correa genera la ilusión de la Amazonía como un espacio vacío. Este recurso estratégico de invisibilización articulado alrededor del "vacío demográfico" permite justificar la actividad extractiva en función del bien común y el "interés nacional". Esta variable se repite, como se explicitó en el acápite anterior, también en el análisis alrededor del territorio.

A pesar de que a nivel discursivo el gobierno de la Revolución ciudadana ha sabido recuperar varios elementos simbólicos de la cosmovisión indígena, no existe un tratamiento específico cuando se trata de pueblos en aislamiento voluntario. De hecho, el concepto de ciudadanía en el discurso gubernamental se lo construye con base en una perspectiva moderna del Estado nación. La narrativa oficial reproduce

131 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

132 Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.

133 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

formas occidentales de percibir la naturaleza y el medioambiente. Pensar el Yasuní como un espacio "productivo" y "sacrificable", reproduce el imaginario moderno de la tierra como un espacio a ser dominado en beneficio del ser humano. Su énfasis en la lucha contra la pobreza justifica su política extractiva en el Yasuní. Su foco en este elemento es evidente y reiterativo y aparece con mucha frecuencia a lo largo de sus intervenciones. El discurso de posesión en el 2013 presenta una fuerte cantidad de datos duros que pretenden evidenciar una recuperación profunda en términos de justicia social:

> Estamos orgullos de ser, nuevamente de acuerdo a la CEPAL, el país que más reduce desigualdad, al haber disminuido en ocho puntos la concentración del ingreso de acuerdo al coeficiente de GINI, decrecimiento cuatro veces superior al de Latinoamérica que, finalmente, ve bajar la desigualdad para algún día dejar de ostentar el vergonzoso título de la región más inequitativa del planeta.[134]

El discurso de posesión presidencial de mayo del 2013 subraya la importancia de luchar, fundamentalmente, contra las "aberrantes" desigualdades sociales en América Latina. De hecho, se plantea que el valor de la justicia social está por sobre cualquier otro tipo de principios, como el de la libertad y el respeto a la naturaleza. A decir de Correa: "Y para aquellos que nos quieren robar conceptos sublimes como el de 'libertad', que entiendan bien: no puede haber libertad sin justicia. En regiones tan desiguales como América Latina, solo buscando la justicia lograremos la verdadera libertad".[135] Por lo tanto, toda acción es válida en la medida que se pueda alcanzar este valor "supremo". La única salida que propone el gobierno es el uso "responsable" de los recursos naturales.

> La insultante opulencia de unos pocos en América Latina, al lado de la más intolerable pobreza, son también balas cotidianas en contra de la dignidad humana (...) Para nosotros, el ser humano no es lo único importante, pero sigue siendo lo más importante de la naturaleza, y, como ya mencionamos, el imperativo moral es sacarlo de la pobreza, para lo cual necesitamos un uso responsable y total de nuestros recursos naturales.[136]

Su política extractiva está cargada casi siempre de una ritualidad academicista, en la que se descalifica al adversario político como un sujeto "ideológico" y "doctrinal" frente a la visión "técnica" y "objetiva" que caracteriza al gobierno. El uso de este tipo de recursos tecnicistas es reiterativo, especialmente en situaciones de confrontación política. Como dijimos previamente, la credibilidad del orador forma parte de las expectativas que genera el contexto en el cual se inserta un discurso. En este sentido, Correa logró crear expectativas en el auditorio debido a su fama de académico, especialmente en materia económica. Esta característica basada en una autoridad académica ha influido directamente sobre el auditorio, dado que se lo mira como un sujeto "capaz" de interpretar y solucionarl las demandas populares basado en una lectura "técnica", de especialista, lejos de aquellas "viejas" figuras políticas marcadas por ideologías neoliberales.

134 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

135 Ibíd.

136 Ibíd.

El análisis del presente estudio arrojó varios puntos que resultan interesantes. Primero, se realizó un análisis de la persona retórica en función de los actores antagónicos de la Revolución ciudadana. Establecimos que la construcción de antagonismos a nivel discursivo permite generar procesos de identidad basados en la diferencia. Este recurso discursivo ha sido constante a lo largo de toda la narrativa del gobierno. Se pudieron identificar dos tipos de enemigos, tanto a nivel interno como externo. Todos ellos se caracterizan por asumir elementos propios del pensamiento neoliberal. Las "oligarquías", la élites políticas, los grandes capitales financieros, la "prensa corrupta", todos ellos fueron identificados como enemigos de la Patria y, por lo tanto, de la Revolución ciudadana.

El discurso correísta se identifica con el ciudadano común de clase baja y propone la lucha por la justicia social como su principal bandera política. Es constante también el uso de metáforas para deslegitimar a sus adversarios políticos. Por otra parte, pudimos notar que la narrativa gubernamental busca establecer relaciones simbólicas con héroes y heroínas de la Independencia. Su alusión constante a figuras como Simón Bolívar, Antonio José de Sucre, entre otros, que aparecen constantemente en el imaginario de la Revolución ciudadana.

La categoría de la lucha contra la pobreza atraviesa todo el discurso oficial. De hecho, se habla de la segunda y definitiva Independencia, la cual no encuentra un ancla en la libertad, sino en la justicia social y la lucha por la desigualdad. A su vez, dicha categoría se convierte en el principal argumento para justificar la intervención sobre el Yasuní. Subrayar esta única categoría se convierte en un mecanismo claro de invisibilización de los pueblos en aislamiento voluntario. Consideramos que a través de la categoría de pobreza, la cual parte de una visión occidental propuesta desde el paradigma moderno, se construye una visión de ciudadanía universal que no toma en cuenta las diversidades culturales.

Por otro lado, el tema del territorio es otro punto clave donde podemos evidenciar una estrategia de invisibilización de los pueblos en aislamiento voluntario generada desde el discurso gubernamental. La Revolución ciudadana asume una visión economicista respecto al territorio y se la presenta como un espacio productivo y eficiente. Es decir, se analiza al territorio desde la lógica del capital y no desde la visión más amplia que supone el territorio como un espacio para la reproducción de la vida, propia de los pueblos indígenas, particularmente de los pueblos en aislamiento voluntario.

El discurso alrededor del Yasuní se enfocó principalmente en el debate sobre recursos económicos versus impacto ambiental. Esta falsa relación oculta una compleja problemática que implica pensar el territorio como un hábitat, es decir, un espacio elemental para la supervivencia de los pueblos indígenas. Esta estrategia de invisibilización simplificó el debate que supone el amplio concepto de territorio y anuló cualquier discusión sobre otros derechos humanos que están vinculados directamente con el acceso al territorio y la defensa del mismo.

Finalmente, se analizó lo relacionado a los derechos de la naturaleza. En este sentido, vimos que la Constitución del Ecuador marca un giro epistemológico en materia jurídica, al colocar la naturaleza como un actor sujeto de derechos. Sin embargo, en el discurso prima la tesis antropocentrista, que coloca al ser humano como eje

central en materia de derechos. De hecho, se plantea la defensa de la naturaleza como una práctica antihumanista.

Por último, consideramos que es fundamental ampliar el corpus discursivo y poder integrar otras categorías que no fueron tomadas en cuenta en el presente análisis y que podrían resultar interesantes para comprender el conflicto que vive el Ecuador y América Latina entre recursos naturales, extractivismo y derechos de pueblos indígenas.

CONCLUSIONES GENERALES

Hemos podido notar que existe poca literatura que se enfoca directamente en analizar el papel de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. Si bien el movimiento indígena en el Ecuador ha cobrado cierto protagonismo en el escenario político, a partir del denominado "levantamiento del Inty Raymi", en 1990, aún no se logra posicionar a los pueblos en aislamiento como actores legítimos sujetos de derechos.

El marco normativo de protección internacional existente no habla de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial específicamente. En el capítulo referente al contexto normativo internacional y nacional, se tomaron aspectos relativos a los pueblos indígenas en general y se analizaron ciertos principios que resultan útiles para la defensa de estos grupos en estado único de vulnerabilidad. El derecho a la autodeterminación, territorio y consulta previa son tres principios clave que generan cierto grado de protección para los grupos antes mencionados.

Por otro lado, vimos que la Constitución del 2008 resulta útil en materia de protección de pueblos en aislamiento voluntario. Primero, porque reconoce la figura de estos pueblos en su artículo 57 y segundo, porque coloca la naturaleza como un actor sujeto de derechos. Sin embargo, el problema es fundamentalmente político y, a pesar de contar con una Constitución que garantiza una serie de derechos para los pueblos en aislamiento voluntario, e incluso en relación a la naturaleza, prima el manejo personalista del presidente.

El discurso de la Revolución ciudadana justifica la actividad extractiva en el Yasuní-ITT a través de la defensa de la justicia social, a la que se la plantea como el valor supremo de la Patria nueva. Su discurso se identifica plenamente con las clases populares y el ciudadano común en oposición a los partidos políticos tradicionales, las oligarquías y la "prensa corrupta", quienes fueron, a decir del gobierno, los principales artífices de la crisis neoliberal que sufrió el Ecuador y América Latina en general en las décadas de 1980, 1990 y principios del 2000.

Es interesante la forma en que el gobierno, con base en dicha justificación social, plantea una serie de nuevos principios que deben caracterizar la nueva Patria y la Revolución ciudadana. Es común el uso de la categoría de "segunda y definitiva Independencia", en la cual se plantea la pobreza como la principal amenaza a la libertad que sufre la población ecuatoriana. En palabras del presidente Rafael Correa:

> Y para aquellos que nos quieren robar conceptos sublimes como el de "libertad", que entiendan bien: no puede haber libertad sin justicia. No solo aquello, en regiones tan desiguales como América Latina, solo buscando la justicia lograremos la verdadera libertad.[137]

Lamentablemente no hay una referencia clara hacia los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial en el discurso gubernamental. De cierto modo, se excluye a estos grupos del concepto de "proyecto nacional", lo cual se evidencia de manera clara cuando se permite la actividad extractiva en el Yasuní, territorio habitado históricamente por pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, en nombre del "interés nacional". Al mismo tiempo, el discurso muestra una visión de ciudadanía universal, desde la cual se eliminan los matices culturales, étnicos e identitarios que existen en el país y no lo logra procesar ni identificar las demandas de los pueblos en aislamiento voluntario, basadas fundamentalmente en el derecho a la autodeterminación y principio de no contacto.

Como bien se explicó en el análisis, el régimen de la Revolución ciudadana supo simplificar el debate alrededor del Yasuní planteando un falso dilema entre el impacto medioambiental y los recursos económicos. Lamentablemente, este debate oculta otro tipo de conflictos que surgen a partir de la actividad extractiva en el Yasuní, vinculados al contacto y la colonización, los cuales se convierten en la principal amenaza para la supervivencia de los pueblos indígenas que habitan el lugar. Esta estrategia utilizada por el gobierno se convierte claramente en una forma de invisibilizar a dichos pueblos.

Articular la defensa de los pueblos en aislamiento voluntario alrededor del territorio, fuera de la lógica economicista, es una estrategia interesante para evidenciar su existencia. Lamentablemente, existen demasiados obstáculos a nivel internacional que no permiten el pleno goce de los derechos humanos para estos grupos étnicos, los cuales responden a problemas estructurales de corte histórico, que no podrán ser resueltos de manera inmediata por los Estados. Las contradicciones antes señaladas de los grupos en aislamiento voluntario y contacto inicial frente a los proyectos de corte extractivista en la administración de Rafael Correa se las debe pensar como producto y en el marco de viejas y profundas estructuras de poder y fallidos intentos en la búsqueda del tan ansiado desarrollo.

La política extractiva en el Ecuador ha sido una constante desde hace varias décadas, y sería un error señalar solamente a la actual administración como responsable de tensiones que, como dije previamente, responden a problemas y patrones históricos y estructurales. Vale señalar que la Iniciativa Yasuní-ITT, impulsada por el gobierno hasta el 2013, se convirtió en una propuesta transgresora e innovadora que vale la pena rescatar, dado que cuestionaba relaciones de poder en el sistema internacional que afectaban a los intereses de las grandes potencias.

Sin embargo, consideramos importante que la protección de estos grupos debe iniciarse con su visibilización a nivel discursivo. Esto es fundamental tomarlo en cuenta, dado que, por obvias razones, dichos grupos no pueden abogar por la defensa de sus propios derechos y dependen directamente de otros actores para que se los tome en cuenta. Esta situación los coloca en un estado único de vulnerabilidad.

137 Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.

Lamentablemente, delimitar sus territorios, como fue en un principio la idea del gobierno para reconocer su derecho a la autodeterminación y no contacto, resultó insuficiente en el caso estudiado. A través de un decreto presidencial se logró perforar dichas fronteras y dar paso a un proyecto de corte extractivista. La participación de la sociedad civil es fundamental, no solo para evidenciar sus demandas que giran alrededor de la autodeterminación y no contacto, sino también abrir la discusión a otros espacios tanto regionales como internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Anaya, James. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.* ONU, 2012.

Barrientos, María. "Reseña entre el desarrollo y el Buen Vivir. Recursos naturales y conflictos en territorios indígenas", *Íconos*, Vol. 19, N° 51, 2015.

Barroso, Verónica. "TIPNIS ¿Un conflicto ambiental o de territorio?", *Letras Verdes,* N° 11, 2012.

Boyd, Michael. "De-constructing Race and Identity in US Presidential Discourse: Barack Obama's speech on Race", *Journal of the Spanish Association of Anglo-American Studies*, Vol. 31, N° 2, 2009.

Cassel, Douglas. "La tormenta perfecta: cuenta y balance", *Aportes DPLf Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, N°19, 2014.

Checkel, Jeffrey. "Constructivist approaches to a European integration". *Paper* presentado en *ARENA and department of political Science N° 6*, Oslo, febrero de 2006.

Clavero, Bartolomé. "Constitucionalismo indígena en América latina, con particular consideración de Colombia". *Paper* presentado en el *Seminario Internacional Veinte años de constitucionalismo social*, Colombia, septiembre del 2011.

Crespi, Irving. *El Proceso de Opinión Pública. Cómo habla la gente*. Barcelona, Ariel, 2000.

Fairclough, Norman. *Critical Discourse Analysis*. NewYork, Routledge, 2010.

Gudynas, Eduardo. "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", *Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes. Colombia*, N° 32, 2009, pp. 33-47.

Guerra, Edmundo. *Explotación petrolera: ¿Oportunidad para el desarrollo sostenible o una seria amenaza?* Ecuador, FLACSO, 2003.

Huertas, Beatriz. *Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad.* Bolivia, Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, 2002.

Laffey, M. y Weldes, J. "Methodological Reflections on Discourse Analysis", *Qualitative Methods,* Vol. 2, N° 1, 2004, pp. 28-30.

Muñoz, María José C. "El conflicto en torno al territorio indígena Parque Nacional Isiboro Sécure: Un conflicto multidimensional", *Cultura y representaciones sociales,* Año 7, N° 14, 2013, pp. 100-141.

Narváez, I.; Marchi de, M. y Pappalardo, E. "Yasuní: en clave de derechos y como ícono de la transición, para ubicarse en la selva de proyectos", en Narváez, I. *et al* (comps): *Yasuní zona de sacrificio. Análisis de la iniciativa ITT y los derechos colectivos indígenas*. Ecuador, FLACSO, 2013, pp. 9-26.

Narváez, María José. "Yasuní y el proceso petrolero: el derecho colectivo indígena a la consulta previa, libre e informada en el Estado constitucional de derechos", en Narváez, I. *et al* (comps):

Yasuní zona de sacrificio. Análisis de la iniciativa ITT y los derechos colectivos indígenas. Ecuador, FLACSO, 2013, pp. 102-138.
Onuf, Nicholas. "Contructivism as a user manual", en Kubálková, V.; Kowert, P. y Onuf, N.: *International Relations in a constructed world*. United States, M. E. Sharpe, 1998, pp. 58-78
Ortega, María Luisa. *La reinvención de la OTAN: transformación institucional desde el discurso.* **Disertación de maestría,** Departamento de Relaciones Internacionales, FLACSO-Sede Ecuador, 2012.
Paletz, David L. y Entman, Robert. "Aceptar la legitimidad del sistema", en Graber, Doris E. (comp.): *El poder de los medios en la política*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1986.
Santander, Pedro. "Por qué y cómo hacer análisis del discurso", *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales,* Vol. 41, N° 11, 2011, pp. 207-224.
Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología el Sur*. Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010.
Shelton, D. *et al. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*. N.A. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)-Instituto de Promoción Estudios Sociales (IEPS), 2012.
Sorensen, G. y Robert, J. *Introduction to International Relations. Theories and approaches.* Oxford, Oxford University Press, 2013.
Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos.* Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. México, UNESCO, 2007.
Svampa, Maristella. "La disputa por el desarrollo: territorio, movimientos de carácter socioambiental y discursos dominantes". *Paper* presentado en *Seminario Interrogating the Civil Society Agenda*, Estados Unidos, Universidad de Massachusetts, abril del 2008.
Van Dijk, Teun. "Critical discourse analysis", en Schriffrin, Deborah; Tannen, Deborah y **Hamilton, Haidi** (comps.): *The handbook of discourse analysis*. Oxford, Blackwell, 2001, pp. 352-372.
___ *Discurso y poder*. Barcelona, Gedisa, 2009.
Whedbee, K. y Gill, A. M. "Retórica", en Van Dijk, Teun: *El discurso como estructura y proceso.* Barcelona, Gedisa, 2006, pp. 233-270.
Zepeda, Beatriz. "Construyendo la nación del siglo XXI. La Patria en el discurso de Rafael Correa", en Lara, Felipe (comp.): *Transiciones y rupturas. El Ecuador en la segunda mitad del siglo XX*. Ecuador, FLACSO, 2010, pp. 159-197.

Otros documentos

Constitución del Ecuador.
Convención Americana de Derechos Humanos.
Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo
Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009.
___ *La Situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. Doc. OEA/Ser.L/Vol 2. 108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
Ecologistas en Acción. *La iniciativa ITT-Yasuní. Un ejemplo de cómo transitar hacia un mundo sin calentamiento global, biodiverso y basado en energías renovables*, documeento electrónico disponible en: http://www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf/a_iniciativa_itt_yasuni.pdf.
Gobierno Nacional República del Ecuador. *Política Nacional de los pueblos en situación de aislamiento voluntario.* Documento de Consulta.
Informe de Exposición de Motivos de la Asamblea Nacional del Ecuador sobre la extracción de crudo en el Yasuní ITT, documento electrónico disponible en: http://suia.ambiente.gob.ec/documents/40785/42337/Resoluci%C3%B3n+Asamblea+Nacional.pdf/1af8c026-3949-42e9-afe6-319c1a1906b4.
Informe de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*, 2013.
Naciones Unidas. *Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial de la región amazónica y el Gran Chaco*.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Material discursivo consultado

Discurso de posesión del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Mayo del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=2l1mDhm2iPI-https://www.youtube.com/watch?v=wMYhTzU83-w.
Enlace ciudadano N° 335. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=agWJg63RmEs.
Mensaje a la Nación del presidente de la República, Econ. Rafael Correa. Agosto del 2013. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=IFc1topfPqM.
Spot publicitario. [en línea] Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=qYeBneWm-1c.

Agradecimientos

"La realidad no existe si no hay imaginación para verla" P. A.
Para mi mamá

SOBRE LOS AUTORES

Rocío Comas

Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (CIEP-UNSAM). Actualmente se desempeña como consultora en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos (Santiago de Chile). Participó como docente en varias cátedras de la Facultad de Derecho de la UBA, además de desempeñarse como abogada en el ámbito público y privado

Román De Antoni

Abogado (UNLP) y magíster en Derechos Humanos y Democratización (CIEP-UNSAM); abogado en Defensoría General de Casación Penal Bonaerense (Sec. de Act. ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y organismos internacionales); auxiliar docente de Derecho Procesal I de la UNLP y miembro de la Asociación Pensamiento Penal. Ha publicado "Una mirada sobre la realidad de la prisión preventiva en el ámbito de la Pcia. de Bs. As. a la luz de los límites consagrados en los tratados internacionales de DD.HH." (INFOJUS); "El funcionamiento del Registro de peticiones de la CIDH" (Revista de DD.HH. de INFOJUS); "Cuestiones atinentes a la tortura desde la óptica del Sistema Universal de la ONU. Su incidencia en el EPU del Estado argentino" (Ed. Jurídica UP de Nicaragua), entre otros.

Pamela Alejandra Donoso Norambuena

Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Católica de Temuco (UC Temuco). Magíster en Gestión Colaborativa de Conflictos por la Facultad de Derecho Universidad Central. Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe por el CIEP-UNSAM. Se desempeña en la División Judicial, Unidad de Mediación, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. Diplomado Reconocimiento y Protección Jurídica de los Derechos de la Infancia y Adolescencia Indígena (UC Temuco y UNICEF). Diplomado en Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal Penal (UC Temuco). Postítulo de Mediación y Derecho de Familia, III versión (UC Temuco). Docente postítulo de Mediación y Derecho de Familia de la UC Temuco (2011-2016). Es autora del trabajo "Mediación Familiar en el Contexto Cultural Mapuche", publicado en la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política

Lucía Marcela Hidalgo Garza

Licenciada en Psicología por la Universidad Autónoma Metropolitana de México (UNAM). Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (CIEP-UNSAM). Diplomado en Sexualidades: Cuerpo, Derechos Humanos (Programa Universitario de Estudios de Género-México). Responsable de Desarrollo Institucional Semillas, Sociedad Pro Derechos de la Mujer (Ciudad de México). Tallerista en educación para la paz, en Grupo de Educación Popular con Mujeres (Ciudad de México). Se desempeñó profesionalmente en varias ONG. Es autora del artículo "Cantar violencia contra las mujeres", publicado recientemente en la revista Nexos, de México.

Lenin Miranda Maldonado

Licenciado en Comunicación Social con mención en Desarrollo por la Universidad Politécnica Salesiana (Ecuador). Magíster en Relaciones Internacionales con mención en Cooperación Internacional (FLACSO, Ecuador). Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (CIEP-UNSAM). Actualmente se desempeña como docente titular en la Universidad Central del Ecuador (UCE) para la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales. Como parte de sus publicaciones, es coautor del siguiente trabajo: "Power Unpacked: Domination, Empowerment and Participation in Local Guatemalan Peace Forums" publicado en el *Journal of Peace, Conflict & Development*, en marzo del 2015. Ha contribuido en calidad de facilitador y coordinador en proyectos relacionados a la cultura de paz, no violencia, interculturalidad, comunicación para la paz, entre otros, junto a organizaciones como UNESCO, ACNUR, OXFAM y Cruz Roja.

El presente volumen es parte de la colección de tesis de maestría destacadas, producidas por graduados de la cohorte 2014-2015 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe, que se dicta en el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad Nacional de San Martín. La Maestría cuenta con la participación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina, y con el apoyo de la Unión Europea.

Las obras seleccionadas se destacan ya sea por su actualidad, su relevancia o su valor testimonial; siempre con rigor académico, perspectiva interdisciplinaria y visión sobre los temas de la realidad latinoamericana en materia de derechos humanos y democracia.

El CIEP se enorgullece de difundir la producción de sus graduados y tiene la convicción de que esta serie constituye un aporte al debate continuo sobre el fortalecimiento de la cultura democrática y de respeto y promoción de los derechos humanos.

CIEP
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS POLÍTICOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN