



LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y  
Democratización para América Latina

Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe: Tesis destacadas del año académico 2021-2022 / Francisca Pilar Alfaro Duarte... [et al.]; prefacio de Jorge E. Taiana. -1ª edición-. San Martín: UNSAM EDITA, 2023. 494 pp. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-8938-XX-X

I. Derechos Humanos. 2. América Latina. 3. América y el Caribe.  
II. Taiana, Jorge E., pref.  
CDD 323.07

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, diciembre de 2023

© 2023 Francisca Pilar Alfaro Duarte

© 2023 Gina Bertolone

© 2023 Anna Laura Feitosa Da Mata Palma

© 2023 Óscar David Montero De La Rosa

© 2023 Adriana Salvatierra Arriaza

© 2023 UNSAM EDITA de Universidad Nacional de General San Martín

Corrección: Fernando León Romero

UNSAM EDITA. Campus Miguelete, Edificio de Containers, Torre B, PB.  
Martín de Irigoyen 3100, San Martín (B1650HMK), provincia de Buenos Aires

[unsamedita@unsam.edu.ar](mailto:unsamedita@unsam.edu.ar)

[www.unsamedita.unsam.edu.ar](http://www.unsamedita.unsam.edu.ar)

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 2021-2022*

Francisca Pilar Alfaro Duarte

Gina Bertolone

Anna Laura Feitosa Da Mata Palma

Óscar David Montero De La Rosa

Adriana Salvatierra Arriaza



UNSAM  
EDITA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN

**Carlos Greco**  
Rector

**Ana María Llois**  
Vicerrectora

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

<i>Jorge Taiana</i>	<b>Prefacio</b>	9
<i>Francisca Pilar Alfaro Duarte</i>	<b>Desprotección a la infancia en situación de pobreza en Chile</b> El sistema residencial de protección y su vínculo con el Estallido Social de 2019	11
<i>Gina Bertolone</i>	<b>El derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca</b>	111
<i>Anna Laura Feitosa Da Mata Palma</i>	<b>Las potencialidades del SIDH frente a su (in)aplicación por el Supremo Tribunal Federal</b> Un retrato de la ambigüedad brasileña en el marco latinoamericano de derechos humanos	183
<i>Óscar David Montero De La Rosa</i>	<b>Entretejando el capítulo étnico del acuerdo final de paz</b> Desafíos para la Implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) en las víctimas de los pueblos indígenas de Colombia, 2016-2021	245
<i>Adriana Salvatierra Arriaza</i>	<b>El impacto del <i>lawfare</i> en la democracia liberal representativa</b> Estrategia de control geopolítico desde los casos en Brasil, Ecuador y Argentina	369
	<b>Sobre los autores</b>	495



## PREFACIO

El presente volumen incluye la producción más destacada de la cohorte 2021-2022 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, Villa María (Argentina); Mayor de San Andrés (Bolivia); Federal de Río Grande do Sul (Brasil); Rafael Landívar (Guatemala); FLACSO (México); San Francisco de Quito (Ecuador); del Pacífico (Perú); Universidad Iberoamericana (República Dominicana); de la República (Uruguay); y la Universidad de Chile. Este programa de posgrado, 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), Mundo Árabe (Beirut), con la participación de un centenar de universidades en todo el mundo.

La cohorte 2021-2022 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe se desarrolló en un estimulante ambiente multicultural, con estudiantes de diferentes 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, donde se brindó apoyo epistemológico en la definición

y desarrollo de los planes de tesis. Vaya nuestro agradecimiento especial por el acompañamiento brindado durante el intenso período de producción de estos trabajos al equipo docente del taller de tesis, al Coordinador Académico, Diego López, y a las y los tutores académicos que supervisaron la escritura de las tesis junto a las y los estudiantes.

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 infancia en situación de pobreza en Chile considerando el sistema residencial de protección y su vínculo con las protestas de 2019; hay una segunda tesis que refiere a la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca en Argentina y el derecho a la igualdad; otra tesis trata acerca de la SIDH frente a la inaplicabilidad por parte del Supremo Tribunal Federal de Brasil; tenemos otra tesis que refiere al capítulo étnico del Acuerdo de Paz colombiano; completando el volumen otra tesis que refiere al lawfare en Brasil, Ecuador y Argentina.

Corresponde destacar y agradecer el trabajo de la Coordinadora de Publicaciones del CIEP, la doctora Claudia Couso, y también del 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, diciembre de 2023



# DESPROTECCIÓN A LA INFANCIA EN SITUACIÓN DE POBREZA EN CHILE

**El sistema residencial de protección  
y su vínculo con el Estallido Social  
de 2019**

**Francisca Pilar Alfaro Duarte**

**Director: Andrea Flores Ruilova**



*A los niños, niñas y adolescentes pobres de Chile,  
que han debido aguantar la indiferencia y castigo de un Estado y sociedad indolente e  
individualista.*

*A los niños y niñas de mi familia que, en su inocencia, no se imaginan que si estoy aquí es, en gran  
parte, gracias a ellos.*

*...y a la Panchita, que siempre la tengo en mis pensamientos...  
que tenga la seguridad que la seguiré abrazando y diciéndole que todo va a estar bien.*



# INTRODUCCIÓN

*Cuando se van todos a sus casas, nos quedamos aquí solos y nos ponemos a destruir cosas, cosas que no son de nosotros, que nunca han sido porque no somos parte del país. Nosotros somos del SENAME y ese es otro país.*

Palabras de un adolescente en las manifestaciones de Chile en 2019.

## Temática, justificación y objetivos de la investigación

En abril de 2016 el país quedó consternado debido a la muerte de una niña de 11 años al interior de una residencia<sup>1</sup> del Servicio Nacional de Menores (SENAME), institución en ese entonces encargada de la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (“NNA”)<sup>2</sup> vulnerados en sus derechos y de aquellos en conflicto con la ley. Luego de esa primera sensación de conmoción, el sentimiento fue de un asombro un tanto inquietante, debido a las declaraciones de la directora del Servicio de ese entonces, Marcela Labraña, quien indicó que la niña habría muerto debido a una descompensación que le produjo la pena de no ser visitada por su madre.<sup>3</sup> Poco tiempo después se confirmó que la muerte de Lissette se había producido por un paro cardiorrespiratorio producido por apremios ilegítimos perpetrados por dos funcionarias del centro al realizarle maniobras de “contención” a la niña.<sup>4</sup> Así, aquellas declaraciones fuera de toda lógica racional, no hacían más que buscar exculpar a los responsables de un sistema que, con más de cuarenta años, ha sido el culpable de graves violaciones de

---

1 Para efectos de esta investigación, los conceptos sistema residencial de protección, sistema residencial, acogimiento residencial, residencias, o centros residenciales, se ocupan de manera indistinta, y hacen alusión a aquellos centros en los cuales, por orden de un juez, un NNA debe ser internado por ser víctima de alguna vulneración en sus derechos. De acuerdo a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de cuidado de los Niños de Naciones Unidas, se entiende por Acogimiento Residencial el “acogimiento ejercido en cualquier entorno colectivo no familiar, como los lugares seguros para la atención de emergencia, los centros de tránsito en casos de emergencia y todos los demás centros de acogimiento residencial a plazo corto y largo, incluidos los hogares funcionales” (párr. 29, iv).

2 Con el objetivo de simplificar la redacción del presente trabajo, se utilizará la expresión “niño” o NNA en el sentido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El término niño abarca [...] niños, niñas y los adolescentes” (Corte IDH. Opinión Consultiva N° 17/2002, Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A N° 17, del 28 de agosto de 2002, nota 45).

3 Es posible ver la declaración en el link [https://www.youtube.com/watch?v=N1a\\_Y6nwHvI&t=301s](https://www.youtube.com/watch?v=N1a_Y6nwHvI&t=301s)

4 Para más información ver <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/proteccion/como-murio-lissette-villa-el-relato-de-la-fiscalia/2017-03-01/133802.html>

derechos hacia los niños y niñas más vulnerables de nuestra sociedad, aun cuando su obligación y mandato legal es su especial protección. Esto ha sido documentado tanto en instancias nacionales como internacionales, las cuales se citarán y describirán a lo largo de esta investigación. De esta forma, lemas gubernamentales como “los niños primero”, resuenan incrédulos en los oídos de quienes han debido vivir el desinterés de un Estado que no solo ha abandonado a la infancia más vulnerable del país, sino que además la ha castigado y dañado profundamente. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en una visita realizada a residencias del SENAME en 2018 (en adelante, la investigación del Comité de 2018),<sup>5</sup> concluyó que las violaciones de las cuales han sido víctimas estos niños son de naturaleza amplia y su impacto se estima a largo plazo (párr. 113).

Sin embargo, y si bien con la muerte de la niña Lissette Villa se dieron a conocer un sinnúmero de vulneraciones que sufrían los NNA en residencias del Servicio, lo que incluso dio origen a la llamada “crisis del SENAME”, esto ya era historia conocida. En Chile, la situación de la niñez institucionalizada en el sistema residencial de protección es sabida, todos quienes habitamos el país conocemos, aunque sea a grandes rasgos, que es un sistema que vulnera a la niñez y adolescencia de las familias en situación de pobreza del país<sup>6</sup> y, cada cierto tiempo, alguna noticia respecto de la situación de estos niños sale a la luz pública, las que pueden ir desde malas condiciones de la infraestructura de los centros, hasta redes de explotación sexual infantil que utilizan a los NNA de las residencias.<sup>7</sup> Sin embargo, la conmoción es efímera y nuestras vidas continúan, mientras los niños<sup>8</sup> más vulnerables de nuestra sociedad siguen ahí, viviendo tras aquellos muros que la indiferencia generalizada no ha hecho más que robustecerlos, hasta volverlos casi inquebrantables.

A pesar de lo abrumadora de esta realidad, los poderes del Estado no han sido capaces de brindar soluciones efectivas a lo relatado. En este sentido, el informe del Comité de 2018 plantea que las violaciones a los derechos humanos de los NNA en el sistema residencial no es producto de una determinada coyuntura, tampoco de personas o circunstancias puntuales, sino que se debe a causas estructurales que se han perpetuado por más de cuarenta años, ignorando las diversas denuncias y constataciones que lo demuestran (párr. 119). De esta forma, el Comité le atribuye la responsabilidad al Estado de Chile de vulnerar grave y sistemáticamente los derechos de estos NNA, más allá de gobiernos en particular.

Respecto de la realidad recién descrita, no es posible analizarla de manera completa sino se contextualiza dentro de la estructura político social del país, un país que desde 2019 viene siendo protagonista de un convulsionado escenario, aunque interrumpido por la pandemia, donde la añoranza por vivir en condiciones justas y dignas ha sido el estandarte. Pero, ¿qué tiene que ver esto con la realidad de los NNA en residencias que se ha venido describiendo?

5 En referencia a la Investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

6 Según la Encuesta Cadem de 2018, el Sename fue la institución peor evaluada por los chilenos y chilenas.

7 Ver <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/03/09/de-mal-a-mucho-peor-informe-revela-que-redes-de-explotacion-sexual-infantil-se-nutren-de-los-centros-de-proteccion-del-estado/>

8 Para efectos de esta investigación, la palabra “niños” se utilizará indistintamente del género.

El 18 de octubre de 2019 es un día que quedó marcado a fuego en la memoria de todas las personas que habitamos esta larga y angosta faja de tierra llamada Chile. Ese día se inició el ya conocido Estallido Social, hecho que se caracterizó por extensas y masivas jornadas de manifestaciones que se desarrollaron principalmente entre octubre de 2019 y marzo de 2020.

El detonante de dichas manifestaciones fue un alza en el transporte público, específicamente el Metro de Santiago, que se concretó el 6 de octubre. En respuesta a esto, miles de estudiantes secundarios se organizaron para realizar evasiones masivas en el pago del sistema. Con el paso de los días éstas aumentaron y se suscitaron diversos incidentes en las estaciones del tren subterráneo. El viernes 18 de octubre se comenzaron a registrar diversas protestas a lo largo del país y enfrentamientos con la policía de Carabineros.<sup>9</sup>

Algo que caracterizó dichas protestas fue la ausencia de líderes visibles y la congregación de distintos grupos de la sociedad. No era solo un movimiento social pujando por sus demandas, sino una sociedad completa en movimiento cansada de abusos y exigiendo justicia y dignidad. Si bien la causa inmediata del estallido fue el alza de la tarifa del Metro, pronto los manifestantes develaron un sinfín de causas, todas asociadas a la abrumadora desigualdad que caracteriza al país, al alto costo de la vida y las escasas garantías de derechos sociales de las poblaciones más vulnerables. En este sentido, dichas características y su preservación han tenido un gran aliado, la Constitución de 1980 de Pinochet, vigente hasta hoy. Así, el lema *Nueva Constitución o Nada*, fue una de las principales consignas por aquellos días.

Ahora bien, dentro de todas las consignas que versaban los carteles de las movilizaciones existía una que, si bien pudo perderse entre tantas demandas, para quienes tenemos un interés especial por la infancia, relucía clara y fulminante entre todas: *NO + SENAME*. Es decir: “No más Servicio Nacional de Menores”.

Hasta octubre de 2021, el SENAME era el organismo encargado tanto de contribuir a la protección de los NNA vulnerados en sus derechos como a la reinserción de adolescentes infractores de ley, a través de programas ejecutados directamente o por organismos colaboradores del Servicio.<sup>10</sup> Al leer esto, se tiende a pensar en una institución preocupada por la infancia y adolescencia, dirigida a velar por su bienestar, y más aún si se trata de grupos en situaciones de vulnerabilidad. Sin embargo, la realidad es opuesta. Así, dentro de las tantas consignas existía otra más que, lo mismo que tiene de aterradora lo tiene de real: *los niñxs sí van al infierno y se llama SENAME*. De manera más concreta, los carteles que aún se pueden ver y que dicen: “En residencias del SENAME torturan y asesinan a los niños pobres”.

De este modo, y en una muestra de solidaridad de los manifestantes, estos niños institucionalizados en SENAME estuvieron presentes en cada grito de

<sup>9</sup> Institución policial que integra las fuerzas de orden y seguridad en Chile.

<sup>10</sup> El SENAME funcionó hasta 2021 como responsable tanto de la infancia vulnerada en sus derechos como de aquellos niños y niñas infractores de ley. El mismo año se implementa el servicio Mejor Niñez, responsable de la infancia vulnerada, quedando SENAME a cargo de la infancia infractora de ley. En la presente investigación no se hace una división tajante entre ambas instituciones, primero por el poco tiempo del nuevo servicio, y segundo porque Mejor Niñez no ha presentado un cambio estructural respecto de SENAME, y su forma de funcionamiento sigue siendo la misma. Eso se explica más detalladamente en el Capítulo II.

protesta y exigencia de un país con más garantías de derechos y sin abusos. Sin embargo, esto no fue todo, ya que entre los mismos jóvenes protagonistas de las manifestaciones, se encontraba una gran cantidad que había pasado por residencias de la institución, que seguían estando en alguno de sus programas o habían preferido escapar de algún centro. Por fin podían gritar fuerte y claro la rabia que les produjo una vida de vulneraciones y exigir con ímpetu, junto a los otros grupos, una vida en condiciones de dignidad y libre de abusos. En ciudades como Valparaíso y Antofagasta, más del 50% de los detenidos durante los primeros meses del Estallido Social tenían algún vínculo con el SENAME (Sepúlveda, 2021).

Se puede afirmar que existió una fuerte relación entre el Estallido Social de 2019 y los NNA usuarios del SENAME (especialmente del sistema residencial de protección), cuyas causas se irán planteando a lo largo de esta investigación, exponiendo las implicancias de dicho análisis en el tercer capítulo. Sin embargo, es necesario indicar que varios autores plantean que el Estallido obedeció a una sensación de abuso generalizada por parte de la sociedad chilena y a la abrumadora desigualdad existente.<sup>11</sup> Esto no es azaroso, sino que obedece a un sistema amparado en una Carta Fundamental que consagró lo peor del neoliberalismo, de lo cual uno de los efectos más crudos, ha sido la situación que ha vivido la infancia más pobre del país institucionalizada en centros de protección.

Es importante señalar que la presente investigación es la primera tesis académica que contribuye a describir la relación existente entre la institucionalidad fallida de niñez en Chile y las protestas sociales.

De este modo, el objetivo general de esta investigación se basa en analizar la situación de desprotección de la infancia más vulnerable de Chile por parte del Estado, a través del sistema residencial de protección y la relación que esto tuvo con el Estallido Social de 2019. Así, la pregunta central de la investigación es si el Estado de Chile, al conocer esta situación, ha tomado medidas efectivas que permitan cesar con las vulneraciones de derechos a estos NNA y propendan al ejercicio de sus derechos humanos. Para fundamentarlo el presente trabajo se divide en tres capítulos. El primero pretende introducir al lector en la realidad de la institucionalización de NNA en Chile a través de una breve reseña histórica, de la cual se desprende que ésta ha sido una medida que, desde la Colonia, se ha aplicado a los hijos e hijas de familias pobres y vulnerables. Además, la realidad de estos niños se enmarca dentro de lo que se conoce como la Doctrina de la Situación Irregular, la cual se caracteriza y conecta con la situación de niños institucionalizados descrita previamente, para explicar cómo esta última sirve de marco interpretativo de dicha realidad. Por último, se describe la normativa vigente en Chile respecto del sistema residencial de protección y su funcionamiento, para así comenzar a interpretar la mirada que se tiene hoy en día sobre institucionalización de NNA y sus derechos.

En el segundo capítulo se expone una caracterización del sistema residencial de protección en Chile y se da cuenta de las historias de vulneraciones

---

11 El historiador chileno José Bengoa en su libro de 2021, *La comunidad sublevada*, realiza una búsqueda de las raíces del Estallido Social, instalando la centralidad de su reflexión en "la sensación de abuso generalizada".



de derechos, principalmente económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)<sup>12</sup> de las cuales han sido víctimas los NNA usuarios del mismo, además de analizar las causas estructurales de esto y la responsabilidad que le compete al Estado de Chile al respecto y, por supuesto, a nuestra sociedad.

Por su parte, el tercer y último capítulo está dedicado a explicar, a grandes rasgos, el Estallido Social de 2019 y, principalmente, su vínculo con la realidad de los NNA que han estado institucionalizados en residencias de protección del, hasta ese entonces, SENAME. También se describe la participación de éstos en las manifestaciones a través de declaraciones a distintos medios y entrevistas y, por último, se analiza una de las herencias que dejó la revuelta del 2019, es decir, la redacción de una nueva propuesta constitucional y el rechazo de la misma por parte de los chilenos y chilenas.<sup>13</sup> Esta implicaba grandes avances en el respeto y garantías de derechos humanos no solo de los NNA, sino de toda la población en su conjunto.

Finalmente, se presentan las principales conclusiones derivadas de la investigación realizada y algunas reflexiones al respecto.

En cuanto al recorte temporal de esta investigación, se establece un rango que va de los años 2013 a 2021. El criterio utilizado para esta definición es que en 2013 se da a conocer contenido del informe final del “Proyecto de Levantamiento y Unificación de Información referente a los niños, niñas y adolescentes en Sistema Residencial en Chile”, conformada por una comisión institucional del Poder Judicial, liderada por la jueza de familia Mónica Jeldres, con el apoyo de UNICEF. Si bien esta investigación no fue publicada oficialmente, el trabajo de medios independientes de comunicación permitió conocer sus conclusiones. Esto es importante, ya que fue una investigación inédita que dio cuenta de una serie de vulneraciones de derechos a NNA en residencias del SENAME, por lo que también se busca analizar si el Estado de Chile tomó o no medidas luego de contar con esta importante información. Por su parte, se toma como cierre el 2021 debido a la implementación ese año del nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia, conocido públicamente como Mejor Niñez. Con la información recolectada en el corto tiempo desde su implementación, se busca responder si obedece a un elemento de quiebre o continuidad respecto del SENAME respecto de su área de protección de derechos.

Es preciso señalar también que, si bien esta investigación se enfoca en el sistema residencial de protección, el cual corresponde al área de NNA que han sido vulnerados en sus derechos, habrá ocasiones en que se haga alusión a los centros de privación de libertad de adolescentes infractores de ley. Esto si se tiene en cuenta que en las Reglas de la Habana de 1990, específicamente en su párrafo 11, literal b), se establece que la privación de libertad no se entiende solamente como una forma

---

12 Esto no quiere decir que a los niños institucionalizados en residencias de protección no se les hayan vulnerado también sus derechos civiles y políticos (DCP), pero por motivos de delimitación, esta investigación está enfocada en las vulneraciones de sus DESCAs.

13 El día 4 de septiembre se realizó un plebiscito de salida para aprobar o rechazar el proyecto de nueva Constitución emanada de una Convención Constitucional elegida democráticamente. La mayoría de los electores, correspondiente al 61,86%, optó por rechazar la propuesta.

de detención o encarcelamiento, sino que además comprende el internamiento en establecimientos públicos o privados del que no se permita salir a un NNA por su propia voluntad, como sucede en las residencias del sistema de protección. Por lo tanto, de acuerdo a dicha definición, el tratamiento que se ha dado a NNA vulnerados en sus derechos y a aquellos infractores de ley, son parte de una misma realidad.

## Metodología

La metodología utilizada para llevar a cabo esta investigación es de carácter cualitativa, bajo un marco de desarrollo descriptivo y analítico de documentos. De esta forma, para desarrollar los conceptos centrales de esta investigación, como lo son pobreza, derechos de la infancia e institucionalización de niños, se realizó una revisión y análisis de estudios e informes en la temática, donde destacan como fuente principal el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Del mismo modo, y enfocado particularmente en los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, se realizó un análisis y descripción de los instrumentos de *hard law* y *soft law* del SUDH. También se revisaron algunas tesis académicas, estudios de organizaciones internacionales enfocadas en derechos humanos e informes emitidos por parlamentarios y organismos dedicados a la investigación.

En lo que respecta a la bajada nacional e histórica de los conceptos centrales de esta tesis, se revisaron artículos académicos e investigaciones de autores chilenos para contextualizar y respaldar este trabajo. También se revisó, analizó y describió la normativa nacional respecto del sistema residencial de protección a la infancia que permitiera ofrecer una mirada panorámica respecto de cuál es la visión que se tiene a nivel estatal sobre la protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes. Además, esto dio pie para más adelante evaluar si la legislación, por sí sola, ha contribuido sustancialmente a las mejoras en las condiciones de vida y garantías de derechos de estos niños, niñas y adolescentes.

Del mismo modo, para responder a los objetivos de esta investigación, se revisaron informes e investigaciones sobre Chile emitidos por el SUDH, el SIDH y otras organizaciones internacionales, además de diversos estudios en materia de derechos humanos.

Para realizar la caracterización del modelo socioeconómico de Chile y su vínculo con el Sistema residencial de protección y el Estallido Social de 2019, se revisaron artículos académicos y periodísticos que analizaban esta realidad. También se acudió a informes de instituciones como la Defensoría de la Niñez e Instituto Nacional de Derechos Humanos para respaldar los argumentos emitidos, además de estudios de organizaciones no gubernamentales, centros independientes de derechos humanos y algunos del SUDH y SIDH que sirvieron de apoyo en el análisis.

Por último, se llevó a cabo la lectura de libros, tanto de carácter biográfico como investigaciones académicas y periodísticas en la materia, las que a su vez pudieron dar cuenta de declaraciones directas de niños, niñas, adolescentes y jóvenes que son o fueron parte alguna vez del Sistema residencial de protección.

# HISTORIA DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE Y SU NORMATIVA VIGENTE

*Los niños pobres son los que más sufren la contradicción  
entre una cultura que manda a consumir y una realidad que lo prohíbe.*  
Eduardo Galeano.

En el presente capítulo se entrega, en primer lugar, una reseña respecto de la historia de la infancia en Chile, particularmente en lo que concierne a institucionalización de niños, niñas y adolescentes, para así comenzar a contextualizar la investigación y mostrar cómo la internación en residencias ha sido una medida que se toma, por regla general, con los hijos e hijas de familias pobres.

En segundo término, se explica cómo la situación descrita está enmarcada dentro de lo que se conoce como la Doctrina de la Situación Irregular, por lo que se realiza una descripción de esta y se explica cómo esta, en lugar de promover la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes paradójicamente logró lo contrario.

Por último, y para comenzar a traer el análisis a tiempos actuales, se presenta la normativa que rige en Chile respecto de la protección a los derechos humanos de la infancia y adolescencia en acogimiento residencial, la cual obedece tanto a fuentes internacionales como nacionales.

Respecto de la normativa nacional, las leyes que se describen son aquellas relacionadas con la protección de NNA en sistemas residenciales, por lo que se excluyen aquellas otras normas destinadas a proteger otros grupos o aspectos de la niñez y adolescencia.

Además, la descripción de cada instrumento legal establecido en este acápite se utiliza como insumo para realizar análisis que serán presentados en los próximos capítulos.

## **1. Historia de la infancia y adolescencia en Chile: institucionalización de niños, niñas y adolescentes**

Niños, niñas y adolescentes<sup>1</sup> han sido institucionalizados en Chile desde la época de la Colonia, y si se hace una revisión general de la literatura que existe al

---

<sup>1</sup> Cabe destacar que la adolescencia como concepto no siempre ha existido, y se considera un *constructo social* que ocurre en occidente a finales del siglo XIX, principalmente por la necesidad de organizar a una población joven que se encontraba en las calles y en la educación secundaria (Aguirre, 1994). Sin embargo, para efectos de esta investigación se asume la categoría de infancia y adolescencia como todas aquellas personas que tienen hasta 18 años.

respecto, se concluye que los motivos de esta han estado siempre asociados al contexto sociopolítico tremendamente desigual de la sociedad chilena a lo largo de toda su historia. En este sentido, la diferenciación que plantea García Méndez (1994) entre niños y *menores* es tremendamente realista. El autor señala que, dentro del universo de la infancia, se dan dos realidades amparadas en una diferencia sociocultural, una es la de aquellos niños que pudieron vincularse a la institución que contribuyó a la consolidación de la categoría infancia, es decir, a la escuela; mientras que otro grupo quedó excluido o fue expulsado de esta, ya que el concepto infancia no los abarca, estos son los *menores*. García Méndez (1994) también plantea que la historia de la infancia es la historia de su control, así, para la infancia o para los niños esta función se le asigna a su familia y a la escuela, mientras que para los *menores* se vuelve necesaria la creación de una instancia diferenciada de control sociopenal: el tribunal de menores, institución encargada, entre otras cosas, de derivar a los *menores* a instituciones de protección o privación de libertad. En este sentido, García Méndez señala que “el juez de menores, representa la realización institucional de la ideología de la compasión-represión” (1997, p. 5).<sup>2</sup>

Rauld (2021a) afirma que los niños y jóvenes pobres tuvieron que enfrentar su vida a partir de extremas condiciones de desigualdad respecto de la infancia de la oligarquía, quienes sí tuvieron un aparato familiar y estatal efectivo de protección y, siguiendo los planteamientos de Gabriel Salazar, el autor señala que alrededor del ochenta por ciento de los plebeyos nacidos entre los siglos XIX y XX fueron *huachos*, es decir, sin padre presente y, a menudo, sin madre.

Por otra parte, en términos generales, la protección de la niñez durante la Colonia estuvo relegada a los privados, y más particularmente a congregaciones religiosas, cuyo particular interés era la infancia desvalida, y si bien más adelante se fueron uniendo grupos laicos, el enfoque siempre fue desde lo caritativo (Schleyer, 2018).

Sin perjuicio de lo anterior y el protagonismo de los privados, hubo cierto interés por parte de las autoridades de la Colonia, debido principalmente a la gran cantidad de niños huérfanos y abandonados en la vía pública. Así, en el siglo XVII se encargó la realización de un censo de huérfanos y se autorizó una limosna para favorecer su crianza. También se promovió el ingreso de estos niños al oficio de marineros (Schleyer, 2018).

Ahora bien, en lo que respecta específicamente a la institucionalización, y posteriormente en un contexto tremendamente estratificado, en el año 1761 comienza a funcionar el primer orfanato en Chile, la Casa de Expósitos, la cual estaba encargada del cuidado de los niños abandonados. Esto gracias a la donación de un filántropo y político llamado Juan Nicolás de Aguirre y Barnechea. La finalidad de esta institución era evitar la mendicidad en Santiago y disminuir la mortalidad infantil, la cual alcanzaba cifras devastadoras (Delgado, 1986). Sin embargo, la institución debía mantenerse con aportes de la Corona y donaciones de particulares, y sus ingresos fueron muy irregulares hasta mediados del siglo

---

2 Si bien en Chile la creación de los tribunales de menores data del año 1928, es decir, posterior a la época colonial, esta diferenciación que se da dentro del universo de la infancia, es posible visualizarla a lo largo de toda la historia, es decir, también previo a la creación de dicho órgano, como se verá a lo largo de esta investigación.

XIX, además, la desorganización y crisis política llevaron a la institución a un real estado de abandono (Delgado, 1986). De este modo, y ya en el período de la República, en 1853 la institución pasa a estar a cargo de la congregación religiosa canadiense las Hermanas de la Providencia y la comienzan a llamar Casa de Huérfanos, la cual recibía a niños expósitos desde la lactancia hasta la adolescencia (Schleyer, 2018), esto en un contexto en que la infancia indigente ya constituía un problema de carácter estructural (Salazar, 2006). Dos años después nace con funciones similares la Congregación del Buen Pastor (Schleyer, 2018).

En 1929 la Casa cambia nuevamente de nombre a Casa Nacional del Niño, la cual existe hasta el día de hoy como Casa Nacional. Desde 1940 ya no está bajo la administración de las Hermanas de la Providencia y hoy depende del SENAME (Pinochet, 2017).

Continuando el ejemplo de la protección a la infancia desvalida a través de la institucionalización, emergieron nuevas Casas, y entre 1844 y 1897 se fundaron trece instituciones similares en Santiago. En Chile, para 1912, se contaba con aproximadamente veinticinco instituciones con la misma ocupación (Milanich, 2001).

Ya a fines del siglo XIX y principios del XX, comienza a ceder la hegemonía religiosa en la protección a la niñez y algunos grupos laicos se comienzan a organizar en torno a la protección de la infancia en “situación irregular”, lo que incluía la ayuda a sus madres cuando se encontraban desvalidas (Schleyer, 2018). Así, surgen las sociedades Protectora de la Infancia y San Vicente de Paúl, y también el Patronato Nacional por la Infancia (Fuenzalida, 2014). No obstante, estas organizaciones no estaban coordinadas entre sí y el Estado no ejercía un rol activo frente a ellas, salvo algún esporádico financiamiento (Schleyer, 2018).

De este modo, es recién en 1896 cuando nace la primera institución estatal destinada a la infancia: la Escuela Correccional del Niño. Su finalidad era la corrección de los menores de edad que cometían infracciones a la ley, debido a los altos índices de delincuencia producidos por este grupo etario. Por tal motivo, la creación de esta institución no estuvo destinada precisamente a la protección de estos niños, tarea aún delegada en los privados (Cortés, 1994).

A pesar de la difícil situación de la infancia tanto del Chile colonial como republicano, sobre todo de aquella proveniente de las familias más pobres, es recién en 1912 cuando se dicta una ley específica sobre niñez, esto en el marco de la Cuestión Social. La Ley N°2.675 sobre Protección a la Infancia Desvalida se promulgó para hacer frente al abandono de niños por parte de sus padres y su situación de vagancia, explotación y abuso, tal como la mendicidad o prostitución, o también el trabajo de *menores* en condiciones consideradas riesgosas para su salud (Pinochet, 2017). Así, en virtud de esta ley, los niños en situación de vagancia eran institucionalizados en correccionales junto con delincuentes por homicidios, hurtos, estafas y lenocinio (Gajardo, 1929). Sin bien el alcance de esta ley en sus principios fue escasa debido a la falta de establecimientos que pudieran hacerse cargo de estos *menores* (Schleyer, 2018), esta marca un precedente respecto de la política estatal enfocada a la protección de la infancia en “riesgo social”.

Siguiendo con el enfoque de la infancia en “situación irregular”, en 1928 se dicta la Ley N°4.447 o Ley de Protección de Menores, en la cual el Estado

aborda tanto la situación de la infancia abandonada como la de aquellos niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley (Schleyer, 2018). Esta normativa creó los Tribunales de Menores, siguiendo el modelo norteamericano y europeo y, anexo al mismo, crea la Casa de Menores de Santiago “como lugar de detención, observación y evaluación técnico-científica de los menores delincuentes, vagos y abandonados que eran denunciados ante el Juez de Menores de Santiago” (Beyer y Vetö, 2020, p. 132). Este último podía determinar, por ejemplo, la amonestación a los padres del *menor*, o su institucionalización temporal o definitiva del mismo cuando no tuviera algún consanguíneo que pudiera velar por sus cuidados. Dichas medidas podían ejecutarse cuando el *menor* hubiere cometido algún crimen, delito simple o falta, siendo este menor de 16 años, o bien teniendo entre 16 y 20, pero sin discernimiento de su accionar ilegal (Pinochet, 2017). En este sentido, y como observan Beyer y Vetö (2020), en esta época la legislación concedía un mismo trato tanto para los niños abandonados como para aquellos que hubieren delinquido, así los primeros eran considerados “predelincuentes”, lo que se asociaba con su condición social desventajosa, lo cual era amparado en escritos como los del médico psiquiatra forense y primer Juez de Menores, Samuel Gajardo, quien planteaba una relación insoslayable entre ciertos factores biológicos y ambientales que derivaban en que un joven fuera delincuente. Así, él mismo señalaba:

El tarado por herencia, aquel cuyo organismo está en déficit de potencial celular por hambre, por angustia crónica, etc., no puede equilibrarse su mundo interior con el mundo exterior que lo rodea, hecho universal magistralmente expresado en las siguientes palabras de Schlapp: “Ningún individuo, sea normal o anormal, puede escapar a la tiranía de sus propias células.” (Gajardo, 1929, pp. 8-9)

De acuerdo con esto, niños y niñas en situación de calle comenzaron a ser objetos de control, lo que se llevó a cabo a través de decretos que prohibieron la vagancia y el comercio callejero, muchas veces a través de la institucionalización en orfanatos y cárceles (Rojas, 2010). En este sentido, “la confinación de la población huérfana consolidó la idea de que, para resolver los problemas de la infancia, los niños debían ser institucionalizados” (Rauld, 2021a, p. 63).

Para estas alturas, el niño o joven pobre y abandonado no podía escapar a su destino, el cual estaba irreparablemente asociado a la delincuencia y, bajo las medidas de la época, al encierro. Niños abandonados y delincuentes eran parte de lo mismo, los *menores*.

Como se puede desprender de todo lo señalado, la diferenciación entre niños y *menores* se tornaba evidente. Es más, en este contexto, la realidad de los primeros prácticamente no es abordada, ya que se asume que la familia y escuela cumplen con entregarles toda la protección necesaria, lo cual tiene que ver con aspectos de control, materiales y espirituales. Sin embargo, a los *menores* que delinquen y fueron abandonados principalmente por la terrible situación de miseria que vivían sus familias se les estigmatiza y encierra. En este sentido, Pinochet (2017) señala que la institucionalización, más que estar orientada a la protección de los *menores*, funciona como medida higienista en la forma de una ley.

Respecto de los párrafos precedentes, es importante relevar la situación de abandono de niños y niñas que se vivía por aquellos tiempos, lo que se relaciona directamente con la situación de miseria de sus familias, lo que ha sido ampliamente documentado. Por ejemplo, Miñalich (2001) sostiene que el motivo de asilo de los menores fue principalmente las crisis familiares, la orfandad y, sobre todo, la pobreza. Por su parte, los estudios de Delgado y Salinas (1990), sobre los expósitos, señalan que estos niños eran, en su gran mayoría, ilegítimos. Muchos de estos provenían de los sectores más pobres de la sociedad, sus madres eran solteras, abandonadas o viudas y apenas subsistían a través de empleos mal remunerados. En este sentido, Salinas (2001) plantea que “la decisión de los padres de excluir a un hijo de su hogar obedecería más a un cálculo de sobrevivencia y de garantía de mejores condiciones para su educación y no, como podría suponerse, a una falta de amor hacia el hijo” (p. 22). El mismo autor plantea que el abandono de niños alcanzó un alto porcentaje precisamente con la institucionalización de su acogida, si se tiene en cuenta que antes de esto eran comunes el aborto e infanticidio. En este contexto, el abandono tendría que ver también con la esperanza de las familias de recuperar su cuidado una vez que se encontraran en una situación que les permitiera mantenerlos, lo que se plasmaba en notas que acompañaban a los *menores* abandonados (Salinas, 2021). Así, de acuerdo con la investigación realizada por Delgado y Salinas (1990), se calcula que, entre los años 1770 y 1926, 1 de cada 10 nacidos fue abandonado por sus progenitores (1990, p. 49).

Sin muchos cambios respecto de la realidad recién relatada, en 1942, la Dirección General de Protección de Menores, institución también creada por la Ley de Protección de Menores, en conjunto con algunos servicios médicos deviene en la Dirección General de Protección de la Infancia y Adolescencia (Protinfa), que se encontraba bajo la dependencia del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social. El enfoque de Protinfa seguía orientado a la infancia en “situación irregular”, sin embargo, su duración fue efímera dado que se disolvió en la década siguiente (Schleyer, 2018).

A mediados del siglo XX, hablar de “protección” a la infancia como se concibe hoy en día, comienza a volverse aún más difícil. De acuerdo con esto, Rojas (2010) señala que en aquella época el juez Gajardo comienza a desconfiar de las instituciones de *menores*, debido a lo fácil que resultaba escaparse de estas, por lo que comienza a derivar a estos a la Casa de Menores, la cual estaba contemplada como lugar solo de paso. Del mismo modo, las autoridades comenzaban a dar cuenta de la imposibilidad, tanto económica como de cupos, de mantener a adolescentes en un centro residencial, por lo que comienzan a ser derivados a la cárcel pública con o sin determinación de su discernimiento (Rojas, 2010).

Durante la misma década, el interés por la infancia también se comenzó a enmarcar dentro de un auge de la reivindicación de los derechos de la mujer, a partir del entendimiento de que los beneficios a las madres eran también para sus hijos, como la extensión del posnatal, que permitía que las mujeres pudieran cuidar más tiempo de sus niños y así evitar el contagio de enfermedades que se podía dar en las guarderías (Pinochet, 2017). Así también el interés comenzó a volcarse en el abordaje más completo de la situación de la infancia vulnerable, lo que permitió la formación del Consejo Superior de Protección a la Maternidad, a la Infancia

y a la Adolescencia, a partir del cual se crearon los Centros de Defensa del Niño. Dichos centros se emplazaban cerca de las fábricas y escuelas para la prestación de servicios médicos, dentales y sociales (Fuenzalida, 2014). En este mismo contexto, y ante las dificultades que se presentaban para coordinar los diferentes sectores relacionados con la infancia, en 1960 se creó una Comisión Interministerial para la Protección de los Menores en Situación Irregular, la cual estaba conformada por los representantes del Ministerio del Interior, de Educación, de Justicia, de Salud y del Trabajo y Previsión Social (Rojas, 2010).

En el año 1967 se promulgó la Ley N°16.618, que fija el texto de la Ley de Menores, la cual sigue enfocada en la infancia en “situación irregular” y considera el mismo conjunto de medidas de protección tanto para los *menores* vulnerados en sus derechos como para aquellos infractores de ley. Esta normativa crea el Consejo Nacional de menores (CONAME) como órgano dependiente del Ministerio de Justicia, el cual se alejó del enfoque intersectorial del período anterior, y asume como principal función la de supervisar y entregar asistencia técnica y recursos a aquellos organismos públicos y privados que se encargaban de brindar atención a los *menores* (Schleyer, 2018). Si bien dichos organismos se financiaban mayormente a través de colectas y actividades filantrópicas, a diferencia del modelo caritativo anterior, la relación de estas entidades privadas con el Estado comenzó a formalizarse a través de la entrega de subsidios (Rojas, 2010). Sin embargo, a pesar del aporte estatal, los problemas estructurales de la infancia se siguieron atendiendo a través de soluciones fragmentarias, lo que provocó “una percepción de los problemas de la parte más vulnerable de la infancia, como prioritariamente asociados a patologías de carácter individual” (García, 1997, p. 7).

La misma ley también creó la Policía de Menores como órgano dependiente de la Dirección General de Carabineros, la cual tenía por finalidad *recoger*<sup>3</sup> a los menores en situación irregular, controlar los sitios considerados de corrupción de menores y denunciar al Juzgado de Menores ciertos delitos que tuvieran como víctima a un menor (Ley N°16.618, art.15°). Debido a que el CONAME no tenía la facultad ni la capacidad para administrar directamente centros de *menores*, en 1970 se creó la Fundación del Niño Chileno (FUNICH), que funcionaba como órgano operativo de la institución, para crear y administrar dichos centros (Fuenzalida, 2014).

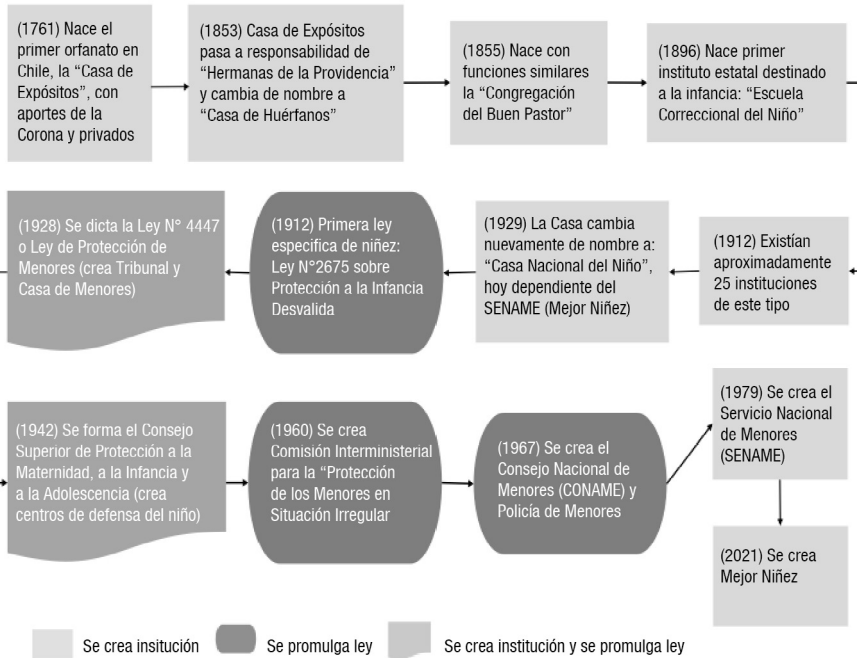
En 1979, en pleno período dictatorial y en un contexto de insinuación de la pobreza y desigualdad en el país, se crea el Servicio Nacional de Menores (SENAME), el cual vino a reemplazar al CONAME, pero siempre bajo el alero del Ministerio de Justicia. Sin embargo, y como señala Pinochet (2017), el nuevo servicio se enmarcaba en la misma lógica de su predecesor y de otras instituciones prevalentes entre 1930 y 1950, como la Dirección de Protección de Menores y la Fundación del Niño Chileno, manteniendo el carácter punitivo de las mismas a través de la institucionalización tanto de niños vulnerados en sus derechos como de aquellos en conflicto con la ley.

---

3 El resaltado es propio, con el fin de destacar el vocabulario que se ejercía al momento de hablar de la infancia en condiciones de desventaja, lo que es característico de la doctrina de la situación irregular que se explicará en el siguiente apartado.



Gráfico 1. Resumen institucionalidad y legislación sobre infancia y adolescencia entre 1761 y 2021 en Chile, principalmente sobre institucionalización de NNA



La función del SENAME consistía en ejecutar acciones para proteger a los niños vulnerados en el ejercicio de sus derechos y reinserter a aquellos que hubieran infringido la ley. Para el caso de los centros o establecimientos, la administración de estos estaba a cargo de privados, con los que SENAME firmaba un convenio, y eran los particulares quienes determinaban las condiciones y características de los *menores* que podían ingresar en ellos (Schleyer, 2018).

Como se verá más adelante, el SENAME sigue funcionando al día de hoy, pero enfocado solamente en aquellos adolescentes en conflicto con la ley, ya que el 1 de octubre de 2021 entró en funcionamiento el nuevo servicio conocido públicamente como Mejor Niñez, al cual se le deriva la función de protección de la infancia que ha sido vulnerada en sus derechos. Independientemente de los motivos de su ingreso, ambos servicios siguen recibiendo a la infancia más pobre del país, como se respaldará más adelante. En los siguientes apartados, se hace una descripción más profunda de ambos servicios y de otras instituciones con enfoque en la infancia que se encuentran vigentes al día de hoy en Chile.

El Gráfico 1 muestra en línea cronológica las instituciones y leyes que se mencionaron y describieron en este apartado.

## 2. Vulneración en nombre de la protección: la Doctrina de la Situación Irregular

Del apartado recién expuesto es posible extraer que, por lo menos durante el período descrito, primaba una visión caritativa y proteccionista respecto de la infancia basada en la Doctrina de la Situación Irregular, la cual dominó en Chile y Latinoamérica, hasta por los menos, finales del siglo XX. Este paradigma, el cual es la manifestación del proteccionismo norteamericano en América Latina,<sup>4</sup> bajo una marcada lógica asistencialista, se caracteriza principalmente por no considerar a los niños sujetos de derechos, y las políticas públicas de protección a la niñez tienen un carácter focalizado y residual. En este sentido, la protección de los NNA se entiende como una respuesta frente a vulneraciones de derecho específicas o frente a abusos importantes. De acuerdo con esto, Farías (2010) afirma que las políticas dirigidas a la niñez eran de carácter asistencialista, por lo que existía una hegemonía de los privados, donde los protagonistas son la filantropía, el asistencialismo y la caridad, ya que la infancia vulnerable estaba fuera de la esfera de la acción permanente del Estado. De esta forma, eran comunes el asilo, la internación y el aislamiento como respuesta a los problemas socioeconómicos de la infancia y adolescencia, principalmente la delincuencia juvenil.

Es decir, los NNA no eran considerados sujetos de derecho, sino, más bien, objetos de protección; los cuales, además, pertenecían a un grupo específico, el de los *menores*. En este sentido, este último grupo era considerado un sujeto pasivo dentro de una cultura jurídica de protección y represión (García, 1994). Esto último debido a que, además, niños en conflicto con la ley y niños víctimas de algún tipo de vulneración, como el abandono, eran parte de un mismo grupo, ya que, como se mencionó en el apartado anterior, los segundos ya se consideraban predelinquentes; esto amparado en la hegemonía imperante del positivismo etiológico de aquel entonces (Beloff, 2011). Así, según el planteamiento de Donzelot (1998), este grupo era clasificado bajo dos categorías: la infancia *en peligro* (aquellos niños abandonados, vulnerados y desprotegidos) y la infancia *peligrosa* (niños y jóvenes delincuentes).

Como consecuencia de lo anterior, Beloff (2009) indica que, en los países de América Latina, las intervenciones y las respuestas estatales ante dicha realidad eran sumamente vagas, ambiguas y discrecionales, y muy difíciles de entender respecto de la concepción de derechos que se tiene hoy en día. Por lo demás, debido a la “condición irregular” en que se encontraba el *menor* y su entorno,<sup>5</sup> estos eran “objeto de intervenciones estatales coactivas, junto con su familia en gran parte de los casos” (Beloff, 2009, p. 26). En este sentido, la protección que supuestamente se intentaba entregarles era, casi por regla general, a través de la institucionalización, lo que en la práctica recrudeció la violencia y situaciones de vulneración a este grupo de niños (Beloff, 2009).

4 Respecto principalmente de los *child savers* de Estados Unidos.

5 En otro texto de Mary Beloff de 1999 (Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar), ésta señala que, respecto del *menor*, son sus condiciones personales, familiares y sociales las que lo convierten en un “menor en situación irregular” y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

Otro aspecto importante de esta doctrina es que se encuentra asociada a lo que se conoce como modelo o enfoque tutelar, el cual concibe que el niño debe ser asistido o tutelado por el Estado por ser considerado como incapaz. Sin embargo, esta intervención estatal es de carácter voluntario y focalizada hacia esta *población en situación irregular* (Cunill Grau, 2010) que, como ya se ha dicho, fue condensada en el grupo de los *menores*. Pero, es más, dichos rasgos que se asociaban a los *menores*, especialmente lo referido a la marginalidad, eran percibidos como algo patológico y disfuncional, y como tal, peligroso (Beloff, 2011), lo que justificaba la potestad tutelar y, por ende, una eventual institucionalización.

Otro rasgo que destaca Beloff (2011) respecto del enfoque tutelar es que, si bien este no es propio de Latinoamérica, sí lo es la conexión que se establece entre falta de “idoneidad” o “disfuncionalidad” de la familia y la pobreza, lo que, como se evidenciará más adelante en esta investigación, sigue estando presente, a pesar de los cambios en la legislación. En este sentido, la medida de institucionalización de niños, fueran infractores de ley o no, tuvo un sesgo discriminatorio muy particular, basado principalmente en aquella infancia en desventaja económica, social y familiar.

Por lo demás, otros aspectos que caracterizan a la Doctrina de la Situación Irregular, tienen que ver, primero, con que, bajo estos estándares, la opinión del niño es, por completo, irrelevante (Beloff, 1999), de lo cual deriva una falta de participación absoluta respecto de las acciones que se definen para abordar las situaciones y problemáticas que los afectan (Cortés, 2009). También, al carecer de políticas sociales adecuadas para la niñez, el juez de menores debe ocuparse no tan solo de las cuestiones exclusivamente “judiciales”, por lo que se espera que este actúe como “buen padre de familia”, en su misión benéfica delegada por el Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, de ahí la amplia discrecionalidad de intervención del juez sobre el niño y sus familias (Beloff, 1999).

Por último, cabe señalar que, debido a todas las aprensiones y críticas aquí señaladas respecto de la Doctrina de la Situación Irregular, casi entrado en los años 90 se dio paso a una nueva forma respecto del tratamiento y relación con la infancia y adolescencia, lo que se conoce como el Paradigma de la Protección Integral, el cual queda plasmado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 y se describirá a continuación. En adelante también se hacen esfuerzos por dilucidar si Chile ha logrado realizar o no este tránsito entre ambos paradigmas prácticamente opuestos, bajo la situación de niños, niñas y adolescentes institucionalizados en residencias de protección.

### **3. Normativa de protección para niños, niñas y adolescentes institucionalizados en Chile**

Para comenzar a traer el análisis anterior a tiempo más actual, a continuación se hace una revisión de la normativa vigente en Chile respecto de la protección de NNA institucionalizados en residencias de protección en el país, tanto de carácter internacional como nacional.

En cuanto lo anterior, los instrumentos legales que se describen son los que dicen relación con la protección de NNA en el sistema residencial, por lo que se excluyen aquellas otras normas destinadas a velar por la protección de otros aspectos de la niñez y adolescencia, lo que no quiere decir que no existan.

Además, la descripción de los instrumentos legales establecidos en este acápite servirá de insumo para realizar análisis que serán presentados en los próximos capítulos.

### 3.1. Normativa Internacional

El Sistema Universal de Derechos Humanos ha puesto a disposición una serie de instrumentos que han servido de marco de referencia para que los Estados Parte promuevan, respeten y protejan los derechos humanos de NNA bajo un enfoque de derechos humanos, los cuales están basados en el Paradigma de la Protección Integral, el cual se explicará en las siguientes líneas. Para efectos de la temática de esta investigación, los que se describirán son los siguientes: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) y las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños (2009).<sup>6</sup>

#### A. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989).

En 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) adopta la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la cual entra en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 del tratado. El Estado de Chile firmó y adhirió a esta junto con otros 57 países el 26 de enero de 1990. Luego, el 10 de julio fue aprobada unánimemente por ambas cámaras del Congreso, para el 13 de agosto ser ratificada ante la ONU. Finalmente, el 14 de agosto de 1990 fue promulgada como ley de la República mediante el decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, siendo publicada en el Diario Oficial el día 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entra en vigencia en Chile.

En este tratado, se reconocen los derechos humanos de todos los NNA, los cuales se basan en cuatro principios: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por la opinión de los niños y niñas. Además, reconoce el derecho a la protección especial de los NNA<sup>7</sup> que, si bien es valorable, esto ha sido regulado en el Derecho

---

6 Los otros instrumentos que conforman este grupo son: Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal y las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos. Por su parte, en Latinoamérica también existen instrumentos de *soft law* al respecto, a saber: la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa de 2009, Declaración sobre Justicia Restaurativa en el sistema penal juvenil de 2021-AIDF y la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa.

7 La protección especial del niño también es reconocida en otros instrumentos del Sistema Universal, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10).

Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) desde sus orígenes, por lo que no es propio y exclusivo de la Convención, como fue presentado el tratado en la región (Beloff, 2009). En este sentido, lo que sí es propio de este instrumento, es que es el primer código universal de los derechos del niño legalmente obligatorio de la historia, y además es el tratado internacional más ratificado en el mundo, siendo adoptado por 196 países (UNICEF, 2019).

El texto de la CDN consagra lo que se conoce como el “Paradigma de la Protección Integral”, el cual pretende superar la visión caritativa y tutelar de la infancia que promovía la “Doctrina de la Situación Irregular”. De este modo, la atención de los NNA no está focalizada solamente en aquellos niños *en peligro o peligrosos*, sino que pretende proteger los derechos de todo el universo de la infancia, no solo centrándose en sus vulneraciones. En palabras de Buai (2003), esto se refiere a

un conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos. (2003, p.2)

De lo anterior se desprende que, bajo el Paradigma de la Protección Integral, se establece una relación indisoluble entre la CDN y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en otras palabras, los derechos de los NNA son considerados derechos humanos (Valverde, 2004). Así, “la protección integral tiene su fundamento en los principios universales, de dignidad, equidad y justicia social, y en los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación” (Buai, 2003, p. 2). De acuerdo con dichos principios, se reconoce a los NNA como parte integral de una sociedad, donde su entorno y contexto lo afectan directamente, a lo cual hay que prestar especial atención bajo este enfoque.

Por otro lado, para efectos de esta investigación, es necesario mencionar que la CDN reconoce que alrededor de todo el mundo existen NNA en condiciones excepcionalmente difíciles, los cuales deben ser tratados con especial consideración (CDN, 1989). Así, el texto también se esfuerza en relevar la importancia de la familia para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los NNA, dentro de un ambiente de felicidad, amor y comprensión (CDN, 1989). En este sentido, se considera importante que el niño no sea separado de sus padres, salvo por el interés superior de este, como destaca el artículo nueve del texto, el cual versa lo siguiente:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, 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 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. (CDN, 1989, art.9)

Siguiendo con la importancia que asigna la Convención a la familia en los cuidados y protección del niño, el texto también establece la obligación de los Estados Parte a entregar asistencia a los padres en sus roles de crianza y desempeño de sus funciones. Además, los mismos Estados deben velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños (CDN, 1989, art.18). También, en el caso de los NNA que deban estar privados de su medio familiar o que, por su interés superior deban separarse de este, tienen derecho a recibir protección especial por parte del Estado. Así, el numeral tercero del artículo 20 de la Convención señala que:

Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. (CDN, 1989, art.20)

Existen otros aspectos que toma en consideración la Convención, además de la importancia de asegurar a los NNA el derecho a desarrollarse en un ambiente familiar, que son relevantes para esta investigación. En este sentido, destaca la obligación de los Estados de tomar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del texto y, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, la Convención señala que “los Estados Partes adoptarán medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (CDN, 1989, art.4).

Respecto de los malos tratos, abusos físicos, sexuales y negligencias en el cuidado, el texto de la Convención indica que los Estados Parte deberán tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para la protección del NNA (CDN, 1989, art.19).

Por último, el artículo 43 de la Convención establece la creación de un Comité de los Derechos del Niño,<sup>8</sup> cuyo fin es examinar el avance de los Estados Parte respecto de los preceptos de la Convención.

## B. DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE CUIDADO DE LOS NIÑOS (2009).

Como se señaló anteriormente, la CDN reconoce el derecho de los NNA a vivir en un entorno familiar y desarrollarse en un ambiente de amor, felicidad y comprensión. Pero también reconoce que existen situaciones en que, por diversos motivos, los niños se encuentran separados de ese entorno, por lo que las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas

---

8 Los numerales 2 y 4 del art. n°43 de la CDN señalan que El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención, los cuales serán elegidos cada dos años por los miembros del Comité.

de Cuidado de los Niño (en adelante, las Directrices), buscan orientar a los Estados en el respeto de los derechos humanos de estos niños y los cuidados especiales que deben recibir de acuerdo a su situación. De esta forma, el objeto de este instrumento es promover la aplicación de la CDN y de otros instrumentos internacionales que consideren disposiciones pertinentes respecto de la protección de los NNA privados de su entorno familiar y cuidado paternal, o que estén en riesgo de ello (ONU, 2009, párr. 1).

De igual modo que la CDN, las Directrices resaltan el apoyo que se debe entregar para que los NNA estén bajo el cuidado de su propia familia o sea reintegrado a esta. De otro modo, que se abogue por una solución adecuada y pertinente, teniendo en cuenta las medidas más idóneas de acogimiento alternativo (ONU, 2009, párr. 2).

Las directrices también se rigen por una serie de principios y orientaciones generales, dentro de las cuales destacan:

- ▶ La importancia de que el Estado provea apoyo a las familias en su función cuidadora (párr. 3)
- ▶ La importancia de que los NNA vivan en un entorno en el que se sientan apoyados, protegidos y cuidados y que éste promueva todo su potencial (párr. 4).
- ▶ Establecen que el Estado es el responsable de proteger a los NNA cuando éstos han sido abandonados por su familia o cuando la misma no puede brindarle la protección adecuada (párr. 5).
- ▶ Al momento de implementar las directrices, se debe tener siempre en cuenta el interés superior del niño, además del principio de no discriminación, la perspectiva de género y el derecho del niño a ser oído (párr. 6 y 7).
- ▶ Por último, las Directrices buscan abogar por la no discriminación de los niños y sus familias, en especial en lo que respecta a la pobreza, origen étnico, sexo, estigma socioeconómico, entre otras (párr. 9).

En cuanto a las responsabilidades del Estado que contemplan las Directrices y que son atingentes para esta investigación, destacan:

- ▶ Adoptar todas las medidas necesarias para generar espacios de acogimiento alternativo adecuado, privilegiando las soluciones basadas en la familia y comunidad (párr. 53).
- ▶ Velar por que existan opciones de acogimiento de emergencia, de corto y largo plazo, según los lineamientos de las Directrices y necesidades de los NNA (párr. 54).
- ▶ Garantizar que el niño pueda reintegrarse a su familia nuclear o extensa. Si no fuera posible debido a su interés superior, en un entorno familiar alternativo estable. La última opción debiera ser un acogimiento residencial, de igual manera apropiado para el niño (párr. 60).
- ▶ Dedicar especial atención a la calidad del cuidado de los NNA, ya sea en acogimiento familiar o residencial (párr. 71).
- ▶ Prohibir estrictamente medidas disciplinarias y de comportamiento que impliquen tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes (párr. 96).
- ▶ Evitar completamente formas de financiamiento del acogimiento residencial que impliquen el internamiento innecesario o prolongado de un NNA (párr. 108).
- ▶ Velar por que los cuidadores y personal de trabajo directo con el NNA, antes de su contratación, sean evaluados respecto de su idoneidad para trabajar con niños (párr. 113).
- ▶ Fomentar al máximo la motivación de los cuidadores contratados para hacer

su trabajo de forma apropiada, a través de condiciones laborales de calidad, incluida la remuneración (párr. 114).

- ▶ Velar porque exista capacitación de todo el personal contratado en las modalidades de acogimiento respecto de los derechos de los niños sin cuidado paternal y sobre cómo hacer frente a comportamientos problemáticos (párr. 115 y 116).
- ▶ Procurar que los centros de acogimiento residencial sean pequeños y organizados según los derechos y necesidades del niño, en un entorno familiar y en grupos reducidos (párr. 123).

Otros aspectos que las Directrices llaman a tener en cuenta al momento de que un NNA ingrese en alguna modalidad de acogimiento alternativo es que este sea próximo a su lugar de residencia para que pueda mantener contacto con su familia (párr. 11); el niño también debe ser tratado en todo momento con dignidad y respeto, evitando el abuso, explotación y malos tratos, independiente de por quién sea causado (párr. 13). Aspecto sumamente relevante es que la separación del niño de su familia debiera ser considerada una medida de último recurso y por el menor tiempo posible (párr. 14); así también es importante tener en cuenta que la vulnerabilidad económica no puede ser la causal de separación del niño del cuidado de sus padres, sino que un aspecto para que se les preste el apoyo adecuado (párr. 15). Este instrumento también hace hincapié en que cuando existan hermanos, estos no debieran ser separados en distintos medios de acogimiento alternativo (párr. 17). Por último, es importante destacar de este instrumento que, en el caso de que existan grandes centros de acogimiento residencial, los esfuerzos deben encaminarse a la desinstitucionalización de los niños (párr. 23).

### **3.2. Normativa Nacional**

En este acápite se enumeran la normativa nacional vigente al día de hoy en Chile respecto de NNA institucionalizados en residencias. Sin el ánimo de extender la descripción, se extraen los elementos atinentes a la temática específica de esta investigación. Por lo demás, éstas serán descritas de manera cronológica y haciendo una subdivisión respecto de aquellas normas anteriores y posteriores a la CDN, para posteriormente evaluar si ésta marca un cambio de paradigma en cuanto a la protección de derechos de la infancia en el país.

### **3.3. Normativa Nacional anterior a la CDN**

La normativa nacional anterior a la CDN que hace alusión a la institucionalización de NNA está conformada por dos instrumentos, a saber: la Ley N°16.618 de Menores de 1967 y el Decreto Ley N°2.465 que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija su ley orgánica de 1979, los cuales se describen a continuación.

#### *A. Ley N°16.618 de Menores (1967)*

La Ley de Menores, como ya se adelantó en apartados anteriores, fue promulgada el 3 de febrero de 1967 y publicada en el Diario Oficial el 8 de marzo del mismo año, día de su entrada en vigencia.

El artículo primero de esta ley señala que se aplicará a los menores de edad, y, si bien gran parte de los artículos de esta ley han sido derogados, todavía contiene



algunas disposiciones aplicables como medidas de protección de un NNA. Así, el Juez de Familia<sup>9</sup> mediante resolución fundada puede, entre otras medidas, autorizar su ingreso en un establecimiento residencial (arts. 29 y 30).

Por otro lado, la ley establece el deber de los establecimientos que dependen del Servicio Nacional de Salud, del Ministerio de Educación y de otros organismos fiscales o autónomos a recibir a los NNA enviados por los Tribunales de Familia (art. 54).

Respecto de los NNA en conflicto con la ley, se establece la obligación de las instituciones privadas que se encuentren acreditadas como colaboradoras del SENAME a disponer de al menos el 20% de las plazas de sus establecimientos para admitir a estos adolescentes derivados por los tribunales de justicia, lo que se hace efectivo de acuerdo con el convenio que suscriba la institución con el SENAME (art. 55).

En relación con los preceptos de esta ley, no se hace una diferenciación entre los NNA que hubieran sido vulnerados en sus derechos y los que se encuentran en conflicto con la ley. Así, su artículo n°30 indica lo siguiente:

Quando se recoja un menor por hechos que no sean constitutivos de crimen, simple delito o falta, el Juez de Letras de Menores podrá, sin necesidad de llamarlo a su presencia, aplicarle alguna de las medidas indicadas en el artículo anterior [respecto de crímenes, faltas o delitos], según más convenga a la irregularidad que presente.

Respecto de lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño ha hecho ver su preocupación por la vigencia de esta ley. Es así como, en sus observaciones finales al Estado de Chile del año 2002, señala que esta tiene como fundamento el concepto de la “situación irregular”, al no hacer una distinción, desde el punto de vista de procedimientos judiciales, entre los NNA que requieren de protección y los que están en conflicto con la ley. En el mismo documento, pero del año 2007, el Comité vuelve a mostrar su preocupación por no haber reformado dicha ley. Por último, en las observaciones generales del 2015 al Estado de Chile, el Comité reitera su inquietud por el enfoque tutelar de la misma, el cual es incompatible con las garantías de derechos humanos de los NNA.

#### *B. Decreto Ley N°2.465 Crea el Servicio Nacional de Menores y fija su ley orgánica.*

El presente decreto ley fue promulgado el 10 de enero de 1979 y su publicación en el Diario Oficial consta del día 16 de enero del mismo año. Un decreto supremo del 5 de diciembre de 1979 fijó la planta y el Servicio Nacional de Menores (o SENAME) entró en funcionamiento el 1 de enero de 1980 (SENAME, 2022), siendo así el sucesor del Consejo Nacional de Menores que, según señala el mismo decreto ley, adolecía de numerosos vacíos e imperfecciones. De este modo, el Servicio en cuestión sería el encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los NNA que fueran vulnerados, así como a la reinserción social de adolescentes infractores de la ley penal (art.1).

Como se mencionará más adelante en la descripción del Servicio Mejor Niñez, este último es el sucesor y continuador legal del SENAME respecto de su área de

<sup>9</sup> Antes de ser promulgada la ley N°19.968, Juez de Menores.

protección de derechos. Sin embargo, y a diferencia de lo que entiende gran parte de la población, el Servicio Nacional de Menores no ha desaparecido, y a partir del 1 de octubre de 2021, se enfoca exclusivamente en el área de justicia y reinserción juvenil, centrándose en la atención de adolescentes entre 14 y 17 años que han entrado en conflicto con la ley y han sido imputados o condenados. De acuerdo con esta realidad, SENAME sigue perteneciendo al Ministerio de Justicia, como ocurre desde sus orígenes, y los adolescentes son derivados a este servicio a través de tribunales siguiendo la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Para contextualizar, en el siguiente párrafo se explica el modo de funcionamiento del SENAME hasta octubre de 2021, a la vez que se indican sus tres líneas programáticas, para lo que se debe tener en cuenta que, al día de hoy, la única que mantiene es la de justicia juvenil, en tanto que lo relativo al área de adopción y de protección han sido derivadas a la Mejor Niñez. De todos modos y a grandes rasgos, cumplen las mismas funciones que se describirán a continuación, solo que en un nuevo servicio:

Las tres líneas programáticas con las que comúnmente ha contado SENAME son: 1) Protección y restitución de derechos, 2) Adopción y 3) Justicia Juvenil. Para cumplir con las tareas que la ley le mandata, SENAME ha contado con centros propios de administración directa (o CREAD) y con organismos colaboradores privados que reciben una subvención estatal (u OCAS), los cuales son definidos como personas jurídicas sin fines de lucro, autorizadas por el Director Nacional del SENAME, para llevar a cabo, a través de licitaciones, dichos programas (Ley N°20.032, 2005, art.4). Además, estos deben ser supervisados por la institución para que cumplan con sus objetivos y utilicen los fondos según los compromisos adquiridos. De acuerdo con este sistema mixto, en el área de protección (de niños vulnerados en sus derechos), el servicio ha contado con programas de diagnóstico y de reparación de maltrato y con oferta residencial en gran parte del país. Además, en el área de justicia juvenil (adolescentes infractores de ley), existen centros de internación provisoria, cerrados y semicerrados de menores, que son administrados directamente por SENAME, y programas de medio libre que son administrados por organismos colaboradores.

Para recapitular, el DL N°2.465 de 1979, crea al SENAME como un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los NNA que hayan sido vulnerados, así como a la reinserción social de adolescentes infractores de la ley penal. Para ello, le corresponde al mencionado servicio diseñar y mantener una oferta de programas especializados para dichos NNA, así como, estimular, orientar y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados (art. 1).

De acuerdo con su estructura, hasta 2021 el SENAME estuvo conformado por la Dirección Nacional, con sede en la capital del país, por Direcciones Regionales dependientes de la primera y por los Departamentos Jurídico, Técnico, de Administración y Finanzas y de Auditoría (art.4).

Según el presente DL, las principales funciones del Servicio son las siguientes:

- ▶ Aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en

materia de asistencia y protección a los menores.

- ▶ Proponer al Ministerio de Justicia planes y programas destinados a prevenir y remediar las situaciones que afectan a dichos menores.
- ▶ Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Familia,<sup>10</sup> con el fin de cumplir las medidas que éstos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten.
- ▶ Crear centros de internación provisoria y centros de rehabilitación conductual para administrarlos directamente. En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta.
- ▶ Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley.
- ▶ Propiciar y realizar permanentemente estudios e investigaciones relacionados con los problemas del menor, en materias de su competencia (art.4).

Por su parte, y entendiendo que la gran mayoría de los centros del SENAME han sido administrados por privados,<sup>11</sup> es decir, por OCAS, es importante mencionar cuales son las funciones que ha asignado este DL al Departamento de Auditoría que, si bien asigna una serie de tareas al respecto, llama la atención la ausencia de mecanismos para llevar a cabo aquello y que estas estén más enfocadas en el resguardo de recursos que en el bienestar de los niños. Así, las principales funciones que se le asignan a dicho departamento son las siguientes:

- ▶ Verificar el adecuado aprovechamiento de los recursos humanos, financieros y materiales asignados a las distintas unidades del Servicio.
- ▶ Efectuar las fiscalizaciones necesarias en terreno para comprobar si la actividad administrativa del Servicio se desarrolla en concordancia con el cuadro normativo vigente.
- ▶ Examinar y evaluar la solidez, suficiencia y aplicación de los sistemas y registros de control interno existentes.
- ▶ Proponer normas, procedimientos y programas de control interno.
- ▶ Determinar en qué medida el activo del Servicio está debidamente contabilizado, salvaguardado y clasificado.
- ▶ Examinar las cuentas que, respecto de los fondos entregados por el Servicio, rindan las instituciones reconocidas como colaboradoras, sin perjuicio de las facultades de la Contraloría General de la República (art.10).

### **3.4. Normativa Nacional posterior a la CDN**

La normativa nacional posterior a la CDN está conformada por seis normativas,

<sup>10</sup> Antes de 2005 denominados "Tribunales de Menores".

<sup>11</sup> Dependiendo del año, los colaboradores acreditados han administrado entre el 94 y 98% de los centros.

a saber: Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia de 2004; Ley N°20.032 que Regula el régimen de aportes financieros del Estado a colaboradores acreditados de 2005; Ley N°21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez de 2018; Ley N°21.090, que crea la Subsecretaría de la Niñez de 2018; Ley N°21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y Modifica Normas Legales que Indica de 2021; y Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia de 2022. Estas se describen a continuación.

### *C. Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia (2004)*

*Esta ley establece los Tribunales de Familia como una judicatura especializada encargada de conocer, juzgar y ejecutar lo dictaminado en los asuntos que trata esta ley, así como otros que le asignen otras leyes (art. 1). Entre los temas relevantes para esta investigación, destacan los casos relacionados con el cuidado personal de los NNA; los asuntos sobre el derecho y deber del padre o madre que no tiene el cuidado personal del hijo a mantener una relación regular con él; todos los asuntos que involucren a NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos y que requieran medidas de protección; y los casos de maltrato a NNA (art. 8).*

En cuanto a los principios que guían los procedimientos llevados a cabo por los Tribunales de Familia, y lo que concierne principalmente a los NNA, destaca el interés superior del niño y su derecho a ser oído, así como el pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. Por lo tanto, el juez debe siempre tener en cuenta estos principios al emitir sus resoluciones (art. 16).

La presente ley también faculta al juez de familia para decretar en cualquier etapa del procedimiento o antes de su inicio, de oficio o a petición de parte, medidas cautelares conservativas o innovadoras. Estas últimas solo proceden en situaciones urgentes cuando el interés superior del niño así lo requiera o la inminencia del daño lo aconseje (art. 22).

Además, esta normativa contempla, como un procedimiento especial, la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de NNA, lo cual se aplica cuando estos estén amenazados o vulnerados. Asimismo, se requiere la intervención judicial en todos los casos en los que sea necesario adoptar una medida que implique separar al NNA de uno o ambos padres o quienes tengan legalmente su cuidado (art. 68).

En lo que respecta a la aplicación de medidas cautelares especiales que el juez puede decretar en el marco de este procedimiento, se encuentran la entrega inmediata del NNA a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado; confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia, prefiriendo a parientes consanguíneos o personas de confianza; el ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente necesario; disponer la concurrencia del NNA, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; entre otras. Estas medidas no pueden durar más de noventa días (art.71).

Respecto de las medidas anteriores, siempre se requerirá la comparecencia del NNA, para que el juez pueda tomar en cuenta su opinión, considerando su edad y madurez (art.69). También se considera el derecho del NNA a que el juez lo reciba personalmente (art.79).

La ley también señala que la medida de separación del NNA de uno o de ambos padres o persona que tenga su cuidado solo procederá cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del NNA y siempre que no exista otra alternativa más adecuada. El juez podrá confiar al NNA a un establecimiento de protección solo si no hay parientes consanguíneos o personas de confianza disponibles (art. 74).

Respecto de los establecimientos residenciales, es obligación de los Jueces de Familia visitarlos personalmente. Asimismo, el director del centro debe prestar las facilidades necesarias para que el juez pueda recorrer el lugar y revisar la documentación de los NNA. Estas visitas pueden realizarse en cualquier momento y siempre dentro de plazos que no excedan los seis meses entre una y otra. El incumplimiento de esta obligación se considera una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales (art.78).

#### *D. Ley N°20.032 Regula el régimen de aportes financieros del Estado a colaboradores acreditados (2005)*

Esta ley fue promulgada el 11 de julio de 2005 y su publicación en el Diario Oficial data del 25 de julio del mismo año, fecha en la que entra en vigencia este instrumento en análisis. Sus últimas modificaciones fueron realizadas en 2021 a través de la Ley N°21.302, que se describirá más adelante.

El objetivo de esta ley es establecer la forma y condiciones en que el Servicio Mejor Niñez (anteriormente SENAME) se relaciona con sus colaboradores acreditados (u OCAS). También determina la forma en que este Servicio velará para que la acción desarrollada por los anteriores respete y promueva los derechos fundamentales de los NNA sujetos de atención (art.1). Además, bajo los preceptos de esta ley, el Servicio Mejor Niñez establece un régimen de aportes financieros para los programas de protección especializados que realicen los colaboradores acreditados (art.3).

El principio fundamental que rige a esta ley es el respeto, la promoción, la reparación y la protección de los derechos humanos de las personas menores de 18 años que estén contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales en la materia ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Destacan también la promoción de la integración familiar, escolar y comunitaria del NNA y su participación social; la transparencia, eficiencia y eficacia en la administración de los aportes financieros del Estado; la probidad; responsabilidad en el ejercicio del rol público que se desarrolla; el trato digno a los sujetos de atención; y participación de los NNA (art. 2).

Una inclusión importante que se hizo a esta ley<sup>12</sup> es que, para efectos del régimen de aportes financieros del Estado establecidos en este instrumento, los sujetos de

---

12 A través de la Ley N°21.302 el año 2021.

protección ya no son solo los NNA, sino que además sus familias. Así, el Servicio proveerá prestaciones a las familias de los NNA o a sus cuidadores (art. 5).

Otra incorporación importante realizada a esta ley en 2021 es que, para obtener la acreditación como colaborador del Servicio, las personas jurídicas deben estar constituidas sin fines de lucro; demostrar contar con altos estándares de gestión institucional y financiera; que hayan adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos susceptibles de ser cometidos en el ejercicio de sus funciones, en especial los que afecten a NNA; que cuenten con la infraestructura suficiente, digna, adecuada y segura, sobre todo tratándose de la entrega de cuidados alternativos; que cuenten con personal idóneo para el trato con los NNA; entre otras (art. 6).

Con todo lo anterior, el mecanismo para llevar a cabo la transferencia de fondos del Estado a colaboradores acreditados, es a través de llamado a concurso de proyectos relativos a las diversas líneas de acción reguladas por la ley. Así, cada concurso se regirá por las bases administrativas y técnicas que para estos efectos elabore el Servicio. Sin embargo, existen casos excepcionales en que el Servicio puede establecer un convenio en forma directa, lo que sucede cuando el concurso es declarado desierto por no existir colaboradores interesados y cuando se tratare de asegurar la continuidad de la atención a NNA beneficiarios de algún proyecto que haya debido terminarse anticipadamente (art.25).

Después de haberse seleccionado el proyecto, el Servicio debe firmar un convenio con el organismo adjudicado, el cual debe estipular las bases que dan contenido al servicio que se prestará, tales como los objetivos y resultados esperados del proyecto, aportes financieros que se tengan que pagar y la duración del convenio (art.26).

Para los programas de las líneas de acción de cuidado alternativo de tipo residencial y familiar, la transferencia de los recursos estará condicionada a una evaluación anual en la que se exigirá el cumplimiento de deberes por parte del colaborador acreditado, como contar con un 75% del personal conformado por profesionales y/o técnicos especializados; asegurar que los NNA participen de los programas de salud establecidos por el Ministerio de Salud para su atención y, en el caso de los NNA mayores de 6 años, deberán acreditar, además, que son alumnos regulares de la enseñanza básica, media, superior u otras equivalentes, en establecimientos del Estado o reconocidos por éste, a menos que su situación de discapacidad no lo permita (art. 30).

Para finalizar, es importante señalar que, sobre todo respecto de los mecanismos de acreditación y transferencias de recursos a las OCAS, esta ley tuvo incorporaciones en 2021 a través de la Ley N°21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia, conocido públicamente como Mejor Niñez. Respecto de esto, y cuando el área de protección aún estaba bajo mandato del SENAME, las exigencias y condiciones para las transferencias de fondos y acreditación eran mucho menos exigentes.

*E. Ley N°21.067 Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (2018)*

La ley 21.067 se promulgó el 22 de enero de 2018, y su publicación en el Diario Oficial corresponde al 23 del mismo mes. De acuerdo al artículo 1 de sus disposiciones transitorias, el Servicio comienza a funcionar el 30 de junio de 2018.

La Defensoría de la Niñez (o Defensoría) se crea como una corporación autónoma de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio (art.1), siendo su objetivo principal la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los NNA, de acuerdo a la Constitución Política de la República, la CDN y los demás tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Entre las principales funciones que se le asignan a la Defensoría para cumplir su objetivo, se encuentran imponer acciones y deducir querrelas en favor de NNA que lo requieran; denunciar vulneraciones a los derechos de los niños ante los órganos competentes; emitir informes y recomendaciones que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños; actuar como *amicus curiae* ante los tribunales de justicia en materias relativas a su competencia; velar porque los responsables de formular políticas públicas, en todos los ámbitos, tengan como consideración los derechos de los NNA; velar por la participación de los niños y su derecho a ser oídos en los asuntos que les conciernen; promover el cumplimiento de la CDN y demás tratados internacionales ratificados por Chile; entre otras (art. 4).

Respecto del objeto específico de esta investigación, es importante mencionar que, entre las funciones de la Defensoría, también se encuentra la de visitar los centros de privación de libertad, centros residenciales de protección o cualquier otra institución en que un niño permanezca privado de libertad, reciba ésta recursos del Estado o no. Una vez realizada la visita, deberá generar un informe que contenga, a lo menos, el registro de las eventuales vulneraciones de derechos y las recomendaciones a los órganos competentes, sin perjuicio de denunciar los hechos que constituyan delito (art.4).

Según el artículo 5 de esta ley, los principios que la rigen son el interés superior del niño, su derecho a ser oído, la igualdad y no discriminación arbitraria, la autonomía progresiva y el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos.

Las áreas principales que conforman la Defensoría son: área de protección de derechos; área de promoción y difusión de derechos, y área de estudios (art.9).

La presente ley también crea un Consejo Consultivo, el cual es un órgano colegiado que busca asesorar al Defensor o Defensora de la Niñez y que se conforma con representantes de la sociedad civil, de organizaciones de NNA y de las universidades reconocidas y acreditadas por el Estado (art. 17).

*F. Ley N°21.090 Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la Ley N°20.530 sobre Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica (2018)*

La presente ley fue promulgada el 12 de abril de 2018 y su publicación corresponde al 18 de abril del mismo mes. Esta norma, crea la Subsecretaría de la Niñez como órgano perteneciente al Ministerio de Desarrollo Social, asignando como nueva función a este ministerio el velar por los derechos de los niños con el fin de promover y proteger su ejercicio de acuerdo con el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y en conformidad con la Constitución Política (art. 1). Además, esta ley crea el Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez, el cual deberá ser oído en temas

que tengan especialmente que ver con estudios e investigación sobre niñez y propuestas sobre la Política de la Niñez y su Plan de Acción (art. 16 ter).

Las funciones que se asignan al Ministerio de Desarrollo Social con la creación de la Subsecretaría son, entre otras, la de asesorar al Presidente de la República en las materias relativas a la promoción y protección integral de los derechos de los niños, proponer al mismo la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción, y elaborar un informe anual sobre el estado general de la niñez a nivel nacional y regional. Así mismo, le corresponde a la Subsecretaría el promover la participación de los NNA en todos los aspectos de su interés (art. 16 bis).

Por último, le corresponde al Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Subsecretaría de la Niñez, fijar estándares para los organismos colaboradores y los programas de las líneas de acción correspondientes al Servicio Mejor Niñez, incluido el acogimiento alternativo en residencias, sea si estos programas se ejecutan por los mencionados organismos privados o por el mismo Servicio. A la vez, establece que estos estándares no serán aplicados en los programas de reinserción de adolescentes infractores de la ley penal (art. 3 ter).

*G. Ley 21.302 Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y Modifica Normas Legales que Indica (2021)*

La presente ley fue promulgada el 22 de diciembre de 2020, comenzando a funcionar el nuevo servicio que se crea el 1 de octubre de 2021. Según el artículo n°58 de la ley, el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia, conocido públicamente como Mejor Niñez, es el sucesor y continuador legal del SENAME, con todos sus derechos, obligaciones, funciones y atribuciones, a excepción de los que se relacionen con la reinserción de adolescentes en conflicto con la justicia, para lo cual se creará el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

De este modo, la presente ley crea esta nueva institucionalidad bajo la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia y fiscalización de la Subsecretaría de la Niñez (art. 1).

El objeto del Servicio es garantizar la protección especializada de niños y niñas (menores de 14 años) y adolescentes (mayores de 14 y menores de 18 años) gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, entendida como el diagnóstico especializado, la restitución de los derechos, la reparación del daño producido y la prevención de nuevas vulneraciones. Esto lo realizará asumiendo la condición de sujetos de derechos de especial protección de los NNA y siguiendo los lineamientos de la Constitución Política de la República, la Convención de los Derechos del Niño y de los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Para dar cumplimiento a este objetivo, el Servicio actuará bajo un enfoque de derechos humanos y respetando la dignidad humana de los NNA, siempre orientado al ámbito familiar y sistémico, reconociendo el contexto en que éstos se desenvuelven (art. 2). Además, las líneas de acción y programas que considera la Ley para cumplir su objetivo, serán administradas por el mismo Servicio (CREAD) y por colaboradores acreditados sin fines de lucro (OCAS) (art. 2), así como ocurría en el SENAME.



Así, las líneas de acción a desarrollar por el Servicio para cumplir su objetivo son:

- ▶ Diagnóstico clínico especializado y seguimiento de casos, y pericia.
- ▶ Intervenciones ambulatorias de reparación.
- ▶ Fortalecimiento y vinculación.
- ▶ Cuidado alternativo.
- ▶ Adopción (art. 18).

De acuerdo con los principios que rigen a la presente ley y, por ende, al nuevo Servicio, el más importante es la consideración de los NNA como sujetos de derechos y de protección especial, al cual se suman el interés superior del NNA, la igualdad y no discriminación arbitraria, la autonomía progresiva, la perspectiva de género, la inclusión, la protección social y la participación efectiva (art. 4).

Así, las funciones más importantes que se mandatan al Servicio son las siguientes:

- ▶ Diseñar, ejecutar y controlar los programas de protección especializada dirigidos a la restitución de los derechos de los NNA, a la prevención de la revictimización, a la reparación de las consecuencias provocadas por la vulneración de los mismos, incluyendo el trabajo con sus familias o cuidadores, y a la preparación para la vida independiente de adolescentes acogidos en cuidado alternativo.
- ▶ Suscribir convenios con colaboradores acreditados para el desarrollo y ejecución de los programas de protección especializada, a efectos de entregar una adecuada y oportuna atención para el cumplimiento de los fines del Servicio.
- ▶ Supervisar y fiscalizar técnica, administrativa y financieramente la labor que ejecutan los colaboradores acreditados conforme a la normativa técnica y administrativa del Servicio respecto de cada programa de protección especializada, y a los respectivos convenios.
- ▶ Generar procedimientos idóneos, formales y permanentes destinados a recabar periódicamente la opinión de los NNA sujetos de atención del Servicio y de sus familias, o de quienes los tengan legalmente a su cuidado (art. 6).

Respecto de lo más relevante para esta investigación, el artículo 24 de la Ley establece que el cuidado alternativo, de cualquier tipo, es una medida de protección excepcional, esencialmente transitoria y periódicamente revisable y de competencia exclusiva de la autoridad judicial. Así, la Ley señala que se debe dar siempre preferencia al acogimiento familiar por sobre la internación institucional. De este modo, el Servicio deberá fortalecer siempre los programas de familias de acogida y tener oferta disponible en éstos, indicando que la internación en residencias se dará solo si se agotan todas las acciones tendientes al fortalecimiento familiar o búsqueda de medidas alternativas de cuidado.

Respecto de las supervisiones que debe realizar el servicio, su finalidad es el bienestar y desarrollo integral de los NNA en acogimiento alternativo, el respeto de sus derechos, la calidad y mejora continua de los programas de protección especializada, y la administración de los recursos públicos. Se deberá contar con la participación de los mismos niños, sus familias y cuidadores, además de publicar los resultados de la fiscalización en un lenguaje sencillo y por medios accesibles para cualquier persona (art. 39).

Existen también otros casos en que la ley busca entregar una protección especial a los NNA bajo cuidado alternativo, por ejemplo, cuando sostiene que, independientemente de que el NNA haya cumplido 18 años, este puede seguir bajo este tipo de cuidado si se encuentra cursando estudios, lo que se puede prolongar hasta el 31 de diciembre del año en que cumplan veinticuatro años (art. 3). También se establece que estos NNA deben participar en programas de preparación para la vida independiente durante todo el tiempo que dure la medida (art. 18 bis).

*H. Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (2022).*

La presente ley ha sido promulgada y publicada apenas en marzo de este año y viene a suplir una deuda histórica que ha tenido el Estado de Chile respecto de adecuar su legislación para garantizar los derechos de los NNA, siendo que, hasta antes de su promulgación, Chile era el único país de Latinoamérica que no contaba con una ley de este tipo.

Según su artículo primero, la finalidad de este instrumento es la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los NNA, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.

Para lo anterior, crea un Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, el cual se integra por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los NNA, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado (art. 1).

La principal obligación que establece esta ley, es el deber de la familia, de los órganos del Estado y de la sociedad de respetar, promover y proteger los derechos de los NNA. Paralelamente, señala el deber de protección y asistencia a las familias para que puedan asumir plenamente su responsabilidad respecto de los NNA. Así, también releva el deber de la sociedad en su conjunto de respetar y facilitar el ejercicio de los derechos de los NNA, sin embargo, se les asigna a los órganos de la Administración del Estado el deber de garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, donde destaca que, tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales, estos se deben garantizar a través del máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado. Además, estas garantías deben dar prioridad a los NNA vulnerados en sus derechos (art. 2).

Los principios elementales que rigen a este Sistema son: NNA como sujetos de derecho (art. 6); Interés superior del NNA (art. 7); Igualdad y no discriminación arbitraria (art. 8); Fortalecimiento del rol protector de la familia (art. 9); Autonomía progresiva (art. 11); Efectividad de los derechos (art.12); Perspectiva de género (art. 13); Protección social de la infancia y adolescencia (art. 15); Progresividad y no regresividad de los derechos (art. 17); Participación social (art. 18); Intersectorialidad (art. 21).

Respecto de los derechos y garantías hacia los NNA que reconoce esta ley, destacan los siguientes: Derechos civiles y políticos (art. 23); Derecho a la vida (art. 24); Derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado (art. 25); Derecho a la identidad (art.26); Derecho a vivir en familia (art. 27); Derecho a ser oído (art. 28); Libertad de expresión y comunicación (art. 29); Derecho a la información (art. 35); Derecho a la protección contra la violencia (art. 36); Protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil (art. 37); Derecho a la salud y a los servicios de salud (art. 38); Derecho a la educación (art. 41); Derecho a la recreación, al deporte y a la participación en la vida cultural y en las artes (art. 44); Derecho a vivir en un medio ambiente saludable y sostenible, a conocerlo y a disfrutar de él (art. 48); Protección reforzada y especializada de los NNA vulnerados en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley (art. 51).

Para que el nuevo Sistema pueda ejercer sus funciones, la ley establece distintas acciones para asegurar el goce efectivo de derechos de los NNA, además de mecanismos de exigibilidad, indicando y definiendo cuales son los medios y ámbitos de acción, las acciones de protección especial, el procedimiento de la protección de derechos y la protección judicial (art. 7).

Respecto de lo anterior destaca la “Acción de tutela administrativa de derechos”, que se refiere al derecho de todo NNA, o cualquier persona en su nombre, de interponer una acción de garantía de los derechos de los NNA ante la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o las Oficinas Locales de la Niñez. Esto se puede llevar adelante ante riesgos, amenazas o vulneraciones que afecten sus derechos y garantías, con el fin de que las autoridades tomen medidas al respecto (art. 60).

La ley también enumera los deberes de la Administración del Estado dentro de este Sistema de Garantías, donde destaca la obligación de proveer los servicios sociales y los servicios de protección especializados que correspondan para garantizar la plena satisfacción de los derechos de los NNA (art. 61). También establece el deber de inexcusabilidad, que dice relación con la obligación de cualquier órgano estatal de intervenir ante una situación de riesgo, amenaza o vulneración de derechos de NNA, el cual no podrá excusarse de conocer y pronunciarse sobre el requerimiento, y deberá adoptar las medidas pertinentes que le confiere la ley de acuerdo a su competencia (art. 62).

Otra obligación importante que le asigna esta ley a la Administración del Estado es el deber de todos los funcionarios públicos de poner en conocimiento a las instituciones competentes, respecto de toda situación que pueda ser constitutiva de afectación o amenaza de los derechos de los NNA (art. 63).

La ley también define el establecimiento de Oficinas Locales de la Niñez, las que tendrán competencia en una comuna o agrupación de comunas, a lo largo de todo el país y velarán por la protección administrativa de los derechos de los NNA, a través de la promoción de éstos, la prevención de vulneraciones y la protección de sus derechos, tanto de carácter universal como especializada, mediante acciones de carácter administrativo. Su supervisión le corresponderá a la Subsecretaría de la Niñez (art. 64).

Además, la ley determina las instituciones que conforman el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, sus deberes y funciones, dentro de los cuales destacan el Ministerio de Desarrollo Social y Familia; Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez; Subsecretaría de la Niñez; Defensoría de los Derechos de la Niñez; Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia; Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil; Oficinas Locales de la Niñez; Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez; y Consejo Consultivo Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes (art. 75).

#### **4. Últimas consideraciones del capítulo**

Respecto de los primeros apartados expuestos, es posible afirmar que, por lo menos desde la Colonia y hasta finales del siglo XX, lo que predominó en Chile y Latinoamérica fue el tratamiento a la niñez bajo la Doctrina de la Situación Irregular. Esta, se caracteriza por presentar un alto sesgo discriminatorio respecto de la población a la cual va dirigida, es decir, a los hijos de familias pobres bajo un estigma delincencial y disfuncional, donde la institucionalización de niños es una medida predominante.

Sin embargo, es importante mencionar que, desde inicios del siglo XXI ha existido, por lo menos a nivel normativo, una marcada diferencia con aquella legislación promulgada antes de la CDN en el país, lo mismo respecto de las modificaciones realizadas a las leyes, lo que se basa en el Paradigma de la Protección Integral que la Convención promueve. En este sentido, es evidente el enfoque de derechos humanos que se hace en la redacción de la normativa posterior a 1990, lo que se evidencia en aspectos como la enumeración de los principios en los que se basan y la evidente alusión a instrumentos internacionales, como la CDN y las Directrices. En esta misma línea, es importante también mencionar como el contenido de éstas últimas mencionan que las medidas de cuidado alternativo, especialmente el acogimiento residencial, debe ser la última opción, y adoptarla solo si se agotaron otras opciones de vinculación con la familia directa o extensa, tal como lo expresan instrumentos del DIDH descritos anteriormente. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, si bien ha existido un avance en dotar a las leyes más actuales de un enfoque basado en los derechos humanos de los NNA, esto no es suficiente cuando la estructura del sistema no obedece al mismo. Por lo demás, es sabido que una ley por sí sola no asegura necesariamente el ejercicio efectivo de derechos humanos, o como señala la CIDH (2022), “las leyes per se no cambian culturas” (párr. 361). Respecto de esto se ahondará en los siguientes capítulos.

## Capítulo 2

# EL SISTEMA RESIDENCIAL CHILENO BAJO EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ

Si hay niños como Luchín  
Que comen tierra y gusanos  
Abramos todas las jaulas  
Pa' que vuelen como pájaros  
Con la pelota de trapo  
Con el gato y con el perro  
Y también con el caballo  
Extracto canción "Luchín", del cantautor chileno Víctor Jara.

Luego de haber hecho una reseña de la historia de la institucionalización de la infancia en Chile y una caracterización de la normativa vigente al respecto, el presente capítulo trae dicha realidad a tiempos más actuales y situaciones concretas. Para ello, se expone la realidad que han vivido los NNA en residencias de protección de derechos, las cuales han pertenecido principalmente a SENAME, ya sea a través de su administración directa (CREAD) o por medio de organismos colaboradores (OCAS). Existen diversos informes, tanto de carácter nacional como internacional, que han dado cuenta de esta realidad, los cuales son mencionados a lo largo del capítulo para así analizar las implicancias de sus hallazgos. Además se consideran los instrumentos legales descritos en el capítulo anterior y la importancia que han tenido al momento de proteger o vulnerar los derechos de estos NNA. Hay que tener en cuenta que una ley por sí sola no garantiza el ejercicio de derechos, por lo que también se caracteriza la estructura del sistema residencial chileno que ha devenido en las vulneraciones que se han documentado. Para entender esta situación es necesario enmarcarla dentro del contexto neoliberal y abstencionista bajo el cual se desarrolla la política pública de infancia en Chile.

También se hace una indagatoria respecto de las responsabilidades del Estado chileno como garante de derechos humanos y su obligación de respetar, proteger, realizar y promover derechos humanos, además de abordar la necesidad de implementar una Comisión de Verdad que sea el comienzo del proceso de justicia y reparación de todas las víctimas del sistema residencial de protección chileno.

Por último se realiza un breve diagnóstico respecto del corto tiempo de implementación que lleva el nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, el cual ahora es públicamente conocido como Mejor Niñez. El diagnóstico se enmarca dentro de las medidas que ha tomado el Estado de Chile para superar la realidad que viven miles de NNA en residencias de protección.

## **1. Aproximación a las condiciones de vida de NNA en residencias de protección: la pobreza como castigo**

En el 2016 comenzaron a salir a la luz una serie de vulneraciones a los derechos de NNA que vivían al interior de residencias del SENAME. Esto debido a la muerte de la niña de 11 años, Lissette Villa, en un centro de administración directa del servicio (CREAD). Al revelarse que la niña había muerto debido a apremios ilegítimos perpetrados por trabajadoras del centro, por primera vez en años, los ojos de la ciudadanía estuvieron puestos en las terribles condiciones de vida que debían soportar los niños pobres institucionalizados en residencias del SENAME. Como señala Carolina Rojas (2020a), “antes de la trágica muerte de la niña Lissette Villa al interior de un hogar de menores, publicar historias del SENAME era contar las historias de niños que no le importaban a nadie” (p. 15).

Sin embargo, este tipo de tragedias e historias de vulneraciones tenían una larga data. En 2012 la jueza de familia Mónica Jeldres encabezó el “Proyecto de Levantamiento y Unificación de Información referente a los niños, niñas y adolescentes en Sistema Residencial en Chile”, conformada por una comisión institucional del Poder Judicial, con el apoyo de UNICEF, en el marco de un convenio de cooperación entre ambos organismos para relevar la situación de NNA en sistema residencial.<sup>1</sup> La investigación fue de carácter inédita, debido a que recolectó y sistematizó información acerca de 6.500 niños atendidos en 108 residencias del país, lo que entregó una aproximación a las condiciones de vida de los NNA bajo cuidado alternativo residencial (Comisión de Familia, 2013). Esto revistió gran importancia, ya que además de identificar los principales nudos críticos que enfrentaba el sistema de protección, los instrumentos que se utilizaron para llevar a cabo la investigación, como encuestas, fichas y visitas a los centros, permitió completar y unificar la información muchas veces contradictoria que tenía sobre un mismo niño el SENAME y los tribunales de justicia (Guzmán, 2013). Es decir, se levantó y relevó información valiosa y necesaria que hubiera servido de insumo para el diseño de políticas públicas a favor de la infancia en residencias de protección.

La principal conclusión de dicho informe fue que los NNA bajo protección del Estado se habrían encontrado en completo abandono. Esto provocó situaciones como:

niños con problemas de salud crónicos que no reciben atención, fuerte retraso en el nivel escolar, extensas internaciones que duran hasta cinco años y en las cuales muchos menores no mantienen contacto afectivo con ningún adulto que puedan sentir como ‘familia’. (Comisión de Familia, 2013, p. 22)

También se documentó la presencia constante de abusos sexuales en decenas de las residencias de protección, NNA con consumo problemático de drogas, problemas de salud mental sin tratamiento y un alto nivel de rezago escolar (Comisión de Familia, 2013).

Tras meses de trabajo, la Comisión Jeldres concluyó que las falencias del sistema residencial ponían en riesgo la integridad física y psíquica de los NNA.

---

<sup>1</sup> En adelante mencionado como Informe Jeldres.

Además, estos eran víctimas de graves vulneraciones a sus derechos humanos, particularmente el derecho a vivir en familia y a participar. También reveló que las condiciones laborales de los funcionarios y funcionarias de los centros eran paupérrimas, debido a los bajísimos sueldos, falta de capacitación e insuficiente personal especializado (Comisión de Familia, 2013).

La importancia del Informe Jeldres radicó no solo en la responsabilidad que se le atribuyó a los trabajadores y funcionarios del servicio, ya que además expone las fallas de las autoridades administrativas, los mismos jueces y de todo el sistema en general. En un reportaje de CIPER Chile, que dio a conocer en 2013 la existencia de este informe se señala que el sistema es “una silenciosa máquina que invisibiliza –y en ocasiones acrecienta– el sufrimiento de niños que deben ser ayudados por el Estado” (párr. 37). De este modo, según el Informe Jeldres, tanto el poder ejecutivo como el legislativo y judicial han fallado en su obligación de respetar y promover los derechos de estos NNA (Acosta y Aliaga, 2021).

Por último, es necesario señalar que la información obtenida a través de esta instancia permaneció oculta, debido a que el ministro de la Corte Suprema de aquel entonces, Héctor Carreño, se opuso a su difusión aludiendo tener reparos metodológicos con la obtención de la misma. Tampoco en su momento se reveló la información a los jueces, que podrían haber intervenido directamente las residencias (Acosta y Aliaga, 2021). De este modo, el informe se *guardó en el escritorio* y lo que se reveló de él fue a través del reportaje del medio CIPER Chile citado anteriormente. Pero, ¿cuál es el motivo de haber explicado lo recién expuesto? ¿Qué significa realmente que información de este tenor se oculte y no se haga nada al respecto? La primera conclusión que surge es que dicha información hubiera sido importante como insumo para diseñar una política pública que abordara de manera integral la situación de los NNA en residencias de protección. El diputado nacional, René Saffirio (2017)<sup>2</sup> es más enfático y señala que el ocultamiento de este tipo de información no hace más que prolongar en el tiempo los abusos y violaciones de derechos humanos de estos NNA, algo que incluso pudo haber evitado la muerte de Lissette Villa en 2016 y la de otros niños y niñas que luego se revelaron.

Lo anterior se vuelve aún más complejo al considerar que el Informe Jeldres dio cuenta de una red de explotación sexual infantil que descubrieron en una residencia de la ciudad de Arica. Sin embargo, se supo que esto ya estaba en conocimiento de las autoridades del SENAME y de la Secretaría Regional Ministerial de Justicia, quienes no tomaron ninguna medida al respecto. Así, la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados conformada para analizar dicho Informe señala que “con fecha 29 de mayo del presente año se realizaron las visitas de la Comisión Interinstitucional de Protección (CISC), sin que hasta la fecha se haya reparado de modo alguno la situación de vulneración de estos niños y adolescentes” (Comisión de Familia, 2013, p. 29).

Es importante mencionar que, dentro de las obligaciones que le compete a los Estados en el contexto de protección de los derechos humanos se encuentra el

---

<sup>2</sup> En relación a ello puede verse un informe sobre el SENAME en: [https://www.youtube.com/watch?v=Nla\\_Y6nwHvI&t=304s](https://www.youtube.com/watch?v=Nla_Y6nwHvI&t=304s)

tomar medidas positivas para garantizar el ejercicio de derechos de las poblaciones en condiciones de igualdad. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH, específicamente en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia de 2006 señaló que los deberes del Estado de adoptar medidas de prevención y protección se encuentra condicionado al conocimiento por parte del Estado de la situación de riesgo para un individuo o grupo de éstos y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Cáceres, Chinchilla y Parra (2012) señalan que:

para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro alcance de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo. (p. 111)

Por lo tanto, es posible señalar que, por lo menos desde 2013, existe evidencia suficiente para que el Estado de Chile cumpliera su obligación positiva en favor de proteger los derechos de NNA en el sistema residencial de protección. Sin embargo, se optó por ocultar la información, lo que trajo consigo la ausencia de medidas que pudieron haber evitado más muertes<sup>3</sup> y vulneraciones. Es posible afirmar que el Estado de Chile ha faltado a sus obligaciones consagradas de manera voluntaria a través del DIDH.

Si en el 2016 explotó la crisis del SENAME, en 2018 y 2019 se publicaron dos nuevos informes que denunciaron las mismas situaciones del Informe Jeldres, pero incluso a una escala mayor. El primero corresponde a la investigación del Comité de los Derechos del Niño de 2018, señalada en apartados anteriores, cuyos representantes, tras la visita a cuatro residencias en dos ciudades del país (Santiago y Valparaíso) concluyeron que el Estado de Chile violó grave y sistemáticamente los derechos de niños, niñas y adolescentes en residencias de protección (CDN, 2018, párr. 114 y 115). Por lo demás, el Comité considera que “la obligación por parte del Estado en virtud del artículo 20 de la Convención de garantizar el derecho a una protección y asistencia “especiales” incrementa la gravedad y alcance de las violaciones señaladas” (CDN, 2018, p. 16).

---

3 En octubre de 2016, luego de varias vacilaciones respecto de la cifra, la directora de SENAME de ese entonces, Solange Huerta, comunicó que entre 2005 y 2016 habían fallecido 1.313 NNA y adultos mientras se encontraban en algún programa de la institución (865 eran NNA). El mayor número de éstos se encontraba en el área de protección, en su mayoría en acogimiento residencial. Sin embargo, al año 2020 la cifra siguió aumentando, y según una investigación del Observatorio para la Confianza, al mes de septiembre de ese año, la cifra ascendió a 1.836 NNA y adultos en algún programa (1.188 NNA). En este caso, el 73% pertenecía al área de protección, donde 290 se encontraban bajo cuidado alternativo y 572 en algún programa ambulatorio. Respecto de la causa de los decesos, el 49,7% correspondía a causas violentas, un 41% asociado a enfermedades y problemas relacionados con la salud y de un 9,3% se desconocía la causa. Sin embargo, el primer ítem podría estar subestimado, ya que se recolectó información que decía, por ejemplo, que la causa de muerte había sido una “Falla multisistémica”, la cual se cataloga como muerte por “Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud”, sin embargo, se ignora si esta falla tuvo su origen en una golpiza, accidente de tránsito, etc. (Ver [www.paralaconfianza.org/wp-content/uploads/2021/05/Informe.pdf](http://www.paralaconfianza.org/wp-content/uploads/2021/05/Informe.pdf)). Para el período comprendido entre enero de 2020 y junio de 2021, 122 niños murieron, sin existir acuerdo sobre las causas de su fallecimiento (Ver <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2021/09/06/video-la-desgarradora-denuncia-del-diputado-rene-saffirio-en-estos-ultimos-meses-han-muerto-122-ninos-bajo-la-custodia-del-estado.html>).



Por otra parte, en 2019 salió a la luz un nuevo informe, en este caso de carácter nacional, a cargo de la Policía de Investigaciones (PDI) denominado “Análisis del funcionamiento residencial en centros dependientes del Servicio Nacional de Menores” (en adelante, informe de la PDI).<sup>4</sup> Este fue bastante más completo que el del Comité, ya que consideró 240 de las 241 residencias existentes hasta entonces en todo el país, lo que correspondió a cerca de seis mil quinientos NNA viviendo allí. Por lo tanto, “no se trata de una proyección ni de una estimación: es una constatación centro por centro” (Guzmán y Sepúlveda, 2019, párr. 10). De este modo, la investigación develó que el Estado de Chile vulnera gravemente los derechos de los niños a su cargo (PDI, 2018). Otras conclusiones que arrojó este informe son las siguientes:

- ▶ En el 100% de los hogares administrados directamente por el SENAME y en el 88% de los administrados por particulares se constataron violaciones de derechos recurrentemente.
- ▶ Respecto de lo anterior, se constataron 2.071 abusos hacia menores de edad, 310 de ellos de connotación sexual.
- ▶ En un 50% de los hogares a nivel nacional se verificó la ocurrencia de abusos sexuales.

El 72,9% de los centros a nivel nacional no cuenta con protocolos de manejo y prevención de conductas suicidas.

- ▶ El 42,8% de la población nacional de residentes presentan una estadía mayor a dos años en los centros de protección. (PDI, 2018)

A modo de plasmar de forma concreta todo lo anterior, la investigación de la PDI señala que “estas acciones de vulneración de derechos contra niños, niñas y adolescentes se han instalado dentro de la dinámica de funcionamiento propia de los centros” (PDI, 2018, p. 188). Por lo tanto, en la mayor parte de las residencias, este tipo de maltratos y vulneraciones estaban totalmente normalizados. En este sentido, resulta paradójico que los niños institucionalizados en residencias sean alejados de sus familias precisamente para proteger sus derechos fundamentales.

Otro importante hallazgo que reveló el informe de la PDI es la cantidad de NNA que a la fecha de la investigación se habían fugado de los hogares y que nadie sabía su paradero: 250 niños o adolescentes de 68 centros. Esto puede complementarse con parte del trabajo periodístico de Carolina Rojas (2020a), quien señala que existe un total desinterés al respecto, y lejos de la realidad, las fugas son catalogadas como “abandonos” o “desistimiento de programa”, “mientras los adolescentes acusan distintos motivos para arrancar, como las malas condiciones del encierro, vulneraciones físicas y abuso sexual” (p. 42). De acuerdo a esto, resulta estremecedor que niños prefieran vivir en la calle a seguir al cuidado del Estado en una residencia de “protección”.

Por lo demás, es importante mencionar que un 76,7% de los hogares no contaba con un protocolo para “sujeción y contención física frente a desajustes conductuales” (p. 184), lo cual cobra especial relevancia, debido a que la muerte

---

4 La investigación fue solicitada por el fiscal nacional Marcos Emilfork para investigar las muertes de NNA en programas del SENAME.

de Lissette Villa se debió precisamente por errores en la “contención” de una crisis que manifestó la niña, lo que finalmente fue catalogado como apremios ilegítimos. En este sentido, la palabra “contención” es extrañamente común para los niños que habitan en residencias de protección, lo que asocian a la inmovilización de sus cuerpos, de manera violenta, por parte de cuidadores para manejar “desajustes en el comportamiento” (T13, 2017, 15m03s).

En cuanto a la salud de los NNA, en casi todos los centros (95,8%) vivía algún niño con “perfil clínico”, es decir, que sufre de trastornos psiquiátricos, enfermedades crónicas o discapacidad. Sin embargo, el 93,3% de los centros no contaba con profesionales especializados de forma permanente para sus cuidados (p. 234).

Pero, luego de tres años de publicado este informe, ¿es posible afirmar que dichas cifras han ido en descenso? Lamentablemente estas no han sido actualizadas y existen grandes deficiencias por parte del Estado de Chile en general, y de SENAME en particular, en lo que se refiere al levantamiento y disposición de información relevante de los NNA. Luego del fallecimiento de Lissette en 2016 datos fundamentales como la cantidad de niños muertos bajo atención del servicio, este demoró dos meses en completar y dar a conocer dicha información que, como organismo público encargado de la protección de NNA debió tener siempre sistematizada y disponible. Antes de este episodio esas muertes no siempre se informaban al sistema penal, lo que decidía el director o directora del centro. Según Acosta y Aliaga (2021) esto dependía si el hecho podía ser constitutivo de delito o no. Por lo demás, al momento de solicitar información básica a través de los canales de transparencia la situación es similar.<sup>5</sup> En palabras de Alcaíno, Perret y Soto (2017): “La falta de orden y organización de la información en una política pública en la que los derechos de los NNA están en juego, da cuenta una vez más del incumplimiento de las labores por parte del SENAME” (p. 191). En este sentido, la desprotección por parte del Estado a estos NNA se vuelve más evidente, ya que, si efectivamente se desea trabajar en la superación de esta realidad es fundamental mantener información actualizada, clara y organizada, que permita diseñar una política pública que afronte esta realidad, tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos.

A pesar de que las cifras escasean, al día de hoy es posible presenciar vulneraciones de NNA en el sistema residencial sin avistar cambios estructurales que den cuenta de un verdadero giro en la situación de estos niños. Es así como Carolina Rojas (2020a) señala lo siguiente:

La precariedad de la atención residencial y las deficiencias de funcionamientos de los centros bajo la tutela del SENAME no son – ni nunca fueron – casos aislados, sino que responde a un problema transversal que muestra cómo la sociedad y las instituciones públicas no han podido proteger a niños, niñas y adolescentes bajo la tutela del Estado. El mismo sistema que en principio debería proteger y garantizar los derechos de niños que han vivido experiencias de vulneración. (p. 15)

---

<sup>5</sup> Con fecha 29 de junio de 2022 se ingresó Solicitud de acceso a la información con folio A1010T0000505 al Servicio Nacional de Protección Especializada de Protección a la Niñez y Adolescencia. Al día de hoy no se recibe respuesta, anunciando en dos ocasiones prórrogas en los plazos para las respuestas.

El “problema transversal” que menciona la periodista Carolina Rojas se ahondará en los próximos párrafos. Sin embargo, para respaldar la preocupación que continúa en la actualidad respecto de la situación del sistema residencial en Chile y los pocos atisbos de cambios que se ven al respecto, las palabras de la jueza Mónica Jeldres en agosto de 2021 ante la Comisión Especial de Asuntos de la Infancia del Senado dan cuenta de aquello:

Hoy hay niñas que se fugan desde la residencia, son violadas, son secuestradas, las tienen por días secuestradas. Unas se arrancan, logran escapar, llegan en calidad de bulto y los jueces vamos de nuevo a la misma residencia y se vuelven a fugar y las vuelven a violar y son víctimas de un círculo de explotación sexual infantil [...] ¿Qué vamos a hacer ahora, señor presidente? Esa es mi pregunta. ¿Qué se va a hacer con sus 35 niños fugados y con la pequeña que la violan y la violan y la violan? De eso estamos hablando aquí. De eso estamos hablando, no de otra cosa, para que no nos perdamos. Porque eso es lo que nos motiva a nosotros a ir a la CIDH, porque no hemos tenido respuesta en ninguno de los tres poderes del Estado, incluyo el mío. Niños que entraron por protección simple, hoy están en explotación sexual infantil. Y si eso no nos llama la atención, y si eso no nos convoca a tomar acciones, ¿qué cosa? ¿Qué más se tiene que decir en este país para que se tomen las medidas urgentes que son necesarias?

Las palabras de la jueza Jeldres se refieren al círculo de explotación sexual que vivían niñas del CREAD Pudahuel en Santiago. Por este hecho, en 2021 interpuso medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) contra el Estado de Chile y a favor de las niñas del centro. En este contexto, Mónica Jeldres señala que, luego de diez años de salir a la luz el informe bajo su coordinación sobre la situación en que vivían NNA institucionalizados, la realidad es crítica y se mantiene. Menciona que incluso muchos niños viven torturas dentro de los centros, como reiteradas violaciones, y que su intención es que el Comité de los Derechos del Niño vuelva a realizar una visita al país para constatar que sus recomendaciones realizadas en 2018 no están siendo cumplidas por el Estado chileno.<sup>6</sup>

En estas líneas se ha intentado dar cuenta de las situaciones que han vivido NNA al interior de residencias de lo que hasta el 1 de octubre de 2021 era el SENAME (ahora Mejor Niñez). Los casos de vulneraciones abundan y jamás han sido aislados, lo que incluso constata casos de adopciones irregulares y producción de pornografía infantil.<sup>7</sup> En realidad, las distintas investigaciones documentan una senda historia de vulneraciones en las vidas de estos NNA, tanto en sus derechos civiles y políticos (DCP), como sociales, económicos y culturales (DESC). Estas van desde las escasas garantías de participación de los niños, hasta las deficientes condiciones de infraestructura y equipamiento de los centros. Por motivos de extensión de esta investigación es imposible dar cuenta de todas estas. Sin embargo, se ha buscado mostrar un panorama

6 Al respecto puede verse una entrevista a jueza Jeldres disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9U2mM7dL4o0>

7 Por ejemplo: <https://laotradiaria.cl/2021/06/15/hogar-tupahue-el-centro-colaborador-de-sename-denunciado-por-adopciones-irregulares-abusos-y-produccion-de-pornografia-infantil/>

general, pero procurando entregar una muestra realista de lo que viven los hijos de las personas pobres en Chile que, por orden de un juez o jueza han sido separados de su familia.

Antes del siguiente apartado es imperativo preguntarse ¿por qué todo lo relatado no ha sido un escándalo y una emergencia nacional? A estas alturas la respuesta no es difícil de avistar: porque son niños pobres. Esta contestación no tiene un carácter antojadizo, e incluso la CIDH tiene reflexiones similares al respecto. Por ejemplo, en el Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, el organismo señala que:

La tortura de un solo individuo despierta la indignación de la opinión pública con justa razón. Pero la muerte de más de 30.000 niños por día por causas fundamentalmente prevenibles pasa inadvertida. ¿Por qué? Porque esos niños son invisibles en la pobreza. (CIDH, 2001, Capítulo V, párr. 10)

Es preciso argumentar la afirmación recién señalada con cifras concretas que respaldan que, en su gran mayoría, los NNA en el sistema residencial de protección pertenecen a las familias más pobres del país. Cabe destacar que desde 2015 la pobreza no se considera una causal de ingreso a dicho sistema<sup>8</sup> que, a diferencia de lo que pudiera pensarse, no quiere decir que los niños usuarios de SENAME no sean pobres. En este sentido, resulta desalentador que el SENAME no se haya encargado de actualizar información fundamental de los NNA, como se mencionó anteriormente. La última cifra que se da a conocer por algún estudio realizado por el Servicio es del 2010. Este señala que el 69% de los niños en residencias son pobres, pero no indigentes, mientras que éstos últimos alcanzan al 17% (UNICEF y SENAME, 2010, s/p). Aun así existe una considerable cantidad de estudios que comprueban la situación socioeconómica vulnerable de estos niños y sus familias<sup>9</sup> y, además, el Informe del Comité de 2018 señala que:

La mayoría de los niños, niñas y adolescentes internos en centros residenciales son pobres. Las regiones con más concentración de niños, niñas y adolescentes en el sistema residencial del SENAME son la región Metropolitana de Santiago, el Biobío y la Araucanía. El Biobío es la región más pobre del país, mientras que la Araucanía ocupa el tercer lugar. (párr. 24)

Es importante mencionar que no solo en las familias pobres existen situaciones de negligencias y abusos. Sin embargo, por lo menos en Chile es impensado que un juez o jueza le niegue el cuidado de un hijo o hija a una familia adinerada y lo derive al sistema residencial. En este sentido, la jueza Jeldres (2016) señala que en el ejercicio de su profesión ha podido constatar que “un mismo hecho que en personas de nivel social acomodado se interpreta con cierta tolerancia, para

8 Según información de la Defensoría de la Niñez de 2021, las principales causas del ingreso al sistema residencial de protección son negligencia, violencia intrafamiliar y maltrato.

9 La investigación del Observatorio Observa de 2014 señalaba que el 91% de los NNA en residencias provenían de familias en situación de pobreza. Por otro lado, según datos del “Estudio de caracterización del vínculo familia- niñas, niños y adolescentes y de las intervenciones de fortalecimiento familiar” de Contreras, Crettier, Ramm, Gómez y Burr en 2015, la misma cifra alcanzaba al 77%.

personas de otros sectores se cataloga como ‘negligencia parental’” (párr. 17). Por lo tanto, esta situación es una vulneración flagrante del principio de no discriminación considerado en la CDN y otros instrumentos del DIDH.

Así también hay que considerar otros factores, como que en Chile el sistema de protección social es débil y no existe un piso mínimo de protección para las familias. Esto tiene un gran impacto en aquellas que pertenecen a los deciles más bajos de la sociedad y que no cuentan con apoyos para asumir adecuadamente el cuidado de sus hijos e hijas. Ejemplos de esto son la imposibilidad de brindar una vivienda, alimentos, salud y educación adecuados a los hijos por la falta de ingresos; viajar y pasar gran parte del día en distintos trabajos para poder *llegar a fin de mes* y, por ende, descuidar a los niños; vivir en lugares periféricos y segregados con problemas estructurales como la delincuencia y narcotráfico; entre otras cosas. Estos factores, aumentan las posibilidades de experimentar el trabajo infantil, consumo de drogas y alcohol, violencia intrafamiliar, deserción escolar, entre otras situaciones que alientan a la intervención del Estado y la posible derivación de los niños al sistema residencial bajo la causal de negligencia, cuando el problema de fondo es la pobreza (Fernández y Valenzuela, 2021).

Pero además no es solo la pobreza, sino la manera en que ésta se concibe, ya que “muchas veces se entienden estos terribles casos como una fatalidad del destino y no como una violación grave a los derechos humanos que se deba investigar con debida diligencia” (Cáceres et al., 2012, p. 107). Así, es evidente que existe una relación indisoluble entre pobreza (vista como un problema estructural) y violación de derechos humanos donde la pobreza es una expresión de la vulneración de derechos y, a la vez, una causa que reduce las capacidades de los individuos y colectividades de ejercer sus DCP y DESCAs (Cáceres et al., 2012).

De acuerdo a esta realidad, es imperante que el Estado de Chile reconsidere la concepción que tiene de su obligación de garantizar contenidos mínimos a la sociedad para que pueda ejercer de manera integral sus derechos. Esta obligación estatal tiene que ver con asegurar niveles esenciales de cada derecho, especialmente DESCAs, como vivienda, alimentación, educación, salud, agua, trabajo y seguridad social (Sigal, 2020). Incluso se puede considerar un ingreso mínimo garantizado y apoyo socioeconómico para aquellas familias que así lo requieran, lo que puede evitar la muchas veces innecesaria separación de sus hijos. Al respecto, Litvak (2021) señala lo siguiente:

un ingreso mínimo garantizado sin trabas administrativas, flexibilidad laboral para las madres trabajadoras, todo eso impactaría en la salud mental de las familias y significaría un ahorro significativo para el Estado. Nosotros sabemos que un niño en una residencia de protección cuesta un millón de pesos al mes, subsidiar la mitad de la jornada laboral de una madre pobre sería mucho más económico y mejor para muchos de esos niños y su familia, que tal vez evitarían entrar al sistema al menos por temas relacionados a la pobreza y la dificultad de cuidar en ella. (s/p)

Por ende, es esencial que el Estado de Chile avance hacia un piso mínimo de protección social para las familias. Este debe garantizar el derecho a vivir una vida digna, sobre todo cuando hay NNA, y que no sea de carácter hiper focalizado, sino universal, para asegurar que, en la práctica, los niños y sus familias sean

realmente sujetos de derechos. Por lo demás, el DIDH principalmente a través de las Directrices, también hace referencia al apoyo que se debe brindar a las familias para que puedan mantener el cuidado de sus hijos.

La Corte CIDH también se ha pronunciado al respecto y, por ejemplo, en el Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala de 2018 es enfática en señalar que “la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión que suponga la separación del niño con respecto a su familia” (párr. 288). Por ello, los esfuerzos del Estado se deben enmarcar en la generación de apoyos socioeconómicos a las mismas, al entender que la pobreza y desigualdad son problemas socio estructurales.

Luego de una revisión de las condiciones de vida de los NNA en residencias de protección, existe consenso en que las instituciones no son el contexto ideal para que un niño crezca y se desarrolle. Esto principalmente por motivos que tienen que ver con las deficiencias en el cuidado (Escobar, 2016), lo que deviene en la serie de vulneraciones de las cuales se ha dado cuenta. Sin embargo, para alcanzar la meta de la desinstitucionalización se requiere de una serie de voluntades y recursos que, muy probablemente llevará varios años alcanzar. Por ello es necesario no descuidar el bienestar de los NNA que hoy se encuentran en residencias y velar por las garantías de sus derechos (Escobar, 2016). Para esto es preciso conocer a cabalidad las causas que han llevado a que el sistema residencial de protección en Chile haya vulnerado por años a la infancia y adolescencia más pobre del país, para así comenzar a superar progresivamente esta realidad. De esto se expondrá en el siguiente apartado.

## **2 Causas de las vulneraciones hacia niños, niñas y adolescentes en el sistema residencia de protección: un problema estructural**

Como mencionamos, hasta el 1 de octubre de 2021 el SENAME se encargaba tanto de la infancia y adolescencia que había sido gravemente vulnerada en sus derechos como de aquellos adolescentes que habían entrado en conflicto con la ley. Sin embargo, desde entonces entró en vigencia el nuevo servicio conocido públicamente como Mejor Niñez. El servicio tiene como objeto la protección de la infancia y adolescencia gravemente vulnerada en sus derechos. Además de separarse del SENAME Mejor Niñez pertenece al Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Por su parte, el SENAME sigue perteneciendo al Ministerio de Justicia y hoy se encarga exclusivamente de trabajar en la reinserción de adolescentes que han entrado en conflicto con la ley. Sin embargo, cabe destacar que desde el año 2017 se encuentra en el Congreso Nacional un proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, el cual tiene como población objetivo a la adolescencia en conflicto con la ley. Al día de hoy se encuentra bajo la evaluación de una Comisión Mixta por el rechazo de modificaciones por parte del Senado. Al considerar el tiempo que ha transcurrido desde la presentación del proyecto y la necesidad de eliminar definitivamente el SENAME, el Presidente de Chile, Gabriel Boric, en la primer Cuenta Pública de su gobierno realizada del 2 de junio de 2022 llamó a poner máxima celeridad en la aprobación de esta nueva ley.<sup>10</sup>

10 Cuenta Pública año 2022 del gobierno del Presidente de Chile Gabriel Boric, disponible en <https://www.>

Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su “Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004)” señala que:

Si bien se toma nota de que está previsto reformar el Servicio Nacional de Menores, el Comité observa con preocupación que actualmente el SENAME aún tiene a cargo tanto a los niños que necesitan cuidado y protección como a los que tienen conflictos con la ley, y que los servicios sociales no están suficientemente descentralizados. (UNICEF, 2004, p. 126)

Una de las recomendaciones del Comité para el Estado chileno es que

establezca dos sistemas claramente separados (en términos de administración y de aplicación) para los niños que necesiten cuidado y protección y los niños que estén en conflicto con la ley, adoptando los dos proyectos de ley, uno sobre la protección de los niños que necesitan asistencia y el otro sobre los niños en conflicto con la ley, destinados a reformar la Ley de Menores de 1967. (UNICEF, 2004, p.126)

La medida de separar la atención de estos dos grupos de NNA en dos servicios distintos y reformar la Ley de Menores de 1967, además de ser una recomendación del Sistema Universal de Derechos Humanos tiene una larga data. Por ello, si bien es valorable la creación de una nueva institución, resulta grave que aún no se cuente con un servicio de reinserción juvenil que tenga un trato hacia los adolescentes que han infringido la ley bajo el enfoque de derechos humanos. Más preocupante aún es que este grupo de adolescentes siga bajo la tutela de un servicio que ha sido acusado en más de una ocasión de vulnerar grave y sistemáticamente sus derechos humanos.

### **2.1. Modelo neoliberal, subsidiaridad y abstencionismo del Estado chileno**

Para analizar la crisis estructural que ha vivido el sistema residencial de protección en particular y el SENAME en general es necesario ir a la raíz del problema. Para ello, hay que abordar el tipo de política pública que prima al momento de proteger los derechos de la infancia y al rol que se le asigna al Estado en un contexto neoliberal. Esto, si se asume que la implementación del modelo de desarrollo económico, social y cultural instaurado a sangre y fuego por la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet trajo consigo una vasta reforma que redujo el aparato estatal. En este sentido, “la dictadura asaltó el precario Estado social construido por generaciones de luchas políticas de mujeres y hombres” (Calquín, 2016, p. 5). Sin embargo, al contrario de lo que podría pensarse, los gobiernos posteriores de la Concertación de Partidos por la Democracia<sup>11</sup> perfeccionaron y profundizaron aquel modelo. Este, bajo la base jurídica del principio de

[youtube.com/watch?v=JBZ\\_EuNssuk](https://www.youtube.com/watch?v=JBZ_EuNssuk)

11 En adelante, Concertación, la cual fue una coalición de partidos políticos existente en Chile entre 1988 y 2014 que se caracterizó por administrar cinco gobiernos post dictatoriales, como los de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet.

subsidiaridad, continuó con la delegación de la responsabilidad a los privados en ámbitos que no solo tuvieron que ver con la explotación de recursos naturales, sino que además la propiedad y administración de servicios sociales como educación, salud, y pensiones; y a otros servicios de utilidad pública como luz, agua y transporte (Pizarro, 2020). Esto por supuesto tiene consecuencias. Según Castel (2002), la precarización del trabajo que deviene de la reducción de la actuación estatal deriva en la masificación de la pobreza y la exclusión social, “acompañada por el declive de los derechos sociales, y el consecuente debilitamiento de las capacidades familiares como agentes principales de bienestar y protección” (Giorgi y Weisz, 2020, p. 117).

El principio de subsidiaridad que, a grandes rasgos significa que el Estado debe intervenir solo cuando los privados no pueden o no desean hacerlo, en el modelo neoliberal chileno tuvo y tiene una característica particular. Más allá de su definición, este principio también permea lo que tiene que ver con la protección social y los derechos fundamentales de las personas, lo que alcanza incluso a la realidad de la infancia y adolescencia más vulnerable del país. Por lo tanto, el Estado comienza a claudicar en su rol de garante de derechos humanos y “se colocan en la esfera de lo privado los procesos que afectan a las personas, tales como la exclusión, la pobreza, y el sufrimiento que de ellas deriva” (Giorgi y Weisz, 2020, p.122). Bajo esta concepción, el Estado no debe intervenir en la esfera privada, lo que incluye a las empresas. En palabras de Pizarro (2020), en este contexto:

El sector privado ha encontrado un campo indiscriminado de acción para el ejercicio de cualquier tipo de actividad mercantil, incluido el ámbito social. En cambio, las puertas del Estado se encuentran cerradas para impulsar cualquier actividad económica. Es el Estado subsidiario. (p. 19)

Así, lo primero a tener en consideración es que, si bien la última modificación al decreto ley que crea al SENAME es del 31 de enero de 2019, sus aspectos estructurales no han sido alterados. En este sentido, para entender la lógica de su funcionamiento es necesario tener en cuenta que su creación data de 1979, es decir, bajo plena dictadura militar, lo que implicó la implementación del modelo neoliberal en materia de niñez y adolescencia. Así, el rol del Estado se comienza a reducir a meras prácticas asistencialistas para abordar los problemas sociales, sobre todo en lo que tiene que ver con los NNA más vulnerables. Por tal motivo, lejos de asumir una política pública centrada en toda la infancia, la focalización se mantuvo en aquellos niños *en peligro o peligrosos* descritos en el capítulo anterior, hijos de las familias pobres del país y hacia los cuales no se encontró un mejor remedio que su institucionalización, al entender sus situaciones como problemas inherentes e individuales, más que sociales y estructurales.

Respecto del sistema residencial, el nuevo modelo socioeconómico se materializó mediante la firma de una gran cantidad de convenios con organizaciones privadas para que éstas administraran los centros residenciales, además del traspaso de su administración de todos los que hasta ese momento eran propiedad del Estado (Jara, 2020). Es importante visualizar cómo el decreto ley N°2.465 que crea el SENAME mandata funciones a la institución que terminan por consagrar



esta manera de ver a la infancia bajo el modelo neoliberal. Así, dentro de éstas se pueden destacar las siguientes:

Diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, supervisar y fiscalizar, técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados. (Art.1)

[...] En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD,<sup>12</sup> centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta. (Art.3, numeral 4)

Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley (Art.3, numeral 6).

Proporcionar, cuando procediere, ayuda técnica, material o financiera a las instituciones públicas y privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos del Servicio. (Art.3, numeral 7)

De este modo se entiende que la responsabilidad del Estado ha quedado supeditada a un rol meramente normativo y fiscalizador, lo que autolimita y delega sus responsabilidades al sector privado. Por lo demás, en los numerales 4, 6 y 7, es posible apreciar claramente cómo rige el principio de subsidiaridad en la atención a este grupo de NNA y cómo se incentiva a los privados en esta labor. En este sentido, y particularmente respecto del numeral 4, Alcaíno et al. (2017) señalan que “se trata de una aplicación canónica del principio de subsidiariedad” (p. 179). Asimismo, los autores señalan que:

Esto significa que el sistema entero puede fallar desde la perspectiva de los derechos humanos y aun así el SENAME parece estar impedido de intervenir, pues, como se ha visto, solo puede hacerlo cuando los privados no participan en las licitaciones o bien la oferta es más baja que la demanda. (Alcaíno et al., 2017, p.180)

Llama la atención que el objetivo que se le mandata al servicio es *contribuir* a proteger y promover los derechos de los NNA, lo que se aleja de lo que se concibe como un Estado garante de derechos humanos. Lo mismo sucede con la utilización de diversos términos en el instrumento legal, tales como *problemas del menor* y *auxiliar a los menores*, o el uso de la palabra *verificar* en lugar de *velar*, que producen una sensación de distancia irreconciliable con el deber que le asigna hoy la Convención de los Derechos del Niño a los Estados por arte al momento de proteger los derechos de la infancia.

En definitiva, la normativa que crea al SENAME consagra la política neoliberal y la consecuente abstención del rol estatal en la protección a la infancia y adolescencia amparada en uno de sus pilares fundamentales: la subsidiaridad. Por lo demás, este modelo es perpetuado por la Ley N°21.302, que crea el Servicio

---

12 Oficinas de Protección de Derechos.

Mejor Niñez y que reemplaza al SENAME en el área de protección, lo que desalienta las esperanzas de cambios estructurales.

Para continuar con la relación entre el modelo socioeconómico que se instauró en Chile con la dictadura cívico-militar y la realidad de NNA en residencias de protección es necesario ahondar en algunos aspectos.

Como se desprende de los párrafos precedentes y de la normativa aludida, si bien la ley permitía a SENAME administrar residencias directamente (hoy a Mejor Niñez), en su gran mayoría éstas han sido administradas por entidades privadas. Así, apenas el 6% de las residencias son de administración directa del servicio (los llamados CREAD), mientras el 94% de los centros está bajo la administración de privados o colaboradores acreditados (las llamadas OCAS).<sup>13</sup> Para la realización de su labor, las OCAS reciben un *aporte financiero o subvención*<sup>14</sup> por parte del Estado, lo que suena más bien a una ayuda, lejos de lo que debiera ser el financiamiento de una obligación hacia la protección de los derechos humanos de NNA. De esta manera, el SENAME ha cumplido su función principalmente a través de las OCAS, y esta externalización ha sido regulada por la Ley 20.032 de 2005 que, bajo el gobierno de Ricardo Lagos, consagra una mirada utilitarista de la infancia vulnerable a través de las licitaciones de los programas. Así, Basoalto (2016) señala que dicha normativa “perpetuó aún más esta lógica mercantilista de la institución, en el que las ‘organizaciones colaboradoras del SENAME’, compiten entre sí para lograr los recursos estatales a través de las licitaciones de programas” (párr. 2). Este mecanismo deriva, entre otras cosas, en que las “buenas prácticas” llevadas a cabo por una entidad en particular, no sean compartidas con las otras organizaciones en favor del bienestar y desarrollo integral de los NNA, ya que, bajo la lógica de la competencia significa perder oportunidades para la adjudicación de recursos.

Esta normativa establece el aporte a las residencias de administración privada por NNA atendido. Es decir, mientras más niños se encuentren en una residencia, mayor es el aporte que reciben. Por ende, el egreso de los niños significa una disminución en los ingresos económicos de quienes administran las residencias. De acuerdo a esa realidad, la investigación del Comité de 2018 señala que “ello resulta en un incentivo perverso para retener a los niños, niñas y adolescentes y para no realizar el trabajo de reintegración familiar” (párr. 49). Además existen otras instancias del DIDH que son enfáticas al cuestionar este tipo de financiamiento. Así, las Directrices indican en su párrafo 108 que se debe “evitar completamente formas de financiamiento del acogimiento residencial que impliquen el

---

13 Las cifras corresponden a la última actualización realizada por SENAME en su Anuario Estadístico de 2020. Sin embargo, y si bien las cifras no están actualizadas para el 2021-2022, éstas no debieran tener una gran alteración, ya que de acuerdo al artículo tercero transitorio de la ley que crea el nuevo servicio Mejor Niñez, los organismos colaboradores tendrán un año desde la entrada en vigencia de la ley para volver a acreditarse de acuerdo a los lineamientos de la normativa. Por lo tanto, durante este período, las OCAS son las mismas que las del sistema anterior. Por lo demás, históricamente el SENAME ha delegado la gran mayoría de la administración de las residencias a privados, lo que se puede apreciar en los anuarios estadísticos de la institución.

14 La Ley N°20.032, que regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados, antes de su modificación en 2021 a través de la Ley N°21.302 que crea al Servicio Mejor Niñez, se denominaba “Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención”. Por eso se destacan los términos aporte financiero y subvención.

internamiento innecesario o prolongado de un NNA”. Por lo demás, la directriz n°14 del documento, señala que la separación del niño de su familia debiera ser considerada una medida de último recurso y por el menor tiempo posible; así como también la Corte IDH en su Opinión consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, indica que la separación del niño de su familia debe ser de carácter excepcional y temporal (2002). De esta forma, tipos de financiamiento como el recién descrito son contrarios a estos preceptos.

Es preciso acotar algunas especificaciones que tienen que ver con el origen y evolución bajo el modelo neoliberal de este tipo de financiamiento hacia las residencias de protección en Chile. En este sentido, desde su origen, el monto de las subvenciones entregadas se vio afectado por el contexto sociopolítico de la época pues, como señala Jara (2020) “a raíz de la crisis económica de los 80, el monto de las subvenciones se fue deteriorando y dejó de ser atractivo para el sector privado, desincentivándose su participación” (párr. 8). La autora cita a Álvarez (1993), quien señala que, a raíz de lo mismo, se debilitó el rol fiscalizador del SENAME a las entidades, pues la disminución en los recursos transferidos no permitía exigir mejores estándares a las instituciones colaboradoras y, además, la falta de entidades interesadas en trabajar con la institución, hizo difícil finalizar los convenios existentes por mal funcionamiento de las residencias. Así, “la atención de los niños, niñas y adolescentes carentes de cuidado parental comenzó a depender de un modelo híbrido, en que se observan atisbos de ciertas reglas del libre mercado, pero un mercado empobrecido y sin competencia” (Jara, 2020, párr. 8). Si bien ya se comienza a dilucidar que un sistema bajo los preceptos del modelo neoliberal es dañino para la garantía de derechos humanos de la niñez y adolescencia, esto se agrava aún más cuando el mercado aquí participante es deficiente.

En la visita realizada por el Comité a Chile en 2018, este coincidió con que la subvención entregada a las OCAS era excesivamente baja, al señalar que la máxima subvención por niño permitida era del 65% del costo, pero que esta se entrega solo en casos extraordinarios. Así, las OCAS debían financiar el resto de los gastos a través de actividades filantrópicas, lo que una vez más constata la desafección del Estado en la problemática y una mirada caritativa hacia la infancia vulnerada (CDN, 2018, párr. 48). Por lo demás, señala que a pesar de que los CREAD están mejor financiados por su carácter público, de todos modos no es suficiente, por lo que la provisión de recursos técnicos, humanos y materiales necesarios para el desarrollo integral de los niños, se ve comprometido (CDN, 2018, párr. 50).

Si consideramos lo anterior, el reglamento de la Ley N°20.032 sobre subvenciones en 2019 sufrió una modificación, la cual permitió aumentar en un 50% la subvención a las OCAS, y los siguientes dos años aumentó un 25% anualmente, lo que permitió duplicar la subvención por niño al año 2021. Pero, a pesar de tal medida adoptada, el sistema residencial chileno no ha presentado una mejora visible que pueda traducirse en el respeto irrestricto a los derechos de los NNA que habitan las residencias de protección, como lo afirma también la Defensora de la Niñez, Patricia Muñoz (2021).<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Es posible ver la declaración en: <https://www.youtube.com/watch?v=9NzMPMPATs>

De acuerdo a lo señalado es posible afirmar que al haber llevado a cabo una medida concreta, como lo fue el aumento de la subvención a las OCAS, el Estado de Chile cumple con el principio consagrado en el DIDH de no regresividad. Sin embargo, y debido a la dificultad de encontrar mejoras en la situación de los NNA luego de dicha acción, la progresividad se pone en cuestionamiento.

De acuerdo con las subvenciones que tienen su marco interpretativo en el principio de subsidiaridad del Estado chileno es preciso relevar un importante aspecto. El Comité, en su informe de 2018 consideró que una de las causas que ha favorecido las graves y sistemáticas violaciones documentadas es “una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado” (párr. 120). En este sentido, la preocupación del Comité es que la subvención sea por acciones y no por resultados (párr. 49). Es decir, no hace una crítica a la subsidiaridad como mecanismo, sino al modo en que este ha sido utilizado. Es más, el Comité señala que no es un problema la participación de privados en esta labor, pero sí lo es la delegación de la responsabilidad del Estado en los mismos.

En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen tres tipos de obligaciones: respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos, y nada impide que un Estado se apoye en el sector privado para el cumplimiento de dichas obligaciones. Pero el Comité enfatiza que es al Estado al que corresponde el diseño, implementación, ejecución y evaluación de políticas públicas y sociales en materia de niñez y, aunque puede apoyarse en la sociedad civil para el cumplimiento de las metas trazadas, no puede delegar su responsabilidad. (CDN, 2018, párr.123)

No obstante lo anterior, es necesario plantearse si el principio de subsidiaridad, sea cual sea su interpretación es el adecuado al momento de diseñar una política pública de protección a la infancia y garante de sus derechos humanos. Más aún cuando se trata de NNA que ya han vivido situaciones especialmente difíciles y que, por la situación de pobreza en que se encuentran, la vulneración de sus derechos es más latente. En este sentido, es preciso cuestionarse si la subvención por resultados es una solución concreta o si más bien se debe avanzar en que el Estado se haga cargo de la administración de todas las residencias que deberían reducirse a un número mínimo.<sup>16</sup> Esto debido a que, bajo la mirada mercantil, los privados buscan ganancias y realizan sus labores bajo un principio de eficiencia, es decir, procuran reducir los costos al mínimo, lo que muchas veces sacrifica la calidad de los servicios. En este sentido, bajo el enfoque de derechos humanos buscar la efectividad en lugar de la eficiencia propende a una mejor calidad en los servicios entregados. Por lo demás, en un mercado que se ha ido reduciendo (como se explicó en párrafos anteriores) resultaría difícil exigir resultados a los administradores privados. Respecto de esta postura, instituciones como la Defensoría de la Niñez parecen coincidir, ya que en su Cuenta Pública de 2020, una de las recomendaciones que hace al Estado chileno es “avanzar en la presentación de un proyecto de ley que derogue el sistema de subvenciones del sistema de protección de los niños, niñas y adolescentes,

---

16 En este aspecto, hay que tener en consideración que la administración estatal, por sí sola, no es una garantía de respeto irrestricto hacia los derechos humanos, el mejor ejemplo de esto son los CREAD. De este modo, un tipo de administración de este tipo debiera además estar acompañada de una ciudadanía activa que observe y exija al Estado el cumplimiento de sus obligaciones.

contenido en la Ley n°20.032” (p. 494). En otras palabras, la institución no señala que se debe modificar la normativa en favor de otro tipo de mecanismo de subvención, sino que es más categórica y señala que el régimen de subvención se debe derogar.

Sea cual sea la postura que se tenga al respecto, es necesario que el legislador tenga en cuenta tal aspecto de carácter sumamente relevante para el posterior diseño de políticas públicas.

Es necesario aclarar que el análisis se ha hecho de manera indistinta respecto de los CREAD y las OCAS, ya que de acuerdo al DIDH, que los Estados se apoyen en el sector privado para cumplir sus obligaciones contraídas en materia de derechos humanos, no quiere decir que estos deban delegar la responsabilidad de garantizarlos. Por lo tanto, las OCAS, al estar cumpliendo una función social siguen teniendo las mismas obligaciones que se les exigen a los CREAD, por lo que las responsabilidades del Estado no varían si se trata de un organismo público o privado. Además, las vulneraciones que han sufrido los NNA se han reportado tanto en los centros de carácter público como en aquellos administrados por privados. Amnistía Internacional (2005) recuerda que:

La privatización de los servicios esenciales ha inducido a menudo a la falsa idea de que el Estado deja de ser responsable de la realización de los derechos, y de que dicha responsabilidad ha sido traspasada al proveedor del sector privado. Aunque el proveedor del sector privado es responsable en la medida en que lo determina la ley, continúa siendo el Estado quien debe rendir cuentas en primer término por sus responsabilidades en relación con los derechos humanos. (p. 2)

## 2.2. Deficiencias en la función de fiscalización de las residencias

Tratar este aspecto es importante, ya que, como se ha constatado en esta investigación, el Estado ha reducido su obligación de garantizar derechos humanos de NNA a la mera supervisión de los centros. En este sentido, la tarea de fiscalización debería llevarse a cabo de manera rigurosa y en favor de la protección de derechos de los NNA. Sin embargo, y como primer aspecto, el estudio de Gale (2016) indica que las inspecciones se enfocan mayormente en los aspectos administrativos, sin prestar mayor atención al cuidado personal de los niños ni a su bienestar.

Para comenzar es necesario resaltar que la normativa que crea al SENAME no es robusta en entregar mecanismos que permitan dar garantías de sus preceptos. En este sentido, y si además se entiende que es un instrumento anterior a la CDN, las garantías de derechos humanos se ven bastante limitadas. Sin embargo, no deja de llamar la atención que, a pesar de que la fiscalización es de los pocos aspectos que se le mandatan al Estado, los mecanismos para cumplirlo no han sido contundentes. Aun así, la normativa fue clara en señalar que al organismo le corresponde “supervisar y fiscalizar, técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados” (art. 1). Bajo la perspectiva de Alcaíno et al. (2017), la interpretación de la normativa debe ser leída *teleológicamente*, es decir, en favor de cumplir en todo momento la finalidad para la cual fue mandatada la institución de acuerdo al artículo 1° del DL 2.465, a saber, el servicio “está

encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos”. Para enfatizar esta idea, los autores señalan que, “respecto de la finalidad del órgano, todas sus atribuciones deben ser leídas a la luz de este criterio, lo cual le permite –y obliga a– expandir tanto como sea posible sus atribuciones para cumplir tal objetivo” (p. 185). Pero esto es precisamente lo que el organismo no ha realizado, lo que incluso limita su accionar en su rol fiscalizador. Así, la falta de rigurosidad en esta responsabilidad ha atentado directamente contra el bienestar y protección de los NNA en las residencias.

Como ejemplo de lo anterior, la Ley N° 20.032, que regula el régimen de subvenciones, faculta al servicio para poner término anticipado o modificar los convenios suscritos con las OCAS “cuando los objetivos no sean cumplidos, o los resultados no sean alcanzados en el grado acordado como mínimamente satisfactorio, o cuando los derechos de los niños, niñas o adolescentes no estén siendo debidamente respetados” (art. 37).<sup>17</sup> Sin embargo, la Contraloría General de la República ha dado cuenta de que la supervisión que ha realizado SENAME a los centros es tan poco rigurosa que no logró dar cuenta de las complejas situaciones que viven los niños y que atentan contra su bienestar y desarrollo (Alcaíno et al., 2017, p. 186).

Por lo demás, la normativa de su creación también permitía al Servicio intervenir residencias que hubieran vulnerado los derechos de los niños y nombrar un administrador provisional directo del mismo SENAME (DL 2.465, 1979, art.3). Sin embargo, a los parlamentarios les ha preocupado la utilización excepcional de esta facultad (Comisión Investigadora SENAME II, 2017, p. 457), así como también el mantenimiento de la acreditación y funcionamiento de OCAS que han sido reiteradamente mal evaluadas (Comisión Investigadora SENAME II, 2017, p. 458).

En cuanto a las deficiencias del organismo en su labor de fiscalización, Alcaíno et al. (2017) señalan que la finalidad que pareció haberse autoatribuido el SENAME es la de un mero administrador de subvenciones hacia las OCAS por la imposibilidad de encontrar información respecto de las supervisiones que debiera realizar a los centros y, por el contrario, la publicación de convenios, resoluciones de pago de las subvenciones o los concursos públicos.

Por último, como se señaló en el primer capítulo, el artículo n° 78 de la Ley que crea los Tribunales de Familia mandata a los jueces a realizar visitas inspectivas a las residencias, por lo menos cada seis meses. Sin embargo, la investigación del Comité de 2018 considera que esta tarea tampoco ha sido llevada a cabo con rigurosidad (párr. 40). Así, las omisiones, no han involucrado solamente al poder ejecutivo, sino que también al legislativo y, especialmente, al judicial.

### **2.3 Otras causas por considerar**

Existen otras causas de carácter estructural que han derivado en la vulneración de derechos humanos de NNA en residencias de protección que pueden inferirse de lo que se ha explicado. Por ejemplo, es evidente que en Chile sigue primando

---

<sup>17</sup> Esto tanto anterior como posterior a las modificaciones introducidas a la normativa en 2021 con la ley que crea el nuevo servicio Mejor Niñez.

la doctrina de la situación irregular de NNA. Además, independientemente de la ratificación a la CDN en 1990, el paradigma de la protección integral que esta busca implementar, en Chile se ha dificultado, lo que obedece además a la estructura sociopolítica del país y que también ha ocurrido en otros países de la región, como bien lo explican Giorgi y Weisz (2020):

Pensar sobre el impacto de la experiencia histórica del neoliberalismo en Latinoamérica en el 2020 es retrotraernos al origen de la fragilidad infraestructural, política y técnica de los estados de la región, como obstáculo a la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), y a las políticas de promoción y protección de derechos acordadas a ésta. (p. 112)

Así, en la infancia sigue primando una mirada asistencialista y filantrópica, la cual además está focalizada en aquella infancia en *peligro* o *peligrosa* de la cual habla Donzelot. Sigue siendo difícil afirmar que, en la práctica, los NNA en Chile sean sujetos activos de derechos, sobre todo quienes han estado bajo la protección del Estado.

Ligado a lo anterior es necesario destacar la excesiva judicialización del sistema de protección en el país, que abarca desde las medidas ambulatorias a las residenciales. A este respecto, la Investigación de 2018 del Comité señala que los jueces no tienen el conocimiento necesario sobre el sistema de protección en su totalidad y las medidas alternativas que puedan existir, tampoco tienen el tiempo ni la capacitación para trabajar bajo el enfoque de derechos que los NNA requieren (párr. 125).

Al conectar estas dos realidades –la doctrina de la protección integral y excesiva judicialización–, Rauld (2021a) reflexiona y señala que “la infancia que se nos invita a liberar y proteger, no guarda relación con la noción de población infantil o colectivo. En suma, se trata de la consagración de un sujeto jurídico” (p. 79).

Respecto de lo expuesto es necesario señalar que en marzo de este año se promulgó la Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, la cual fue descrita en el primer capítulo. Esta normativa, entre otras cosas, define el establecimiento de Oficinas Locales de la Niñez, cuyo mandato es velar por la protección administrativa de los derechos de los NNA y su supervisión le corresponderá a la Subsecretaría de la Niñez (art. 65). Por lo tanto, y como señala la Defensora de la Niñez, Patricia Muñoz (2022), es de esperar que con esta medida “se desjudicialicen las situaciones que afectan a los niños y que hoy colapsan los tribunales de familia en circunstancias que el Poder Judicial no debiera intervenir” (s/p).

Por otro lado, ha sido común que se señale que el SENAME ha sido un “reducto de partidos políticos”, lo que ha tenido que ver con el nombramiento de funcionarios que tienen afinidad o militancia con alguna colectividad que sea parte del gobierno de turno, lo que permite tener operadores políticos en el servicio. De esta forma, los cargos de este muchas veces fueron ocupados por personas que no tenían las capacidades técnicas para desarrollar sus labores. Al respecto, el medio *Fast Check CL* (2021) investigó quienes están detrás de los directorios de las principales OCAS, al

identificar vínculos entre estos y los diferentes gobiernos de turno.<sup>18</sup> De este modo, estos operadores realizan *lobby* para poder obtener las subvenciones, lo que deriva en la concentración de las mismas, ya que, como documentan Alcaíno et al. (2017), cerca de quince organizaciones se llevarían más de 53% de esos recursos.<sup>19</sup>

Por último, no se puede ignorar que la llamada “crisis del SENAME” es también la crisis de nuestra sociedad y, como bien señala Marchant (2017) “un niño vulnerado en sus derechos es el último eslabón de una sociedad que ha perdido los lazos de solidaridad” (s/p). De este modo, los valores individualistas promovidos por el neoliberalismo han hecho mella en nuestra sociedad.

Así, el sistema bajo el cual nos desenvolvemos, además de legitimar la desigualdad provoca que las mismas personas lo justifiquen y surja la idea de que son los mismos pobres los que deben volcar sus esfuerzos para salir de la pobreza y hacerse cargo de sus hijos, como si esto obedeciera a la mala suerte, al fracaso o flojera. Entonces se asume que no son aptos para cuidar a sus hijos y se les arrebatan, sin ningún apoyo subyacente. Mientras que, por otro lado, están quienes viven en su burbuja, donde los “problemas de la infancia” no existen ni hay un interés por ver más allá. Así, “en el nuevo orden impuesto por el liberalismo la partición de la infancia es entre una niñez consumidora y otra pobre o infra consumidora” (Giorgi y Weisz, 2020).

De este modo, individualismo y desigualdad crean un panorama tremendamente perjudicial para los NNA. Hoy en día existe un consenso casi irrestricto de que, por ejemplo, ser gerente de una empresa es mucho más importante que cumplir tareas de cuidado, cuando esto último reviste una de las acciones más valiosas que puede realizar un ser humano. Amparado en esto, los y las cuidadoras de niños institucionalizados han sido vistas como trabajadoras de segunda categoría, al pagarles sueldos paupérrimos y en condiciones laborales extremadamente estresantes y deshumanizadoras, lo que con esto se muestra que los cuidados a la infancia vulnerada tampoco importan. Para superar esta realidad, Marchant (2017) señala que se debe pensar en una “estructura que tiene por responsabilidad cuidar y resguardar al hijo de otro, que no es más que uno de nosotros mismos”.

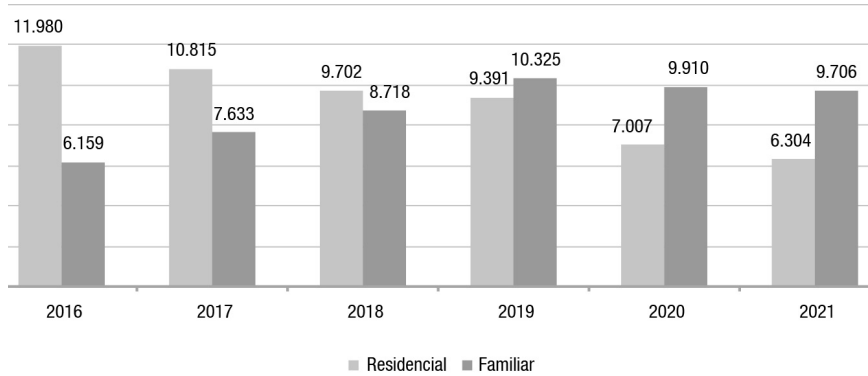
En párrafos anteriores se preguntó por qué las vulneraciones de NNA que viven en residencias de “protección” no era un escándalo nacional (más allá de ciertas coyunturas). La respuesta fue que estos niños eran invisibles en la pobreza, pero a la vez, esto deviene de la fragmentación de los lazos sociales, el descrédito de los valores solidarios y el debilitamiento de la cohesión social. Si lo tenemos presente, “estamos en un punto de inflexión donde debemos imperativamente preguntarnos hoy por la sociedad que hemos construido y por dónde está la humanidad en ella. Hemos banalizado la barbarie neoliberal y las consecuencias están a la vista” (Ramírez, 2017, s/p).

18 Ver [https://www.fastcheck.cl/2021/04/13/las-residencias-sename-son-la-principal-fuente-de-ingreso-de-los-ocas-no-digo-que-se-estén-haciendo-ricas-pero-si-generan-varios-miles-de-puestos-de-trabajo-que-permite-tener-a-operadores-politi/#:~:text=%E2%80%9CLas%20residencias%20\(Sename\)%20son,permite%20tener%20a%20operadores%20pol%C3%ADticos%E2%80%9D](https://www.fastcheck.cl/2021/04/13/las-residencias-sename-son-la-principal-fuente-de-ingreso-de-los-ocas-no-digo-que-se-estén-haciendo-ricas-pero-si-generan-varios-miles-de-puestos-de-trabajo-que-permite-tener-a-operadores-politi/#:~:text=%E2%80%9CLas%20residencias%20(Sename)%20son,permite%20tener%20a%20operadores%20pol%C3%ADticos%E2%80%9D)

19 Ver <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/05/el-largo-brazo-de-la-dc-en-el-sename/> y <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2017/05/16/denuncian-que-fundacion-resultado-favorecida-por-el-sename-con-proyectos-en-valparaiso.shtml>



Gráfico 2. Cantidad de NNA atendidos en cuidados alternativos por tipo de cuidado y año (2016-2021)



Fuente: Elaboración propia a partir de Cuentas Públicas del SENAME

#### 2.4. Desinstitucionalización

Si bien este aspecto no ha sido el enfoque principal de esta investigación existe evidencia suficiente para afirmar que las residencias no son el lugar óptimo para la vida y desarrollo integral de los NNA, por lo que los esfuerzos deben ir encaminados en la desinstitucionalización de éstos y abogar por las garantías del derecho de la vida en familia. Así también lo señalan las Directrices que, como se mencionó en el primer capítulo, en su párrafo 23 hacen referencia a que debe existir una estrategia progresiva al respecto. Esto se da sobre todo al abogar por la eliminación de aquellas residencias que reciben a una gran cantidad de niños y, en su lugar se debiera preferir la atención en pequeños grupos, pero siempre al tener presente la estrategia de desinstitucionalización. De acuerdo a esto sería injusto señalar que en Chile no han existido avances al respecto. Es importante mencionar que el 2019 fue el primer año que, bajo la línea de acción de acogimiento alternativo hubo más ingresos a familias de acogida que a residencias de protección, como se muestra en el Gráfico 2.<sup>202122</sup>

Sin embargo, instituciones como la Defensoría de la Niñez manifiestan que la sobre institucionalización sigue siendo un problema en el país, y que los esfuerzos no han sido suficientes al no darle la urgencia que amerita el proceso (Defensoría de la Niñez, 2020). Al siguiente año (2021) el organismo reitera su preocupación al respecto, al señalar que “la tendencia a la disminución de las separaciones, así

20 Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la mayoría de las familias de acogida pertenecen a la familia extensa de los NNA, manteniéndose la dificultad de que la sociedad pueda cuidar a estos niños que no pertenecen a sus familias.

21 La gráfica muestra valores desde el 2016, ya que desde ese año están publicadas las Cuentas Públicas. Por lo demás, la consulta ingresada al canal de transparencia en el mes de mayo, aún sigue sin respuesta, por lo que fue imposible considerar los valores desde el 2013, que es desde cuando está enfocada esta investigación.

22 Los valores de 2021 corresponden hasta el 30 de septiembre del mismo año.

como de los ingresos al cuidado residencial, sin duda constituyen un avance en miras de garantizar el derecho a vivir en familia. Sin perjuicio de ello, la cifra sigue siendo alta” (Defensoría de la Niñez, 2021, p. 271). También señala que, en 2020, 16.917 NNA fueron derivados a acogimiento alternativo, por ende, separados de sus familias de origen, a pesar de que el Estado debiera garantizar los apoyos a las familias para evitarlo (Defensoría de la Niñez, 2021).

Por su parte, el estudio de Gale (2016) devela que una de las principales dificultades que ha presentado la implementación de programas de familias de acogida en Chile es que

[e]s un modelo de solidaridad, pero que está instalado en un país que tiene un modelo económico, un modelo neoliberal, un modelo capitalista donde los derechos básicos de los seres humanos no están cubiertos. Así pues, este modelo de solidaridad no encaja realmente en un modelo neoliberal. (p. 44)

En este entendido, las dificultades que han tenido las familias de acogida para implementarse permanentemente en el país no escapan de la realidad que se ha analizado.

En este apartado no se busca ahondar en los distintos tipos de familias de acogida existentes, pero sí explicar que existe una modalidad alternativa a la residencial y que es mucho más beneficiosa para los NNA, aunque también tenga el carácter de excepcional. En este sentido, no se tiene que perder de vista que, independientemente de la obligación reforzada que el DIDH le mandata a los Estados en la protección de la infancia y adolescencia, el bienestar de los NNA es responsabilidad de toda la sociedad. Así, tampoco se tiene que perder de vista que los niños necesitan amor y que existan personas a su alrededor que les brinden seguridad y contención. Esta misión ha sido atribuida a las familias, pero ¿qué pasa cuando están en dificultades y no pueden hacerse cargo por algún tiempo? Aquí entran en juego la comunidad comprometida y las familias de acogida que sean capaces de brindar un acogimiento temporal a los niños mientras las familias de origen reciben apoyo para recuperar el cuidado. Aquí Jeldres (2016) es muy asertiva al señalar que:

[s]e necesita una comunidad que reciba a niños y niñas no para que sean ‘sus hijos’ (adopción), sino que sea solidaria con hijos e hijas de otras familias que lo están pasando mal, pero que pueden salir adelante con el apoyo que el Estado está obligado a brindar. Ayudar a otro no con un sentido de pertenencia, sino porque sigue siendo un otro y es, al final, parte de nuestra comunidad.

De acuerdo a esto último es preciso reiterar la importancia de la ciudadanía en su conjunto en la protección que se debe entregar a la infancia, lo que pone el principio de solidaridad por sobre la propiedad privada, que tanto daño nos ha hecho como sociedad. En este sentido, independientemente de las mejoras que haya que realizar al sistema, las familias de acogida son un buen mecanismo para que la sociedad se involucre en el cuidado de NNA que están privados de su medio familiar, por lo que es necesario que el Estado, a través de todos sus gobiernos

de turno, demuestre su verdadero compromiso con la infancia que dice tener y vuelque sus esfuerzos en realizar campañas masivas que den a conocer este programa y que sensibilice a la población al respecto.

Para finalizar es necesario reflexionar sobre las preguntas que realiza Jeldres (2016) respecto del acogimiento familiar, a saber: “¿Es posible esto en un país donde ser individualista es visto como una cosa buena? ¿Se puede esperar hoy de la comunidad algo más que el espanto y la crítica? ¿Se puede esperar el compromiso?”. Aventurarse en una respuesta es difícil, ya que todo apunta a que el modelo socioeconómico imperante en el país está mucho más internalizado en nosotros de lo que creemos y el individualismo se ha vuelto la regla. Sin embargo, las cifras muestran que, poco a poco, surge un interés por acoger a aquellos niños que así lo necesitan. Para reforzar esta última idea, el filósofo chileno Gastón Soublette (2020) señala que “los estallidos sociales muestran que la falta de solidaridad está llegando a su fin”. De esto se ahondará en el siguiente capítulo.

## 2.5. Responsabilización del Estado de Chile en los hechos acontecidos

Para darle un cierre al capítulo es preciso señalar que el Estado chileno, que ha sido acusado de vulnerar grave y sistemáticamente los derechos de NNA debe asumir su responsabilidad y obligación de investigar y reparar a las víctimas de manera integral. Esto ha sido abordado de manera amplia por el DIDH, lo que marca una robusta jurisprudencia al respecto. Así, la Corte IDH ha sido clara en la adscripción a este principio y lo ha mostrado en diversas sentencias. Por ejemplo, en el Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia<sup>23</sup> señala explícitamente que:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en este caso, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. (Corte CIDH, 2002, párr. 61)

Además, la Corte IDH también ha reconocido el derecho a la verdad, el cual, aparte de beneficiar a la víctima, también favorece a sus familias y, más aún, a la sociedad, al buscar establecer, a través de los órganos del Estado, el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes (Cáceres et al., 2012).<sup>24</sup> De este modo, el derecho a la verdad:

[e]xige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, que permite combatir la impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición

23 Otros casos en que la Corte IDH se basó en este principio son: Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 39; Caso Cantoral Benavides – reparaciones, párr. 41; Caso Durand y Ugarte – reparaciones, párr. 25; Caso Barrios Altos – reparaciones, párr. 25; Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria, párr. 25.

24 Los autores destacan los siguientes casos: Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 201; Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 48; Caso Servellón García y otros vs. Honduras... párr. 76; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 148; Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 147.

crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. (Cáceres et al., 2012. p.108)

Por lo demás, en lo que tiene que ver particularmente con NNA, el Sistema Universal es claro en relevar la importancia de la justicia y reparación en derechos humanos, y así lo resalta de manera clara en la Observación General N°13 del Comité de los Derechos del Niño de 2011 al indicar que, para prevenir la impunidad de las violaciones de los derechos de los NNA se requiere intervención judicial (párr. 54). Así también, en el párrafo 55 se señala que este tipo de intervención pueden ser, entre otros, procedimientos penales *de jure o de facto*, especialmente cuando los autores de los actos de violencia han sido agentes estatales (c); también contempla “actuaciones disciplinarias o administrativas contra profesionales por negligencia o comportamiento impropio en la tramitación de casos en que hay sospechas de maltrato infantil” (d) y extender órdenes judiciales de indemnización y rehabilitación para niños víctimas de actos de violencia en sus diferentes formas (e). Además de estas medidas, el carácter de la intervención judicial debe ser tal que, en ciertos casos, se contemplen “medios de reparación eficaces, como la indemnización de las víctimas y el acceso a mecanismos de reparación.” (párr. 56).

Si se tiene en cuenta la realidad descrita y la constatación de que debido a problemas estructurales en Chile se han violado grave y sistemáticamente los derechos de los NNA en residencias de protección por más de cuarenta años, el Comité en su investigación de 2018 al Estado de Chile fue enfático en una de sus recomendaciones, a saber, reparación para las víctimas (párr. 129).

El informe señala, y con respaldo en lo dispuesto en el artículo 39 de CDN, que Chile tiene la obligación de adoptar

[t]odas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todas las víctimas de cualquier forma de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que esa recuperación y reintegración se lleve a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad de niños y niñas. (CDN, 2018, párr.129)

Particularmente el Comité señala que el Estado de Chile:

- a) Establezca mecanismos de reparación para las víctimas, actuales y pasadas, priorizando su derecho a ser oídas y a expresar su dolor.
- b) Desarrollar un plan de acción de reparación que incluya acciones en salud, especialmente tratamiento psicológico, educación, vivienda, justicia y, en su caso, indemnización económica. (CDN, 2018, párr.131)

De este modo, el DIDH nuevamente brinda un marco que apoya a los Estados en la consecución del objetivo recién señalado y, más particularmente, las Naciones Unidas proporcionan una guía denominada “Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de 2014, la cual indica cuatro grupos de medidas para cumplir el importante deber de los Estados en el camino hacia la búsqueda de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. A saber:

1) Comisiones de Verdad. Como lo dice su nombre, la gran finalidad de estas comisiones es esclarecer la verdad acerca de los hechos ocurridos, estableciendo las causas, consecuencias y la naturaleza de las violaciones graves de derechos humanos. Este es el primer paso en la búsqueda de justicia integral para las víctimas. El Estado de Chile tiene una gran cantidad de informes e investigaciones en los cuales puede respaldarse para poder establecer una Comisión de Verdad, muchos de los cuales han sido citados en esta investigación.

2) Procesos judiciales y cuasi judiciales. Se refieren al enjuiciamiento de los delitos internacionales. Aquí, los tribunales de derechos humanos pueden contribuir a la lucha contra la impunidad al complementar la labor de los tribunales penales. La importancia de estas medidas también radica en que se debe perseguir no solo las causas penales, sino también administrativas y políticas. De este modo, es importante que se establezca la responsabilidad no solo de los autores directos de las vulneraciones, sino que además y, lo más importante, de quienes han diseñado y ejecutado (u omitido) la política pública de protección a la infancia y adolescencia en Chile, que ha permitido que se violen por más de cuarenta años los derechos de niños en el sistema residencial de “protección”. Esto es justamente lo que no ha sucedido en el caso de Chile y en lo que imperiosamente se debe avanzar.<sup>25</sup>

3) Reparación. Son medidas destinadas, como dice su nombre, a la reparación de la situación de las víctimas y a su rehabilitación y reincorporación en la sociedad. Como se dijera anteriormente, el Comité señala que debe existir un “plan de acción de reparación que incluya acciones en salud, especialmente tratamiento psicológico, educación, vivienda, justicia y, en su caso, indemnización económica” (párr. 129). Al respecto, también existe otro tipo de acciones de carácter simbólico que sería importante implementar como medida de reparación hacia los NNA que están o estuvieron en residencias de “protección”, como disculpas públicas por parte de las autoridades, actos en sus nombres, sitios de memoria, entre otros.

4) Reforma institucional. Este grupo de medidas, también conocidas como “garantías de no repetición, tienen que ver con las reformas hacia aquellas estructuras del Estado e instituciones que facilitaron o promovieron las violaciones de derechos humanos. De esta forma están orientadas hacia el futuro, ya que benefician no solo a las víctimas, sino a la sociedad en su conjunto y a las generaciones venideras que no deberían vivir tales vejámenes. En este sentido, la Investigación del Comité de 2018 es clara en señalar cuales son las estructuras que propiciaron las violaciones, y es en ellas en las que se debe trabajar para superar este tipo de situaciones. A saber: (1) persistente visión tutelar de la infancia; (2) una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado; (3) excesiva judicialización del sistema e (4) insuficiencia de recursos humanos, técnicos y financieros del sistema (párr. 120).

---

25 Por ejemplo, debido al revuelo que causó la muerte de Lisette Villa, dos cuidadoras de la niña en la residencia fueron condenadas por apremios ilegítimos, sin embargo, no existió ninguna condena ni medida que responsabilizara a los encargados políticos del sistema. En este sentido, responsabilizar únicamente a dos cuidadoras que, por lo demás se sabe que trabajan en condiciones paupérrimas y ni siquiera reciben capacitación, es *cutar por lo más fino* y exculpar a los verdaderos responsables. Con esto no quiero decir que el delito de las cuidadoras deba pasar desapercibido, pero si no se asumen las responsabilidades políticas, difícilmente se avanzará en justicia y reparación.

Cuatro años después de la recomendación de reparación hacia las víctimas del sistema residencial, y en el marco del 90° ciclo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, el órgano recomienda comenzar de una vez por todas el proceso de reparación con el establecimiento de una Comisión de la Verdad, la cual debe ser “independiente, imparcial y con la financiación adecuada para examinar todos los casos de abusos a menores en entornos institucionales, incluso dentro de la iglesia católica y en centros residenciales” (CDN, 2022).

Junto con todo lo anterior es importante que el Estado de Chile tenga presente que efectivamente tiene una experiencia concreta que puede servir de gran ayuda en este proceso de reparación a los niños víctimas del sistema residencial de protección, y es el proceso de justicia transicional que ha buscado esclarecer la verdad y condenar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad de la dictadura de Pinochet. Así, la consigna del *Nunca Más* que se refiere a “aquellas condiciones que formaron parte del dispositivo exterminador y que no habrán de repetirse” (Kaufman, 2016, s/p) y que se usa en Chile al hacer referencia a los horribles crímenes de la dictadura, es completamente asimilable al *NO + SENAME* que es posible encontrar por las calles del país, ya sea perpetuado en alguna muralla o en alguna protesta.

Sin embargo, es importante el tránsito del *Nunca Más*, o del *NO + SENAME*, como símbolo o consigna a su consecución efectiva con mecanismos de no repetición, es decir, asegurar que tales hechos terribles no vuelvan a suceder. Es así como Beristain (s/f) señala que “los hechos simbólicos son importantes, pero tienen o no fuerza en función de si marcan realmente una agenda de ruptura con el pasado y de compromiso por la democracia y el respeto a los derechos humanos” (p. 7). De esta forma, el establecimiento de una Comisión de la Verdad es un gran paso, pero el primero que se debe dar en el camino hacia la justicia, ya que sus mayores logros tienen que ver con esclarecer los hechos vinculados a graves violaciones de derechos humanos y permitir que las víctimas den sus testimonios, para así “producir un relato histórico en el que ellas son reconocidas y reparadas material o simbólicamente, en un escenario que se aleja de la justicia sanción a los verdugos” (Mendoza, 2021, p. 133). Así, también Beristain (s/f) señala que “hemos aprendido que las Comisiones son el inicio de procesos a más largo plazo, no solo de la verdad que se investiga sino de cómo esa verdad se asume” (p. 1). Por lo tanto, lo que nos está queriendo decir no es más que, luego de esclarecerse la verdad, el proceso debe continuar hacia la responsabilización de los hechos. Por lo demás, las comisiones de la verdad no sustituyen a los procesos judiciales (CRONICON, 2019) y, como señala Garzón (2016), “la historia reciente, demuestra que ninguna sociedad se rompe por la aplicación de la justicia, sino todo lo contrario” (p. 31), que plantea además que “verdad, justicia y reparación son el trípode sobre el que debe basarse una sociedad democrática para consolidarse como tal” (p. 32).

Con todo lo anterior, el Estado de Chile debe entender que “la justicia ‘punitiva’ y la justicia ‘restitutiva’ (esto es, la justicia penal y los mecanismos de búsqueda de la verdad) no son mutuamente excluyentes, sino complementarias” (Amnistía Internacional, 2010, párr. 1) y ambas deben ir en favor de reparar de manera integral las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos vividas por cientos de miles de NNA bajo el cuidado del Estado chileno.

## 2.6 ¿Mejor Niñez?: Continuidad y negación del pasado

Para comenzar este apartado es necesario volver a aclarar que en esta investigación se ha hecho un análisis del sistema residencial de protección más allá de que éste esté a cargo del SENAME o del nuevo Servicio Mejor Niñez. También se ha hecho incluso independientemente de que, desde octubre del año pasado, la función de protección de derechos a la “infancia vulnerada” haya quedado bajo la responsabilidad del segundo servicio mencionado. Esto ha sido por tres motivos. Primero, el tiempo de implementación de Mejor Niñez es muy breve para hacer un análisis comparativo entre ambos servicios. Segundo y más importante, el nuevo sistema funciona de la misma forma que en SENAME, los centros son los mismos y su modo de administración no varía, y se perpetúan los aspectos que se dieron a conocer como causas estructurales de las violaciones perpetradas por SENAME. Esto se puede comprobar tanto en la normativa que rige al nuevo Servicio, como en una serie de hechos vulneratorios que se han conocido y ya son comunes en las residencias de Mejor Niñez. Así, realizar una diferenciación tajante entre ambos sistemas no aportaba en el análisis que se pretendía realizar. Al tener esto en cuenta, Rauld (2021b) afirma que “[e]l Servicio de la Niñez y la Adolescencia es una institución gatoparda, en alusión a la famosa novela de Giuseppe Tomas Di Lampedusa (*El Gatopardo*, 1958) que introdujo como estrategia política aquello de que «si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie».

Por último, era necesario relatar lo acontecido con el sistema residencial hasta 2021, ya que así se analiza la responsabilidad del Estado en las violaciones de derechos humanos hacia estos NNA.

Para explicar lo anterior, se señala como primer factor que la nueva institucionalidad mantiene el mecanismo de subvenciones y licitaciones que ha precarizado al sistema al momento de hacerse cargo de garantizar los derechos a la infancia. Así, la protección de los NNA en residencias sigue estando, casi en su totalidad, bajo organismos colaboradores, lo que ha supeditado la calidad de los servicios al tipo de oferta que dichos organismos extiendan. Del mismo modo, la subvenciones que entrega el Servicio a las OCAS sigue siendo por niño atendido y no por resultados, y estas organizaciones son las mismas que funcionaban con el SENAME. Es decir, los mismos organismos que vulneraron los derechos humanos de los NNA siguen siendo parte del sistema.<sup>26</sup> Así, el nuevo Servicio sigue perpetuando la característica estructural del sistema chileno que se basa en la omisión y tercerización de funciones sociales, lo que alcanza incluso la protección a la infancia, en lugar de asumir su obligación internacional y reforzada de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de la infancia y adolescencia. Al mantener esta estructura difícilmente se va a superar la visión caritativa por parte del Estado a la infancia en condiciones de pobreza, por lo que el avance hacia el paradigma de la protección integral se ve gravemente comprometido.

Otros aspectos que preocupan de la implementación del nuevo sistema, es que éste sigue sin hacerse cargo de la salud mental de los niños en las residencias y continúa sin considerar atención psiquiátrica para estos.<sup>27</sup> Lo señalado resulta

26 De acuerdo al primer artículo transitorio de la ley que crea Servicio Mejor Niñez, las OCAS tendrán un año para reacreditarse bajo los nuevos estándares que mandata la nueva normativa.

27 Además, según el Ministerio de Salud, un 40% de los niños, niñas y adolescentes que permanecen en

alarmante ya que, como se reveló en apartados anteriores, la mayoría de estos NNA tienen problemas de salud mental que requieren ser tratados.

El nuevo sistema tampoco provee acompañamiento a los NNA al egresar de las residencias. Esto es preocupante ya que, entre otras cosas, hay estudios que indican que una de cada dos personas adultas de la población penal en cárceles pasaron su infancia en algún centro del SENAME (Emol, 2017).

Por lo demás, en la práctica siguen existiendo situaciones que afectan directamente al bienestar y desarrollo de los niños. En este sentido, si bien la normativa que rige al nuevo modelo de protección no avanzó en cambios estructurales, sí consagró más y mejores estándares de acreditación para las OCAS, como se explicó en la descripción de la Ley N°21.302 en el primer capítulo. Así, las nuevas exigencias tienen que ver con la obligación de demostrar altos estándares de gestión institucional, contar con modelos de supervisión para prevenir delitos, contar con equipo interdisciplinario, condiciones de bienestar ocupacional, personal especializado, entre otros. Sin embargo, en julio del 2022 la Comisión Especial de Infancia del Senado aprobó dar un año más a las OCAS para su reacreditación. Esto podría seguir derivando en vulneraciones hacia los NNA, ya que las OCAS podrían seguir sin cumplir exigencias técnicas que aporten a la debida protección de los NNA. Respecto de esto, la Defensoría de la Niñez (2022) muestra su preocupación y afirma que:

Atrasar el plazo de reacreditación significa que estos avances sigan sin implementarse, permitiendo que organismos colaboradores que no cumplen con las exigencias que impone el enfoque de derechos humanos sigan atendiendo a niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, perpetuándose los antiguos y evidentemente menos exigentes lineamientos emanados del Servicio Nacional de Menores.

Por lo tanto, y a pesar de que la nueva ley pueda tener ciertos aspectos positivos, difícilmente las situaciones van a cambiar si no se tiene una verdadera voluntad política y se siguen sin poner por delante los derechos humanos de los NNA.

Por otro lado, el nuevo modelo se basa en la implementación de residencias más pequeñas bajo un enfoque familiar y más individualizado, donde la cantidad de niños atendidos no debe exceder los 15-20. Este modelo se ha denominado de Residencias Familiares (RF). Sin embargo, se implementa desde 2019, ya que obedece al “Acuerdo Nacional por la Infancia” de 2018 que se consagró luego de que estallara la “Crisis del Sename”, y si bien es valorable que niños puedan desarrollarse en ambientes con mejores condiciones de infraestructura y atención que puedan mejorar su nivel de vida, “esto no resuelve el problema de base: que la vida institucional no podrá nunca emular un contexto familiar” (RELAF y UNICEF, 2016, p. 7). En este contexto, el Comité de los Derechos del Niño en su 90° sesión del presente año valora la implementación de este nuevo modelo de residencias más pequeñas, pero a la vez muestra su preocupación respecto de que puedan seguir sucediendo las mismas vulneraciones, solo que a escala más pequeña (CDN, 2022).

---

residencias de protección, y un 75,5% de los adolescentes privados de libertad presentan dependencia de drogas.



La Defensoría de la Niñez en su Cuenta Pública de 2021 pudo comprobar que la implementación de este modelo ha traído dificultades, a saber:

1. El trabajo de preparación y acompañamiento a los y las adolescentes y el personal para adaptarse al nuevo modelo residencial es insuficiente.
2. Existen serias dificultades para la inclusión en la comunidad del entorno, lo que excluye y estigmatiza a los y las adolescentes.
3. Varios de los objetivos planteados para las RF en sus orientaciones no se cumplen, pues hay problemas en el manejo de situaciones críticas, la intervención psicosocial, la coordinación intersectorial, la atención a necesidades de salud mental, entre otros. (p. 279)

Por lo demás continúan existiendo residencias que alojan a una gran cantidad de niños, independientemente de los compromisos adquiridos<sup>28</sup> y los estándares internacionales que señalan que la sola existencia de “macroinstituciones” implican serias vulneraciones a los derechos de los NNA (RELAF y UNICEF, 2016). Según la Defensoría de la Niñez (2021):

[e]stas se concentran en la Región Metropolitana, seguidas por las de Valparaíso y Biobío. A nivel nacional, el 90% de los grandes centros, de más de 30 plazas, son administrados por organismos colaboradores, mientras que los administrados por el Estado corresponden a un 10%. (p. 280)

Como señala la Defensoría, han existido dificultades para la implementación del nuevo modelo, pero no solo eso, ya que es lamentable constatar cómo las situaciones de vulneraciones siguen siendo comunes, lo que hace efectiva la preocupación que plantea el Comité en su última sesión. De acuerdo con esto, en menos de un año de funcionamiento del nuevo Servicio, los NNA que habitan las residencias de tipo familiar y las que se mantienen del antiguo sistema siguen siendo víctimas de vulneraciones a sus derechos humanos. Así, y a pesar de las nuevas funciones de fiscalización que la ley mandata al nuevo Servicio se siguen constando casos de muertes por negligencia, abusos sexuales, consumo de drogas, baja asistencia escolar, entre otros hechos.<sup>29</sup> Al parecer, los derechos humanos de NNA siguen sin ser prioridad para el Estado y sus gobernantes.

Respecto de todo lo señalado, es difícil que un sistema pueda cambiar si las estructuras que han sido las responsables de las vulneraciones se mantienen intactas. Estas incluyen el tipo de financiamiento basado en el principio de

---

28 Por ejemplo, pese al anuncio de cierre del CREAD Pudahuel para 2019, al día de hoy este sigue funcionando y, según la Defensoría de la Niñez, en 2021 acogía a 101 adolescentes. Por lo demás, la misma evidenció que “no había claridad acerca de las etapas y fechas del proceso de cierre, lo que generaba ansiedad e incertidumbre en los y las adolescentes y el personal, así como dificultades presupuestarias y de recursos humanos”.

29 Ver: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/03/22/primeros-en-la-fila-la-grave-situacion-de-un-centro-de-menores-expuestos-a-explotacion-sexual-y-trafico-de-drogas/> , <https://eltipografo.cl/2022/03/muere-lactante-en-servicio-mejor-ninez-se-mantuvo-en-reserva-tres-semanas> , <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2022/05/18/defensoria-de-la-ninez-sobre-fallecimiento-de-adolescente-en-residencia-de-los-angeles-no-fue-atendido-de-acorde-a-sus-necesidades/>

subsidiaridad, la visión caritativa hacia la infancia y deficiencias en las fiscalizaciones, además de una falta de voluntad política por mejorar la atención dentro de las residencias y hacer cumplir aspectos esenciales que la ley mandata, como es el plazo de recreditación de las OCAS.

Por último cabe destacar que la creación de un nuevo servicio se enmarca dentro de las Reformas Institucionales y, por ende, debieran ser parte del proceso de responsabilización del Estado por las vulneraciones cometidas. Por tal motivo, la creación de un nuevo modelo debiera implicar garantías de no repetición, lo que sería un aporte no solo para las víctimas, sino que también para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, Mejor Niñez no trae consigo una autocrítica ni menos un proceso reparatorio para las víctimas del antiguo Servicio. Frases como “le hemos fallado a los niños de Chile” dichas por la primera directora del Servicio, María José Castro, solo minimizan las vulneraciones de derechos humanos hacia la infancia en residencias cometidas por el Estado de Chile, y además contribuyen a borrar la memoria histórica del país, al igual como se buscó hacer con los horribles crímenes de la dictadura. Así vuelve a hacer eco el refrán “un pueblo sin memoria es un pueblo sin historia”, y quienes ignoran y no asumen su historia, están condenados a que ésta se repita. Es más, como señala Garzón (2016) “es un error terrible el de aquellos países que han tratado de olvidar su historia, su pasado, porque cuando eso sucede, y la gente simplemente sigue adelante con su vida, es cuando la venganza y el odio aparecen” (p. 32). He ahí otro motivo para establecer prontamente una Comisión de Verdad.

Para finalizar, bajo este contexto es importante relevar la reflexión del Grupo de Estudios 11 de abril (2021), quienes señalan: “Por quienes están y por quienes pasaron por SENAME: verdad, justicia y reparación”.

## 2.7 Últimas consideraciones del capítulo

En conclusión, la infancia bajo protección del Estado en residencias, además de encontrarse en situación de desventaja debido a lo perjudicial que resulta ser la internación prolongada en el desarrollo de los niños,<sup>30</sup> lo está también por las deficientes condiciones en los centros que se han descrito y las vulneraciones de sus derechos humanos. Todo ello, como se ha visto está extensamente documentado, y por lo demás, vulnera los preceptos del DIDH descritos en el capítulo 1. De acuerdo a esto se puede afirmar que el trabajo en las residencias ha estado enfocado en la mera supervivencia de los NNA, al basarse únicamente en aspectos como la provisión de un techo, comida<sup>31</sup> y vestuario. Sin embargo, esto también corresponde a una vulneración de derechos por parte del Estado. En esto la Corte CIDH es enfática, ya que a través de sus sentencias ha resaltado que el

---

30 Estudios como el de Bick , y Nelson (2016) avalan el déficit en funciones cognitivas, trastornos de apego y retrasos en el neurodesarrollo de estos NNA. Además, estudios como los de Williamson y Greenberg (2010) concluyen que por cada tres meses que un niño de corta edad reside en una institución, pierde tres meses de desarrollo.

31 Aún así, según el Informe Misión de Observación a Centros Residenciales de Protección de la Red SENAME del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) de 2018, un 16,1% de los NNA en residencias declara pasar hambre.

derecho a la vida no tiene que ver únicamente con denegar la opción de vivir a alguien, sino que además ha señalado que el Estado tiene una obligación de carácter positiva de garantizar una vida digna. Así, este estándar surge precisamente en un caso que involucra a niños, a saber, Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, o conocido públicamente como “Niños de la Calle”, en el cual señala:

[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. (Corte CIDH, 1999, párr.139)

Otro caso que es especialmente importante para esta investigación, ya que tiene que ver con adolescentes privados de su medio familiar es el Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay. En él, adolescentes internos en un centro de privación de libertad vivían en condiciones deplorables, por lo que algunos de ellos fallecieron en diversas circunstancias. La Corte IDH consideró que “la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad” (Corte CIDH, 2004, párr. 160).

Lo anterior hace reflexionar respecto de la historia reciente de Chile, particularmente sobre el carácter extremadamente violento de la dictadura cívico- militar entre los años 1973 y 1990 y la implementación del modelo neoliberal y abstencionista del Estado chileno en materia de derechos humanos, que ha sido mantenido y perpetuado por los gobiernos post dictatoriales. En este sentido, Giorgi y Weisz (2020) señalan que “se pasa por tanto, de la omnipresencia aterradora de lo dictatorial, a la prescindencia abandonadora del neoliberalismo” (p. 112).

Juan Carlos Rauld (2021a) también hace una reflexión respecto de lo anterior, aunque en clave filosófica, al afirmar que:

[l]a dimensión de la muerte de la biopolítica infantil del bajo pueblo<sup>32</sup> no se expresa en la muerte física o necropolítica, sino en la notable posibilidad de hacer morir en vida. Ante la ausencia de un proyecto que potencie el gobierno de la vida como seres vivientes, la muerte en vida de un niño reside en la pasividad con la que el gobierno lo expone al arbitrio de la contingencia y al azar de los acontecimientos. (p. 88)

El autor continúa caracterizando el problema con las palabras de Clara Valverde (2015), quien indica: “Con la dictadura nos mataban, ahora nos dejan morir” (p. 15).

Por lo tanto, las vulneraciones de derechos humanos de NNA en el sistema residencial chileno tienen que ver no solo con la comisión de faltas y delitos perpetrados por funcionarios de los centros hacia los niños, sino que, más

32 El autor se refiere a los niños, niñas y jóvenes populares marginados de las páginas oficiales de la *Historia de Chile* (Salazar y Pinto, 1999).

concretamente, con omisiones por parte del Estado en cuanto a su obligación de tomar medidas positivas sobre hechos que conocía y que además atentaban contra la vida en dignidad de estos niños. De esta forma, también ha tendido a vulnerar especialmente el artículo 4 de la CDN el cual versa:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. (CDN, 1989, art.4)

Tanto las condiciones de vida de los niños en las residencias como las causas estructurales de las vulneraciones que éstos han vivido se relacionan con el carácter abstencionista del Estado, basado en el contexto neoliberal bajo el cual se desarrolla la política pública de infancia en Chile. Allí, los niños pobres son vistos como “pobres por naturaleza y no como seres humanos que se encuentran en condición social precaria socialmente construida, eventualmente temporaria y transformable” (Sarmiento, 2010, p. 182). De este modo, la condición de pobreza de la niñez es vista como algo irrevocable, causada por el fracaso personal de sus familias, por lo que las políticas públicas apenas alcanzan tímidas medidas asistencialistas (Giorgi y Weisz, 2020), incluida la institucionalización

Es importante tener en cuenta este aspecto elemental al momento de llevar a cabo el proceso de desinstitucionalización y búsqueda de justicia y reparación para las víctimas, ya que todo parece mostrar que el modelo neoliberal no es el adecuado para brindar garantías de derechos humanos a los NNA y sus familias. Como concluyen Ansolabehere, Valdés y Vázquez (2020), la falta de ejercicio o disfrute de derechos humanos, se relaciona directamente con acuerdos estatales de tipo neoliberal (2020).

Por último, lo desalentador de los hechos relatados en este capítulo tampoco debe ser motivo únicamente de críticas y desafección, ya que como sociedad también debemos hacernos parte de las soluciones a los problemas de los demás que, bajo una mirada responsable y solidaria, son nuestros también. En este sentido, bajo el carácter individualista que ha caracterizado por tantos años a Chile es difícil pensar en comportamientos solidarios y desinteresados. Sin embargo, en el último tiempo han acontecido hechos que dan cuenta de que, como sociedad, no estamos condenados a una vida marcada por valores como la indiferencia. Por lo demás, cuando la rabia se convierte en acción, cosas importantes comienzan a suceder, y este es precisamente el punto de partida del siguiente capítulo.

# EL SENAME EN LA REVUELTA SOCIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA EN EL CONTEXTO ACTUAL DE CHILE

*El niño que no sea abrazado por su tribu  
cuando sea adulto quemará la aldea para sentir su calor.  
Proverbio Africano.*

En este último capítulo se establece y explica el vínculo existente entre las vulneraciones de derechos que han sufrido, y siguen sufriendo, los NNA en el sistema residencial de protección y las protestas que se dieron en 2019 en Chile durante el Estallido Social. Entonces, los NNA que pertenecieron o se encontraban en programas del SENAME fueron protagonistas, no solo en las consignas que llenaron las calles que denunciaban el “infierno” que vivían, sino que también al ser parte activa del movimiento. Así, las situaciones y vulneraciones que han vivido los NNA en el sistema residencial obedecen a la misma estructura tremendamente desigual de la sociedad chilena y que ha derivado en la serie de abusos que fueron demandados por la sociedad en movimiento que se alzó en 2019, lo que ha estado amparado en el modelo neoliberal consagrado a la Constitución política vigente de Chile.

Producto de lo anterior se dio inicio a la redacción de una nueva Constitución que pretendía establecer un marco y fundamentar tanto las leyes, como el ordenamiento social y formas de relacionarnos bajo nuevos principios sociales y solidarios. Dicha propuesta finalmente fue rechazada por un amplio margen de los chilenos y chilenas el día 4 de septiembre de 2022. Las implicancias de esto para los NNA en situación de mayor vulnerabilidad del país también se analizarán en este capítulo.

## 1. La Revuelta Social de 2019 y su relación con el SENAME

El período de transición hacia la democracia de los últimos treinta años de Chile se ha caracterizado por gobiernos que se han jactado de ser democráticos y de escuchar las demandas del pueblo.<sup>1</sup> Sin embargo, la realidad es que los abusos y desigualdad que se escondían tras las alentadoras cifras, encuestas y una imagen perfectamente elaborada de un Chile superior a sus vecinos latinoamericanos

---

<sup>1</sup> Gobiernos de La Concertación por la Democracia y gobiernos de Sebastián Piñera.

fueron el caldo de cultivo para que esta sociedad, antes temerosa por los sangrientos crímenes de la dictadura se levantara un 18 de octubre de 2019 contra las injusticias y abusos de un sistema inhumano y desigual. La *kamanchaka*<sup>2</sup> ya era demasiado densa para seguir aguantando el sufrimiento y desazón que producía. Así, desde aquel día comenzó un proceso social en el país, el cual sigue hasta hoy, aunque con más dudas que certezas.

Ese sistema es el que obedece al modelo neoliberal imperante que fue descrito en el Capítulo II y que ha afectado negativamente las garantías de derechos humanos de nuestra sociedad, y especialmente a las de los NNA en condición de pobreza y vulnerabilidad. Además, autores como Calderón y Lechner (2017) sostienen que el mismo sistema tiene serias limitaciones para desarrollarse en un contexto con una fuerte crisis multidimensional, y no ha hecho más que marcar una fuerte diferencia entre quienes pueden llevar una vida digna y los que no, mientras aquellos que pueden entrar con grandes ventajas a competir en el mercado son los que se llevan la mejor y más grande porción del pastel del bienestar, y que relegan a una gran parte de la sociedad a las migajas de aquellos que consumen desde sus tronos podridos de oro.<sup>3</sup> Sin embargo, ante estas situaciones, el Estado solo responde a su obligación de garantizar el acceso a servicios sociales cuando el mercado, por alguna razón, no quiere o no puede hacerlo, lo que se respalda en el principio de subsidiaridad planteado también en el capítulo anterior sobre la situación de las residencias del SENAME o Mejor Niñez, administradas en su gran mayoría por organizaciones privadas.

En este capítulo es preciso señalar que aquel pilar subsidiario del modelo neoliberal chileno está establecido a nivel constitucional en la Carta fundamental del país aún vigente, es decir, la Constitución de 1980 dictada bajo la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet, y más precisamente en el inciso tercero del artículo 1 y en su artículo 19. De este modo, los chilenos habrían interpretado que las causas de los abusos y desigualdades estructurales estarían en dicho texto, como señala Pizarro (2020), “el pueblo chileno comprendió que el modelo económico y el Estado subsidiario, consagrados en la Constitución de 1980, cierran las puertas a una distribución equitativa del poder y la riqueza” (párr. 1). De acuerdo con esto, una de las principales consignas de la revuelta de 2019 fue “Nueva Constitución o Nada”.

En cuestión de derechos fundamentales, el modelo económico imperante pasa a ser fundamental. Así, el primer principio de los sistemas de derechos humanos, es decir, la universalidad, simplemente queda supeditado al comportamiento del mercado. Dicho de otro modo, las condiciones materiales que debieran garantizar derechos humanos, sobre todo DESCAs pasan a transarse en el mercado, disponibles solo para quienes tienen los medios económicos para pagarlas o, en su defecto, endeudarse para costearlo. De este modo, el Estado solo acude en casos excepcionales, generalmente al entregar ciertas ayudas de carácter asistencial, bonos,

2 Término acuñado por F. Calderón y M. Castells en *La Nueva América Latina* (2019) para relacionar esta palabra aymara que designa una niebla espesa que produce opresión, angustia, desorientación, pérdida de rumbo y ausencia de senderos visibles con la situación que vive hoy día Latinoamérica.

3 En alusión a la canción de la cantante chilena Anita Tijoux, *La Doctrina del Shock*.

becas e incluso préstamos<sup>4</sup> para familias en situación de vulnerabilidad. Este es también el caso de los NNA que han sido institucionalizados en residencias de protección expuesto en el capítulo anterior, donde la política pública asistencialista ha sido la protagonista al momento de responder a la obligación estatal de proteger los derechos de la infancia.

El viernes 18 de octubre de 2019, no fue un día como cualquier otro en las calles de Santiago de Chile. Si bien es normal estar a la espera de ese ansiado día en este sistema esclavizante en que el viernes nos promete por fin un respiro a las extensas jornadas laborales, a los interminables trayectos de ida y vuelta en un sistema de transporte público que pareciera empeorar con los años, o simplemente porque por fin se tiene un momento de distensión en una sociedad en la que el ocio se ha vuelto casi culposos; desde hace días que en la ciudad se respiraba algo extraño, era como si el olor a lacrimógenas acumulado de los días anteriores estuviera ahí, a la espera de algo mayor. Aquella *democracia fatigada*<sup>5</sup> estaba a punto de sucumbir en el gran estallido de 2019.

Días antes, el 4 de octubre, se había anunciado un aumento de 30 pesos<sup>6</sup> en el Metro de Santiago en horario punta y en horario valle, precisamente en los rangos en que más gente se traslada. El aumento se sumaba a los más de 20 desde que se instauró el sistema en 2007, y que venía a resentir aún más el bolsillo del pueblo chileno. Esto si se considera que el 50% de los trabajadores en Chile gana menos de \$420.000 (Fundación Sol, 2021),<sup>7</sup> lo que significa que, alrededor del trece por ciento de sus sueldos debe ser destinado a pasajes. Pero ahí estaba el pueblo, aguantando los abusos, o al menos, eso era lo que esperaba la clase política. Así como tuvo que aguantar 17 años de sangrienta dictadura en que se impuso un modelo neoliberal de laboratorio donde, de paso se dictó la Constitución ilegítima de 1980 que ha dejado en el camino la intención de desarrollar cualquier cambio estructural. Así como también aguantó 30 años de supuestos gobiernos progresistas, donde a fines de la década de 1980, al son del esperanzador “Chile la alegría ya viene”<sup>8</sup> prometían una sociedad más justa, donde lo que se hizo finalmente fue completar y perfeccionar el modelo neoliberal original a través de una apariencia democrática. Así como también ha aguantado los “perdonazos” que se han hecho a grandes conglomerados empresariales,<sup>9</sup> mientras las personas comunes pierden sus casas por deuda; como ha aguantado la elusión y evasión de impuestos de grandes empresarios que, a la vez, son los mismos que forman parte de la clase política; como ha aguantado un sistema de salud y educación que segrega y deja tantos sueños y proyectos a la

4 El mayor ejemplo de esto son los préstamos que realiza el Estado para poder estudiar en la educación superior pública, actuando así bajo la lógica de los bancos, ya que lo que se debe devolver está sujeto a una tasa de interés.

5 Término utilizado en “Dilemas de la representación democrática” (2020), coordinado por Manuel Alcántara y Porfirio Cardona Restrepo.

6 Unos 0,03 dólares estadounidenses.

7 Unos 475 dólares estadounidenses.

8 En alusión a la letra de la canción principal de la campaña del NO para el plebiscito de 1989, en que se votó si seguía o no gobernando Pinochet y sus militares.

9 Por ejemplo, el “perdonazo” a la multitienda Johnson’s por parte del Servicio de Impuestos Internos, organismo que condonó 125 millones de dólares a la firma por concepto de multas e intereses.

deriva; como ha aguantado ver por años como se encarcela la pobreza, mientras los criminales de la dictadura de Pinochet se encuentran en un hotel carcelario en Punta Peuco;<sup>10</sup> como ha aguantado sentir como se les niega las culturas y tiempos de ocio, esparcimiento y recreación en un sistema en que el pobre no tiene derecho a disfrutar; como nuestros jubilados y jubiladas reciben pensiones de miseria debido al sistema de AFP.<sup>11</sup> Y finalmente, aguantar tantos abusos más, como el encierro en centros de “protección” a la infancia en condición de pobreza del país, además de la criminalización del pueblo ante cualquier intento de cambiar en algo este sistema y sociedad. En este sentido, lemas como “Hasta que la dignidad se haga costumbre” o “Hasta que valga la pena vivir” no son exagerados ni faltos de realidad.

En resumen, los reclamos de la sociedad estaban conectados con las escasas garantías de DESCAs y su relación transversal con grupos y poblaciones en situación de vulnerabilidad (CIDH, 2022, párr. 5). A su vez, aquellas reivindicaciones respondían a demandas legítimas e históricas que han atravesado múltiples sectores de la sociedad chilena y que se manifiestan en una expresión creciente, acumulada, intergeneracional y multicultural de insatisfacción con relación a la obligación del Estado de respetar los principios de igualdad y no discriminación que impactan directamente en el acceso y goce de los DESCAs (CIDH, 2022, párr. 91), lo que a su vez, ha derivado en una sensación de abuso generalizada por parte de la población chilena.

Sebastián Piñera lo dijo, “no lo vimos venir”,<sup>12</sup> acostumbrado al temeroso pueblo chileno aún preso del miedo de los horribles crímenes de la dictadura. Pero la olla en algún momento sucumbe, la tapa se abre en un estallido y ya no hay vuelta atrás. Como mejor lo señala el historiador chileno Gabriel Salazar (2019):

Solo faltaba una chispa (cualquier chispa) que, crispando la piel de los adolescentes de Chile, que vienen mostrando más sensibilidad histórica e irritabilidad política que cualquier otro sector de la sociedad, hiciera estallar todo. Esa chispa llegó con el aumento del metro y la represión que sucedió al movimiento por la “evasión masiva”. (párr.1)

Seguramente para cualquier persona de Latinoamérica sea difícil entender lo recién relatado si se considera que desde hace varios años Chile muestra los niveles de pobreza más bajos de la región, además de disminuir la desigualdad y tener un alentador índice de desarrollo humano. Pero aquellos promedios y cifras escondían una realidad abrumadora. Así, las situaciones descritas reflejan dos cosas: primero, si bien la pobreza por ingresos descendió de forma importante en el país en las últimas décadas, aún hay un sector importante de la población que tiene índices considerables de *pobreza multidimensional*, es decir, tienen carencias en áreas como salud, educación, trabajo y seguridad social, vivienda o redes. De este modo, la última encuesta de Caracterización Socioeconómica (Casen, 2021)

10 Punta Peuco es una cárcel construida especialmente para los criminales de la dictadura, la cual es muy diferente a las cárceles para pobres. Punta Peuco es más parecida a un hotel.

11 Administradoras de Fondos de Pensiones.

12 En entrevista que da Piñera en el mes de diciembre de 2019 a *Radio Cadena Ser* de España.



concluye que en Chile viven un poco más de 830 mil personas en pobreza extrema y casi un millón 300 mil en pobreza no extrema por ingresos, lo que en su conjunto corresponde a casi el once por ciento de la población viviendo bajo la línea de la pobreza. Sin embargo, más de un quinto de la población (el 20,7%) está en situación de pobreza multidimensional, lo que equivale a tres millones y medio de personas que sufre otro tipo de carencias sociales,<sup>13</sup> más allá del ingreso económico que perciben. Esto es importante, ya que entonces la pobreza no tiene que ver solo con privaciones materiales, sino que además se vincula con la reducción de las capacidades para llevar una vida que se considere deseable, lo que se trata de un fenómeno multidimensional que incluye la pobreza física, la social, capacidad limitada para gozar de libertades, el trauma acumulado y también la pobreza económica (Cáceres et al., 2012). Es decir, se relaciona también con las opciones que puedan tener las personas de llevar una vida digna.

Estos aspectos, que se relacionan con los factores de educación, salud, trabajo y seguridad social, vivienda y entorno, redes y cohesión social tienen que ver con que, si bien las personas cuentan con los ingresos necesarios para subsistir, su vulnerabilidad afecta aspectos como la búsqueda y calidad del trabajo, el acceso a educación o la capacidad de costear un tratamiento de salud ante la enfermedad repentina de algún familiar. Como señala Leonardo Moreno (2020), “la persona que tiene mal trabajo tiene a sus hijos en un mal colegio, tiene mala educación, mala calidad de salud, normalmente no tiene jubilación, vive en malos barrios, sufre de delincuencia, sufre en temas de desprestigio social”.

Precisamente a este grupo de familias en situación de pobreza o que no pueden brindar condiciones de vida digna a sus hijos pertenecen los NNA que han sido institucionalizados en residencias de protección, como se logró respaldar en el capítulo anterior. Son familias que tampoco reciben ayudas satisfactorias por parte del Estado que permitan asistir la crianza, más allá de lo que le permite su carácter subsidiario. Esto aun cuando la presencia de estas condiciones obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan el goce de los derechos humanos (Cáceres et al., 2012).

Por lo tanto, lo recién relatado deriva en un profundo malestar social, más aún cuando estas condiciones no son por mérito propio, sino por un sistema desigual y con amplias limitaciones que desencadenan en una serie de abusos hacia la población. Así, la pobreza del país no es solamente la que alcanza casi al 11% atribuida a los ingresos. De este modo, las personas tienen malos sistemas de educación, de salud, de transporte público, malos trabajos, etc. Es decir, el ejercicio de sus derechos humanos es limitado, a no ser que opten por endeudarse, lo que es otro fenómeno que ayuda a esconder la real situación de la población chilena.

En segundo lugar se encuentra la gran desigualdad existente en el país. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) señalaba

---

13 El valor entregado corresponde a la CASEN 2017, ya que los cambios definidos como consecuencias de la pandemia en 2020 impidieron contar con un indicador sintético de Pobreza Multidimensional. Sin embargo, es posible que dicha cifra haya aumentado, ya que dimensiones como trabajo y seguridad social, salud y hacinamiento se vieron fuertemente afectados por la pandemia del COVID.

que el 10% más rico de la población de sus países miembros tiene ingresos medios aproximados de 9,5 veces mayores que el 10% de los más pobres, sin embargo, en Chile la disparidad es 27 a 30 veces mayor (CIDH, 2022, párr. 98). Del mismo modo, el informe World Inequality Report de 2022 de la BBC, reveló que el 1% más rico de Chile posee un 49,6% de la riqueza total del país, además de concentrar el 16.1% del PIB. El mismo estudio señala que uno de los factores fundamentales de tal desigualdad fue la dictadura de Pinochet. A la vez indica que Chile es el país donde los ultra ricos tienen el patrimonio más grande de América Latina.

Respecto de lo anterior, la desigualdad tiene que ver también con la concentración del poder en pequeños grupos que han cooptado a la clase política,<sup>14</sup> lo que ha generado grandes abusos que, al igual como se explicó respecto de la pobreza y pobreza multidimensional desencadenaron en el Estallido Social de 2019.

Por consiguiente, cuando se analiza la implicancia de la pobreza en el goce de derechos humanos, necesariamente se debe abarcar la cuestión de las desigualdades, aspecto que se refiere más específicamente a las comparaciones entre grupos (Cáceres et al., 2012) y como unos tienen mayor disfrute de los mismos en desmedro de otros.

En este contexto de extrema desigualdad, y enfocado en el objetivo de esta investigación vale recordar que no es que en los estratos sociales altos no ocurran problemas en la infancia, sino que éstos son tratados bajo otros paradigmas y no son víctimas de la discriminatoria vigilancia estatal, mientras que para los niños en condición de pobreza está la ayuda asistencialista del Estado a través de las residencias del SENAME o Mejor Niñez.

En este mismo contexto se encuentra también el derecho a la educación, a la salud, jubilaciones, entre tantos otros más, donde los ricos acceden a servicios de primera calidad por tener como costearlos, y los pobres a servicios de segunda categoría, donde el bienestar y la dignidad se ven seriamente comprometidos. Esta realidad, por supuesto, no tiene que ver con factores aleatorios, sino que es un fenómeno socio estructural amparado en un modelo socioeconómico específico, el cual ha derivado en que ciertos individuos y colectividades lleven una vida digna y otros no, lo que deriva en que las sociedades se tornen tremendamente injustas. En este orden de ideas, Cáceres et al. (2012) se pliegan al pensamiento de Isaías Berlín y afirman que:

[s]i mi libertad, la de mi clase social o la de mi país, depende de la opresión de otros individuos, clases sociales o países, entonces el sistema que permite esta situación es injusto e inmoral. Es precisamente porque no puede existir dignidad de unos a expensas de la dignidad de otros, que, desde un punto de vista filosófico, los derechos humanos sólo pueden ser más que universales. (p. 37)

Luego de explicar lo anterior, se puede decir que tanto la pobreza como la desigualdad, que a la vez derivan en una cadena de abusos hacia la población

---

14 En este grupo destaca la familia Luksic, Julio Ponce Lerou, Horst Paulmann e incluso el ex presidente Sebastián Piñera.

fueron la causa del Estallido Social de 2019 en Chile. También se puede mencionar que este visibilizó una crisis de gobernabilidad dentro del país, principalmente en lo que respecta a la capacidad de los gobernantes para plantear soluciones verosímiles a los problemas percibidos como importantes. En este sentido, frases como *somos los jaguares de Latinoamérica* o *somos un oasis dentro de América Latina*,<sup>15</sup> no hacen más que demostrar no solo que los problemas no fueron resueltos, sino que el diagnóstico fue tremendamente sesgado. Así, problemas como la pobreza, pobreza multidimensional y desigualdad extrema afectan directamente a la gobernabilidad de las sociedades, tanto en lo medible como en lo subjetivo, ya que la exclusión y falta de dignidad en las condiciones de vida de las personas conllevan a sentimientos de rabia, sufrimiento y desamparo, lo que a su vez deriva en la disgregación de las sociedades y se une a una crisis de las instituciones que parecen no dar respuesta al contexto social. Respecto de esto, el COES (2018) indica que la OMS ha hecho saber que Chile es uno de los países con niveles de depresión más altos de América Latina, a pesar de tener el mayor ingreso per cápita. También señala que diversos estudios han mostrado la marcada relación entre depresión y nivel socioeconómico. Así, según los resultados de la encuesta ELSOC, el 13,3% del decil de menores ingresos presenta síntomas severos de depresión, mientras solo un 1,6% los tiene en el decil superior (COES, 2018). Por lo demás, según cifras del Informe Misión Observación Sename 2017 del INDH, de las niñas y niños encuestados sobre 13 años en la red de protección de SENAME, un 69% presentó síntomas de depresión. Además, y como se señaló en el capítulo anterior, el sistema, ni a través de SENAME ni de Mejor Niñez garantiza la atención psiquiátrica de estos NNA.

De esta forma, y con todo lo relatado, es posible plantear que las situaciones que afligen a los NNA usuarios de la red SENAME, y específicamente del sistema residencial fue una más de las causas que dio origen al Estallido Social de 2019 y se enmarca dentro de la misma realidad tremendamente desigual y abusiva que caracterizó el contexto del resto de las demandas que realizó la sociedad chilena. Esto, como se ha señalado reiteradamente en esta investigación, obedece a un modelo socioeconómico implementado hace más de cuarenta años en el país. En este sentido, Carolina Rojas (2020b) señala que “el SENAME es una de las caras más crudas del Chile neoliberal” (párr.11).

## **2. Niños, niñas, adolescentes y jóvenes usuarios del SENAME en la revuelta social de 2019**

Es necesario recalcar que fueron los jóvenes y más particularmente los adolescentes quienes dieron el puntapié para el inicio de la revuelta, no solo en la evasión masiva del metro el mismo 18 de octubre, sino que, además, con todas las muestras de descontento durante esa semana. Quizás a causa de esa sensibilidad

---

15 El ex presidente de Chile, Sebastián Piñera, hizo esta declaración días antes del Estallido Social, señalando que el resto de América Latina se encontraba convulsionada políticamente. Ver <https://cooperativa.cl/noticias/pais/presidente-pinera/presidente-pinera-chile-es-un-verdadero-oasis-en-una-america-latina/2019-10-09/063956.html>

histórica e irritabilidad política que señala Salazar (2019), o porque, como indica Batra, “en el fondo los jóvenes representan la vocación anticapitalista de nuestros pueblos y quisieran acabar con el neoliberalismo, el extractivismo, el colonialismo interno y otras maldiciones sistémicas” (2014). O quizás por la inexistencia del miedo que, a medida que se van cumpliendo años, siempre, de alguna manera se manifiesta. Aunque ninguna de las ideas recién señaladas explica mejor la esencia de la juventud, como la ya célebre frase del ex presidente de Chile, Salvador Allende: “Ser joven y no ser revolucionario es una contradicción hasta biológica”. Pero además, dentro de estos jóvenes y adolescentes había un grupo especialmente sensible a la realidad que vivía el país, un grupo que por fin pudo gritar su rabia respecto de años de vulneraciones a sus derechos y que ha sido históricamente castigado solo por el hecho de provenir de familias en situación de pobreza. Además, este grupo que ha sufrido gran parte de los abusos que se explicaron en líneas anteriores fue también víctima del desinterés y abandono de una sociedad tremendamente individualista, estos eran los NNA que se encontraban o habían estado bajo la “protección” del Estado de Chile a través del SENAME, es decir, el motivo de esta investigación.

A su vez, existe una relación extremadamente estrecha entre el Estallido y el SENAME. Así, una de las principales demandas, que incluso al día de hoy se encuentra en los muros de la ciudad y en las protestas que se convocan, es el fin del servicio a través de la ya conocida consigna *NO + SENAME*. Según cifras de distintos organismos, estos adolescentes y jóvenes pertenecientes a algún programa de dicho servicio, participaron activamente en las manifestaciones.

A pesar de lo anterior, no existe una cifra exacta de adolescentes imputados por las protestas del Estallido que pasaron por centros del SENAME a nivel nacional, esto simplemente debido a que ninguna autoridad se dio el trabajo de contabilizarlos. En este sentido, la presente investigación es de las primeras que contribuye a la relación entre la institucionalidad fallida de niñez en Chile y las protestas sociales. Desde el servicio se señalaba que no habían hecho la sistematización de esos casos, pero que ese detalle lo tenía Fiscalía. Por su parte, ésta última reconoció no tener ese conteo. La Defensoría de la Niñez y el INDH también dijeron no contar con dicha información (Sepúlveda, 2021).

Debido a lo anterior, medios independientes de información como *CIPER Chile* (2021) investigaron al respecto y concluyeron que solo en Antofagasta, al menos seis adolescentes imputados por delitos cometidos en las protestas estuvieron varios meses en internación provisoria en el Centro de Internación Provisoria del SENAME, lo que da cuenta además de que sus familias denunciaron graves vulneraciones en el mismo, como golpizas, sobremedicación con medicamentos psiquiátricos e intentos de suicidio.

Por su parte, la Oficina de Protección de Derechos de Infancia y Adolescencia de Valparaíso emitió el “Informe sobre la vulneración de derechos por agentes del Estado en Niños, Niñas y Jóvenes de la comuna de Valparaíso” en enero de 2020, en el cual concluye que entre el 18 de octubre de 2019 y el 22 de octubre de 2020, 61 de los 105 NNA detenidos en las manifestaciones de esa ciudad fueron niños y adolescentes que tenían algún vínculo con la red de programas del SENAME (Sepúlveda, 2020).

De acuerdo con las cifras de la Defensoría de la Niñez, entre el 18 de octubre de 2019 y el 30 de junio de 2020 hubieron 818 denuncias de NNA participantes de las manifestaciones. De estas, 416 correspondían a menores de edad que habían sido atendidos por algún área del SENAME, ya fuera protección o justicia juvenil, es decir, más del 50% del total de las denuncias (Defensoría de la Niñez, 2021, p.13).

Ahora bien, para visualizar de mejor manera el vínculo existente entre el Estallido Social de 2019 y el SENAME que se ha explicado y, más particularmente, la participación de estos niños y jóvenes en la revuelta, un buen ejemplo es la descripción de la llamada *primera línea*, la cual se caracterizaba por ser un grupo de manifestantes que enfrentaba directamente a Carabineros. Estos también ayudaban a que las personas se pudieran manifestar en las distintas convocatorias, ya que contenían el ataque de la policía. Así, el cientista político Alfredo Joignant (2020) planteó que existen varias *Primera Línea*, las cuales se conforman por diversos grupos, como los *jóvenes capucha*, barras bravas, estudiantes y, por supuesto, los niños y adolescentes que han pasado por el SENAME y su sistema residencial. Uno de éstos últimos señalaba que peleaban por más dignidad social y que con Carabineros tienen una diferencia ética porque no atacan deliberadamente (Claude, 2020).

A su vez, la periodista chilena Carolina Rojas (2020b), a raíz de su investigación sobre la realidad de los NNA que han estado institucionalizados en SENAME señala que en este grupo de la *primera línea* también están quienes se fugaron de alguna residencia, ya que prefirieron la calle a seguir viviendo los vejámenes de los cuales eran víctimas. Al hacer alusión a una conversación, señala que desde este clan devuelven la violencia que han vivido por años. Así han sabido organizarse en una estructura muy bien definida: “en las filas están primero *los cabros del escudo*, más atrás los que *camotean* y los *honderos*. Al final se instalan quienes acarrean piedras y los que llevan el agua” (p. 143 y 146).

También es necesario señalar que los NNA participantes de estas manifestaciones, y especialmente los pertenecientes a la red del SENAME, fueron gravemente estigmatizados como violentistas, e incluso los sindicaron como pertenecientes a organizaciones ilícitas cuyo único blanco era la destrucción (Acosta, Aliaga, Del Río y Greene, 2020). Al día de hoy esto no está comprobado.

En este contexto, y al reconocer que efectivamente existieron actos de desórdenes y desobediencia civil, aunque jamás bajo una “organización ilícita”, es importante destacar algunas frases de estos NNA participantes de las protestas. Por ejemplo, uno de ellos señala que “cuando se van todos a sus casas, nos quedamos aquí solos y nos ponemos a destruir cosas, cosas que no son de nosotros, que nunca han sido porque no somos parte del país. Nosotros somos del SENAME y ese es otro país. Vamos a seguir aquí hasta que se acaben las marchas o los *pacos* nos maten”. En el mismo contexto, otra niña señala: “no quiero que se acaben las marchas porque uno se siente acompañado, uno siente que por primera vez sienten esta rabia que siento yo todos los días”.<sup>16</sup>

16 Declaraciones disponibles en <https://www.eldesconcierto.cl/tendencias/2019/10/30/somos-del-sename-y-ese-es-otro-pais-hector-morales-revelo-conversacion-con-cuatro-jovenes-que-estaban-destruyendo-un-paradero.html>

Respecto de las fuertes declaraciones recién señaladas, si bien es sensato discutir si este tipo de manifestación es aceptable o no, aquí se plantea que tampoco se puede ignorar un sentimiento puramente humano y que, a decir verdad sería extraño que no se sintiera la rabia. Estamos hablando de niños, niñas y adolescentes que han sido doblemente victimizados, pero a estas personas también les han hecho creer que deben estar privados de este tipo de sentimientos, y solo deben sentir resignación y agradecimiento por no estar aún peor. En este sentido existiría un aliciente perfecto para la paz social, y éste sería la justicia social, algo que precisamente no han recibido estos niños y jóvenes y la población más vulnerable del país.

En línea con lo anterior, Carolina Rojas (2020a) también destaca declaraciones de este tipo. Por ejemplo:

Creo que uno termina en la primera línea o en las barricadas porque es una forma de desahogarse de todo el odio que tú tienes contra el sistema, en sí uno es resentido por todo lo que has vivido. Al ver la violencia de los carabineros *vai* y *tirai* el camote para desahogarte. (p. 149)

De todo lo señalado, también es importante detenerse en los actos de solidaridad que se pudieron percibir en estas manifestaciones, sobre todo con la *primera línea* y los NNA que estuvieron en el SENAME. Esto llama mucho la atención en una sociedad en que el sistema neoliberal no hizo más que impregnar a la sociedad la idea de que el bienestar individual estaba por sobre el colectivo. De este modo, al día de hoy en muchas murallas y monumentos del centro de Santiago se sigue leyendo la consigna *NO + SENAME*, la cual se popularizó durante la revuelta. Por su parte, la *primera línea* también recibió un fuerte apoyo de distintas organizaciones de la sociedad, las cuales le brindaban primeros auxilios, alimentos, asesoramiento legal, entre otros. Dentro de esta también se dieron prácticas de este tipo, sobre todo de los mayores de edad con los más jóvenes, lo que mostró una suerte de reconocimiento de afecto y cuidado, pero sin desconocer la importancia de lo que realizaban. Así, resalta la siguiente frase de un integrante mayor de edad de la *primera línea*, quien señalaba respecto de los niños de la colectividad: “me da pena, porque han sufrido *harto*, pero también están peleando por lo justo. Ojalá no haya más SENAME” (Rojas, 2020a, p. 154). En este sentido, es importante apreciar cómo esto afecta positivamente en las subjetividades de quienes han sido víctimas de este sistema, sobre todo cuando la carencia de afecto y desprotección ha sido parte de sus vidas. Así, otro integrante de la *primera línea* que también estuvo institucionalizado en SENAME indicaba que:

Cuando empecé a leer que decía *NO + SENAME* en las paredes me dio como una alegría porque había más gente que pensaba y sentía lo mismo que yo, entonces fue una forma de liberarme de esa rabia que tenía dentro. Era *bacán* el *apañe* de la gente y que se dieran cuenta de lo que está pasando hoy en día en ese lugar. (p. 149)

Como se desprende de las declaraciones rescatadas, hubo una fuerte participación de los NNA usuarios del SENAME durante el Estallido Social de 2019

en Chile, lo cual no es casual, ya que la realidad y las situaciones de vulneraciones que han vivido a lo largo de sus vidas no son más que el reflejo de una sociedad tremendamente desigual, donde el ejercicio de derechos humanos queda relegado, en gran medida a la situación económica que tengan las familias.

Esto sin dudas implica una contravención al principio de no discriminación que rige a la CDN. En este mismo sentido, y cuando las autoridades entendieron el vínculo que existía entre el estallido y la realidad de estos NNA, dicho principio siguió siendo vulnerado, a pesar de la obligación que tienen los Estados de garantizarlo al ratificar tratados del DIDH. Así, la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI) llegó a establecer un convenio con el SENAME, el cual permitía traspasar datos sensibles de los NNA e información que pudiera “ser relevante y pertinente para producir inteligencia y efectuar apreciaciones globales y sectoriales según las facultades que la ley ha otorgado a la ANI” (Acosta et al., 2020, p. 5). Según el artículo 7 de la Ley N°19.974, que regula el Sistema de Inteligencia del Estado, son facultades de la ANI: “disponer la aplicación de medidas de inteligencia, con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales” (literal f); y “disponer la aplicación de medidas de contrainteligencia, con el propósito de detectar, neutralizar y contrarrestar las actividades de inteligencia desarrolladas por grupos nacionales o extranjeros, o sus agentes, excluyendo las del inciso segundo del artículo 20” (literal g).

Sin embargo, este convenio fue duramente criticado por asociaciones y defensores de derechos humanos en general. Por ejemplo, el director del INDH de ese entonces, Sergio Micco, planteó que:

Resulta preocupante para el INDH desconocer los fundamentos que llevaron a ambas instituciones a celebrar este convenio y la información específica que la ANI podría solicitar al SENAME, lo que podría vulnerar el principio de igualdad y no discriminación, la protección de la privacidad de los niños, niñas, adolescentes como sujetos de derecho y sus familias e incluso el principio de interés superior del niño que deben observar todos los órganos del Estado. (INDH, 2020)<sup>17</sup>

Finalmente, y debido a las presiones, el gobierno de turno terminó por dejar sin efecto dicho convenio.

De lo que se ha relatado en este apartado se evidencia una deliberada discriminación hacia este grupo de NNA bajo la supuesta protección del SENAME, lo que incluso deja entrever su vinculación con el crimen organizado y el terrorismo. En este sentido, se puede observar cómo sigue primando aquella visión de la situación irregular de la infancia, donde se considera que estos niños están *en peligro* o son *peligrosos*. Por lo tanto, si bien éstos tuvieron un espacio en las manifestaciones y fueron protagonistas del Estallido Social, siguieron siendo blanco de un Estado que los castiga, estigmatiza y no los reconoce como sujetos de derechos, sino más bien como objetos de discriminación.

17 Ver <https://www.indh.cl/indh-y-convenio-ani-sename-que-tiene-que-ver-el-interes-superior-de-un-nino-con-la-ani-dedicada-a-labores-de-inteligencia-de-grupos-criminales/>

### 3. Una nueva Constitución. La propuesta que se rechazó y la situación en que queda la infancia más vulnerable del país

Para comenzar este apartado es importante señalar que, si bien las manifestaciones se vieron interrumpidas debido a la pandemia del COVID desde 2020, las implicancias de este movimiento surgido en 2019 se ven al día de hoy. Esto sobre todo porque una de sus consecuencias fue la consolidación de un acuerdo político que llevó a que en octubre de 2020 se votará si se quería una nueva Constitución, al considerar que esta fue una de las mayores demandas de dicho movimiento. De este modo, la respuesta fue ampliamente positiva al alcanzar cerca del ochenta por ciento de los votos. Además, el plebiscito también preguntaba cuál sería el tipo de órgano que redactaría la nueva Constitución, donde las alternativas eran una “Convención Mixta Constitucional” (conformada en un 50% por constituyentes elegidos directamente y 50% por miembros del Congreso), o una “Convención Constitucional” (conformada en su totalidad por constituyentes elegidos directamente). La segunda opción ganó con casi el ochenta por ciento de los votos emitidos, lo que mostró además el desprestigio en que se encontraban los partidos políticos y parlamentarios.

Posteriormente, los días 15 y 16 de mayo de 2021 se llevaron a cabo las elecciones para elegir a los integrantes de la Convención encargada de redactar una nueva Constitución para Chile. De este modo, la Convención Constitucional quedó integrada por 155 integrantes, donde además de considerar la paridad de género (conformada por 78 hombres y 77 mujeres) hubo escaños reservados para pueblos indígenas con 17 representantes. También hubo representantes de distintos movimientos sociales y menos de un tercio de los elegidos correspondieron a candidatos que podían identificarse con la derecha, por lo que tampoco tuvieron *quorum* para rechazar los acuerdos de la Convención que se zanjarían con la aprobación de los dos tercios de los constituyentes.

De esta forma, la Convención Constitucional quedaba conformada por representantes de gran parte de los grupos y sectores del país, lo que llevaba las demandas de la heterogeneidad del Estallido Social a la conformación de una nueva Carta Magna que organizara de una nueva forma al Estado y guiara bajo nuevos preceptos las leyes y políticas públicas del país. Así era alentador confirmar que dicho proceso se apegaba a lo que recomendaba la CIDH (2022) al señalar que “un proceso de elaboración constitucional debe procurar la participación y representación de todas las entidades representativas y grupos poblacionales históricamente discriminados, asimismo debe llevarse a cabo de forma libre, previa e informada y de buena fe” (párr. 352).

Cuando se comenzó a realizar esta investigación era impensado que la propuesta de una nueva Constitución fuera rechazada por una mayoría aplastante de los chilenos y chilenas,<sup>18</sup> menos cuando respondía ampliamente a las demandas de la revuelta social y significaba un avance estructural respecto del reconocimiento y garantías de derechos humanos de las poblaciones históricamente

---

18 El 62% de los electores votó por el rechazo a la propuesta constitucional.



excluidas de la sociedad y de quienes han sido víctimas de un sistema injusto y desigual. Sin embargo, las causas de este contradictorio resultado no serán motivo de esta investigación.

En particular, los niños, niñas y adolescentes que han sido el motivo de esta investigación eran reconocidos por primera vez en un texto constitucional como sujetos de derechos, cuando en la Constitución vigente ni siquiera son nombrados. Además, había una serie de artículos que mostraban un interés particular por la infancia del país, y que ponían especial atención en aquellos que habían sido víctimas de este sistema cruel y deshumanizado. Ello daba esperanzas de que por fin se podría iniciar el camino que dejara atrás el modelo responsable de las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos que han sufrido los NNA en el sistema residencial descrito.

En resumen, el artículo 1 de la propuesta que se rechazó señalaba que Chile era un Estado social y democrático de derecho y se constituía como una república solidaria, reconociendo como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza. Indicaba también que el fundamento del Estado era la protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos y que era deber del mismo generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de derechos humanos para toda la población.

Dicho artículo mostraba un quiebre irrestricto respecto de la Constitución actual, la cual plantea un Estado subsidiario y abstencionista que, como ya se ha dicho, propende a la desigualdad en el disfrute de derechos humanos.

Además, el artículo 26 reconocía por primera vez en Chile a los NNA como sujetos de derechos a nivel constitucional, y establecía además el deber del Estado en la promoción y respeto de sus derechos, especialmente en lo que tiene que ver a la vida en familia y la erradicación de la violencia, aspectos fundamentales que plantea el DIDH. Así, ese artículo ligado al primero que se describió anteriormente representaba una gran oportunidad para situar a la infancia y adolescencia al centro de los derechos humanos y comenzar a superar los vicios del actual sistema de protección de la niñez y adolescencia. De este modo, la propuesta constitucional era categórica en avances en materia de derechos y principios sociales. Sin embargo, y al considerar que la propuesta finalmente fue rechazada, no viene al caso ahondar en el resto de los artículos que buscaban garantizar derechos de la infancia y poblaciones en condición de vulnerabilidad del país. No obstante, se debe seguir manteniendo en cuenta que dichos preceptos deben estar necesariamente consignados en cualquier propuesta de nueva Constitución, si es que así la hubiera, para construir un Estado y sociedad igualitarios, solidarios y respetuosos de los derechos humanos de toda la población y no solo de unos pocos.

En resumen, el hecho de que el proyecto de una nueva Constitución no se haya aprobado es desalentador, no solo porque el texto se basaba en principios sociales y solidarios, sino porque además marcaba un punto de quiebre rotundo respecto del modelo socioeconómico que implementó la Constitución vigente. Este modelo ha creado una sociedad tremendamente desigual y regida bajo principios individualistas, donde la cohesión se puede dar únicamente a través del consumo,

lo que excluye a un amplio sector de la población. En otras palabras, dicho texto ha facilitado que el derecho a la propiedad privada esté por sobre el derecho a vivir una vida en condiciones de dignidad. De acuerdo a esto, la CIDH (2022) hace un diagnóstico que se acerca bastante a lo recién señalado:

[l]as barreras al ejercicio de estos derechos (DESCA) están relacionadas con los cambios experimentados por el sistema socioeconómico chileno, fundamentalmente a partir de las fórmulas de liberación "financiera" instauradas por el Gobierno militar y amparadas por la Constitución de 1980. Dicha norma estableció la privatización de servicios públicos esenciales, priorizando el derecho a la propiedad privada y los intereses empresariales por sobre los derechos sociales. La CIDH entiende que, de manera general, este modelo socioeconómico basado en un orden constitucional concebido en un período dictatorial y sobre el que se asentó la transición chilena, si bien ha tenido resultados bien valorados en términos macroeconómicos, impactó adversamente en el acceso y cobertura de los sistemas públicos de salud, seguridad social, o educación de la mayoría de la población, favoreciendo la desigualdad social y la concentración de la riqueza. (párr. 95)

Ahora bien, la pregunta que inevitablemente surge es: ¿qué pasa ahora con estos niños? A toda vista, y si además se consideran los elementos de continuidad que presenta el nuevo Servicio Mejor Niñez, los cambios estructurales deberán seguir esperando. El modelo neoliberal es el que seguirá rigiendo el ordenamiento estatal y, por el momento, no habrá forma de que el modelo subsidiario de protección a la infancia en el sistema residencial y su carácter abstencionista sea declarado inconstitucional, más aún cuando en el país no existe claridad respecto de los pasos a seguir luego de rechazada la propuesta. Por tal motivo, al menos por algunos años, la Constitución de 1980 de Pinochet seguirá vigente. Por lo demás, el hecho de que los derechos fundamentales de los NNA no estén reconocidos a nivel constitucional, desalienta a que el *corpus iuris* de infancia en Chile sea nutrido por estos preceptos, ya que una instancia superior como el Tribunal Constitucional, naturalmente no puede evaluar que las leyes se rijan por elementos que no están considerados en la Carta Fundamental.

Por lo tanto, el rechazo de la propuesta constitucional no es una buena noticia para los NNA que se han descrito en esta investigación. Por ende, tampoco es bueno para la sociedad en su conjunto, lo que no quiere decir que se deba cesar en las luchas colectivas que lleven a construir una mejor sociedad para los NNA y que no se les castigue solo por haber nacido en familias al alero de la pobreza. En este sentido, hay que seguir alentando aquellas muestras de solidaridad social que supestandamente nacieron en el Estallido Social. No se debe permitir que el individualismo siga rigiendo nuestras vidas y, lo más importante, seguir creando conciencia de que no es natural la injusticia social, para abogar por una nueva opción de vida humana, la cual se base en una solidaridad que reconozca que la opción por la vida del otro es la opción por la vida de uno mismo (Hinkelammert y Mora, 2009).

#### **4. Últimas consideraciones del capítulo**

Como se ha evidenciado a lo largo de este capítulo, los NNA que están o estuvieron institucionalizados en residencias del SENAME, o que usaron alguno de

sus programas, fueron protagonistas del Estallido Social de 2019. Ello debido a que las vulneraciones que han vivido por años responden a la misma realidad de amplios sectores de la población chilena víctimas de un sistema que ha banalizado las injusticias y que se ampara en la Constitución Política vigente de Chile de 1980. Ella consagró lo peor del neoliberalismo al buscar transformarnos en seres individualistas y desafectos de lazos solidarios que conciben la lucha colectiva como la lucha por uno mismo. Sin embargo, el Estallido Social de 2019 mostró que, aparentemente, las personas habían entendido que el modelo socioeconómico actual cerraba las puertas a una sociedad más justa y equitativa y que la falta de solidaridad estaba llegando a su fin, ejemplo de esto fue el lema *NO + SENAME* que aún logra verse por las calles del país y que nació al calor de las protestas. Sin embargo, no deja de ser muy contradictorio que la propuesta de nueva Constitución para Chile haya sido rechazada por una mayoría abrumadora de la población, ya que esta proponía un modo de organizar el Estado y la sociedad bajo principios relacionados estrechamente con las demandas del Estallido Social de 2019. Sin embargo, esto no quiere decir que la lucha deba cesar, el camino es seguir concientizando en que se requiere un nuevo marco bajo el cual no se siga naturalizando la injusticia social, y buscar además que aquel sentimiento solidario nacido en la revuelta no desaparezca definitivamente. Todo ello se ve amenazado por una clase política y económica que apela a los miedos más profundos de las personas para mantener el *statu quo*. De momento, el Estado chileno debe procurar cumplir sus compromisos adquiridos voluntariamente a través de tratados internacionales, donde el DIDH y su cooperación y supervisión son fundamentales. De este modo, el trabajo conjunto de todos quienes conformamos la sociedad y nos comprometemos con el respeto hacia los derechos humanos no debe cesar, sobre todo por los NNA que se encuentran en el sistema residencial y que, como se ha revelado en esta investigación, deben seguir viviendo las mismas vulneraciones que se mantienen desde hace más de cuarenta años.



## CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

*Muchas de las cosas que nosotros necesitamos pueden esperar, los niños no pueden, ahora es el momento, sus huesos están en formación, su sangre también lo está y sus sentidos se están desarrollando, a él nosotros no podemos contestarle mañana, su nombre es hoy.*

Gabriela Mistral, Poetisa chilena

Como primera conclusión es inevitable señalar que involucrarse en las historias de NNA bajo la supuesta protección del Estado es adentrarse en un verdadero infierno, donde los niños en condición de pobreza del país no solo han sido víctimas de la desprotección del Estado, sino que además han sido castigados por un sistema cruel e inhumano, en que incluso la infancia más vulnerable ha sido vista como negocio, al relegar su bienestar, dignidad y desarrollo integral a un segundo y tercer plano. En este sentido, Edison Gallardo (2018), quien pasó gran parte de su niñez y adolescencia en el sistema residencial afirma que: “para un niño que vive en la pobreza existe el infierno y este fue creado por el propio Estado de Chile, al que bautizó Sename o, de modo engañoso, Servicio Nacional de Menores” (p. 13).

Esta realidad no parece cambiar de manera sustancial y, si bien el Estado de Chile ha tomado algunas medidas al respecto, no han sido suficientes ni han respondido a la causante estructural de las vulneraciones perpetradas, lo que ha derivado en que se sigan produciendo, lo que llevó además a que el fin del SENAME fuera una de las principales demandas del Estallido Social de 2019.

Si bien la institución que más se ha mencionado en esta investigación se implementó en 1980, la institucionalización de NNA es una medida que se ha llevado a cabo desde el periodo colonial en Chile, y ha estado focalizada en la infancia de las familias pobres del país, realidad que se mantiene hasta el día de hoy. En este sentido, independientemente de que en la actualidad la pobreza no sea una causal de ingreso al sistema residencial, lo cierto es que la misma atraviesa todas las causas que pueden estar tras los ingresos. Por lo demás, es una medida extremadamente discriminatoria, ya que a las familias con más recursos no las separan de sus hijos, aunque las negligencias y abusos no sean situaciones que se den únicamente en los círculos de mayor pobreza.

Lo anterior está enmarcado dentro de lo que se conoce como la Doctrina de la Situación Irregular, y si bien Chile ratificó en 1990 la Convención de los Derechos del Niño que, a grandes rasgos, busca que los Estados puedan realizar el tránsito hacia el Paradigma de la Protección Integral y consideren a la infancia como sujetos de derecho, lo cierto es que en la práctica sigue primando la doctrina planteada al inicio. Es cierto que han existido ciertos avances en las leyes de infancia y casos particulares que podrían rescatarse, pero en lo que respecta al

sistema de protección a la infancia y, más particularmente la situación de NNA en el sistema residencial, la Doctrina de la Situación Irregular es la que prima.

De este modo, y al considerar el objetivo general de esta investigación, mientras el sistema residencial esté bajo responsabilidad del SENAME o Mejor Niñez, este seguirá recibiendo a los hijos de las familias más pobres del país, a los cuales los ha vulnerado por más de cuarenta años y actualmente no tenga muestras evidentes de que su realidad cambie. Así, en este trabajo se dieron a conocer una serie de situaciones y documentación que evidencian la desprotección y abandono del Estado hacia la infancia más vulnerable del país y como este, en lugar de cumplir su obligación positiva de tomar medidas que prevengan las vulneraciones de derechos humanos, continuó castigando la situación de pobreza en que han debido desenvolverse estos niños, no por mérito propio.

Ahora bien, la situación de la infancia pobre institucionalizada en residencias de protección debe ser también una oportunidad para indagar en las causas estructurales que han dado origen a que el Estado de Chile haya vulnerado por décadas de manera grave y sistemática los derechos de estos NNA. Así, una de las principales conclusiones de esta investigación es que dicha situación no se puede abstraer del sistema sociopolítico que impera en el país: un sistema basado en un modelo neoliberal instaurado a sangre y fuego durante la dictadura cívico militar de Pinochet, y mantenido por los gobiernos post dictatoriales. Dicho modelo, asentado en un pilar subsidiario ha derivado en que el Estado de Chile se haya abstenido, en gran medida, de su obligación de respetar, proteger y realizar y promover los derechos humanos de los niños en las residencias, al tercerizar esta atención en organizaciones privadas que, del mismo modo como se transan bienes y servicios en el mercado compiten para asignarse la protección de la infancia en condición de vulnerabilidad. Así, la calidad de la atención de los niños en las residencias ha quedado supeditada a lo que ofrecen los privados, lo que se vuelve aún más grave cuando la subvención que asigna el Estado a estas organizaciones se da por día/niño atendido y no por resultados. Ello genera un incentivo perverso para que los niños se mantengan institucionalizados y no se realice un trabajo psicosocial con éstos y sus familias que propenda a su desarrollo integral y bienestar, como debiera ser.

Lo anterior tampoco significa que las pocas residencias administradas por el Estado gocen de mejores condiciones o respeten mayormente los derechos humanos de los niños, lo que también muestra el abandono por parte del Estado que han vivido estos NNA. Así, la infancia en residencias no parece ser prioridad.

Otra conclusión importante es que la responsabilidad del Estado en las vulneraciones de derechos hacia estos niños se basa, en gran medida, en su carácter abstencionista al momento de conocer las situaciones que vivían los NNA en residencias de protección, más allá de las responsabilidades penales que puedan tener funcionarios y funcionarias de trato directo con los niños. Así, por lo menos desde 2013, a través del Informe Jeldres, los poderes del Estado conocían la realidad que se vivía al interior de las residencias de protección. Sin embargo, las acciones positivas que debieron tomar al respecto no se hicieron ver, lo que se torna aún más grave si se considera la obligación reforzada que tienen los Estados al momento de garantizar derechos humanos a la infancia.

Otro aspecto importante que se debe tener en cuenta es que la llamada “crisis del SENAME” es también la crisis de la sociedad en su conjunto. Una sociedad que, amparada en los principios que promueve el neoliberalismo, se ha vuelto tremendamente individualista, los lazos sociales se han desarticulado, los valores solidarios no se consideran importantes y la cohesión social está debilitada. Así, problemas sociales como la pobreza son atribuidos a la mala suerte o fracaso de quienes no quieren progresar, cuando esto ha obedecido a un sistema que ha promovido la desigualdad y exclusión de amplios sectores de la población. En este sentido, a estas familias no se les brinda mayor apoyo en la crianza de sus hijos, lo que muchas veces deriva en la institucionalización de los mismos por negligencias o maltratos, cuando la verdadera razón ha sido la falta de recursos. Esto ha sido aceptado y banalizado por la sociedad, y el *rascarse con las propias uñas* ha terminado por volverse la regla.

Si como sociedad queremos comenzar a involucrarnos en esta realidad, es necesario comenzar a restablecer los lazos de solidaridad que alguna vez orientaron a la humanidad. En cuanto a esto, y mientras se transita el necesario camino hacia la desinstitucionalización, es imperante que el Estado promueva y busque sensibilizar a la población al respecto. Esto debe darse particularmente a través de los programas de familias de acogida que, a grandes rasgos, buscan que la sociedad, a través de las diversas familias existentes puedan cuidar y dar contención y amor a los niños que han sido separados de sus familias de origen, mientras el Estado trabaja con estas para apoyarlas en la crianza y problemas que pudieran tener para volver a estar junto a sus hijos. De esta forma se evita que los niños estén institucionalizados en residencias.

Es necesario también que, al considerar que el Estado chileno ha sido el responsable de vulnerar grave y sistemáticamente los derechos de los NNA en el sistema residencial de protección, este asuma dicha responsabilidad e investigue y repare a las víctimas de manera integral, como lo mandata el DIDH. En este orden de ideas, la CIDH (2022) llama a evitar la impunidad en los casos de graves violaciones a los derechos humanos al señalar que ésta “transmite una señal de tolerancia a hechos de violencia institucional y genera una cultura de ‘violencia tolerable’ por parte de agentes del Estado” (párr. 73). En este contexto, el Estado de Chile debe ampararse tanto en los métodos de justicia transicional que proporciona el DIDH y en la experiencia que puedan aportar las víctimas de los crímenes de lesa humanidad de la dictadura de Pinochet y su búsqueda incesante de justicia, así como también en otros casos de la región, como las madres y abuelas de Plaza de Mayo de Argentina. En este sentido, los lemas *Nunca Más* y *NO + SENAME* son parte de un mismo dispositivo.

Además de las conclusiones ya señaladas es importante mencionar que, de acuerdo al análisis realizado, la implementación del nuevo Servicio Mejor Niñez en reemplazo del SENAME en el área de protección responde a un elemento de continuidad y no supera las limitaciones estructurales que ha tenido este último. Lamentablemente esto se comienza a confirmar y a pesar del breve tiempo de vida del nuevo Servicio, ya es posible corroborar que en las residencias de protección se mantienen las vulneraciones a los derechos humanos de los NNA

institucionalizados. Esto es preocupante, ya que cuando un Estado ha sido el responsable de graves violaciones a los derechos humanos, la creación de nuevas instituciones debería responder a garantías de no repetición. Sin embargo, Mejor Niñez ni siquiera trae consigo una autocrítica y mantiene los vicios de un sistema nacido en dictadura. En palabras de Rauld (2021b), “su lógica sigue siendo tutelar, vigilante, disciplinante, estigmatizante y maltratadora con la infancia pobre. En síntesis, una institución de clase” (párr. 1).

Por otro lado, en este trabajo se pudo concluir que el Estallido Social de 2019 tuvo un fuerte vínculo con la infancia y adolescencia usuaria de programas del SENAME, especialmente con el sistema residencial. En este sentido, la pobreza, desigualdad y abusos amparados en el modelo neoliberal que ha orientado el comportamiento de la sociedad, cultura y economía del país fueron la causa del descontento social que llevó a las manifestaciones de aquellos días, contexto en que también se han enmarcado las vulneraciones de las que han sido víctimas los NNA motivo de esta investigación. Es por esto que las denuncias al “infierno” que viven los niños en SENAME estuvieron también presentes en las protestas. Es más, los mismos niños y jóvenes que eran o fueron alguna vez parte del servicio tomaron un rol protagónico en las manifestaciones y las demandas que de estas emanaban.

El sistema socioeconómico imperante basado en el modelo neoliberal y consagrado en la Constitución vigente de 1980 no propende a crear garantías de derechos sociales para la totalidad de la población, más bien segrega, excluye y conlleva a la desigualdad social. De este modo, y como resultado de las manifestaciones de 2019 se comenzó un proceso para redactar una nueva Constitución, proyecto finalizado en 2022 y que marcaba un quiebre respecto de la actual. Esto significó un avance sustancial en materia de derechos humanos, sobre todo de NNA, y orientado una nueva forma de organización social bajo principios sociales y solidarios, como se había interpretado demandaba la sociedad. Sin embargo, y contradictoriamente, esta propuesta fue rechazada por un amplio margen de la población.

Un pueblo que en 2019 y 2020 aprobó cambios estructurales del sistema, en septiembre de 2022 rechazó la nueva Constitución surgida del Estallido Social. Este es el mismo pueblo que cada 11 de septiembre rechaza la dictadura de Pinochet y días después, cada 18 de septiembre celebra la independencia del país a través de la aprobación de una celebración de la elite. Esta característica barroca y contradictoria del pueblo chileno dificulta tener respuestas a lo sucedido en 2022, y si bien no es el objetivo de esta investigación buscar las causas del rechazo a la propuesta de nueva Constitución es imposible no comenzar a divagar en posibles opciones.

¿Será acaso que la teoría del Panóptico de Foucault interpreta lo sucedido y es tal el temor de las personas de apartarse de las normas establecidas que los cambios siempre serán limitados? ¿Será que las personas optaron por creer las mentiras y *fake news* que divulgaron aquellos que quisieron mantener sus privilegios y *statu quo* a toda costa? ¿O será simplemente que el Estallido Social de 2019 fue una coyuntura y que el pueblo chileno en realidad prefiere seguir bajo el modelo vigente y alejarse de nuevos sistemas más justos y solidarios?



Si bien es muy pronto para optar por una explicación concreta, más aún cuando se puede seguir divagando en posibles respuestas, lo cierto es que estas en algún momento se deberán responder, ya que los cambios estructurales que requiere la infancia no pueden esperar por mucho más tiempo. En este sentido, la Constitución actual permite y alienta a que las leyes que se dicten relativicen las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos humanos, sobre todo en lo que respecta a la niñez bajo su protección, como se evidenció en esta investigación. Por lo tanto, una Constitución basada en el modelo neoliberal, es contradictoria a las garantías de derechos humanos que estos NNA requieren y les corresponden como derechos, como afirma Calquín (2016), “es claro que el Estado neoliberal no es el mejor padre para los niños/as ni para la sociedad en su conjunto” (p. 6). De esta forma, más temprano que tarde, la Constitución de Pinochet necesariamente deberá caer.

Por último, a pesar de lo desalentador que pudo haber resultado el rechazo de una nueva propuesta constitucional debido a que orientaba hacia los cambios estructurales que requiere la infancia bajo la protección del Estado, este no es el momento para bajar los brazos. Como sociedad no podemos permitir que se nos arrebatase aquel sentimiento de solidaridad que surgió al alero de las protestas de 2019 y hay que seguir buscando la forma de desnaturalizar este sistema injusto e inhumano que afecta de manera especialmente desproporcionada a las poblaciones más vulnerables, incluidos los NNA y sus familias en situación de pobreza. La propuesta de una nueva Constitución no se aprobó, pero eso no puede significar que se abandone a los niños que se encuentran en situaciones difíciles, ni el Estado ni la ciudadanía deben hacerlo. El primero debe propender a cumplir sus obligaciones consagradas en el DIDH, donde el rol fiscalizador de la ciudadanía y la cooperación internacional son fundamentales. Por su parte, la sociedad debe mantenerse firme con las demandas legítimas que se reclaman para que, más temprano que tarde, los niños y la población en general, puedan vivir en una sociedad más justa, digna y equitativa. Como dijera Gladys Marín: “Hay que luchar, luchar y seguir luchando, aunque en ello se nos vaya la vida”.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Libros

- Beloff, M. (2009). *“Los derechos del niño en el sistema interamericano”*. Ediciones del Puerto.
- Castel, R. (2002). *“Metamorfosis de la cuestión social: una crónica del asalariado”*. Paidós Ibérica.
- Donzelot, J. (1979). *“The policing of families”*, traducido por: HURLEY, R., Pantheon books.
- Gajardo, S. (1929). *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente. Divulgación de la ley 4.447*. Nascimento.
- Gallardo, E. (2018). *Mi infierno en el SENAME. Ansias de libertad*. Proyecto Expande.
- Rauld Farías, J. (2021). *Desprotección de la Infancia. Dominación, Biopolítica y Gobierno*. Editorial Hammurabi.
- Rojas Flores, J. (2010). *Historia de la Infancia en el Chile Republicano (1810-2010)*. Junta Nacional de Jardines Infantiles.
- Rojas, C. (2020). *Abandonados. Vida y muerte al interior del SENAME*. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Salazar, G. (2006). *Ser Niño Huacho en la Historia de Chile*. Lom Ediciones S.A.

### Capítulos o partes de libros

- Álvarez, J. (1993). “La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social”, en: Pilotti, F. (coord.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo de perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico* (pp. 265-292). Instituto Interamericano del Niño.
- Ansolahehere, K.; Valdés, F.o; Vázquez, L. D. (2020). “Capítulo1”, en *El estado y los derechos humanos en América Latina: México, Ecuador y Uruguay*. Flacso.
- Beloff, M. (1999). “Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación

- Irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, en *Justicia y Derechos del Niño* (pp. 9-22). UNICEF.
- Buaiz, Y. (2003). “La Doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones”, en Quirós, E., *Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños* (pp. 14-25). Editores del Puerto.
- Cáceres, L., Chinchilla, F. y Parra, O. (2012). “Pobreza y Derechos Humanos: hacia la definición de parámetros conceptuales desde la doctrina y acciones del sistema interamericano”, en *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe? Democracia vs. Desigualdad* (pp. 13-155). Colección IIDH.
- Calderón, F. y Lechner, N. (1998): “Modernización y gobernabilidad democrática”, en Calderón, F., (2017). *La construcción social de los derechos y la cuestión del desarrollo: antología esencial de Fernando Calderón Gutiérrez*, (pp. 281-310).
- Cortés, J. (1994). “Desarrollo de los Sistemas de Atención de la Infancia en Chile”, en Pilotti, F., *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile* (p. 224).
- Delgado Valderrama, M. y Salinas Meza, R. (1990). “Los hijos del vicio y del pecado: La mortalidad de los niños abandonados (1750-1930)”, en *Chile, Historia y Bajo Pueblo* (pp. 44-54). Sur Ediciones.
- Méndez, E. (1997). “La legislación de menores en América Latina: Una doctrina en situación irregular”, en *Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*.
- García Méndez, E. (1994). “La Convención Interamericana de los Derechos del Niño: Del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos”, en *Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*.
- Garzón, B. (2016). Prólogo: “El cóndor sigue pasando”, en *Operación Cóndor, 40 años después* (pp.19-36). CIPDH.
- Kaufman, A. (2016). Posdata: “Nunca más: la experiencia colectiva”, en *Memoria y derechos humanos. Continuidades, vigencia y presente del “Nunca más*. Bernal, Editorial Universidad Nacional de Quilmes.
- Sarmiento, M. (2010). Pobreza infantil: factos, interpretações e desafios Políticos, en *Pobreza das crianças: realidades, desafios, propostas*. Famalicão. Ed. Húmus

### Tesis académicas

- Delgado, M. (1986). *Marginación e integración social en Chile. Los expósitos: 1750-1930*. Tesis de Magister en Historia. Universidad Católica de Valparaíso.
- Fuenzalida, D. (2014). *Protección jurídica y social de la infancia: Situación actual en Chile desde la perspectiva del Derecho Público*. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.

### Artículos en revistas especializadas

- Bartra, A. (2014). REJUVENECER LA PROTESTA. Los movimientos sociales van a la escuela. *Argumentos*, vol. 27, N° 74, enero-abril, 2014, 13-45, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco.
- Beloff, M. (2011). La protección de los niños y las políticas de la diferencia. *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 405-420.
- Beyer, N. y Veto, S. (2020). Prácticas psicológicas antes de la Psicología Académica. La casa de Menores de Santiago, 1929-1942. *Historia* 396, 129-158.
- Calquín, C. (2016). Los hijos de los pobres: la crisis del SENAME y la tecnocracia liberal. *Psicología Hoy*, N° 26, Universidad Alberto Hurtado, 5-6.
- Cunill Grau, N. (2010). Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 46, 41-72.
- Escobar, J. (2016). Una apuesta por más calidad en el cuidado. *Psicología Hoy*, N°26, Universidad Alberto Hurtado, 3-4.
- Giorgi, V. y Weisz, C. (2020). El modelo neoliberal y sus efectos sobre las representaciones sociales de la niñez y sus Derechos en Uruguay. *Revista Electrónica de Psicología Política*, N°44, 110-134.
- Hinkelammert, F. y Mora, H. (2009). Por una economía orientada hacia la reproducción de la vida. *ICONOS. Revista de Ciencias Sociales*, N°33. Dossier: ¿Es posible otra economía? Ensayos de economía social y solidaria. FLACSO.
- Mendoza, M. (2021). “Inclusión de la Niñez en las Comisiones de la Verdad: Guatemala y Argentina”, en *Novum Jus*, N°15(Especial), 127-153.
- Milanich, N. (2001). Los hijos de la Providencia: El abandono como circulación en el Chile decimonónico. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, N°5, 79-100.
- Pinochet, N. (2017). El SENAME: Crónica de una crisis: Una mirada psicoanalítica sobre el sujeto de Derecho y la institución de protección de la infancia. *Castalia*, Vol. 28, N°4, 54 – 68.
- C, R. (2020). Chile: rebelión contra el subsidiario. *El Trimestre Económico*, vol. LXXXVII (2), N° 346, abril-junio de 2020, 333-365.
- Salinas Meza, R. (2001). La historia de la infancia: Una historia por hacer. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, N°5, 11-30.

### Artículos en periódicos de investigación y revistas no científicas

- Altamirano, P. (2021). Las residencias (Sename) son una de las principales fuentes de ingreso de los OCAS. No digo que se estén haciendo ricos, pero sí generan varios miles de puestos de trabajo que permite tener a operadores políticos. *Fastcheck*, 13 de abril.
- Barraza, J. y Rojas, C. (2021). Hogar Tupahue: El centro colaborador del Sename para lactantes y preescolares denunciado por adopciones irregulares, abusos y producción de pornografía infantil. *La Otra Diaria*, 16 de junio.
- Barría, C. (2022). Riqueza extrema: Chile, el país donde los ultrarricos tienen el

- patrimonio más grande de América Latina. *BBC News Mundo*, 24 de febrero.
- BBC News Mundo*. (2021). Gastón Soublette, filósofo chileno: "Los estallidos sociales muestran que la falta de solidaridad está llegando a su fin". *El Mostrador*, 9 de mayo.
- Basoalto (2016). SENAME, el mercado de la infancia. *El Quinto Poder*, 9 de noviembre.
- Cassinelli, F. (2020). Pobreza multidimensional en Chile: ¿Qué factor jugaron las vulnerabilidades en salud, educación o vivienda en el estallido social?. *24horas.cl*, 17 de octubre.
- Claude, M. (2020). Retrato de un clan de la primera línea. *CIPER Chile*, 6 de enero.
- CNN Chile* (2022). Patricia Muñoz tras aprobación de ley de garantías de la niñez: "Era una deuda que había que saldar de manera urgente". *CNN Chile*, 20 de enero.
- Cooperativa.cl* (2017). Cómo murió Lissette Villa: El relato de la Fiscalía. *Cooperativa.cl*, 1 de marzo.
- COES (2018). Depresión en Chile: Estudio ELSOC revela diferencias significativas de salud mental a partir de variables socioeconómicas, geográficas, educacionales y de género. Observatorio de Cohesión Social (COES), 10 de enero.
- Defensoría de la Niñez (2022). Defensoría de la Niñez advierte que ampliación de plazo para reacreditación de OCAS impide importantes avances de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Defensoría de la Niñez, 18 de julio.
- El Mostrador* (2022). Defensoría de la Niñez sobre fallecimiento de adolescente en residencia de Los Ángeles: «No fue atendido conforme a sus necesidades». *El Mostrador*, 18 de mayo.
- El Mostrador* (2022). El desesperado llamado de la jueza Mónica Jeldres para que se ponga fin al círculo de explotación sexual infantil. *El Mostrador*, 4 de agosto.
- Emol* (2017). Uno de cada dos reos pasó su infancia o adolescencia en un centro del Sename. *Emol*, 20 de marzo.
- Folch, A.; Ortega, M. (2020). Carolina Rojas: "El Sename es una de las caras más crudas del Chile neoliberal". *Doble Espacio: Revista de la Escuela de Periodismo Universidad de Chile*, 1 de diciembre.
- González, C. (2018). Cadem: Estas son las instituciones mejor y peor evaluadas de Chile. *Epicentrochile.com*, 18 de junio.
- Guzmán, J. A. (2013). Niños protegidos por el Estado: los estremecedores informes que el Poder Judicial mantiene ocultos. *CIPER Chile*, 4 de julio.
- Guzmán, J.A. y Sepúlveda, N. (2019). El brutal informe de la PDI sobre abusos en el Sename que permaneció oculto desde diciembre. *CIPER Chile*, 2 de julio.
- Grupo de Estudios 11 de abril (2021). Cambio de nombre al SENAME: Un borrón y cuenta nueva inaceptable. *Heterodoxia*, 28 de mayo.
- Jara, M. J. (2020). El cuidado residencial para niños, niñas y adolescentes en Chile: más allá del fin del SENAME. *Revista Entorno*, 29 de octubre.
- Jeldres, M. (2016). SENAME: "Cómo dejar de ser pasivos ante el sufrimiento de nuestros niños". *CIPER Chile*, 28 de noviembre.

- Joignant, A. (2020). La “primera línea”: radicalización y efectos de trayectoria. *Nuevo Poder*, 5 de enero.
- Marchant, M. (2017). Muerte de Lissette: no es la crisis del SENAME, es nuestra crisis. CIPER Chile, 1 de marzo.
- Middleton, J. (2022). José Bengoa, historiador y antropólogo: “El gobierno de Boric no es heredero de la Plaza de la Dignidad, sino que del movimiento estudiantil”. *The Clinic*, 2 de febrero.
- Ramírez, S. (2017). Columna de Simón Ramírez: Sename, superar el neoliberalismo o barbarie. *The Clinic*, 16 de julio.
- Rauld, J. (2021). Vigilar y castigar a la infancia pobre. CIPER Chile, 5 de noviembre.
- Romero, N. (2019). «Somos del Sename y ese es otro país»: Héctor Morales reveló conversación con cuatro jóvenes que estaban destruyendo un paradero. *ElDesconcierto.cl*, 30 de octubre.
- Salazar, G. (2019). El «reventón social» en Chile: una mirada histórica. CIPER Chile, 27 de octubre.
- Sepúlveda, N. (2020). El historial de abusos y violencia que vivieron en el Sename de Antofagasta los adolescentes presos por el estallido social. CIPER Chile, 1 de septiembre.
- Torres, X. (2021). Psicóloga Claudine Litvak: “Los niños pobres postergan sus necesidades para no sumar estrés a sus familias”. *El Mostrador*, 17 de enero.
- Troncoso, F. (2022). De mal a mucho peor: informe revela que redes de explotación sexual infantil se nutren de los centros de protección del Estado. *El Mostrador*, 9 de marzo.
- Troncoso, F. (2022). ¿Primeros en la fila?: la grave situación de un centro de menores expuestos a explotación sexual y tráfico de drogas. *El Mostrador*, 22 de marzo.
- Vilchez, N. (2022). Muere lactante en Servicio Mejor Niñez: se mantuvo en reserva 3 semanas. *El Tipógrafo*, 5 de marzo.

### Otros informes, estudios y documentos electrónicos

- Acosta, A. y Aliaga, S. (2021). Muertes bajo custodia. Fallecimientos de niños, niñas y adolescentes que se encontraban en programas del Servicio Nacional de Menores. Periodo 2005-2020. Observatorio para la Confianza. <https://www.paralaconfianza.org/wp-content/uploads/2021/05/Informe.pdf>
- Acosta, A., Aliaga, S., Greene, A. y Del Río, N. (2020). (Falta de) respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes durante el Estallido Social. Observatorio para la Confianza y Fundación Colunga. <https://www.paralaconfianza.org/wp-content/uploads/2021/05/Informe-9-Falta-de-Respeto-a-los-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes-durante-el-Estallido-Social.pdf>
- Alcaíno, E., Perret, S. y Soto, P. (2017). Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017. [http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2017/3-sename\\_%20derechos%20infancia.pdf](http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2017/3-sename_%20derechos%20infancia.pdf)
- Amnistía Internacional (2005). Los Derechos Humanos y la Privatización. <https://>

- [www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/pol340032005es.pdf](http://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/pol340032005es.pdf)  
Amnistía Internacional (2010). Comisionar la Justicia. Las Comisiones de la Verdad y la Justicia Penal. [http://www.dhnet.org.br/verdade/textos/ai\\_las\\_comisiones\\_de\\_la\\_verdad.pdf](http://www.dhnet.org.br/verdade/textos/ai_las_comisiones_de_la_verdad.pdf)
- Beristain, C. M. (s/f). Las comisiones de verdad en América latina: una valoración de su impacto. <https://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex10.pdf>
- Burr, F., Contreras, L., Crettier, B., Gómez, E. y Ramm, A. (2015). Informe final Estudio de Caracterización del Vínculo Familia- Niñas, Niños y Adolescentes y de las Intervenciones de Fortalecimiento Familiar.
- CASEN (2018). SITUACIÓN DE POBREZA Síntesis de Resultados (2017). [https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados\\_pobreza\\_Casen\\_2017.pdf](https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_pobreza_Casen_2017.pdf)
- CASEN (2021). Análisis de carencias Multidimensional de la Pobreza en pandemia (2020). [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2020/210707\\_Carencias\\_PM\\_Casen\\_en\\_Pandemia\\_2020.pdf](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2020/210707_Carencias_PM_Casen_en_Pandemia_2020.pdf)
- CASEN (2021). Resultados pobreza por ingresos (2020). [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2020/Resultados\\_Pobreza\\_por\\_Ingresos\\_casen2020\\_en\\_pandemia\\_revisado2022\\_09.pdf](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2020/Resultados_Pobreza_por_Ingresos_casen2020_en_pandemia_revisado2022_09.pdf)
- CONGRESO DE CHILE, Comisión de Familia (2013). Informe de la Comisión de Familia constituida en Investigadora para recabar información y determinar responsabilidades en las denuncias sobre hechos ilícitos ocurridos en hogares del Servicio Nacional de Menores. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10254&formato=pdf>
- CONGRESO DE CHILE, Comisión Investigadora SENAME II (2017). Informe Comisión Especial Investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del Informe de la Comisión Investigadora del SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmtipo=siAL&prmID=35387>
- Cortés, J. (2009). Por una teoría crítica de la infancia, *Coloquio de derechos humanos*. Universidad Diego Portales, Santiago. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wpcontent/uploads/2009/11/por-una-teoria-critica-de-la-infancia1.pdf>
- Cronicon.net*. El Observatorio Latinoamericano (2019). Justicia transicional en América Latina. <https://cronicon.net/wp/justicia-transicional-en-america-latina/>.
- Defensoría de la Niñez (2021). Informe anual 2020. Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en Chile. <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2020/>
- Defensoría de la Niñez (2022). Informe anual 2021. Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en Chile. <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual-2021/>
- Durán, G., Kremerman, M. (Fundación Sol) (2021). Los Verdaderos Sueldos de Chile Panorama Actual del Valor de la Fuerza del Trabajo Usando la ESI (2020). <https://media-front.elmostrador.cl/2021/09/Vs2021.pdf>
- Farías, A. M. (2010). Evolución histórica de las políticas de infancia en Chile.



- [http://www.sename.cl/wsename/otros/unicef-sename/Residencias\\_Políticas\\_Ana\\_Maria\\_Farias.ppt](http://www.sename.cl/wsename/otros/unicef-sename/Residencias_Políticas_Ana_Maria_Farias.ppt)
- Fernández, J. y Valenzuela, E. (2021). Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2021. <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/12/DDHH2021-Definitivo-419-456.pdf>
- Gale, C. (2016). El cuidado infantil alternativo y la desinstitucionalización. Estudio de caso de Chile. <http://www.observaderechos.cl/site/wp-content/uploads/2013/12/Cuidado-Infantil-Alternativo-desinstitucionalizacion-ES.pdf>
- INDH (2018). Informe misión de observación Sename 2017, 2018. <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1148>
- OBSERVA (2014). Caracterización de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el sistema de acogimiento alternativo. [https://www.observaderechos.cl/site/wp-content/uploads/2013/12/documento\\_estudio\\_sename.pdf](https://www.observaderechos.cl/site/wp-content/uploads/2013/12/documento_estudio_sename.pdf)
- RELAF y UNICEF (2016). Los olvidados: niños y niñas en 'hogares'. Macroinstituciones en América Latina y el Caribe. <https://www.relaf.org/biblioteca/Macroinstituciones.pdf>
- Schleyer, M. (2018). Institucionalidad de la Infancia en Chile. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/10/SIL-50-Institucionalidad-de-la-infancia-en-Chile-septiembre2018.pdf>
- SENAME y UNICEF (2010). Caracterización del perfil de niños, niñas y adolescentes, atendidos por los centros residenciales de SENAME. [https://www.sename.cl/wsename/otros/estudios\\_2012/Resumen\\_EJ\\_Estudio\\_Unicef\\_Residencias.pdf](https://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/Resumen_EJ_Estudio_Unicef_Residencias.pdf)
- Sigal, M. (2020). Emergencia, DESC y la necesidad de una política fiscal con perspectiva de derechos humanos. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/emergencia-desc-y-la-necesidad-de-una-politica-fiscal-con-perspectiva-de-ddhh.pdf>
- Valverde, F. (2004). Apuntes sobre Enfoque de Derechos. <http://observatorionez.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/09/Elementos-b%C3%A1sicos-para-trabajar-con-un-enfoque-de-derechos.pdf>
- POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE (2018). Informe. Análisis del funcionamiento residencial en centros dependientes del Servicio Nacional de Menores. <https://media.elmostrador.cl/2019/07/informe-emilfork.pdf>

## **Legislación nacional**

- CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980).
- Ley N°16.618 de Menores de 1967
- Decreto Ley N°2.465 Crea el Servicio Nacional de Menores y fija su ley orgánica de 1979
- Ley N°20.032 Regula el régimen de aportes financieros del Estado a colaboradores acreditados de 2005
- Ley N°21.067 Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez de 2018
- Ley N°21.090 Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la Ley N°20.530 sobre Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica de 2018

Ley 21.302 Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y Modifica Normas Legales que Indica de 2021

Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia de 2022

## **Organismos internacionales**

### **Documentos oficiales**

Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño (2018) “*Investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*”, CRC/C/CHL/IR/1 (6 de Mayo de 2020). <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/03/Investigaci%C3%B3n-relacionada-con-Chile-en-virtud.pdf>

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado (2014). *Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR-PUB-13-05\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf)

OCHCR y UNICEF (2004). “*Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993 - 2004)*”. <https://www.unicef.org/costarica/media/1146/file/Compilaci%C3%B3n%20de%20Observaciones%20finales%20del%20Comit%C3%A9%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20sobre%20pa%C3%ADses%20de%20Am%C3%A9rica%20Lat.pdf>

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). “*Tercer informe de la situación de los derechos humanos de Paraguay*” OEA/Ser./L/VII.11 (2001). : <http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022). “*Situación de los derechos humanos en Chile*” OEA/Ser.L/V/II (2022). [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2022\\_chile.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2022_chile.pdf)

### **Observaciones, recomendaciones e informes de órganos de tratados**

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC-17/02*, del 28 de agosto de 2002, serie A N° 17.

CRC, *Observación general N° 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, del 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/13.

CRC, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño. Chile, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 44 de la Convención*, del 22 de abril de 1994, CRC/C/15/Add.22.

CRC, *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 44 de la Convención*, 3 de abril del 2002, CRC/C/15/Add.17.

CRC, *Observaciones finales: Chile, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*, del 23 de abril del 2007, CRC/C/CHL/CO/3.

CRC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuatro y quinto combinados de Chile*, del 30 de octubre de 2015, CRC/C/CHL/CO/4-5.

### Resoluciones

Resolución 45/113 de la Asamblea General. “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad” (14 de diciembre de 1990) <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

Resolución 64/142 de la Asamblea General. “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” (24 de febrero de 2010) <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>

### Tratados

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 [https://www.acnur.org/prot/instr/5b6ca1e54/convencion-sobre-los-derechos-del-nino.html?gclid=Cj0KCQjw6\\_CYBhDjARIsABnuS3r3o-kAPAFd9B4kH07Xj0S-SXG6VwXadhZv0MQsA5pL6hA3--mOFQaAmmeEALw\\_wcB](https://www.acnur.org/prot/instr/5b6ca1e54/convencion-sobre-los-derechos-del-nino.html?gclid=Cj0KCQjw6_CYBhDjARIsABnuS3r3o-kAPAFd9B4kH07Xj0S-SXG6VwXadhZv0MQsA5pL6hA3--mOFQaAmmeEALw_wcB)

### Jurisprudencia internacional de derechos humanos y opiniones consultivas

Corte IDH. *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de febrero de 2002.

Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006

Corte. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 9 de marzo de 2018.

### Material multimedia

24 Horas TVN Chile. (22 de agosto de 2017). Informe Especial: Sename, el informe oculto | 24 Horas TVN Chile. [Archivo de video]. YouTube. Visitado el 3 de mayo de 2022. Disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=Nla\\_Y6nwHvI&xt=301s](https://www.youtube.com/watch?v=Nla_Y6nwHvI&xt=301s)

Chilevisión. (3 de agosto de 2021). REPORTAJE | El informe oculto del Sename - Contigo en La Mañana. [Archivo de Video]. YouTube. Visitado el 5 de junio de 2022. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=9NzMIpMpaTs>

CHV Noticias. (19 de septiembre de 2021). Entrevista a exclusiva a Mónica Jeldres, jueza titular del Segundo Juzgado de Familia de Santiago. [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=9U2mM7dL4o0>

Gobierno de Chile. (1 de junio de 2022). Discurso Presidente Gabriel Boric en

Cuenta Pública 202. [Archivo de video]. YouTube. Visitado el 2 de junio de 2022. Disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=JBZ\\_EuNssukT13](https://www.youtube.com/watch?v=JBZ_EuNssukT13). (31 de mayo de 2016). Contacto: La muerte de Lissette. [Archivo de Vídeo]. YouTube.  
<https://www.youtube.com/watch?v=2Kl47UH0vzU&t=900s>  
United Nations (25 de mayo de 2022). 2615th Meeting - 90th Session of the Committee on the Rights of the Child (CRC). [Archivo de video]. Visitado el 3 de mayo 2022). Disponible en <https://media.un.org/en/asset/k1j/k1jqwyodgt>

# EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA

Gina Bertolone

Director: Gonzalo Salerno

Tutora: Nancy Cardinaux



# INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad ha cobrado un significativo protagonismo en los estudios históricos, filosóficos, éticos, políticos, sociológicos y demás disciplinas de las ciencias sociales. Los debates realizados en los diferentes campos han nutrido particularmente los abordajes desde la perspectiva del derecho y enmarcado las construcciones normativas y jurisprudenciales tendientes a reducir las desigualdades que obstaculizan el efectivo goce de los derechos para todas las personas.

La CIDH ha sostenido reiteradamente que, de acuerdo con la normativa interamericana que garantiza la igualdad, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan, consoliden o favorezcan las situaciones discriminatorias.

El derecho a la igualdad implica la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, esto es, corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados, garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos, en suma, brindar a las personas posibilidades concretas de ver realizada, en sus propios casos, la igualdad material. Para ello, los Estados deben enfrentar activamente situaciones de exclusión y marginación. (CIDH, 2020a)

Desde esta óptica existen múltiples e interesantes investigaciones académicas que ponen de relieve la trascendencia de este principio para la justa solución de los conflictos planteados en los tribunales judiciales. Por esa razón hemos considerado oportuno realizar un estudio en clave local de este fenómeno, al tener en cuenta que la forma de estado federal configurada en la Constitución Nacional argentina establece que la defensa y promoción de los derechos humanos constituye una competencia concurrente entre la Nación y las Provincias, cuya competencia judicial ordinaria y reglamentaria recae en los tribunales provinciales.

Por ello resulta de capital importancia para el efectivo goce de los derechos humanos el rol que asumen las instituciones locales, en particular los tribunales,

ya que son el primer e inmediato resorte que las personas articulan si no encuentran una realización efectiva del derecho a la igualdad.

Los datos con que contamos revelan la necesidad de realizar estudios académicos en clave de Derecho Constitucional y Derechos Humanos con carácter general. Estos permiten reflexionar y valorar la recepción local de los estándares convencionales y constitucionales que protegen a los sectores histórica y sistemáticamente vulnerados en cada provincia. A la vez exigen que el Estado asuma la promoción de acciones afirmativas y garantice los mecanismos institucionales que propendan a mejorar las condiciones de acceso y goce de derechos en condiciones de igualdad.

El objetivo general de esta tesis es el de describir y analizar las características fundamentales de la recepción del principio de igualdad en la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, en relación con el desarrollo realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su incorporación en el derecho federal argentino.

Para ello, en primer lugar nos proponemos identificar los rasgos sobresalientes del desarrollo del principio de igualdad en la doctrina, y su aplicación en el sistema interamericano. Posteriormente analizaremos la evolución que ha tenido en el derecho constitucional argentino y su máximo tribunal. Finalmente presentaremos el desarrollo del principio en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, los estándares aplicados en materia de igualdad y su concepción actual.

En el primer capítulo presentaremos las nociones centrales que hacen al desarrollo del principio de igualdad en el Sistema Interamericano, con la identificación de las fuentes más relevantes que marcaron la evolución del mismo. En ese marco identificaremos la conceptualización que subyace de los grupos vulnerabilizados y sus intersecciones en dichas fuentes, así como las características de las obligaciones especiales asumidas por los Estados.

En el segundo capítulo abordaremos la tutela contra la desigualdad en la Argentina, al partir de la concepción constitucional del derecho a la igualdad y con la descripción de los principales avances jurisprudenciales en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, en el tercer capítulo abordaremos la concepción actual y la recepción de las tendencias jurisprudenciales en torno al principio de igualdad en la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca. Para esto se analizó la jurisprudencia del tribunal de los últimos diez años y se entrevistó a una de las actuales integrantes del Tribunal a los fines de determinar los motivos que, de acuerdo a sus representaciones, originan los principales cambios y las persistencias.

Esperamos que el presente trabajo contribuya a la sistematización de estas tendencias jurisprudenciales en la Provincia de Catamarca y, a partir de la muestra de los avances y los desafíos futuros represente un aporte para la profundización de estudios específicos y, en definitiva, la mejor protección de las personas en situación de vulnerabilidad.



# NOCIONES GENERALES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

## 1. Introducción

Al pretender definir la igualdad nos encontramos con un problema conceptual: en primer lugar, debemos distinguir igualdad como uniformidad de igualdad como equidad o imparcialidad. Aunque acordando que en materia de derechos humanos estamos hablando de su segunda acepción, la igualdad nunca puede definirse en abstracto, sino que dependerá de un contexto histórico y social determinado que la llene de contenido (Clérico et al., 2013, p. 117). No se trata de un concepto unívoco, sino que tiene múltiples interpretaciones y aplicaciones según los diferentes contextos. En este Capítulo sintetizaremos las diferentes concepciones de la igualdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para ocuparnos luego del impacto que esto ha tenido en el contexto local.

Una primera observación que debemos efectuar es que la igualdad en el Sistema Interamericano tiene el doble rol de ser un principio rector y un derecho fundamental (CIDH, 2016, párr. 60). Como principio fundante, es condición de base para el ejercicio de los demás derechos reconocidos en la Convención: es “el presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de los restantes derechos humanos” (CIDH, 2016, párr. 59). Como derecho autónomo, amplía la protección del individuo más allá de los márgenes de la Convención y permea hacia todo el ordenamiento interno de los Estados parte del sistema (David y Nash, 2010, p. 160).

La Convención Americana refiere a estas dos facetas del principio en los Artículos 1.1 y 24 de la Convención, los cuales han sido interpretados por la Corte en la Opinión Consultiva 4/84 (Corte IDH, 1986, párr. 53-54):

El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

Por su lado, el artículo 24 de la Convención establece: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley [...] En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal.

Si bien ambos artículos se parecen, su contenido no es idéntico, y la Corte ha reafirmado la distinción entre ambos en múltiples oportunidades:

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino que consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, pues protege el derecho a la “igual protección de la ley”, de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación. (Corte IDH, 2014a, párr. 199)

En este último sentido, la igualdad ha tenido un desarrollo que lo coloca como piedra basal en el derecho internacional de los derechos humanos en general, al punto que la propia Corte lo ha considerado reiteradamente un principio de *ius cogens*, puesto que sobre él “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico” (Corte IDH, 2003, párr. 101). En consecuencia, es un principio de derecho imperativo tanto para el derecho internacional como para el ordenamiento interno, y vincula a los Estados más allá del reconocimiento de algún tratado en particular (Corte IDH, 2005a, párr. 185).<sup>1</sup>

El principio de igualdad en el Sistema Interamericano viene emparentado con el principio de no discriminación; así surge de la lectura conjunta de los artículos precitados y de la extensa tradición interpretativa de la Corte que ha expresado en diferentes ocasiones que:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. (Corte IDH, 2003, párr. 83)

Debido a que el Pacto no ha precisado qué debe entenderse por “discriminación”, la Corte ha recurrido a la definición propiciada por otros instrumentos y organismos internacionales, expresando que es

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o

---

<sup>1</sup> Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (Corte IDH, 2012c, párr. 81)

Aunque muchos autores se manifiestan en el sentido de que los principios de igualdad y no discriminación parecieran ser dos caras de una misma moneda,<sup>2</sup> se pueden hacer algunas distinciones entre ambos: el derecho a la igualdad es un objetivo de máxima, “un mandato de optimización” que permite un cumplimiento gradual. La prohibición de discriminación, por su parte, opera como una exigencia de cumplimiento inmediato ya que toda conducta discriminatoria está expresamente prohibida (David y Nash, 2010, p. 163).

La idea de discriminación se construye mediante un ejercicio relacional que implica comparar la situación de uno o más sujetos respecto de uno o más objetos, y requiere, en términos generales, de una acción u omisión estatal de concesión o negación de algo que se otorga o impone a unos y a otros no (David y Nash, 2010, p. 168).

Una primera aproximación a la concepción de igualdad podría conducirnos a la noción clásica de igualdad formal: “la igualdad de los iguales en igualdad de condiciones”, es decir, la exigencia de tratar de igual manera a quienes se encuentren en las mismas circunstancias, y el trato diferenciado a quienes se encuentren fuera de esa clasificación. Según esta concepción liberal clásica, el Estado cumple su rol absteniéndose de practicar tratos diferenciados a quienes pertenecen al mismo grupo o clase, determinado normativamente. Veremos más adelante las expresiones normativas y jurisprudenciales de esta visión a nivel regional, nacional y local.

Esta primera interpretación formalista del principio de igualdad no cuestiona la legitimidad de las clasificaciones legales; simplemente se limita a verificar que quienes se encuentren en la categoría señalada reciban un trato idéntico. Su aplicación puede resultar cuestionable, ya que esta es la concepción que se encuentra detrás de las consignas “igualdad entre los iguales” y “separados pero iguales”, que han servido históricamente para justificar, desde la lógica formal, la segregación y la exclusión de grupos de personas de acuerdo con categorías definidas de manera arbitraria por los Estados.

## **2. La igualdad como no discriminación**

Aparece así una concepción vinculada al principio de no discriminación: la igualdad jurídico-material, que implica preguntarse por la razonabilidad de la distinción, por la legitimidad del criterio seleccionado para la clasificación, y su coherencia con la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, ya que existen situaciones de desigualdad de hecho que pueden motivar diferenciaciones

---

<sup>2</sup> “parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común.” OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Voto separado del juez Piza Escalante, párr. 10.

legales legítimamente, y que incluso pueden llegar a ser una manera de concretar el principio de igualdad en el caso de las personas vulnerables.

La prohibición de discriminación refuerza al principio de igualdad, identificando factores sobre los que se imponen al Estado dos tipos de obligaciones: negativas y positivas. Por un lado, impone a los Estados una obligación negativa, una prohibición:

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure o de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales. (Corte IDH, 2003, párr. 103)

Por otro lado, establece obligaciones positivas, mandatos de actuación:

Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (Corte IDH, 2003, párr. 104)

La Corte ha confirmado en múltiples ocasiones que no todas las diferenciaciones están jurídicamente prohibidas a los Estados, ya que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” (Corte IDH, 1984, párr. 56). El término ‘distinciones’ se ha utilizado para referirse a las diferenciaciones autorizadas, mientras que se reserva el término ‘discriminación’ para lo que resulta inadmisibles (Corte IDH, 2003, párr. 84).

La misma Convención, a lo largo de su articulado, hace explícita la necesidad de brindar un trato especial a determinadas personas en situaciones especiales. Así, por ejemplo, en el Artículo 19 se habla de medidas de protección para los menores, y el Artículo 23.2 autoriza la reglamentación de los derechos políticos en función de diversas categorías, entre otras.

Lo prohibido es, en concreto, realizar acciones que tengan como propósito o como resultado material restringir de alguna manera el acceso a los derechos a determinados grupos de personas.

### **3. Razonabilidad de las distinciones**

El ejercicio relacional que implica el mandato de igualdad nos lleva a preguntarnos sobre la forma en que se determina la razonabilidad o no de las distinciones. Para esto, como veremos en los diferentes capítulos de la presente investigación, se han desarrollado diferentes pautas o modelos, que la doctrina ha sistematizado de la siguiente manera (Clérico et al., 2013; Roncoroni, 2019):

- A. Modelo europeo de razonabilidad o proporcionalidad: Los derechos son límites frente a restricciones excesivas y también frente a las omisiones estatales que imposibilitan el ejercicio de los mismos. El examen de proporcionalidad se divide en tres sub-exámenes: el examen de idoneidad, que implica demostrar la adecuación del medio seleccionado con el fin buscado, donde la finalidad perseguida debe ser legítima; el examen de medios alternativos, que requiere demostrar que no existen otros mecanismos posibles para evitar el trato diferenciado; finalmente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto, que requiere comparar la intensidad de la restricción a la igualdad con el fin estatal perseguido al realizar esa distinción, emitiendo un juicio de valor sobre si las razones esgrimidas tienen un peso suficiente para justificar la distinción.
- B. El Modelo estadounidense o de la intensidad del examen: Consiste en evaluar con mayor o menor exigencia la adecuación del medio a los fines, el peso de las razones y la existencia de vías alternativas. La exigencia dependerá del tipo de caso de que se trate. Desarrolla así tres tipos de escrutinio: mera racionalidad, escrutinio intermedio y escrutinio estricto. Para el control de mera racionalidad basta que el medio seleccionado sea idóneo para conseguir el fin buscado. En este caso, las medidas adoptadas se presumen legales, y quien se sienta afectado deberá demostrar un perjuicio. El escrutinio intermedio, por su parte, exige un aumento del nivel de exigencia requiriendo que la categorización guarde una relación sustancial con una finalidad estatal importante, es decir, que la adecuación medio-fin sea más estrecha. Se encuentran emparentados con la idea de “grupos artificiales” o agrupados convencionales que vamos a describir, ya que el criterio de clasificación es funcional a algún propósito estatal determinado de forma más o menos discrecional. Por último, el escrutinio estricto parte de la presunción de que las categorizaciones efectuadas sobre determinadas razones, están vinculadas a estereotipos y prejuicios sobre esos grupos. Esta presunción opera invirtiendo la carga de la prueba, pesando sobre el Estado la obligación de demostrar que la categorización efectuada es el medio necesario para lograr una finalidad estatal imperiosa. Se vincula con el concepto de grupos desaventajados, y la determinación de categorías sospechosas.

#### **4. Grupos desaventajados y categorías sospechosas**

Es preciso ahora definir lo que consideramos “grupo” y, más aún, lo que se ha considerado “grupo vulnerable” o “grupo desaventajado”. Fiss (1999) expresa que un grupo social es algo más que una serie o conjunto de individuos. El grupo tiene una existencia distinta de sus miembros, una identidad propia. Además, el grupo social está determinado por la interdependencia, ya que la identidad y el bienestar de sus integrantes se relacionan con la identidad y el bienestar del colectivo. Los integrantes del grupo se definen por su condición de miembros de un grupo determinado, y su posición social resulta determinada en buena medida por el estatus del grupo. Parte de la identidad del grupo implica también que otras personas identifiquen a los individuos como parte de esa clase. Ejemplos de grupos pueden ser las mujeres, los afrodescendientes, las personas con discapacidad.

En el mismo sentido, Young (2000, p. 79) afirma:

Un grupo social no se define principalmente por una serie de atributos compartidos, sino por un sentido de identidad [...] A pesar de que a veces los atributos objetivos son una condición necesaria para clasificarnos a nosotras mismas o a las demás como pertenecientes a cierto grupo social, son la identificación con una cierta categoría social, la historia común que genera la categoría social y autoidentificación las que definen al grupo como grupo.

Si bien más adelante profundizaremos sobre otras nociones de desigualdad, es importante acotar que ciertos grupos pueden no autoidentificarse como tales, pero sin embargo, ser receptores de discriminación. En no pocas ocasiones quienes están en categorías fuertemente discriminadas se distinguen al interior en base a diferencias que desde el exterior no son relevantes; así, por ejemplo, alguien puede sentirse nacional de un país porque adquirió la nacionalidad del país al que migró e incluso puede entender que su situación es muy diferente a quien acaba de migrar. Sin embargo, en determinadas situaciones se los puede tratar como un mismo grupo, barriendo esa diferencia que fue percibida como reparo para un subgrupo. La autoidentificación puede no darse y, sin embargo, se puede determinar en base a criterios objetivos que un individuo pertenece a un grupo discriminado.

Grupo social se distingue de “clases artificiales” o agrupados convencionales, donde las personas son agrupadas por un criterio impuesto en una ley o práctica estatal, ya que, en estos casos, esas clases no tienen una existencia independiente de las personas que la integran, y aun teniéndola, carecen de la condición de interdependencia. Ejemplos de estas clases artificiales pueden ser sujetos obligados por determinado impuesto, productores agrícolas, personas con ingresos mayores a cierta cifra.

Reconocer la existencia de estos grupos no implica desconocer la diversidad de experiencias individuales de las personas que los integran: el grupo no debería ser interpretado como una entidad esencialista o naturalista, ya que no existe una naturaleza común de sus miembros. Como categoría conceptual, la noción de grupo es útil para entender el fenómeno de la discriminación, ya que no se trata de cualquier menoscabo de un derecho, sino que la exclusión del goce pleno de estos es sufrida como consecuencia de su pertenencia a determinado grupo social. Esta dimensión grupal o colectiva es ineliminable: la discriminación es sufrida por personas individuales, pero la razón de ese menoscabo es que comparten o se les atribuyen características, rasgos o prejuicios propios de una colectividad (Añón Roig, 2013, p. 133-134).

La cláusula contra la discriminación protege a los grupos que se encuentran especialmente en situación de desventaja, y esto puede determinarse según la visión de Fiss (1999, p. 144), a partir de tres características relevantes: a) constituyen un grupo social; b) el grupo ha estado en una situación de subordinación prolongada; c) el poder político del grupo se encuentra limitado. Lo prohibido al Estado por el principio antidiscriminación es realizar prácticas que empeoren la situación de un grupo social especialmente vulnerable.

Según Fraser (1997), lo que coloca a un grupo en esta situación de desventaja en las sociedades postcoloniales, es una estructuración social determinada,

vinculada a dos formas de injusticia analíticamente diferentes, pero que en la práctica se entrecruzan y refuerzan dialécticamente. La primera es la injusticia socioeconómica, arraigada en la estructura económico-política de la sociedad. Ejemplos de esto son la explotación, la desigualdad económica y la privación de las necesidades básicas. El segundo tipo de injusticia es la cultural o simbólica, vinculada a modelos sociales de representación, interpretación y comunicación dominantes que asignan un valor diferenciado a las identidades diversas, excluyendo o invisibilizando lo distinto. Ejemplos de esto son la dominación cultural, la falta de reconocimiento y la falta de respeto. Ambos tipos de injusticia privilegian a algunos grupos en detrimento de otros, y por consiguiente ambos han de ser solucionados. Más adelante veremos cómo estas dos formas se materializan en los casos concretos, dando lugar a diferentes tipos de reparaciones.

Este marco conceptual que nos define e identifica la noción de grupo vulnerable es el que posibilita y explica la existencia de categorías sospechosas o categorías prohibidas que, en la práctica, constituyen listados más o menos amplios de notas o rasgos que identifican a grupos sociales susceptibles de sufrir prejuicios o estereotipos injustificados, y que tienen el efecto de excluirlos del goce o ejercicio de derechos (Courtis, 2010, p.9).

La Convención Americana, en su Artículo 1, enumera como categorías prohibidas: “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Mucho se ha discutido sobre si la enumeración de los motivos es taxativa o permanece abierta, cuestión que nos parece irrelevante, ya que la expresión “cualquier otra condición social” da lugar a la interpretación integrativa, incorporándose otras razones que no estén expresamente detalladas pero que razonablemente respondan al concepto más general de “grupo desaventajado”:

La Corte ha señalado que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, razón por la cual la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención Americana debe ser interpretada en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. (CIDH, 2014, párr. 64)

Así, los órganos del sistema interamericano, en el marco del principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos, han incluido nuevos motivos prohibidos de discriminación:

Cabe tener en cuenta que no todas las sociedades discriminan a las mismas personas. En algunas sociedades se discrimina a determinados grupos –por ejemplo, étnicos, religiosos o políticos– que otras sociedades integran. Asimismo, históricamente surgen nuevos grupos objeto de alguna forma de discriminación que antes no existían (por ejemplo, las personas portadoras de VIH-SIDA). Por esta razón, la identificación de “grupos en situación de vulnerabilidad” varía en cada sociedad y en cada momento histórico y también, en este sentido, cada Estado debe definir cuáles son esos grupos para formular políticas de inclusión apropiadas que les garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos. (CIDH, 2007, párr. 118)

Es preciso destacar también que no solamente se producen nuevas discriminaciones sino que también se descubren discriminaciones que permanecían invisibilizadas hasta que el grupo discriminado u otros grupos sociales rompen la “naturalización” de esa discriminación, en general a partir de luchas de distinto grado de extensión y fragor.

En la órbita de la jurisdicción interamericana, la razonabilidad de las justificaciones efectuadas por la norma o la práctica, se ve sujeta a un examen integrado, puesto que combina el principio de proporcionalidad de la jurisprudencia europea y la mayor o menor intensidad del examen propio del enfoque norteamericano (Clérico et al., 2013, p. 118).

La Comisión sostiene que el desarrollo progresivo de las normas del derecho internacional requiere un examen detallado de los siguientes factores, a fin de determinar la existencia de una situación discriminatoria contraria a la Convención: 1) el contenido y el alcance de la norma que discrimina entre categoría de personas; 2) las consecuencias de ese trato discriminatorio para las personas desfavorecidas por la política o práctica del Estado; 3) las posibles justificaciones que se ofrezcan para ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) la relación racional entre ese interés legítimo y aquella práctica o política discriminatoria; 5) la existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas para obtener los mismos fines legítimos. (CIDH, 2003, párr. 108)

Así en *González Lluay c. Ecuador*, el caso de una niña que fue contagiada con VIH en un procedimiento médico y luego, como producto de su enfermedad, fue excluida del sistema educativo, la Corte ha expresado:

“Para examinar la justificación esgrimida por el Estado, la Corte utilizará entonces, en el marco del juicio estricto de igualdad, el llamado juicio de proporcionalidad, que ya ha sido utilizado en ocasiones anteriores para medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención Americana”. (Corte IDH, 2015, párr. 257) (el subrayado me pertenece).

En otra oportunidad, en el caso de *Gladys Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, la Corte constató que había existido una práctica generalizada de la violencia sexual por las fuerzas de seguridad durante el período de conflicto armado interno en Perú, constituyó violencia basada en género pues el cuerpo de la víctima había sido utilizado a fin de obtener información de su compañero sentimental. Allí se estableció lo siguiente:

En este sentido, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. (Corte IDH, 2014b, párr. 219) (El destacado me pertenece).

La complementariedad con el principio de mayor o menor intensidad puede observarse por ejemplo en *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, donde una mujer y madre es privada de la tutela de sus tres hijas por considerar que su orientación



sexual y la convivencia con una pareja de su mismo sexo podría afectar la crianza de las niñas. Allí, la Corte estableció que:

Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. (Corte IDH, 2012c, párr. 124)

Más recientemente, la Corte se ha pronunciado en el caso *Pávez Pávez vs Chile* (Corte IDH, 2022), donde una profesora de religión es separada de su cargo docente y reasignada en otras funciones en razón de su orientación sexual. Allí, la Corte expresa detalladamente cómo aplica el procedimiento del “examen integrado”:

Asimismo, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías protegidas en el artículo 1.1 de la Convención, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma. (párr. 69)

## **5. Críticas a la concepción de igualdad como no discriminación**

La concepción de igualdad como no discriminación que hemos desarrollado hasta acá implica que no puede haber tratos diferenciados sin una razón suficiente, y esa razón será sometida a un análisis más o menos estricto según las circunstancias. El principal problema que presenta es que la realidad tremendamente desigualitaria de la región está basada en circunstancias de hecho que afectan históricamente a determinados grupos de personas. El trato igualitario aparentemente neutral tiene efectos diferenciados sobre estos grupos de personas, aún como resultado no deseado por los responsables de definir las políticas. “El establecimiento de criterios neutrales para definir la concepción de igualdad tiene efectos muy graves sobre ciertos grupos, que opacan las estructuras en las que se fundamenta la igualdad” (Roncoroni, 2019, p. 123).

El examen de igualdad jurídica material desarrolló mecanismos de control bien exigentes de la discriminación, pero como herramienta argumentativa no tiene la suficiente potencia para desarticular estas realidades que están inscriptas en las estructuras de nuestras sociedades, asignando determinadas posiciones o

jerarquías a los individuos según la pertenencia a ciertos grupos. En los casos en que estas realidades no son observadas y consideradas por el derecho, el sistema de jerarquías establecido sigue favoreciendo la opresión o subordinación de ellos.

El principio de no discriminación y los desarrollos de categorías sospechosas y controles de razonabilidad son útiles para dismantelar tratos desiguales irrazonables, pero no alcanzan para desarticular la desigualdad estructural, y hasta pueden representar un obstáculo (Saba, 2016, p. 108).

Este principio, que puede ser útil y valioso en un contexto de igualdad de oportunidades, no refleja la situación real de las sociedades de segregación o exclusión de grupos de personas de manera estructural. No ayuda a revertir esta situación, sino que, bajo la apariencia de neutralidad, incluso puede contribuir a perpetuarla, ya que no reconoce la existencia de grupos estructuralmente desiguales ni el deber estatal de actuar para corregir esas situaciones.

En palabras del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2018, párr. 10), la igualdad jurídico material “puede ayudar a combatir los estereotipos negativos y los prejuicios, pero no puede ofrecer soluciones al ‘dilema de la diferencia’, ya que no tiene en cuenta ni acepta las diferencias entre los seres humanos.”

El concepto hacia el que queremos avanzar es la visión de la “igualdad sustantiva”, el de la “igualdad real de oportunidades” que aborda también la discriminación indirecta y estructural, y tiene en cuenta las relaciones de poder. “Admite que el ‘dilema de la diferencia’ entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas, a fin de lograr la igualdad” (Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2018, párr. 10).

## **6. Discriminación indirecta**

Una modalidad de discriminación que resulta difícil de revelar en el marco de la concepción de igualdad jurídico-material es la discriminación indirecta. Esta modalidad consiste en normas, acciones, políticas o prácticas que siendo aparentemente neutras tienen un impacto desproporcionado sobre ciertos grupos de personas, aun cuando no se haya tenido la intención de discriminar. La discriminación es el resultado, la consecuencia de los efectos sociales de la norma sobre un grupo especialmente protegido. Por eso también se las denomina discriminación “de impacto”, frente a la discriminación directa que sería “de trato”, ya que suponen la valoración específica del impacto desigual que tiene una medida específica (en principio “no sospechosa”) sobre los miembros de un grupo protegido.

El sistema interamericano ha incorporado el concepto de discriminación indirecta en sus desarrollos, partiendo de la premisa de que los Estados deben abstenerse de llevar a cabo cualquier práctica que, de iure o de facto, resulte discriminatoria (Corte IDH, 2003, párr. 103). Su aplicación puede apreciarse en casos como el de “Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana”:

La Corte estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o

parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Tal concepto de discriminación indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo. (Corte IDH, 2012b, párr. 235)

El razonamiento que debe practicarse a los fines de demostrar la desventaja del grupo en estos casos, requiere profundizar los argumentos justificatorios del trato diferenciado, ya que implica una valoración sustancial del concepto de desigualdad, que Añón Roig (2013) caracteriza así: a) consiste en un trato discriminatorio que se enfoca en los resultados sociales que produce una determinada medida; b) enfatiza la dimensión colectiva del proceso de discriminación; c) se ha desarrollado junto a otros principios reparadores; d) principio de distribución de la carga de la prueba.

En el caso de la discriminación normativa directa, para probar la discriminación basta con demostrar que la distinción legal emplea un factor prohibido o que no se cumplió con la acción positiva mandada por la norma. Por su parte, en el caso de las discriminaciones indirectas, hace falta probar el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo. En este caso, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos que demuestren que el supuesto sesgo “invisible” o “neutral” en la adopción de decisiones tiene un efecto dispar sobre algún grupo o sobre grupos determinados. (CIDH, 2007, párr. 91)

Como producto de la construcción jurisprudencial, en ejercicio del equilibrio probatorio y con el propósito de facilitar la protección de las posibles víctimas, no es necesario demostrar la intención discriminatoria, sino la situación fáctica del impacto desigual. Esto es muy importante en la práctica, como veremos también en los casos provinciales, ya que la carga de la prueba puede ser un requisito que provoque la frustración.

En este sentido, la Corte recuerda que el derecho internacional de los derechos humanos no solo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria. (Corte IDH, 2012a, párr. 234)

Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. (Corte IDH, 2012b, párr. 286)

El efecto discriminatorio de la práctica o normativa ha de probarse de manera empírica, y demostrado esto, corresponderá al Estado la comprobación del interés estatal urgente o imperioso para eximirse de responsabilidad por los daños reales o potenciales (Añón Roig, 2013; Courtis, 2010; Roncoroni, 2019).

Por ejemplo, si se sigue este razonamiento, se ha determinado que la prohibición absoluta de las prácticas de fecundación *in vitro* es una norma aparentemente neutra, pero que afecta de manera desproporcionada a las mujeres (diríamos

mejor, a las personas con capacidad de gestar), ya que si bien todas las personas pueden padecer infertilidad, solo éstas se verán privadas de la autonomía sobre sus cuerpos (Corte IDH, 2012a). En otro caso, se determinó que la deficiente actuación estatal en los controles migratorios terrestres, la violencia de las fuerzas de seguridad, las expulsiones colectivas, y otras situaciones sumadas a la condición de vulnerabilidad de los migrantes haitianos en República Dominicana, crearon una situación fáctica de discriminación de estos (Corte IDH, 2012b).

## 7. Discriminación estructural

El enfoque individualista del principio de igualdad entendido como no discriminación se vincula con una visión descontextualizada de la situación de cada individuo. No tiene presente que la persona recibe un trato determinado como parte de un grupo que, de acuerdo a complejos, y a veces invisibles, criterios económicos, sociales y políticos, le otorgan cierta posición y ciertos tratos. Una visión sociológica o contextualizada de la realidad social implica analizar cómo las prácticas, a veces sin buscarlo, tienen efectos diferentes y adversos en los grupos de personas sometidos de manera sistemática (Saba, 2016, p. 55).

Ello dio origen a una concepción de igualdad material, llamada también sustancial o estructural, no vinculada al principio de no discriminación, sino alineada con el ideal de no subordinación o no dominación. Esta concepción implica un análisis situado de los individuos y sus circunstancias, es decir, de las estructuras sociales construidas en un determinado tiempo y lugar, los roles que estas construcciones asignan a cada grupo de personas, los prejuicios que fundamentan esa distribución y los juegos de poder que las materializan, con el propósito de visibilizar las diferencias injustas y tomar las medidas de equiparación necesarias.

La expresión “desigualdad estructural” hace referencia a aquellas situaciones de desigualdad social, de subordinación o de dominación, en las que no es posible individualizar una conducta determinada o identificar un trato al que se imputa la prohibición jurídica de discriminación, siendo, por tanto, situaciones que quedan fuera del concepto jurídico de discriminación. Es un tipo de desigualdad basada en el estatus, el poder de definición de identidades, y la toma de decisiones. Se trata de dinámicas sociales reiteradas que obedecen a la persistencia de estructuras de subordinación y que resultan sistemáticamente desventajosas para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos amparados por el derecho. (Añón Roig, 2013, p. 148)

El eje principal de esta concepción es que considera la situación real del grupo, es decir, identifica las condiciones de hecho anteriores a la clasificación o selección que realiza la norma o práctica, para determinar si existen diferencias en el origen o punto de partida de un grupo en relación con otros. Esta concepción indica que el Estado debe hacer *algo* en relación con esos grupos que se encuentran en desventaja o subordinación, debe eliminar las “barreras estructurales” que les impiden disfrutar de los derechos en condiciones de igualdad (Roncoroni, 2019, p. 127).

La discriminación estructural es un proceso social complejo que incluye representaciones y prácticas difusas, incluso involuntarias, que abarcan los espacios

públicos y privados. Visibilizar esta modalidad de exclusión, determinar sus características y develar el sistema de asignación de roles que le da origen, permite comprender que las decisiones vitales de ciertos grupos de personas se encuentran fuertemente condicionadas, y que garantizar la igualdad de oportunidades requiere de una actividad estatal proactiva.

Este concepto ha permeado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como un ideal complementario al de no discriminación, que mantiene su vigencia en relación a cierto tipo de problemas:

La Comisión Interamericana entiende que, si bien existen múltiples formas en que la discriminación puede manifestarse, la discriminación estructural o sistémica se refiere al conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento, tanto de jure como de facto, que dan paso a una situación de inferioridad y exclusión contra un grupo de personas de forma generalizada, las cuales son perpetuadas a lo largo del tiempo e incluso por generaciones, es decir, no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino que es una discriminación que surge como consecuencia de un contexto histórico, socioeconómico y cultural. El carácter generalizado alude a su elemento cuantitativo, como lo es la naturaleza a gran escala de la problemática; mientras que el carácter sistémico se refiere a la manera en cómo se adoptan decisiones, prácticas, políticas o la cultura de una sociedad. En este sentido, la discriminación estructural no tiene una definición estricta o cerrada. (CIDH, 2015, párr. 368)

La CIDH identifica las características de la discriminación estructural por su situación de hecho o normativa, su carácter grupal y generalizado, o si está contextualizada en un determinado sistema que privilegia a algunos y subordina a otros. Esta situación puede comprobarse mediante estudios empíricos, que reflejan un desigual acceso a los derechos:

[L]a situación de discriminación estructural se verifica en los indicadores de acceso a vivienda, créditos y préstamos, salud y educación de calidad, índice de expectativa de vida y tasa de nutrición, y en las dificultades para el uso del espacio público o el acceso a determinados lugares de recreación. (CIDH, 2011, párr. 46)

El concepto de igualdad material o estructural para la Corte IDH parte del reconocimiento de que las obligaciones contenidas en los Artículos 1.1 y 24 de la Convención Interamericana para ciertos sectores de la población no solo se cumple absteniéndose de generar actos discriminatorios, sino que incluye el reconocimiento de condiciones estructurales de discriminación que importan la obligación de organizar sus recursos para garantizar el ejercicio de los demás derechos consagrados en condiciones de igualdad. En ese sentido, se impone a los Estados la obligación de “adoptar medidas para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas” (Corte IDH, 2016 entre otros).

Esta desigualdad estructural ha sido identificada por la Corte en numerosas oportunidades tales como el Caso “Niñas Yean y Bosico”, dos niñas descendientes de madre haitiana nacidas en República Dominicana, a quienes se les niega la inscripción de su nacimiento y la correspondiente nacionalidad sobre la base

de requisitos formales de imposible cumplimiento.<sup>3</sup> La Corte identifica como una clase históricamente subordinada a la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana viviendo en República Dominicana (párr. 167) e impone al Estado una obligación reforzada: “Este Tribunal considera que el Estado, al fijar los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento, deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana” (Corte IDH, 2005b, párr. 240).

En el caso conocido como “Campo Algodonero” (Corte IDH, 2009), el Tribunal identifica la situación de particular vulnerabilidad a la que están expuestas las mujeres en el contexto de violencia de género generalizada en la Ciudad de Juárez en México. Se reconoce la existencia de una “cultura de la discriminación” contra las mujeres, y los vínculos estrechos con la violencia de la que son objeto. Allí declara la responsabilidad del Estado por conducta negligente en la investigación de la desaparición de tres mujeres, aplicando la “doctrina del riesgo”, que implica el deber de actuar de forma urgente y efectiva, asumiendo la existencia de un peligro concreto para esas mujeres. Las autoridades locales se niegan a investigar las desapariciones desde los primeros momentos de las denuncias basados en “estereotipos de género”, conducta omisiva del Estado que contribuye y agrava la situación por la sensación de tolerancia o impunidad que genera (Fernández Valle, 2020).

Es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. (Corte IDH, 2009, párr. 401)

Este enfoque de desigualdad estructural con perspectiva de género se detiene especialmente en la estructura social que habilita la discriminación y que atrapa a mujeres, niñas y adolescentes en situaciones, condiciones, estados de subordinación, dominación u opresión y que juegan en contra del goce efectivo de sus derechos. Frente a la desventaja estructural, se evalúa qué realizó el Estado en forma reforzada para cumplir con las obligaciones de respetar y garantizar que surgen de los derechos en juego y para sacar a esas personas de la desigualdad.

El impacto que ha tenido el desarrollo del concepto de discriminación estructural sobre los derechos de las mujeres en la región es de muchísima trascendencia ya que ha permitido visibilizar y cuestionar los patrones culturales naturalizados que impulsan la violencia de género y ha puesto en marcha numerosos programas de acción para destejer esas complejas tramas.

---

<sup>3</sup> Los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana. Las madres suelen dar a luz a sus hijos en sus casas, dada la dificultad que tienen para trasladarse desde los bateyes hasta los hospitales de las ciudades, la escasez de medios económicos, y el temor de presentarse ante los funcionarios de un hospital, de la policía o de la alcaldía “pedánea” y ser deportados. (Párr. 109.10). República Dominicana sigue el sistema del *ius solis* para la nacionalidad. Las niñas del caso solicitaron este registro, y cumplían con la mayoría de los requisitos legales exigidos, restando un par que eran imposibles de conseguir dadas las condiciones de su nacimiento.

En otras oportunidades, la Corte ha identificado como colectivos históricamente subordinados a la niñez, la diversidad sexo-genérica, comunidades indígenas, migrantes, personas en situación de pobreza, utilizando el concepto de discriminación estructural con diferentes matices.

Así, por ejemplo, la Corte ha tenido la oportunidad de analizar en el caso contencioso conocido como “Niños de la calle” (Corte IDH, 1997), la situación de exclusión sistémica que afecta a los niños en situación de vulnerabilidad y que se proyecta en el desarrollo de toda su vida:

En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados parte de la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad [...] (párr. 6.º). Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana [...] (párr. 8.º) Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear un proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no solo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono. (párr. 9.º)

Sin dudas, uno de los casos más trascendentes en la elaboración de la concepción interamericana sobre discriminación estructural ha sido realizado por la Corte IDH en el caso conocido como “Hacienda Verde”, donde determina la omisión de actuación para resolver la injusticia estructural como una fuente de responsabilidad internacional del Estado (Corte IDH, 2016).

El caso analiza la situación de un grupo de trabajadores en una hacienda del norte de Brasil, develando prácticas seriamente violatorias de las leyes laborales que configuran la reducción a la esclavitud de los trabajadores, especialmente de la población afrodescendiente. A pesar de la abolición legal de la esclavitud, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales que provocaron la continuación del trabajo esclavo en Brasil. Esto, sumado al deficiente control estatal, y en muchos casos la complicidad de las autoridades, fueron las circunstancias para que en la Hacienda Verde un numeroso grupo de personas fueran sometidas a condiciones laborales infrahumanas, iniciando una serie de procedimientos internos administrativos y penales inconclusos.

La Corte constata, en el presente caso, algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización. Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país. (párr. 339)

La Corte identifica el grupo subordinado con la descripción de las características que lo colocan en esa posición de desigualdad, y en relación con esta situación, la particular obligación del Estado de obrar con debida diligencia para prevenir las desigualdades y la discriminación en relación con el efectivo goce de todos los derechos, derecho reconocido en el Art. 24 de la Convención según analizamos anteriormente.

La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido. (párr. 338)

Más recientemente se ha confirmado esta tendencia en el caso de las Empleadas de la Fábrica de Fuegos Artificiales en el norte de Brasil, donde se condena al Estado como responsable por lesiones y la muerte de un grupo de personas como consecuencia de una explosión en una fábrica, por la omisión de control estatal que permitió a una industria riesgosa instalarse en poblaciones sumamente vulnerables, empleando a mujeres, niños y niñas en condiciones laborales de extrema precariedad y riesgosas para su vida e integridad física (Corte IDH, 2020a).

En ese sentido, el derecho a la igualdad garantizado por el artículo 24 convencional tiene dos dimensiones, la primera una dimensión formal, que establece la igualdad ante la ley. La segunda, una dimensión material o sustancial, que ordena la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados o marginados en razón de los factores a los que hace referencia el artículo 1.1 de la Convención Americana. Lo anterior quiere decir que el derecho a la igualdad implica la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, esto es, corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados, garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos, en suma, brindar a las personas posibilidades concretas de ver realizada, en sus propios casos, la igualdad material. Para ello, los Estados deben enfrentar activamente situaciones de exclusión y marginación. (CIDH, 2020a, párr. 199)

A pesar de la notable evolución jurisprudencial que implica la adopción de la perspectiva de la igualdad sustancial como fuente de responsabilidad internacional, es importante señalar que el concepto se encuentra en desarrollo y no ha sido ni es aun unánimemente aceptado dentro de la Corte. A modo de ejemplo, en relación con el último fallo mencionado, el Juez Vio Grossi establece una disidencia en la interpretación del Artículo 24 de la Convención, y considera que la supuesta “discriminación estructural” no puede ser fuente de responsabilidad para los Estados, a menos que se pueda vincular con una norma específica que sea la causante de tal diferenciación:

En consecuencia, resulta incomprensible que en autos se declare que se violó el artículo 24 citado, sin indicar, empero, específicamente cuál ley incurrió en ese ilícito internacional. En efecto, en la Sentencia se indica una situación genérica como la causante de tal ilicitud, a saber, la situación estructural de discriminación en virtud de la pobreza o la condición de mujer o afrodescendiente, sin, empero, hacer referencia alguna específicamente a la



ley como la causante de ello. Recuérdese que el artículo 24 en cuestión expresamente establece que es la ley la que debe otorgar la igualdad entre los seres humanos y proporcionar la correspondiente protección, sin discriminación. (CIDH, 2020a, Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, párr. 99)

## **8. Discriminación múltiple. El enfoque de la interseccionalidad**

Una protección integral del derecho a la igualdad sustancial implica reconocer que las categorías protegidas no son estáticas y en la mayoría de los casos, se combinan condiciones que colocan a las personas en situación de vulnerabilidad. Esto ha dado lugar al concepto de interseccionalidad, que complementa y amplía el enfoque anterior:

La apuesta de la interseccionalidad consiste en aprehender las relaciones sociales como construcciones simultáneas en distintos órdenes de clase, género y raza, y en diferentes configuraciones históricas que forman lo que Candance West y Sarah Fentersmarket llaman realizaciones situadas, es decir, contextos en los cuales las interacciones de las categorías raza, clase y género actualizan dichas categorías y les confieren su significado. (Viveros Vogoya, 2016)

El desarrollo doctrinal del concepto de discriminación interseccional se basa en la idea de que en muchas situaciones nos encontramos ante dos o más fuentes de discriminación que, al combinarse, dan lugar a una situación de desigualdad cualitativamente distinta de la suma de las partes o de las formas de discriminación consideradas por separado (Añón Roig, 2013, p.151).

En ese sentido, la Comisión Interamericana ha destacado en su Informe Temático sobre “Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas” (CIDH, 2017):

La Comisión Interamericana ha reafirmado que “la interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones de los Estados, en tanto 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 sexual y la identidad de género”. Esta superposición de varias capas de discriminación —la interseccionalidad— lleva a una forma de discriminación agravada que se expresa en experiencias manifiestamente diferentes de una mujer indígena a la otra. (párr. 38)

El concepto de interseccionalidad ha resultado un aporte sustancial en la protección de los grupos vulnerables en contextos de dominación, enriqueciendo el análisis de los casos particulares y el desarrollo jurisprudencial de los órganos del sistema para garantizar integralmente los derechos de estos:

Se debe incorporar un enfoque interseccional y diferencial, incluyendo la perspectiva de género, que tome en consideración la posible agravación y frecuencia de violaciones a los derechos humanos en razón de condiciones de vulnerabilidad o discriminación histórica de las personas y colectivos como el origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género o posición económica, entre otras condiciones [...] (CIDH, 2020, párr. 44)

“La Corte comprende que la confluencia de factores de discriminación de manera interseccional resulta en una experiencia discriminatoria que se diferencia de la simple acumulación en contra de una persona de distintas causas de discriminación” (Corte IDH, 2018, párr. 277). Este enfoque interseccional se ha aplicado en numerosos casos resueltos por el tribunal regional, identificando las diferentes fuentes o causas que contribuyen a crear esta situación de particular vulnerabilidad o desventaja.

En el reciente “Caso Manuela” (Corte IDH, 2021b), se aplica esta perspectiva de interseccionalidad al constatar que desde que entró en vigor la penalización absoluta del aborto en El Salvador, se ha criminalizado a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas, advirtiendo que la mayoría de las mujeres procesadas por estos hechos tienen características comunes:

Además, esta Corte considera que en Manuela confluían distintas desventajas estructurales que impactaron su victimización. En particular, la Corte subraya que Manuela era una mujer con escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural. De verificarse la discriminación alegada en este caso, estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación habrían confluído en forma interseccional, incrementando las desventajas comparativas de la presunta víctima y causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores. Asimismo, la Corte resalta que dichos factores de discriminación son concordantes con el perfil de la mayoría de las mujeres juzgadas en El Salvador por aborto u homicidio agravado, quienes tienen escasos o nulos ingresos económicos, provienen de zonas rurales o urbanas marginales y tienen baja escolaridad. (Corte IDH, 2021b, párr. 253)

Esta mirada a la especial situación de vulnerabilidad se reproduce también en un caso reciente contra Honduras por la confluencia de las categorías comunidad indígena y extrema pobreza:

La confluencia de estos factores hizo posible que una actividad riesgosa, como lo es la pesca submarina que implica grandes riesgos, haya podido realizarse sin una efectiva implementación de la regulación en la zona de la Moskitia, y que las víctimas del caso se hayan visto compelidos a trabajar allí en condiciones insalubres, y sin protección de seguridad social. En ese sentido, es necesario destacar que el hecho de que las víctimas pertenecieran a un grupo en especial situación de vulnerabilidad acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado. Sin embargo, el Estado no adoptó medidas orientadas a garantizar el ejercicio de sus derechos sin discriminación, y la intersección de desventajas comparativas hizo que la experiencia de victimización en este caso fuese agravada. (Corte IDH, 2021c)

## **9. Medidas de protección especial**

Como ya hemos dejado establecido, la adopción de la concepción sustantiva de igualdad conlleva el deber directo de actuación de los Estados de dismantelar las condiciones de desigualdad existentes. El mecanismo principal que el sistema normativo ha implementado para promover la igualdad real en sociedades injustas son las acciones afirmativas o medidas de protección especial. En este sentido, los órganos del sistema interamericano han sostenido repetidamente:

Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (Corte IDH, 2003, párr. 104, entre otros)

La actuación afirmativa del Estado en relación con los grupos tradicionalmente excluidos del pleno goce de sus derechos será crucial para evitar que las situaciones de desigualdad se sigan perpetuando, ya que una característica esencial de la desigualdad estructural es que los grupos subyugados no pueden liberarse por sus propios medios.

La Comisión considera adecuado que los Estados determinen cuáles son los grupos que requieren atención prioritaria o especial en un determinado momento histórico en el ejercicio de los derechos sociales y adopten medidas concretas de protección de esos grupos o sectores en sus planes de acción. [...] De manera que además de la identificación de los sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos, es necesario que el Estado defina con carácter previo a la formulación de sus planes o políticas en el área social, cuáles son los sectores que requieren una atención prioritaria [...] y fije medidas especiales o diferenciadas para afirmar y garantizar sus derechos en la implementación de sus políticas y servicios sociales. (CIDH, 2008, párr. 55)

Estas condiciones de desigualdad, como ya hemos descripto, no son naturales, sino que son producto de una estructuración social determinada, de procesos y prácticas de injusticia socioeconómicas y simbólicas que se entrecruzan y refuerzan, excluyendo a quienes se encuentran en situación de asimetría en el acceso a derechos y posibilidades de participación efectiva en la sociedad.

Desarticular estas estructuras multicausales de desigualdad implica una perspectiva compleja que abarque el problema en toda su dimensión. Según Fraser (1997), las medidas afirmativas adecuadas para abordar la injusticia socioeconómica se basan en la redistribución de recursos y encuentran su fundamento en la igualdad de todas las personas. Por otro lado, la injusticia simbólica implica acciones orientadas a la reafirmación y reconocimiento de las diferencias. Esta aparente contradicción entre reivindicar las diferencias y negarlas al mismo tiempo se resuelve aplicando una perspectiva multidimensional, que incluye como premisa fundamental la participación equitativa de las personas involucradas en las decisiones (en el mismo sentido, Roncoroni, 2019; Bellof y Clérico, 2016, entre otros).

La igualdad inclusiva es un nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la Convención. Abarca un modelo de igualdad sustantiva, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las dimensiones siguientes: a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. La Convención se basa en la igualdad inclusiva. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018)

Las acciones afirmativas se han concebido de dos maneras: como acciones reparadoras y como acciones transformadoras. En el primer caso, están vinculadas al mandato de lograr la igualdad de oportunidades para todos los grupos, asistiendo a los grupos en desventaja para intentar eliminar los efectos de la discriminación presentes y futuros. Por otro lado, las acciones positivas transformadoras buscan erradicar el problema de la desigualdad transformando las concepciones y prácticas que hacen posible esas injusticias.

Estos dos tipos de medidas deben combinarse para lograr cambios profundos y efectivos en el presente y futuro

teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. (Corte IDH, 2009, párr. 450)

# TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN LA ARGENTINA

## 1. Derecho a la igualdad en el derecho constitucional argentino

La concepción clásica-liberal del constitucionalismo que dio origen a nuestra constitución histórica se ve reflejada en el Artículo 16 de la misma que hasta el día de hoy reza: “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”. En esta visión de una constitución como límite al poder político, el mandato de igualdad se integra en su versión formalista que se conforma con el tratamiento neutral o imparcial del Estado frente a los particulares.

De esta manera, el principio de igualdad concebido en su versión constitucional original se ve reflejado en los pronunciamientos judiciales que imponen la imparcialidad del poder político frente a las categorías definidas legalmente (Basterra, 2019, p. 318). Por ejemplo, el fallo “Portillo” (CSJN, 1989), que trata de un ciudadano que pretende excusarse de la realización del servicio militar obligatorio fundado en sus creencias religiosas, el voto mayoritario niega esta opción, al establecer que el Estado debe permanecer neutral frente a los particulares, aplicando la igualdad ante la ley para todos.

La igualdad ante la ley establecida por el art. 16 no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de dónde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurientes, según las diferencias constitutivas de ellos y cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social. (CSJN, 1875)

En un análisis regional se ha establecido que las Cortes Supremas y los Tribunales de varios Estados de Latinoamérica aplican el mandato de la igualdad desde su creación. Sin embargo, es a partir del siglo XX que se aplica el concepto material de igualdad, en la versión del principio de no discriminación, tendencia que se vio fortalecida por la apertura de las constituciones nacionales al Derecho Internacional (Clérico et al., 2013, p. 121).

En la Argentina, el compromiso con la defensa de los derechos humanos inicia a partir del reestablecimiento de la democracia, momento en el que se ratifican diferentes tratados de derechos humanos que reconocen y regulan el

principio de igualdad y no discriminación. Por otro lado, y en el orden de la legislación interna, en el año 1988 se sanciona la Ley N° 23.592, conocida como Ley Antidiscriminatoria. Todo ello inicia un camino hacia la refundación del ideal igualitario que se materializa en la constitución de 1994, pero que sigue desarrollándose en nuestra práctica jurídica (Maurino, 2007, p. 316).

Si bien “la igualdad de trato en igualdad de circunstancias” parece aportar un estándar interpretativo aceptable del derecho constitucional a “la igualdad de trato ante la ley”, solo representa una respuesta aproximada al verdadero significado del art. 16. Así, la CSJN ha desarrollado paulatinamente una interpretación del derecho a la igualdad constitucional en el sentido material, vinculado al principio de no discriminación, y recurriendo al principio de razonabilidad.

La garantía del artículo 16 de la Constitución nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del poder legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basan en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas. (CSJN, 1957)

Una mirada más aproximada al ideal constitucional de igualdad, implica cuestionarse las razones para establecer esa categorización, imponiendo la razonabilidad de las mismas, en el sentido de que guarden una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente.

En este sentido, en la causa “Arenzón” (CSJN, 1984), uno de los primeros casos relevantes a este desarrollo, el Máximo Tribunal declaró inconstitucional el requisito establecido por una normativa del Ministerio de Educación que exigía una estatura mínima para ingresar a un instituto de formación docente. La Corte analiza la razonabilidad de la disposición desde la perspectiva de adecuación de medios a fines, concluyendo que no existen motivos fundados para establecer tal restricción.<sup>1</sup>

Se advierte pronto que es posible identificar algunos criterios que, en principio, nunca parecerían ser razonables, denominadas por la doctrina “categorías sospechosas”. Para estos casos se establece un escrutinio estricto, que parte de la presunción de inconstitucionalidad de estas exclusiones sospechosas, presunción que solo podrá ser superada al demostrar un interés estatal urgente o insoslayable. Se invierte la carga de la prueba, y corresponde al Estado demostrar la razonabilidad del criterio clasificatorio (Saba, 2016, pp. 38-41).

El principio de no discriminación parece haber guiado la tarea interpretativa de la Corte Suprema argentina al articular en su jurisprudencia el concepto de categorías sospechosas [...] las categorías sospechosas en el derecho argentino son, fundamental pero no exclusivamente, un derivado del principio de no discriminación. (Saba, 2016, p.98)

---

<sup>1</sup> “la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor – 1,48 m.– no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemática y astronomía e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el artículo 14 de la Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la administración” (Párr. 5°). El destacado me pertenece.

Este desarrollo de las categorías sospechosas fue receptado por la jurisprudencia argentina, en el caso “Repetto” (CSJN, 1988) donde se estableció la inconstitucionalidad de una norma provincial que establecía la nacionalidad argentina como requisito para ejercer la docencia en un establecimiento privado con reconocimiento oficial.

Ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquella, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea “razonable”. (Voto de Petracchi y Baqué, párr. 7)

La categoría “nacionalidad” se constituye así como una categoría sospechosa en nuestra tradición constitucional, doctrina seguida en Calvo y Pesini primero, y luego de la reforma constitucional de manera más concluyente en Hooft (CSJN, 2004a), y con posterioridad en el caso Gottschau.

Cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional [...] corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar. (CSJN, 2004a)

### Esta presunción solo se puede derribar

con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que habría utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente “convenientes”. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada. (CSJN, 2004a)

La última prueba que habrá de realizar se refiere a la legitimidad del fin buscado por la regulación, ya que podría suceder que aun siendo un medio razonable el fin que persiga sea contrario a derecho (Saba, 2016, p. 50).

Muy diferente es el recorrido efectuado por la Corte al analizar la clasificación en función de la edad. Así, por ejemplo, en “Domínguez c. UNR” (CSJN, 1985) se rechaza el amparo interpuesto por un docente universitario a quien se impone la jubilación compulsiva al cumplir la edad de 65 años, tras considerar que:

No cabe asignarle a tal medida el carácter discriminatorio y proscriptivo que aquél le atribuye al efecto de hacer jugar en su favor la norma del art. 10 del decreto 154-83, dado que se trata de una limitación temporal que se impone sobre la generalidad unánime del claustro, sin atender a diferencias personales de especie alguna y no obedece a ánimo persecutorio de ninguna índole, sino que está concebida al margen de su eventual grado de acierto, que no cabe aquí analizar, únicamente como una pauta en principio no irrazonable de organización de la carrera docente universitaria.

En casos donde la edad se ha establecido como condición para acceder o permanecer en determinadas funciones, se ha aplicado un análisis leve a intermedio,

arribando a conclusiones diferentes,<sup>2</sup> pero sin necesidad de recurrir a la noción de categoría sospechosa puesto que no ha considerado la edad por sí misma como una condición de vulnerabilidad o la consagración de un estereotipo (Treacy, 2011, p. 204). Ahora bien, si la vejez es utilizada para restringir o establecer barreras al ejercicio de algunos derechos, entonces corresponde realizar un examen más cuidadoso de la clasificación. Podemos citar como ejemplo de esto último al reciente caso Lanzieri resuelto por el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (2020), contra una Resolución dictada en tiempos de aislamiento obligatorio por la pandemia de Covid-19. La norma establecía el requisito de autorización previa para la circulación de personas mayores de 70 años de edad. Allí el Tribunal entendió que la medida implicaba “una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población, pues la herramienta planteada disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión, solo en función de la edad [...] y, como tal, no supera el test de constitucionalidad”.

En esta línea interpretativa, es ilustrativo lo resuelto por la CSJN en el caso “González de Delgado” (CSJN, 2000) en relación con la categoría sexo como criterio de distinción. Los padres de algunos alumnos de un prestigioso colegio dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, tradicionalmente destinado a alumnos varones, cuestionaron por vía de un amparo la Resolución del Consejo Superior de la Universidad de Córdoba que permitía el ingreso de alumnas mujeres al establecimiento. El voto de la mayoría hace referencia a la competencia del organismo para regular sobre la materia y resuelve que se trataba de una cuestión discrecional de mérito, oportunidad y conveniencia que no le correspondía al juez dilucidar. Otros jueces, en sus votos separados, comparten la solución pero deciden realizar un test de constitucionalidad sobre la norma cuestionada. Allí, el Ministro Petracchi analiza el caso desde la doctrina de las categorías sospechosas, vinculadas al test del escrutinio estricto al indicar que:

Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos. La justificación ha de ser “genuina” y no ha de basarse en indebidas generalizaciones sobre los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres. (Voto del Juez Petracchi. Párr. 9)

Posteriormente incorpora un argumento más cercano a la concepción de igualdad sustancial al reconocer la situación histórica de desventaja del grupo “mujeres” y la validez de las acciones de discriminación positiva.

El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscripta; pero, sí significa que las

---

2 Tal es el caso del fallo “Franco” (CSJN, 2002) donde se declara la inconstitucionalidad de una norma provincial que impone la caducidad del registro notarial al cumplir los 75 años de edad. Aquí la Corte aplica un test de mera razonabilidad también, pero llega a un resultado diferente. Probablemente el resultado haya sido distinto porque de acuerdo al régimen vigente para la profesión, la caducidad del registro implica la restricción absoluta del derecho a trabajar. (Treacy, 2011, p. 203)



categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia. (Voto del Juez Petracchi. Párr. 9)

La construcción jurisprudencial de la doctrina de las categorías sospechosas y el test estricto de razonabilidad ha robustecido el principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia argentina, pero la misma permanece vinculada a una concepción de igualdad como no discriminación desde una perspectiva individualista. Algunos autores sostienen que esta construcción tiene el potencial para aplicarse para combatir casos de discriminación estructural, al orientarse hacia la remoción de obstáculos fácticos que impidan el pleno goce de los derechos, en particular debido a la existencia de prácticas, prejuicios o estereotipos (Treacy, 2011, p. 216). Para otros, la doctrina de las categorías sospechosas es inadecuada para concretar el ideal de igualdad sustancial, ya que al partir del principio no discriminatorio niega la existencia de grupos o categorías de personas. Por lo tanto es incompatible con la posibilidad de establecer un trato preferencial tendiente a la equiparación de estos e incluso puede ser un obstáculo (Saba, 2016, p. 111-113).

## **2. Reforma constitucional de 1994 y nuevas miradas de la desigualdad**

La doctrina nacional reconoce uniformemente que el tratamiento constitucional del derecho a la igualdad ha sido considerablemente ampliado y enriquecido en la reforma constitucional de 1994 de dos maneras. Por un lado, la incorporación de las siguientes normas:

El Artículo 37, que establece la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios, lo que se garantizará por acciones positivas en las regulaciones.

El Artículo 75 inciso 2 prescribe que la recaudación impositiva entre Nación y Provincias será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

El Artículo 75 inciso 19 dispone que al Congreso le corresponde sancionar leyes que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna y los principios de gratuidad y equidad en la educación pública Estatal.

Finalmente, el artículo 75 inciso 23 prevé que el Congreso debe promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el goce pleno de los Derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Estas cuatro normas aluden a una noción particular de igualdad, la igualdad de oportunidades, y la vinculan con las acciones positivas, la educación pública gratuita, el goce pleno de los derechos humanos y la distribución de la recaudación impositiva [...] la Constitución no pretende garantizar la mera igualdad de oportunidades, sino la igualdad *real* de oportunidades. (Destacado del autor) (Grosman, 2008, p. 79)

Además de la incorporación expresa de esas fuentes normativas, sin duda uno de los hitos que con mayor trascendencia ha impactado en el sistema de derechos es la incorporación de determinados instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (Constitución Nacional, Artículo 75, inc. 22). Esto ha contribuido significativamente a reforzar el plexo normativo en materia de tutela de este principio/derecho fundamental del constitucionalismo. En general, la creciente influencia del derecho sustantivo y adjetivo que surge de los instrumentos internacionales, ha provocado grandes cambios en los institutos nacionales, a tal punto que la interpretación y los lineamientos que realizan los organismos internacionales del sistema interamericano de protección a los que nuestro Estado acordó competencia, constituyen fuente directa de derechos y de obligaciones por medio del control de convencionalidad (Salerno, 2019a, p. 335).

Un rol fundamental en la consolidación de este paradigma es el inciso 23 del Artículo 75 de la Constitución. El inciso establece expresamente que corresponde al Congreso

legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Además de promover la implementación de medidas de acción positiva, identifica de forma expresa, aunque no taxativa, algunos grupos especialmente sensibles e históricamente desaventajados, que serán los principales destinatarios de estas políticas que promuevan una mayor posibilidad de goce y ejercicio de derechos fundamentales.

Las acciones afirmativas, también conocidas como políticas de discriminación positiva o inversa, implican la implementación de tratos diferentes entre las personas sobre la base de criterios habitualmente reconocidos como irrazonables, pero autorizados constitucionalmente porque pretenden dismantelar una situación de exclusión y segregación que contradice el principio de igualdad como no sometimiento. (Saba, 2016, p. 133)

El Estado se propone en una posición parcial y deferente ante la vulneración de derechos de los grupos en situación de desventaja. No debiera contentarse con ofrecer igualdad de oportunidades en el punto de partida sin prestar atención a los resultados que luego se obtienen y, por tanto, al mayor o menor aprovechamiento de esas oportunidades supuestamente garantizadas al inicio. Deberá procurar una mirada más social del fenómeno discriminatorio con su complejidad, que se armonice con los demás ideales constitucionales y que acompañe al sector de atención prioritaria hacia la satisfacción de sus necesidades (Salerno, 2019a).

El concepto de igualdad real de oportunidades que contempla la CN a partir de la reforma, en el marco del plexo normativo que incluye, además de la normativa constitucional, el derecho internacional es el concepto de igualdad sustancial,

la igualdad estructural de oportunidades. Un mirada del ideal igualitario que presta atención a la estructura social y aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos. Más que una faceta de la igualdad jurídico material y el principio de no discriminación, o una idea complementaria a esto, lo propiciado por la Constitución en 1994 es un paradigma más amplio y superador. Es un ideal social y colectivo de desarrollo humano (Grosman, 2008, p. 80).<sup>3</sup>

La mirada estructural incorporada en la manda constitucional de realizar medidas afirmativas implica el reconocimiento de la necesaria actuación del Estado para garantizar que los sectores más vulnerables de la sociedad puedan acceder al pleno ejercicio de sus derechos.

La mayor vulnerabilidad se relaciona con la situación o condición de las personas que le impide gozar y ejercer sus derechos humanos en un pie de igualdad con otras. Los obstáculos que deben enfrentar cotidianamente las personas, grupos y colectividades que viven en situación de vulnerabilidad se amalgaman entre sí, y en muchos casos se acumulan múltiples factores, generando condiciones que repercuten gravemente en el goce efectivo de los derechos (Salerno, 2019b).

En relación con estos grupos, un Estado abstencionista podría privar a las personas del acceso a sus derechos. Estos incluyen a la obligación de preservar la libertad y el derecho al desarrollo de la vida autónoma de las personas que, en estos casos se cumple a través del deber de promover las mejores oportunidades para que las personas puedan elegir y llevar adelante sus planes de vida., Esto se da con la implementación de políticas y medidas concretas para los individuos en situaciones de especial vulnerabilidad y los grupos sociales en desventaja, al modificar o neutralizar las desigualdades que normativamente o en la práctica generan circunstancias que condicionan o incluso determinan, a veces desde su nacimiento, el desarrollo y vida de las personas (Maurino, 2007).

El marco constitucional descripto tiene un enorme potencial que es desarrollado progresivamente a través de un proceso de ida y vuelta. En él, las interpelaciones al texto constitucional efectuadas por los colectivos sociales históricamente vulnerados, que se despliega en acciones judiciales y demanda una nueva formulación del principio de igualdad en términos de reparación y reconocimiento por las exclusiones materiales y simbólicas a los que son expuestos sistemáticamente por las estructuras sociales dominantes (Aldao y Clérico, 2014).

No obstante, ese potencial permanece limitado por las políticas neoliberales vigentes, hasta que a partir de 2004, con la incorporación de nuevos miembros a la Corte Suprema se inicia un camino que representa un modelo de intervención judicial en materia de protección de derechos constitucionales más coherente con las obligaciones internacionales asumidas, un nuevo enfoque tendiente a reparar las afectaciones estructurales de derechos y a corregir las falencias de las políticas públicas en la garantía de estos (Saba, 2016, p. 276).

A partir de allí observaremos cómo fecunda en el Tribunal la concepción de la igualdad como un deber de prestación del Estado, noción que puede verse

---

<sup>3</sup> En el mismo sentido aparecen otros autores como Saba (2016), Maurino (2007) en obras ya citadas.

claramente reflejada en la resolución del caso Lifschitz (CSJN, 2004b). Aquí la Corte argentina ordenó al estado nacional otorgar un subsidio que permitiera solventar los gastos de educación y transporte de un niño con discapacidad cuyos padres no contaban con recursos económicos suficientes para ofrecerle el acceso a la educación acorde con sus necesidades e intereses, ante la falta de vacantes en las escuelas públicas cercanas y servicios de transportes especiales. La intervención estatal en beneficio de ese niño con discapacidad se constituye como imprescindible para garantizar el goce de sus derechos en el contexto de sus circunstancias particulares.

El caso Reyes Aguilera (CSJN, 2007), marca un hito importante en materia de protección a grupos vulnerables por la mirada estructural que realiza la CSJN sobre la situación de los migrantes en la Argentina. Se trata de una niña de nacionalidad boliviana con una discapacidad severa que al vivir en una situación de pobreza solicita una pensión por invalidez, la cual le es denegada por no cumplir con el requisito de veinte años de residencia establecido en la reglamentación. Finalmente, la Corte concede el derecho a la pensión en votos divididos en diferentes líneas argumentales.

El juez Maqueda sostuvo que la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros no está prohibida, pero sí es obligatorio que las distinciones *respondan a intereses que involucran el bienestar general y que responden a una justificación razonable y proporcional en relación con los propósitos que se persiguen*. En el caso en cuestión, el largo período de tiempo que se impone para acceder al requisito deriva en la práctica en una situación de discriminación indirecta, ya que implica que los extranjeros residentes no puedan acceder al beneficio de la pensión por invalidez (Voto del Juez Maqueda, Considerando 15°).

Los jueces Petracchi y Argibay se apoyan en el argumento a la igualdad al considerar que la distinción está fundada en una categoría prohibida, razón por la que le aplican el escrutinio estricto y determinan que no existen razones válidas comprobadas por el Estado para efectuar la distinción:

Conforme puede apreciarse, la norma antes citada prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado [...] Esa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad [...] A partir de tal premisa, el juicio de razonabilidad de la norma (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional), estará guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba. (Voto de los jueces Petracchi y Argibay. Considerando 11°)

Por su parte, los jueces Fayt y Zaffaroni vinculan el derecho convencional a la seguridad social con la protección de la vida y fundan su decisión en la manda constitucional de protección de los *más débiles* mediante acciones positivas. Aun cuando no se hace expreso, se ha interpretado que esta protección legal especial se funda en la condición de múltiple vulnerabilidad de ser niña, pobre y discapacitada, requisitos suficientes para ser acreedora de la protección social sin perjuicio de su nacionalidad (Clérico et al., 2013, p. 128).

*En este orden de ideas, por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia [...] implica [...] un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social [...] que compromete el derecho a la vida [...] cuya garantía, mediante "acciones positivas", resulta una "obligación imposter-gable" de las autoridades públicas. (Voto de los Jueces Fayt y Zaffaroni. Considerando 7°)*

En esa línea de análisis, quizá el pronunciamiento de la CSJN en el caso Quisberth Castro (2012) sea el ejemplo de intervención judicial en el contexto más dramático de personas en situación de extrema vulnerabilidad y privadas del goce de sus derechos. La señora Quisberth Castro vive en situación de calle con su hijo menor de edad, quien padece una discapacidad que requiere atención permanente. Las autoridades le han brindado asistencia coyuntural inadecuada e insuficiente (subsidios temporales, paradores nocturnos, albergues transitorios), ya que la afección que padece su hijo requiere de una vivienda con ciertos requisitos mínimos de salubridad y privacidad. La mujer, migrante boliviana, se ve también dificultada de acceder a un trabajo que permita solventar estos gastos, ya que no cuenta con recursos para responder a la necesidad de cuidados especializados para el niño.

En un fallo dividido se ordena al Estado garantizar a la mujer y su hijo un alojamiento adecuado, asegurar los cuidados del niño y asesoramiento para solucionar su problemática habitacional. Según el voto de la mayoría:

Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial [...] sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (Cons. 12). Resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere (Cons. 13). El caso en examen no solo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no solo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle. (Cons. 15°)

El relato de los hechos y la decisión de la mayoría se funda en las particulares circunstancias del caso individualmente considerado, y desde esa óptica determina una solución particular. Opera sobre la situación de extrema vulnerabilidad en la que se ven inmersas estas dos personas, un final feliz para una de tantas historias de necesidad urgente y desesperante, pero lamentablemente no tan excepcionales como pareciera indicar el fallo.

Es posible ver la situación de otra forma. El voto separado de Juez Petracchi en este caso plantea una mirada contextual y estructural del problema, ya que considera que, sin perjuicio de las circunstancias extremas analizadas, existe una problemática colectiva que afecta la igualdad de oportunidades en el acceso al derecho de vivienda digna:

En efecto, la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y

social —como la actora y su hijo— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad. (Voto del Juez Petracchi. Cons. 15)

El enfoque individualista de los derechos tiene como principal defecto esconder desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con el ideal de igualdad real, ya que responden a una estructuración social que coloca a grupos sociales en posiciones de desventaja. Desarticular estas estructuras multi-causales de desigualdad implica, como ya lo hemos dicho, una mirada compleja que abarque el problema en toda su dimensión.

La aplicación de una mirada estructural del acceso a los derechos en condiciones de igualdad representa un desafío particular para la administración de justicia. El principal de estos es el carácter grupal de toda acción legal que se lleve ante un tribunal y que tenga como propósito remediar una situación de desigualdad estructural. En este tipo de procesos, el foco no debieran ser los derechos de los individuos peticionantes, sino la situación del grupo al que pertenecen, de modo que las decisiones particulares procuren también una incidencia significativa en el bienestar del grupo (Saba, 2016, p. 13).

Este carácter colectivo fue expresamente considerado por los convencionales reformadores de 1994 que, al consagrar la garantía de amparo, introdujeron también una faz colectiva de la misma, destinada a dar respuesta a la discriminación desde esta perspectiva de incidencia grupal. Se constitucionaliza además la figura del Defensor del Pueblo, dotándolo también de legitimación procesal para provocar la intervención judicial en estos:

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. (Constitución Nacional. Art. 43)

Aunque no lo dice en forma expresa, y su redacción aparece muy ambigua, la intención ha sido la de reconocer la existencia de afectaciones colectivas a los derechos, y la insuficiencia de las herramientas tradicionales para su defensa. La clásica figura de amparo es un dispositivo útil para resolver un conflicto de trato desigual basado en el principio de no discriminación y, como ya hemos visto, sobran ejemplos en la jurisprudencia de cómo ha resultado una garantía eficaz para proteger a los individuos frente a los tratos desiguales irrazonables o arbitrarios.

Sin embargo, entendemos que el constituyente de 1994 ha querido fortalecer el paradigma inclusivo de igualdad estructural que hemos identificado a lo largo de las normas introducidas. Esto al dotarlo de herramientas procesales específicamente dirigidas a proteger y garantizar los derechos de los

grupos más desaventajados ante situaciones discriminatorias que arbitrariamente los excluyen y perpetúan su exclusión en el goce y disfrute de derechos. Esa situación se da con el propósito de consolidar la tutela del principio de igualdad desde esa perspectiva colectiva, superadora de la noción individualista (Salerno, 2019b).

La concepción de los derechos que reconoce implícitamente la noción de afectación estructural es la razón que motiva la ampliación de la legitimación activa además de los particulares afectados, al Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales. El modelo constitucional vigente reconoce que el impulso colectivo de este tipo de demandas sociales es la mejor oportunidad para que efectivamente puedan acceder a la justicia y obtener un pronunciamiento. De otro modo, los altos costos de un litigio, el tiempo que implica, y el temor a las posibles represalias serían obstáculos en la posibilidad de reclamar por vía judicial el derecho a la igualdad en los términos que el nuevo paradigma constitucional propugna (Saba, 2016, p. 250).

La figura del amparo colectivo no ha sido reglamentada al día de hoy, a pesar de los beneficios que una correcta implementación legal podría provocar el impulsar esta herramienta institucional como la vía idónea para resolver la multiplicidad de conflictos individuales repetitivos en materia de acceso a los derechos en condiciones de igualdad real. Una clara muestra de esto es la proliferación de causas judiciales individuales en materia de salud, relacionadas con la provisión de medicamentos o coberturas médicas. “Las soluciones individuales, conjugadas, dan como resultado un efecto negativo para la vigencia de los derechos de las personas afectadas a pesar de sus esporádicas victorias judiciales” (Saba, 2016, p. 261). Las respuestas a los reclamos particulares generaron una fuerte distorsión en las políticas sanitarias, incluso originando o profundizando las desigualdades, puesto que aquellos que tienen los recursos para promover las acciones judiciales y obtener sentencias favorables, terminan provocando la reconducción del presupuesto destinado a otras políticas que resultan desfinanciadas.

Una mirada estructural para resolver los problemas de afectaciones particulares implica adecuar las reglas de los procesos a este tipo de problemas. Esto es lo que se encuentra plasmado en la Constitución reformada, paradigma que debe plasmarse en leyes reglamentarias que incluyan diversos aspectos. Estos incluyen una regulación amplia sobre la legitimación para promover las causas, la posibilidad de que terceros interesados aunque no involucrados acerquen su opinión técnica calificada en calidad de *amicus curiae*, con la reglamentación de la expansión de los efectos de las sentencias y los mecanismos apropiados para que esto sea posible, entre otros (Saba, 2016, pp. 161-162).

Para el poder judicial representa también un gran desafío ampliar la noción de remedio judicial con la integración de soluciones creativas y más adecuadas para los reclamos estructurales. Esto está pensado no solo en términos de reparación o indemnización, sino como solución integral al problema estructural. Entre esa ampliación se incluye el: generar información, elaborar una política, detener una práctica o impulsar, incluso convocando en un espacio de diálogo a los diferentes actores involucrados.

Una política judicial en ese sentido, conduciría a lo que con optimismo afirma Fiss (1999, p. 142): “La actuación del poder judicial podría ser vista como una intervención destinada a amplificar la voz de la minoría sin poder; como una forma de rectificar la injusticia del proceso político”.



## TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN CATAMARCA

### 1. Introducción a la protección de los derechos humanos en el federalismo argentino

Una de las claves para alcanzar una cabal comprensión del rol fundamental que tienen las provincias en la garantía de los derechos humanos, implica necesariamente una breve introducción sobre el funcionamiento de la forma de estado federal argentino.

El art. 1º de la Constitución Nacional argentina establece que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal”. Las dos primeras son formas de gobierno, mientras que la tercera es una forma de Estado, que supone una relación entre el poder y el territorio en la cual aquél se descentraliza políticamente. Como se ha dicho, existen tantos modelos de federalismo como estados federales y, además, este no es un sistema estático, sino que muta constantemente, según la dinámica nacional e internacional (Bazán, 2013).

Los autores más clásicos del derecho constitucional describen al federalismo argentino como una combinación de una fuerza centrípeta y otra centrífuga. La primera supone la concentración de determinadas funciones en el Estado nacional, que se constituye como soberano; mientras que la segunda importa la descentralización en unidades autónomas llamadas provincias. Una de las características principales de la historia constitucional argentina es que las provincias preexistieron a la nación, y por esa razón la creación del estado nacional se llevó a cabo mediante la delegación de competencias específicas, conservando éstas todo el poder no delegado por la constitución. Por tanto, existen atribuciones delegadas a la nación, que son de ejercicio exclusivo por el gobierno federal; competencias que son de ejercicio concurrente por ambos órdenes de gobierno; y un sector de poderes que son conservados por las provincias en ejercicio de su autonomía. En este marco, éstas pueden sancionar sus propias Constituciones y se dan sus propias instituciones.

Corresponde al Congreso Nacional el dictado de los códigos de fondo en materia civil, comercial, penal, laboral y minero. También le corresponde a la Nación celebrar acuerdos internacionales y hacerlos cumplir. Con excepción de

estas materias, las demás normas y las políticas para la defensa y promoción de los derechos humanos constituyen una competencia concurrente entre la Nación y las Provincias.

Las provincias, por su parte, organizan las instituciones locales y dictan sus códigos de procedimiento, cuya competencia judicial ordinaria y reglamentaria recae en los tribunales provinciales

Esta realidad particular de los Estados Federales ha sido considerada en la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 28, inc. 1 y 2:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

El instrumento denominado “Cláusula Federal” implica que el gobierno nacional es el garante internacional del cumplimiento de las obligaciones asumidas en el pacto, y que esta responsabilidad se proyecta necesariamente a la actuación de las instituciones locales (Hitters, 2012).

Por lo expuesto resulta de capital importancia para el efectivo goce de los derechos humanos el rol que asumen las instituciones locales, en particular los tribunales, ya que son el primer e inmediato resorte que las personas articulan si no encuentran efectiva realización de sus derechos. La adecuación de las políticas, prácticas y procedimientos de las Provincias a los estándares internacionales tiene una enorme repercusión sobre las garantías de respeto y garantía de los derechos, y en caso de violaciones y omisiones acceso a la justicia en plazo razonable.

Allí radica la especial relevancia del estudio de la jurisprudencia de los tribunales en clave federal que nos propusimos desarrollar.

## **2. Catamarca y su constitución**

La provincia de Catamarca se encuentra ubicada en el noroeste de la Argentina, en una región conocida como Norte Grande. Su territorio estuvo habitado por población nativa por varios milenios hasta la llegada de los conquistadores españoles a mediados del siglo XVII. Luego de la declaración de autonomía de la provincia en el año 1821 (una de las primeras en el país) tuvo su primer instrumento constitucional en 1823, llamado “Reglamento provisorio”, que con 139 artículos era uno de los más extensos de la época. Su contenido era fuertemente liberal y progresista, ya que había recibido directa influencia del Reglamento provisorio de 1817 y de la Constitución de las Provincias Unidas de Sud América, de 1819. Tuvo vigencia incluso después de sancionada la Constitución Nacional de 1853.

En 1855, Catamarca se dio su primera Constitución local en cumplimiento de lo dispuesto por la Carta Magna Nacional.

La Constitución de 1855, de solo 87 artículos, tiene la virtud de la concisión y de la simplicidad adecuadas para una provincia que se incorporaba a la etapa del moderno constitucionalismo, dejando atrás los viejos reglamentos de la época del rey. Está precedida de un Preámbulo, al igual que la Constitución Nacional, que no contiene una definición filosófica sobre sus principios y se limita a invocar el derecho de los representantes de Catamarca, en nombre de Dios y en ejercicio de los poderes no delegados a la Nación, para sancionar dicha Constitución. (Bazán, 1999)

Tuvo sucesivas reformas en los años 1883, 1895, 1949, 1965 y finalmente en 1988, cuyo texto sigue vigente. En relación con el tema de la presente tesis, cabe destacar que la Constitución de 1965 receptó los postulados del constitucionalismo social, reconociendo desde entonces la función social de la propiedad y a la salud como “derecho individual y social” (arts. 49 y 63). También dispuso que la legislatura provincial debía asegurar a todo habitante de la provincia un mínimo de derechos sociales, económicos y culturales inherentes a la dignidad del hombre y al libre desarrollo de su personalidad (art. 57). Además, ordenó de modo muy general proteger la maternidad, infancia, juventud y la ancianidad (art. 64). La reforma de 1988 mantuvo el contenido de varios de los artículos referidos precedentemente y además agregó nuevas cláusulas, reglas y principios protectores, lo que en muchos aspectos la adelantó a la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

El *Preámbulo* explicita el propósito del convencional reformador de 1965 y 1988 de incorporar a la constitución los derechos que no habían sido contemplados con anterioridad, lo que manifiesta una notoria influencia del proceso constitucional nacional de 1949. Esto también se refleja en el artículo 1° cuando declara a la provincia “un estado autónomo constituido bajo la forma representativa, republicana y *social*” y asegura al pueblo “el ejercicio de sus derechos individuales y *sociales*” (los destacados me pertenecen).

Relativo al principio de igualdad, contiene una cláusula de no discriminación relatada en los siguientes términos:

No se admitirán proscripciones ni discriminaciones por razón de raza, color, religión, etc., ni otras inhabilitaciones e interdicciones que las que esta Constitución o leyes establezcan y en este caso no se aplicarán sin las garantías del debido procedimiento legal establecidas para la aplicación de sanciones por los artículos que anteceden (Art. 44). Los extranjeros gozan en el territorio de la provincia de todos los derechos del nativo y de las garantías que amparen a los mismos. (Art. 69)

No obstante su escueta formulación, el modelo constitucional provincial de garantía de la igualdad puede derivarse del análisis conjunto de otras disposiciones que enriquecen y amplían el concepto. Por ejemplo, al hablar de las cargas públicas el Art. 21 dispone que las leyes que las establezcan deben sancionarse de conformidad con los principios de la “justicia social”.

Justicia social es un concepto que se reitera a lo largo de la Constitución Provincial y que nos da la pauta del modelo de igualdad propiciado por el constituyente. En términos generales, su contenido en términos generales alude a la igualdad de oportunidades y a los derechos humanos, a la distribución equitativa

de los bienes, a erradicar la pobreza y promover el empleo pleno y el trabajo decente, la igualdad de géneros y el acceso al bienestar social, conceptos todos contenidos en el principio de igualdad en sentido estructural (ONU, 2007).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizó esta noción como sinónimo de bienestar general:

lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. (CSJN, 1974)

Siguiendo ese programa, la Constitución Provincial vigente contiene un capítulo íntegramente destinado a reglar los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en una veintena de artículos.

Es interesante que en este capítulo se incluya el derecho a la propiedad privada, un derecho típicamente liberal, puesto que reconoce su vigencia pero establece que el mismo debe ser ejercido de conformidad con los principios de la justicia social (art. 50).

Se propicia el acceso de todos los habitantes a la propiedad inmueble con el fin de garantizar la vivienda y medios de vida dignos (art. 51), y se prefiere el sistema de colonización para la distribución de la tierra (art. 52).

También expresa que se “promueve en todo su territorio el desarrollo económico integral y equilibrado como factor base de bienestar social” (Art. 55). Esta disposición tiene un contenido asimilable a la denominada “nueva cláusula del progreso” incluida en la última reforma a la Constitución Nacional.

La noción de progreso económico, por su parte, es diferente al crecimiento y el desarrollo [...] consiste en aprovechar todas las potencialidades del país, pero con equidad justicia y solidaridad, con una dirección ética determinada. (Etchichury, 2019)

En esa línea, y en defensa de la parte débil en las relaciones comerciales, se consagra la protección de los consumidores a un precio justo de los bienes de consumo, lo que castiga la usura y promueve la intervención del Estado en el control de los precios (art. 57).

La salud se encuentra garantizada en general como un derecho fundamental del individuo y de la sociedad (art. 64) y en particular, algunos de sus aspectos son enunciados puntualmente como el derecho de las familias a procrear (art. 58 inc. 1), a la salud en el trabajo, a la protección especializada de la salud para grupos de atención prioritaria: maternidad, niñez, juventud, ancianidad y *disfuncionalidad* (sic) (art. 65).

Con relación a las mujeres garantiza el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad, y a condiciones especiales en el ejercicio de su trabajo, protección de maternidad y frente al desamparo.

También se reconocen derechos especiales a la niñez tales como la nutrición, la protección especial, preventiva y subsidiaria del Estado, educación, esparcimiento, recreación y deporte.

Incluye a la juventud como un grupo especialmente protegido, garantizando los derechos de participación y formación adecuada a sus planes de vida, acompañamiento y protección especial para el ejercicio pleno de sus derechos.

En relación con la ancianidad se consagra el derecho a condiciones económicas, sociales y culturales que permitan su integración a la comunidad. Se protege especialmente su derecho a un haber previsional justo, asistencia, vivienda, alimentación, esparcimiento.

Curiosamente, la única referencia que se hace a los pueblos indígenas está vinculada a la protección del patrimonio cultural, y alude a la “cultura vernácula”<sup>1</sup> como objeto de difusión:

La provincia de Catamarca se definió históricamente negando la presencia de comunidades indígenas en su territorio. Esto significó que la actual población indígena fuera tratada sistemáticamente por narrativas oficiales como población rural o campesina libre de sus marcas indias. Incluso cuando en la década de 1990 en el escenario latinoamericano y nacional los Estados comenzaban a reconocer la preexistencia étnica a través de las reformas constitucionales, Catamarca insistía con la ausencia contemporánea de población indígena en su territorio. (Delfino et al., 2020)

La Constitución Provincial consta de un capítulo dedicado a la educación (arts. 263 al 278) estableciéndose entre otros principios la igualdad de oportunidades, libertad de enseñar y aprender, obligatoriedad de la educación primaria, gratuidad del servicio educativo y, relacionado con esto último, la seguridad de un presupuesto adecuado y necesario para el cumplimiento de los fines.

Todos los poderes del Estado provincial tendrán, de acuerdo a sus competencias y funciones, deberes constitucionales en pos de la promoción y garantía de estos derechos: la legislatura deberá asegurar mediante el dictado de las correspondientes leyes su operatividad (art. 110, incs 12, 13, 15, 33, entre otros); mientras que el Ejecutivo, a través de diversos organismos, organiza el funcionamiento de los servicios públicos propendiendo al bien común (art. 149, inc. 25).

En resumen podemos afirmar que el texto constitucional catamarqueño constituye un valioso marco protectorio del principio de igualdad sustancial, ya que del análisis conjunto de sus normas surge el reconocimiento de la existencia de grupos especialmente necesitados de protección y el deber de actuación del Estado para garantizar un nivel de vida adecuado. El programa derivado de la Constitución, propicia la existencia de un Estado garante de la generación y distribución de los bienes materiales y también de los espirituales, al considerar los valores de respeto, tolerancia, solidaridad y libertades de culto, opinión y expresión para las minorías y grupos de protección especializada. Sin embargo, es llamativo que las referencias a la Constitución local son notablemente escasas en las sentencias analizadas, lo que pone énfasis en la necesidad de profundizar el estudio y difusión de esta valiosa herramienta.

---

<sup>1</sup> El Estado provincial asegura la conservación, enriquecimiento y difusión del patrimonio cultural, lingüístico, literario, arqueológico, arquitectónico, documental, artístico, folklórico, así como paisajístico en su marco ecológico. Es responsable de los bienes que lo componen y creará el catastro de bienes culturales. La legislación propenderá a alentar en los medios de comunicación social, oficiales y privados, un mensaje apropiado para privilegiar la cultura vernácula (Art. 265).

### 3. Tutela procesal del derecho de igualdad

La Constitución de la provincia de Catamarca ingresa al derecho procesal constitucional con anterioridad a la Constitución Nacional a legislar de manera expresa un proceso judicial de protección de los derechos. Es importante tener en cuenta que “lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la prestación debida” (Abramovich y Courtis, 2004, p. 37). De esta manera, para la efectiva vigencia de los derechos se incorpora en la reforma de 1965 el derecho a la tutela judicial efectiva con la institucionalización en los artículos 38 y 39 de dos procedimientos que subsisten reenumerados en el texto vigente, el último de ellos denominado directamente “amparo”, y el otro “innominado”, aunque por definición conectado con el instituto. Lo más destacable es que recepta las tendencias jurisprudenciales más recientes de la época, estableciendo expresamente que las garantías procesales existen aun sin necesidad de una reglamentación legal (Salerno y Acuña, 2017, p. 667).

En su artículo 39 (ex 38) establece:

Todo habitante de la Provincia tiene derecho a utilizar un procedimiento judicial efectivo contra actos u omisiones de la autoridad o de terceros que violen, menoscaben, amenacen o amenacen hacerlo, sus derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución o por las leyes dictadas en su consecuencia. Si el mismo no estuviera instituido o reglamentado, los jueces arbitrarán las normas necesarias para ponerlo en movimiento y resolver sin dilación alguna.

En el artículo 40 (ex 39) se estipula:

Contra todo acto, decisión u omisión de los agentes administrativos que violen, amenacen o menoscaben derechos garantizados por esta Constitución o por las leyes sancionadas en su consecuencia, y que ocasionen un gravamen irreparable por otro medio, procederá el amparo, que se sustanciará judicialmente, por procedimiento sumario y sin necesidad de reglamentación previa.

En Catamarca, no existe ninguna norma constitucional provincial que establezca en algún mecanismo específico y concreto para la tutela procesal de los derechos colectivos o intereses difusos equivalente al Artículo 43 de la Constitución Nacional. Sin embargo, en el año 2001 se aprobó la ley 5034 denominada “Amparo Judicial de Intereses Difusos o Derechos Colectivos”, que hizo de la provincia una de las pioneras en la articulación procesal de estos derechos.

Al definir su objeto, la ley no incluye la protección contra la discriminación o la defensa de la igualdad, sino que en términos generales indica que procederá la acción para “la defensa de cualquier otro bien o valor social que responda a necesidades o intereses colectivos, con el fin de salvaguardar la calidad de la vida” (Art. 2, inc. e). Diseña un proceso que intenta conciliar las garantías de la defensa en juicio con las necesidades de protección de los bienes colectivos. En ese afán perfila un juez más bien proactivo, en procura de defender el interés general eventualmente comprometido en las causas que se planteen.

Las características propias de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad implican por parte del Estado un rol activo, una obligación de hacer como hemos sostenido en todo el trabajo. Esto implica necesariamente una actuación judicial acorde, capaz de desarticular los problemas estructurales y colaborar en la elaboración de políticas sociales adecuadas, a través de procedimientos judiciales efectivos que brindan respuestas creativas.

Ciertamente el Poder Judicial, por sus características institucionales y por el lugar que ocupa en la distribución de funciones dentro del Estado, no está llamado a ser el principal protagonista a la hora de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, tarea que corresponde primariamente a los denominados poderes políticos. Sin embargo, si resulta provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas en el área social, con impacto directo en la vigencia de aquellos derechos (Abramovich y Courtis, 2002, p. 118).

En el mismo sentido, Amaya (2017) sostiene que

el sistema constitucional de frenos y contrapesos requiere y alienta el diálogo entre poderes, descansando en la idea de que el Poder Judicial le señalará a los órganos políticos la existencia de fallas estructurales en el cumplimiento de los derechos constitucionales, resolverá las situaciones de afectación que lleguen a su conocimiento y generará así los incentivos para que la administración y el Poder Legislativo lleven adelante las políticas Constitucionales.

Bajo ese entendimiento, la presente investigación está centrada especialmente en la intervención que ha tenido y tiene el Poder Judicial, y específicamente la Corte de Justicia de la Provincia, por ser el superior tribunal de la provincia, la última instancia judicial posible a nivel local.

Para reconstruir la opinión del tribunal en torno al principio de igualdad, se analizaron las Sentencias Definitivas e Interlocutorias desde el año 2008 a la fecha, publicadas en la página web oficial.<sup>2</sup> Cabe destacar que las sentencias no se encuentran sistematizadas por tesoro ni cuentan con sumarios oficiales, razón por la cual se recurrió a la búsqueda por palabras en los motores disponibles. Se buscaron las palabras “Igualdad”, “discriminación”, “vulnerable/vulnerabilidad”, “Niño, Niña, Menor”, “Mujer”, “Discapacidad”, “Derechos Humanos”. Sobre el total de 3024 (tres mil veinticuatro) documentos cargados en la página, 284 (doscientos ochenta y cuatro) sentencias respondieron a los parámetros de búsqueda, las que fueron revisadas de manera individual para identificar aquellas de las que se desprende la concepción de igualdad del tribunal.

También se recurrió a una informante calificada, la Ministra María Fernanda Rosales Andreotti. Rosales Andreotti es, a la fecha de finalización de la presente investigación, la última persona en incorporarse al Tribunal al iniciar su labor en este rol el 30 de julio de 2021. Hasta entonces, se desempeñaba como Asesora General de Gobierno de la Provincia (2020-2021), y previo a eso, fue Presidenta del Colegio de Abogados de la Provincia y ejercía la profesión en forma

---

<sup>2</sup> Ver [www.juscatamarca.gov.ar](http://www.juscatamarca.gov.ar)

liberal.<sup>3</sup> Actualmente se encuentra, en su rol de Ministra, a cargo de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial.

#### **4. La Corte de Justicia Provincial**

La Corte de Justicia de la Provincia es el máximo órgano judicial de la Provincia. Tiene su origen en la Constitución Provincial y se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de Catamarca, Ley Provincial N° 2334 (1970) y sus modificatorias. Históricamente estuvo conformada por tres integrantes, hasta que en el año 2016 se amplió a cinco miembros, y en el año 2020 a siete miembros. Conjeturamos que, esta circunstancia, sumada al retiro en el año 2021 de una de las juezas con mayor antigüedad en el cargo en los últimos años está provocando una serie de cambios en el Poder Judicial, que empiezan a verse reflejados en sus pronunciamientos.<sup>4</sup>

El Artículo 204 de la Carta fundamental de la provincia, al determinar su competencia, establece:

La Corte de Justicia ejercerá su jurisdicción por apelación y demás recursos, según las reglas y excepciones que prescriba la Legislatura decide en juicio pleno y única instancia en las causas contencioso-administrativas, previa denegación expresa o tácita de la autoridad administrativa competente, del reconocimiento de los derechos e intereses legítimos que se gestionan por parte interesada.

Por su parte, la Ley de Amparo y Hábeas Corpus (Ley Provincial N° 4642 y modificatorias) dispone en su Artículo 1:

Cuando la acción de amparo tuviere por objeto leyes o decretos, emitidos por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, respectivamente, dictados en ejercicio de facultades constitucionalmente otorgadas que impliquen materia contencioso administrativa, la competencia corresponderá a la Corte de Justicia.

En reiteradas oportunidades, la Corte provincial ha expresado que no todos los derechos vulnerados por actos del Estado provincial, ya sea en ejercicio de su actividad administrativa, legisferante o jurisdiccional son susceptibles de producir o dar lugar a una acción contencioso administrativa, sino que es indispensable que ese derecho sea de naturaleza administrativa, es decir, regido por el derecho administrativo y no por otras ramas del ordenamiento jurídico. En estos casos, el reclamo se entenderá realizable por vía del amparo común, y en consecuencia no será competencia originaria de la Corte sino del juzgado civil de primera instancia.<sup>5</sup>

3 Con fecha 31 de agosto de 2020 asumió la Ministra Rita Verónica Saldaño. La vacante se produjo como consecuencia de la jubilación de la Ministra Vilma Molina, quien había asumido en 2016. <https://www.elesqui.com/politica/2022/9/1/saldano-juro-como-nueva-ministra-de-la-corte-447390.html>

4 Al respecto ver: <https://www.pagina12.com.ar/354195-se-renueva-la-corte-de-justicia-de-catamarca>

5 Corte de Justicia de Catamarca (2006), "López González, Jorge Javier (Presidente Concejo Deliberante Municipalidad de Huillapima) c/ Provincia de Catamarca y/o Estado Provincial s/acción de amparo"



En esa línea se encuentra la sentencia interlocutoria dictada en el caso “Rosón y otros contra Gobierno Provincial” (Corte de Justicia de Catamarca, 2018a), en el que un grupo de personas que se encuentran viviendo en un asentamiento precario reclaman al Estado, por vía de amparo colectivo, el otorgamiento de una solución habitacional definitiva. La Corte no ingresa en el fondo de la cuestión, declarándose incompetente por cuanto no se trata de materia administrativa. En ese sentido, es interesante traer a colación el caso “Escalante, Andrea Jacinta c/OSEP s/Acción de Amparo” (Corte de Justicia de Catamarca, 2009a), en el que se perseguía la declaración de inconstitucionalidad del denominado “período de carencia” para los nuevos afiliados a la Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP), ente autárquico que integra la administración pública provincial. Esta condición impuesta por el Art. 5 de la Ley N° 3509/79, implica que los nuevos adherentes a la obra social no pueden acceder a la cobertura plena por un período de noventa días desde realizado el primer aporte. La actora, quien padece de una enfermedad terminal, deduce acción de amparo en contra de aquélla, pretendiendo se ordene el otorgamiento de la asistencia médica que sea necesaria para su estado de salud. El Tribunal se declara incompetente en atención a que “las leyes de la provincia no tipifican como actos administrativos susceptibles de revisión por vía contencioso administrativa, y no habilita la jurisdicción exclusiva, excluyente y de interpretación restrictiva de esta Corte”. Atendiendo a la urgencia de la situación y la naturaleza del bien jurídico protegido, no descarta de plano su intervención, sino que analiza otras posibles alternativas procesales, pero advierte que la paciente se encontraba recibiendo el tratamiento prescripto por intermedio del sistema de salud pública, concluyendo que “la demandante no se encuentra desprotegida”.

Al retomar el análisis de la competencia de la Corte, es importante agregar también que en el inciso 4 del citado 204 CP se determina su jurisdicción originaria exclusiva en los recursos de casación y de inaplicabilidad de la ley, en los casos que la Legislatura establezca.

En ese marco, el Código Procesal Penal de la Provincia (Ley N° 5097 y modificatorias), determina en su Artículo 27: “La Corte de Justicia juzgará de los recursos de inconstitucionalidad, casación, revisión y de la queja contra la denegación de recursos del Tribunal de Sentencia”. Como sucede en muchas provincias, la casación es la única vía recursiva disponible para las sentencias de los tribunales penales, razón por la cual la garantía de la “doble instancia” (Artículo 8.2.h CADH) se cumple a nivel provincial en el marco del mismo (Fallo “Casal”, CSJN, 2005). Esta circunstancia implica que una gran parte del trabajo de la Corte Provincial sea la resolución de los recursos de casación penal.

Los recursos ordinarios en materia penal, así como las causas contencioso-administrativas que se plantean en primera y única instancia ante la Corte constituyen el mayor caudal de causas que resuelve el tribunal (Entrevista a Ministra Rosales Andreotti, 2022).

La Corte integra sus pronunciamientos del voto separado de cada uno de sus miembros, en razón de lo dispuesto por la Constitución Provincial:

---

(Interlocutorio), voto ampliatorio del Dr. Cáceres. Corte de Justicia de Catamarca (2013), “Pascualini, Alberto e Hijos SA v. Provincia de Catamarca s/daños y perjuicios”.

Todas las sentencias que dictaren la Corte de Justicia y los tribunales de apelación de la Provincia, se acordarán públicamente, fundando cada uno de sus miembros sus votos por escrito según el orden determinado por la suerte en la misma audiencia. Se establecerán primero las cuestiones de hecho y luego las de derecho sometidas a la decisión del Tribunal y cada uno de sus miembros votará separadamente, cada una de ellas, en el orden sorteado. (Artículo 210)

La Corte local no tiene la práctica de efectuar una deliberación en términos estrictos: se realiza un sorteo del orden en el que cada Ministro expresa su voto, donde el primero en expedirse es el que sienta una posición sobre el tema, y los que votan en siguiente lugar pueden adherir o expresar su propio voto.

Yo creo que es una debilidad en términos de cómo yo pienso las construcciones. Creo que la sentencia en un cuerpo colegiado debe ser una construcción colectiva. Si esa construcción no se dialoga o no se argumenta un diálogo argumentativo para mí tiene una debilidad, que es propia de que no sea fruto de una deliberación y un diálogo de una argumentación, de escuchar y rebatir argumentos. Producto eso puede suceder seguramente que haya posiciones diferentes, por supuesto, pero han sido confrontadas, escuchadas. Y a partir de esa escucha se ha tomado la decisión de mantener una postura, cambiarla o matizarla y tal vez se llegue a un acuerdo también.

Para mí, eso le da primero más claridad al destinatario de la sentencia que el justiciable y la sociedad, certidumbre de poder establecer una doctrina de la Corte, de poder entender sus criterios. También es complejo a los fines de las vías recursivas porque necesito determinar qué criterio o qué voto es el que está apelando o pidiendo que se revise, entonces en esos términos a mi no me parece muy satisfactorio eso. (Entrevista a Ministra Rosales Andreotti, 2022)

En materia penal lo más común es que las sentencias sean unánimes, aunque en el último año y medio empezaron a verse algunas disidencias. La variedad de opiniones y fundamentos es mucho más frecuente en materia contencioso-administrativa y en lo civil. En los fallos que hemos analizado en general la votación es coincidente, aunque en muchos casos suele suceder que cada integrante redacte su voto de manera particular. Hemos referenciado la posición de la Corte en general, salvo en algunas situaciones particulares donde nos parece interesante identificar al autor o autora de una determinada posición.

A continuación analizaremos los casos resueltos por la Corte de Justicia de Catamarca en los que hemos podido identificar su concepción del derecho de igualdad, y la recepción de las doctrinas nacional y regional sobre el punto.

## **5. La igualdad definida en la jurisprudencia de Catamarca**

La concepción más clásica y formalista del derecho a la igualdad concebida como límite al poder político que hemos visto aplicada por la CSJN desde el año 1875, se reproduce en numerosos casos. Por ejemplo, en “Nieva s/ pedido de cese de prisión preventiva” (2008) sostuvo lo siguiente:

Sobre el particular, debemos recordar que “El principio de igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los

que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos”. (Corte de Justicia de Catamarca, 2008)

En el mismo sentido, la Corte se expresó en materia de igualdad en relación con los derechos de los consumidores en “Aguas del Valle SA c. Estado Provincial y En.Re” (Corte de Justicia de Catamarca, 2009b). La empresa concesionaria del servicio de agua potable cuestiona la sanción establecida por el Ente Regulador por cobrar la misma tarifa a usuarios que reciben el servicio en forma diferenciada, en virtud de un acuerdo de progresiva normalización del mismo. Allí, el Tribunal reproduce y aplica el principio que las situaciones iguales deben ser tratadas de forma igual y que, como corolario, las situaciones diferentes deben tener un trato diferenciado, proporcional y razonable:

vuelvo sobre el principio de igualdad que invoqué en el comienzo de este voto, para decir que el mismo constituye como es sabido un principio esencial, un corolario del principio fundamental y más amplio de la igualdad ante la ley, significa como sostiene la doctrina especializada, que ante idénticas situaciones, todos los habitantes reciban el mismo tratamiento en su relación con el servicio público y con su posible utilización.

De modo que, cuando las circunstancias coyunturales impulsen un trato diferente en cuanto a la prestación del servicio como sucedió en el sub-lite donde se brindó un servicio deficiente en algunas zonas del área servida y en otras no se brindó el mismo, la lógica impone establecer una diferencia en la tarifa, pues el principio de proporcionalidad al que debe sujetarse aquélla, exige esa adecuada correspondencia [...] Y es que situaciones diferentes deben estar sujetas a condiciones o normas distintas. (Corte de Justicia de Catamarca, 2008)

La concepción de igualdad formal que se limita a confirmar que aquellos que se encuentran en la misma condición sean tratados de forma idéntica es la forma más débil del examen de igualdad, por lo que como hemos visto, los organismos jurisdiccionales han avanzado hacia un análisis o control de la razonabilidad del criterio establecido (Clérico et al., 2013, p. 118). En “Ponce c. Estado Provincial” (Corte de Justicia de Catamarca, 2018b), la Corte introduce algunos parámetros interpretativos para determinar esa relación de razonabilidad aplicada a los actos administrativos del Poder Ejecutivo, que se reiteran de manera idéntica en otras causas posteriores.<sup>6</sup> Allí, la actora persigue el cobro retroactivo de una diferencia salarial que le corresponde por su recategorización, derecho que ha sido concedido a otras personas en casos similares, y que le es denegado porque no existía la vacante en la partida presupuestaria correspondiente:

En esa inteligencia, la violación del principio de igualdad exige: a) identidad de supuestos resuelto en forma diferenciada; b) identidad del órgano administrativo emisor; c) ausencia de motivación objetiva y razonable o elemento externo importante que justifique un criterio diferente; d) que en la desigualdad dispuesta no exista una relación de proporcionalidad

---

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, la Sentencia Definitiva N° 23/18. CARRIZO, Miguel Eduardo c. OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS (OSEP) s/ Acción de Amparo; Sentencia Definitiva N° 05/19. SANTILLÁN, José Claudio c. PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA s/ Acción Contencioso Administrativa.

entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Estas exigencias, sin mayor análisis se aprecian patentizadas en el caso bajo examen y configuran la vulneración del citado principio constitucional.

Lo que en realidad agravia es la caprichosa discriminación en el trato de quienes se hallan en paridad de condiciones y tienen aptitud de exhibir una misma situación jurídico-subjetiva tutelada. En definitiva, si existe facultad discrecional, como sostiene la Administración, y ella se ejerce en forma desigual respecto de quienes se hallan en similar situación, puede incurrirse en un vicio de juridicidad en el supuesto de que las diferencias impuestas, no se sustenten en motivos serios, objetivos y razonables como se da en este caso. (Corte de Justicia de Catamarca, 2018b)

## **6. El examen de igualdad jurídica material en la jurisprudencia de Catamarca**

Como hemos sostenido, el concepto de igualdad formal resulta insuficiente para realizar la garantía de igualdad en términos constitucionales; por ello es que se han desarrollado jurisprudencialmente construcciones en torno a la fundamentación de los criterios distintivos. No solo bastará que todas las personas que reúnan determinadas condiciones sean tratadas de la misma manera, sino que estas condiciones sean objetivas y razonables. (Roncoroni, 2019, p. 108). La razonabilidad de las motivaciones se ha visto sometida a análisis de diferente intensidad según los casos. En el presente apartado haremos un recorrido del diferente nivel de exigencia que se ha establecido en cada uno de ellos.

### **6.1. Control de razonabilidad en la aplicación de la ley penal**

La Corte local, en ejercicio de su competencia de casación penal ha resuelto en una multiplicidad de casos sobre la constitucionalidad del Artículo 76 bis del Código Penal que excluye del beneficio de suspensión del juicio a prueba en los casos de delitos que tienen prevista la pena de inhabilitación:

Sobre dicho principio consagrado en el art. 16 de la Carta Magna, el que es definido como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias [...] la igualdad o desigualdad de trato a las que deben sumisión los jueces no son otras que las razonablemente establecidas por el legislador con arreglo a las idénticas o diferentes circunstancias, respectivamente [...] en este caso existe un especial interés del Estado en esclarecer la responsabilidad del imputado, para adoptar prevenciones al respecto lo que importa continuar el juicio hasta una sentencia definitiva. (Corte de Justicia de Catamarca, 2010, entre otros)

Como podemos apreciar, en estos casos la Corte utiliza un control leve, también llamado control de mera razonabilidad. En este examen será suficiente que exista alguna relación de idoneidad entre el medio y el fin. La norma mantendrá su validez si esta distinción está asociada a un propósito legítimo del Estado. Este fin debe ser solo legítimo, no imperioso ni importante (Roncoroni, 2019, p. 112). En consecuencia, se establece en consecuencia que quien quiera cuestionar la legitimidad de la norma o la finalidad perseguida deberá demostrar la incompatibilidad de la misma con la garantía de igualdad:

Por ello, el agravio por la supuesta violación a la garantía de la igualdad exigía de la parte desconforme la demostración de la arbitrariedad de la restricción en cuestión (art. 76 bis, 8vo. Párrafo, del CP), por la hostilidad o persecución que esa discriminación legal expresa; sin que esa faena haya sido satisfecha en el recurso, que no demuestra que sea injustificado el manifestado interés del Estado, en esclarecer en el juicio los delitos supuestamente cometidos que tengan prevista pena de inhabilitación para, en su caso, adoptar las prevenciones necesarias. (Corte de Justicia de Catamarca, 2017a)

Como podemos apreciar, la deferencia al criterio del legislador es prácticamente total, y la doctrina legal se aplica en multiplicidad de casos sin mayores escrutinios de personas o circunstancias. En estas situaciones observamos que una aplicación estricta de la distinción legal implica que la norma se aplique a una diversidad de supuestos en los que del análisis de los hechos concretos podría surgir que esto no es necesario o adecuado para cumplir la finalidad de la ley. Además de que existan otros mecanismos alternativos al reproche penal que satisfagan mejor el interés general.

## **6.2. El control de facultades discrecionales de la administración pública**

Esta máxima deferencia con relación a las diferenciaciones establecidas por el Estado se reiteran en el ejercicio de los poderes discrecionales en la órbita de las facultades administrativas. Así sucede por ejemplo en el caso “Barrionuevo c/Hospital de Niños” (Corte de Justicia de Catamarca, 2015c) donde la actora, Licenciada en Trabajo Social reclama el restablecimiento en un puesto de conducción en el que había sido designada con carácter precario hasta la sustanciación del correspondiente concurso, y que luego fuera removida para designar en su lugar a un profesional médico.

La Administración en una evaluación absolutamente discrecional de las circunstancias del caso en que se desenvuelve la relación precaria, puede naturalmente concluir que dicha continuidad no resulta adecuada al interés público comprometido [...] Al respecto solo he de decir que la garantía de igualdad no se encuentra afectada, por el hecho de que la Administración contemple aquella situación a la que he hecho referencia, y decida en base a una necesidad funcional del servicio, que el cargo de jefe de Departamento sea desempeñado por un profesional médico, pues la diferencia marcada entre un asistente social y un médico, no es arbitraria ni caprichosa, ni importa, como afirma la recurrente una ilegítima persecución o un indebido privilegio reconocido a los médicos, si como puedo observar, el perfil de uno y otro profesional entraña una lógica y natural diferencia que justifica -por las limitaciones que la Administración encuentra- la remoción de la actora que como asistente social no cuenta con el perfil necesario para satisfacer el interés público. (Corte de Justicia de Catamarca, 2015c)

Un caso que aparece como complejo desde el punto de vista argumental de su fundamentación es Puentes c. Estado Provincial (Corte de Justicia de Catamarca, 2019d). Los hechos sitúan a un empleado del poder judicial quien, tras la sustanciación de un sumario es sancionado administrativamente con la cesantía en su empleo por el hurto en grado de tentativa de un producto en un supermercado. Tras el sobreseimiento en las actuaciones penales, el empleado cesanteado cuestiona la razonabilidad de la sanción recibida en el procedimiento sumarial. Allí la mayoría del Tribunal argumenta en torno a la independencia de los procesos

administrativos y penales y sostienen la legalidad y razonabilidad de la sanción, en virtud de las pruebas producidas en el sumario.

Lo curioso del caso deriva del análisis que introduce el Ministro subrogante Bastos, al que adhiere el Ministro subrogante Contreras, quien inaugura su voto definiendo la garantía de igualdad contenida en el Artículo 16 de la CN y que trae a colación precedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del principio de igualdad a diferentes supuestos. Continúa su exposición al encuadrar el caso en un supuesto de igualdad de trato para iguales en su rol de empleados del poder judicial, a quienes la Constitución garantiza su empleo mientras dure su buena conducta. Seguidamente expresa:

Se aprecia fácilmente que el tema referido a la actuación-comportamiento, de todos los integrantes de este Poder del Estado, debe estar siempre escoltado por el carácter de recta conducta, la circunstancia por la que se dispuso la cesantía del actor queda atrapada por aquella manda, posiblemente si esto se hubiere dado en una relación laboral privada, regida por la Ley de Contrato de Trabajo, pudiere haberse calificado de excesiva, pero no en el presente, toda vez que se ejecutó por un integrante del Poder Judicial, institución que debe mostrarse y mantenerse intachable, por la encomiable misión que tiene asignada.

La construcción del principio de igualdad y el encuadre del caso dentro del mismo resulta cuestionable, ya que para fundamentar la razonabilidad de la sanción pareciera acudir a una diferenciación ética entre las personas sometidas al régimen de empleo público con aquellas sometidas al régimen de empleo privado, que le impone una obligación reforzada de rectitud a los primeros, distinción que carece de sustento legal y que aparece como infundada.

### **6.3. La edad como categoría sospechosa. Los fallos Cáceres y Sesto de Leiva**

La Corte local ha tenido la oportunidad de establecer su posición en relación a la validez del criterio edad máxima como condición para ejercer la magistratura en dos casos que tienen como protagonistas a integrantes del cuerpo, razón por la cual los casos son resueltos por ministros subrogantes.

La Constitución Provincial establece en su Artículo 195: “Los magistrados e integrantes del Ministerio Público son inamovibles mientras dure su buena conducta, observen una atención regular de su despacho, no incurran en negligencia grave o desconocimiento inexcusable del derecho y *hasta cumplir la edad de sesenta y cinco años*” (destacado propio).

El Ministro José Cáceres y por otro lado la entonces Ministra Amelia Sesto recurren por vía de una Acción Autónoma de Inconstitucionalidad, en contra del Estado Provincial, con la solicitud de que se declare la inconstitucionalidad del citado artículo. Reclaman, entre otros argumentos que no abordaremos, que la edad establecida como límite es inferior a la Constitución Nacional y que no se establece la posibilidad de un nuevo acuerdo como en esta, lo que a su criterio afectaría la coherencia con el orden federal. Las aparentes similitudes con el fallo “Fayt” (CSJN, 1999) se utilizan como argumento para sostener la inconstitucionalidad de la norma, pero la plataforma jurídica que subyace en ambos casos es muy diferente, en especial, porque ambos Ministros fueron designados con posterioridad a la reforma constitucional,

sobre la que no pesa ninguna de las objeciones procedimentales que se achacan al procedimiento reformador de 1994.<sup>7</sup>

Esto ha motivado que la fundamentación en estos casos se haya centrado en el asunto del límite de edad como límite a la inamovilidad de los magistrados.

Bidart Campos, respecto de la limitación por la edad del ejercicio de alguna actividad, se pronuncia en el sentido de que todo fin debe ser alcanzado con medios aptos y proporcionados, poniendo énfasis en resaltar que la circunstancia de superar un límite de edad (determinado) es totalmente arbitrario y no significa que se carezca de aptitud técnica para desempeñar determinadas funciones por lo que el mero parámetro de la edad no es, considerado constitucionalmente un medio apto ni proporcionado [...] Una limitación así, que no puede ser vencida siquiera con la acreditación de la aptitud profesional y la idoneidad para el cargo, es francamente discriminatoria y contradice abiertamente el derecho a trabajar con igualdad ante la ley. (Corte de Justicia de Catamarca, 2013a; Corte de Justicia de Catamarca, 2013b)

El voto del Ministro Julio Eduardo Bastos (subrogante) que inaugura el acuerdo, contiene una gran cantidad de citas de fallos nacionales y comentarios a los mismos, en el sentido de establecer que la edad configura una categoría sospechosa de discriminación.

Es de sospechar la norma que fija un tope de edad, presumiendo que quienes la sobrepasan, carecen por ello, de aptitud de idoneidad, por ejemplo, para seguir ejerciendo la profesión notarial o cualquier otro oficio para el cual la persona se haya capacitado o para ingresar al sistema (v.gr. educativo), lo que no resiste una valoración objetiva. (Corte de Justicia de Catamarca, 2013a; Corte de Justicia de Catamarca, 2013b)

Llegamos entonces a la conclusión de que la Corte ha aplicado en estos casos el máximo rigor en el análisis en los términos de la igualdad sustancial que hemos descripto, invirtiendo para estos casos la carga de la prueba, debiéndose demostrar un interés “sustancial” para sostener la validez del mismo:

la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local so lo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente para una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada” [...] el Estado (no) tomó a su cargo señalar, cuál es el interés público, al que se persigue arribar con la aplicación de la cota fijada por el texto Constitucional Provincial y por supuesto no señaló el fin a resguardar. (Corte de Justicia de Catamarca, 2013a; Corte de Justicia de Catamarca, 2013b)

---

<sup>7</sup> Cabe destacar que el precedente jurisprudencial citado como antecedente de la causa (Corte de Justicia. Lilljedahl c/Estado Provincial, 2006), había sido resuelto por estas dos personas en calidad de Ministros.

Esta posición difiere de la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema nacional, y de las tendencias regionales, donde la edad no ha sido una categoría sospechosa de discriminación, y se han aplicado análisis leves a intermedios (Treacy, 2011; Clarico, Roncoroni y Aldao, 2013).

Un párrafo aparte merece la argumentación realizada por el Dr. Bastos, quien pretende introducir el concepto de discriminación indirecta en un razonamiento, cuando menos, obscuro y confuso, vinculando el límite de edad para el ejercicio del cargo con el derecho a la jubilación, y la diferenciación que se produce a su criterio con relación a las mujeres, quienes podrían voluntariamente superar la edad legal establecida para su jubilación:

Debo decir que si tomamos como parámetro la edad de 65 años señalada por la Constitución como límite para el ejercicio de la Magistratura, con carácter general, estaríamos también creando una situación de *discriminación inversa*, pues si efectuamos un cotejo de tal término, con la edad para jubilarse, tenemos que para la mujer se ha establecido la edad de 60 para obtener el beneficio previsional y se le permitiría, por decisión propia continuar en el cargo hasta los 65, logrando así un plus de cinco años, situación que no se asimila con la del hombre, por cuanto el requisito para jubilarse es el de haber cumplido los 65 años, no resultando aplicable aquel plus al que hice referencia, ello constituye una *real discriminación*. (Corte de Justicia de Catamarca, 2013a, Voto del Dr. Bastos a la primera cuestión planteada)

## 7. La protección del derecho a la salud en condiciones de igualdad

La protección de la salud es uno de los temas en donde el principio de igualdad ha tenido su más fecunda labor jurisprudencial en el ámbito provincial, en línea con la tendencia regional en la materia. Son varios los estudios que profundizan sobre las causas y consecuencias de este fenómeno, que en algún momento fue celebrado, pero que su proliferación y persistencia en el tiempo, hoy implica reflexiones más profundas y amplias de las que éste trabajo pretende abordar.<sup>8</sup>

En el presente apartado nos proponemos sintetizar las principales líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte Provincial.

En especial, en Catamarca se observan acciones contra la Obra Social de los Empleados Públicos de la Provincia (OSEP), única prestadora sometida a la competencia de los tribunales locales.

En los casos referidos a la materia hemos podido observar respuestas proactivas de un tribunal movilizado especialmente en temas de salud. Así, por ejemplo, en “Molina, Claudia Alejandra c/OSEP” (2014) la actora deduce acción de amparo persiguiendo la entrega de la medicación necesaria para completar la tercera y cuarta sesión de su tratamiento de quimioterapia, denegadas por la obra social en virtud de un faltante, lo que ponía en riesgo su salud. Al momento de resolver el amparo, la entrega ya se había practicado en su totalidad, lo que devino en una causa abstracta. De todas maneras, el Tribunal aprovechó la oportunidad para advertir a las autoridades que “las prestaciones que debe brindar el organismo demandado, no pueden quedar sometidas a las vicisitudes administrativas,

---

<sup>8</sup> Ver por ejemplo Bergallo (2013).



económicas o comerciales del mismo [...] ya que lo que está en juego es la salud, en suma, la vida de una persona”.

Se observa el espíritu proteccionista de nuestro más alto Tribunal, en el caso “Olmos, Ana Beatriz c/Estado Provincial s/Acción de amparo por mora” (Corte de Justicia de Catamarca, 2013c) al decidir la reconducción o reencauzamiento de la acción de amparo por mora planteada, en un amparo (*mandamus* o mandato de ejecución). En este interesante caso, la actora promueve un amparo por mora para perseguir la entrega de una nueva silla de ruedas acorde al crecimiento del niño con discapacidad, derecho reconocido mediante el correspondiente acto administrativo, pero pendiente de ejecución por más de un año a la fecha de la demanda. Allí, el Tribunal reflexiona sobre el propósito legal del remedio procesal incoado, el que técnicamente procede para los casos en los que la Administración omite el dictado de la decisión correspondiente, concluyendo que no se trata del mecanismo procesal idóneo para el caso.

¿Puede este Tribunal mutar la calificación de la acción? La respuesta es afirmativa. Considero que es correcto cambiar de oficio la calificación de la acción intentada, inclusive cuando los procedimientos son distintos y el tribunal considera que es materia de la Corte. En efecto, éste no solo puede, sino que debe reencausar la acción incoada, declarar su competencia y resolver sobre el fondo de la cuestión [...] De no contemplarse el reencauzamiento, se entraría en colisión con el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir llevar a la práctica derechos fundamentales como el de la salud y se niega esta tutela judicial efectiva cuando su protección es impostergable [...] *máxime si sus titulares se encuentran en condiciones de profunda y notoria debilidad que requiere de una atención y protección preferente por parte del Estado que obste la consolidación de desigualdades y la profundización de la exclusión.* (Corte de Justicia de Catamarca, 2013c) (El destacado me pertenece)

Vemos cómo el Tribunal aplica al caso el también excepcional proceso del *mandamus* o mandato de ejecución, al que califica de “remedio excepcional, presupuesto en orden a urgencia, irreparabilidad del daño, gravedad, ilegalidad manifiesta, procedimiento excepcionalísimo” tendiente a solicitar judicialmente la ejecución de un deber concreto de un funcionario o ente público y resuelve ordenando la entrega de la silla de ruedas en el plazo de 10 días.

En la mayoría de los casos al tratarse de cuestiones que requieren una solución inmediata es muy frecuente que el amparo de salud se acompañe con una solicitud de medidas provisorias urgentes. La Ley Provincial N° 4642 solo prevé la tutela cautelar a través de la medida de no innovar (art. 9) la que puede ser dictada a pedido de parte o incluso de oficio, aunque de ello no se puede inferir de ninguna manera la inviabilidad de otras medidas por aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial. Esta herramienta procesal queda supeditada al cumplimiento de los clásicos requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la contracautela, que necesariamente deben ser evaluados, sin perjuicio de la ponderación que en cada caso realice el Tribunal.

En múltiples ocasiones la Corte de Justicia se ha manifestado:

En la materia específica de las tutelas cautelares, este Tribunal a través de sus distintas integraciones, en principio sostiene que la presunción de validez de que gozan los actos

de la Administración Pública, exige de una interpretación restrictiva en la determinación de su procedencia. No obstante y excepcionalmente las ha acogido en supuestos en que se afecta el derecho a la salud, comprendido dentro del derecho a la vida. (Corte de Justicia de Catamarca, 2006 entre otros)<sup>9</sup>

El análisis de la verosimilitud del derecho se concentra en la demostración *prima facie* de la ilegitimidad de la actuación de la Administración y, fundamentalmente sobre el peligro en la demora, que se configura por el deterioro que puede sufrir la salud del amparista por el transcurso del tiempo sin recibir la atención necesaria. Así encontramos una variedad de supuestos en que se ha otorgado la tutela cautelar (que ordenan desde la entrega de medicamentos, hasta la realización de intervenciones quirúrgicas de gran complejidad) y otros tantos en que ha sido denegado por considerar que alguno de los recaudos no se encontraban acreditados o incluso por factores externos, como la indisponibilidad del medicamento requerido en el comercio regular.<sup>10</sup>

El derecho a la salud ha tenido una especial atención cuando la persona protegida está incluida en los grupos en situación de desventaja, y especialmente en los últimos años esta protección especial se ha manifestado en una multiplicidad de casos, lo que hace alusión a los compromisos internacionales asumidos por el país para su tutela. Sucede en muchos casos que la intersección de múltiples factores, colocan a los amparistas en una situación mayor de desventaja que supo ser resuelta en sentido favorable en múltiples oportunidades.

Así por ejemplo, el Tribunal ha condenado a la prestadora de salud en “Silva c/Osep”, a la cobertura *sin dilaciones* del implante coclear solicitado por una niña con una serie de discapacidades, derecho que había sido reconocido por la obra social, pero que no se había efectivizado con fundamento en la intempestiva devaluación que había tenido la moneda nacional frente al dólar.

Si bien es cierto que las situaciones de crisis cambiarias en la historia económica de nuestro país han sido reiteradas, no se puede supeditar el derecho a la salud a las constantes fluctuaciones económicas que padecemos, pues la tutela del derecho a la salud es un mandato constitucional: art.75, inc.23 del de la Constitución Nacional: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes [...], en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” (Corte de Catamarca, 2019a)

La perspectiva de discapacidad es destacada como uno de los principales cambios en el paradigma de la Corte de los últimos tiempos, teniéndose en cuenta los lineamientos de los tribunales internacionales, y en particular, el lenguaje que se emplea

---

9 Podemos citar, entre otros, Corte de Justicia de Catamarca (2006), “Urquiza, Patrocinio Guillermo c/OSEP”; Corte de Justicia (2015), “Reales, Carlos David (en representación de su hija discapacitada María del Valle Reales) c/OSEP”; y más recientemente “Bulacios, Daniel Ezequiel c/OSEP” Interlocutorio N° 149, 2017.

10 Corte de Justicia de Catamarca (2017), “Perea, Daiana Mercedes c/OSEP”.

en la redacción de las sentencias, y las directrices que se quieren impartir como máximo tribunal de la provincia (Entrevista a Ministra Rosales Andreotti, 2022).

La adopción de la CDPD tiene como uno de los principales efectos el abordaje de la discapacidad; esto es, la consideración de la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Ello supone que las personas con discapacidad no son “objetos” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son sujetos de derechos humanos.

Como consecuencia de ello, dicen los autores en comentario, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de las otras personas o de los gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos. (Corte de Justicia de Catamarca, 2019b)

La cantidad de casos que se presentan en los tribunales con resultado positivo, sin dudas representa un avance para la justiciabilidad del derecho a la salud. Sin perjuicio de eso, el predominio del estilo de litigación tradicional no da solución a las desigualdades ni a las limitaciones de gestión estructurales en términos de políticas públicas. De hecho, hasta puede contribuir a profundizar las desigualdades (Bergallo, 2013, p. 60).

La totalidad de los casos que analizamos en Catamarca corresponden a demandantes individuales, y en la gran mayoría de los casos relevados el demandado es una prestadora de salud, lo que implica que la persona titular del derecho está empleada formalmente o depende de alguien que está empleada formalmente.

La persona que, disconforme con la respuesta del sistema de salud recurre la decisión y supera todas las instancias hasta llegar a la Corte, es una persona que cuenta con recursos para hacerlo, y por lo tanto, los casos que llegan al Tribunal son solo una pequeña muestra de la realidad. La reiteración de reclamos idénticos evidentemente conspira contra la garantía efectiva del mismo. En los casos donde los intereses individuales son homogéneos y las prestaciones son necesariamente continuadas en el tiempo (como por ejemplo, la provisión de cuidadores domiciliarios o maestras integradoras), sería útil un planteo colectivo que permita al Tribunal resolver con alcance general un planteo (Entrevista a Ministra Rosales Andreotti, 2022).

## **8. Hacia una concepción más estructural del derecho a la igualdad**

Como ya se ha expresado previamente, el examen de igualdad jurídica material desarrolló mecanismos de control bien exigentes para proteger a los individuos contra la discriminación, pero resulta insuficiente como herramienta argumentativa para resolver las diferencias de poder que se generan entre diferentes grupos en nuestras sociedades. En los casos en que estas realidades no son observadas y consideradas por el derecho, el sistema de jerarquías establecido de facto favorece la opresión o subordinación de las personas colocadas en situación de desventaja o mayor vulnerabilidad por la posición social determinada en esa estructuración. A continuación analizaremos cómo estas realidades han permeado en la jurisprudencia de la Corte local.

### **8.1. La igualdad en las relaciones de consumo**

Una de las materias en donde la Corte ha aplicado esta concepción estructural del principio de igualdad es la protección de los consumidores:

El constituyente entendió que se debía dar protección constitucional a esta nueva categoría de sujetos de derecho que se produce en la relación de consumo [...] considerados los débiles en esa relación jurídica, como en el siglo pasado lo era el trabajador, hoy en semejante situación jurídica se encuentran los consumidores quienes se ven sometidos a contratos de adhesión y merecen la tutela del Estado. En definitiva, el constituyente busca la igualdad sustancial entre las partes, y para que ésta opere, precisa elevar al consumidor al nivel del proveedor. (Gómez, Claudio D. citado en Corte de Justicia de Catamarca, 2016)

En el caso referido, la empresa proveedora cuestiona judicialmente una sanción impuesta en el procedimiento administrativo de consumo, puesto que considera que las reglas de la carga de la prueba se han invertido ilegítimamente en su perjuicio.

Similar intento argumentativo realiza la actora, cuando plantea que en la causa se invierte ilegítimamente la carga de la prueba, pues la incorporación que en la ley específica se hace del principio de la carga dinámica, impone mayores obligaciones en cabeza del empresario, y lo hace precisamente para paliar la esencial desigualdad que la propia Constitución Nacional reconoce en las relaciones de consumo y a favor del consumidor como su eslabón más débil, por lo que los agravios analizados deben desestimarse. (Gómez, Claudio D. citado en Corte de Justicia de Catamarca, 2016)

Aquí se observa claramente cómo el derecho recoge la noción de desigualdad de poder entre dos extremos de una relación contractual, y se inclina a favor de la parte más vulnerable otorgando ventajas probatorias sin las cuales, la eficacia de su protección legal se vería disminuida.

### **8.2. Discriminación laboral**

Esta misma lógica se ha aplicado al decidir sobre el despido discriminatorio sufrido por un trabajador en función de su actividad gremial. El caso “Varela c. Disco” (Corte de Justicia de Catamarca, 2019c) vuelve a la Corte provincial para que emita una nueva sentencia por orden de la CSJN (2018) al considerar que no se había aplicado la doctrina legal vigente en la materia. En esta nueva intervención, el máximo tribunal local se encuentra integrado por los dos ministros que se incorporan en el año 2016 y tres ministros subrogantes en reemplazo de quienes emitieron el fallo que resulta revocado por el recurso federal.

El trabajador Varela prestaba servicios en un supermercado cuando, con apoyo de sus compañeros, inició los trámites requeridos para la elección de un delegado gremial. En ese contexto es sancionado por el empleador por una supuesta tardanza, que cuestiona, y como respuesta es despedido con causa por “conducta agravante”.

La Corte local entiende que en los vínculos laborales hay una relación desigual entre el empleador y el trabajador, y que le corresponde al derecho balancear esa diferencia de poder. En esta consideración se protege a la parte más débil del binomio, en especial cuando el empleado despliega actividades sindicales, situación que lo coloca en un rol de mayor exposición, y por lo tanto, mayor

vulnerabilidad. Por esta razón, el principio de no discriminación se impone como límite a la libertad empresarial: “el empleador tiene prohibido discriminar al trabajador mientras se encuentre vigente la relación laboral, y en consecuencia es un desatino invocar la libertad de contratar porque sería reconocer el ejercicio de un derecho para cometer un acto ilícito” (Corte de Justicia, 2019c).

En ese contexto, se advierte que uno de los mayores problemas de índole procesal es la probanza de la discriminación, que puede constituir un obstáculo insuperable para la reparación del perjuicio. Por eso el Tribunal recurre a la técnica del escrutinio estricto, invirtiendo la carga de la prueba:

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración del derecho fundamental. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del Tribunal de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal. (Corte de Justicia, 2019c)

Es decir que en estos casos, a los fines de probar la discriminación que se produce en el ámbito de una relación desigual de poderes, el interesado solo deberá demostrar de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón, y corresponderá al demandado la demostración del móvil totalmente ajeno. Esta regla de excepción se constituye como una verdadera medida de protección especial del Estado para un grupo en situación de desventaja causado por la estructuración sociopolítica de nuestras sociedades. En ellas, los empleadores tienen preeminencia sobre los trabajadores y opera en favor de estos últimos para brindarles mejores herramientas en el ámbito del derecho procesal para prevenir la discriminación en las relaciones de trabajo, desde una concepción sustancial del derecho a la igualdad.

## **9. La perspectiva de género en la corte local**

Como hemos expresado previamente, el impacto que ha tenido el desarrollo del concepto de discriminación estructural sobre los derechos de las mujeres en la región es de muchísima trascendencia, ya que ha permitido visibilizar y cuestionar los patrones culturales naturalizados que impulsan la violencia de género, y construir estándares de actuación judicial para la justicia de estos casos.

Este enfoque de desigualdad estructural con perspectiva de género ha sido uno de los principales aportes que el sistema regional de protección de derechos humanos ha realizado al principio de igualdad en el derecho interno, y en particular ha permeado en las decisiones de la Corte de Justicia de Catamarca, lo cual es uno de los temas en los que se refleja en mayor medida la influencia de la jurisprudencia interamericana (entrevista a Ministra Rosales Andreotti, 2022).

Podemos identificar este enfoque de género en una multiplicidad de casos que hemos resumido en tres principales temas que desarrollaremos a continuación.

### 9.1. Perspectiva de género en el derecho penal

Como ya se ha manifestado previamente, aplicar la mirada de género en el análisis de un caso particular implica detenerse especialmente en la estructura social que habilita la discriminación y que atrapa a mujeres, niñas y adolescentes en situaciones, condiciones y estados de subordinación, dominación u opresión y que juegan en contra del goce efectivo de sus derechos.

La violencia de género tiene su origen en relaciones de poder desiguales generadas por una cultura que socializa a los varones como superiores y a las mujeres como subordinadas a ellos, a unas leyes y a un Estado que no protegen a las mujeres de las consecuencias violentas de aquella desigualdad; la violencia de género no es principalmente un problema privado. Pertenece y se encuentra favorecido, apoyado y perpetuado por la sociedad, es un problema público de enorme relevancia que se manifiesta en las relaciones íntimas. (Corte de Justicia de Catamarca, 2021b)

Los casos de derecho penal son, quizá, la muestra más evidente y extrema de esta vulneración, razón por la cual el Estado tiene obligaciones reforzadas que cumplir, y que impone a los tribunales un enfoque diferenciado y especial en la solución de los casos traídos a su consideración.

La incorporación de la perspectiva de género a la interpretación de la norma penal es una exigencia del principio de no discriminación y no debe ser confundida con una especie de aplicación benevolente hacia las mujeres por el hecho de ser víctimas de violencia o simplemente por ser mujeres. (Corte de Justicia de Catamarca, 2021b)

Una de las obligaciones asumidas en materia de erradicación de la violencia con la mujer es la investigación y sanción de la misma, razón por la cual, en interpretación armónica de todo el ordenamiento normativo que rige la materia, el Tribunal ha denegado la suspensión del juicio a prueba cuando hay indicios que la violencia de género se encuentra latente en el caso sometido a juzgamiento.<sup>11</sup> En este sentido, la CIDH no recomienda los métodos de conciliación o mediación para la resolución de estos casos, ya que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones y, además, la experiencia ha demostrado que los agresores no cumplen con los acuerdos, aumentando el riesgo físico y emocional de las víctimas (2017, párr. 161).

Al aplicar los lineamientos de la CIDH, la jurisprudencia de la Corte IDH y la CSJN, la Corte local ha decidido en una multiplicidad de casos que todo hecho de violencia dirigido contra la mujer debe ser necesariamente enmarcado en los lineamientos sentados en la citada Convención de Belem do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

---

11 Recordemos que la suspensión del juicio a prueba es un instituto regulado en el Código Penal en el artículo 76 bis, según el cual, para los delitos considerados menores, la persona imputada en un proceso penal puede solicitar que se interrumpa dicho proceso, con el requisito de someterse a cumplir determinadas condiciones durante un período de tiempo, entre las que enumeramos: no cometer un nuevo delito, reparar los daños ocasionados y el cumplimiento de reglas de conducta establecidas. Si el imputado cumple con las condiciones exigidas se extingue la acción penal.

Estos imponen al Estado la investigación y sanción de los hechos de violencia contra las mujeres, razón por la cual no considera aplicable a estos casos la terminación de los procesos sin la correspondiente declaración de responsabilidad.

Es por ello, que en este momento en particular, de reconocimiento y afrontamiento de la violencia de género como un problema grave y lesivo de los derechos humanos fundamentales, resulta inviable la concesión de la suspensión del juicio a prueba [...] En este orden de ideas, pongo de resalto que si bien se ha sostenido que la necesidad de encontrar alternativas para la resolución de conflictos, se funda en criterios de oportunidad política, económica y social, y que el objetivo principal radica en “mejorar la calidad del servicio de justicia”; entiendo que el servicio de justicia que requieren los casos a los que se alude, se verá sumamente enaltecido si sus operadores logran garantizar la efectiva defensa de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. En efecto, asegurar en estos casos el acceso de la mujer a la justicia para que se protejan sus derechos, constituye un deber estatal indeclinable. (Corte de Justicia de Catamarca, 2015a)

En el mismo sentido, y al atender a la relación desigual que se verifica entre víctimas de violencia y sus victimarios es que se ha negado el avenimiento o perdón en casos de violencia sexual. Esta doctrina se ha aplicado a hechos anteriores a la reforma legal que derogó la figura, con fundamento en las obligaciones internacionales de rango constitucional.<sup>12</sup>

en ciertos delitos, la introducción de figuras conciliatorias encubre el verdadero desprecio por los derechos fundamentales de las víctimas y la consagración de impunidad de sus autores [...] En la señalada dirección, constato que el instituto del avenimiento, actualmente derogado y cuya aplicación al caso pretenden los recurrentes, resulta inconciliable con las convenciones y los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional, razón por la cual, el mismo fue abolido”. (Corte de Justicia de Catamarca, 2015b)

También se ha aplicado el enfoque de interseccionalidad en delitos sexuales cometidos contra niñas, por su doble condición de vulnerabilidad como mujer y como niña, revirtiendo un fallo de primera instancia en el que se concedió la absolución por el beneficio de la duda al imputado, debido a que los testimonios de las víctimas presentaban algunas imprecisiones y aparentes contradicciones. El Tribunal dejó sentado el importante precedente que un enfoque integral de género impone consideraciones especiales en la apreciación de esos testimonios, que representan una valiosa prueba (y a veces la única):

De este modo, teniendo en cuenta que la violencia contra la mujer constituye una violación de derechos humanos y que, en el presente se trata de víctimas de abuso sexual infantil, doblemente vulnerables, por su condición de niñas y de mujer, el examen de la cuestión impone la incorporación de la “perspectiva de género” como pauta hermenéutica constitucional y como principio rector para la solución del caso, exigiendo para ello un análisis armónico e integral de la normativa nacional y supranacional vigente, todo ello, de conformidad a la prueba introducida oportuna y legalmente a debate; cuestiones que, advierto, han sido erróneamente apreciadas por el tribunal de juicio [...] siendo el hecho cometido en

---

<sup>12</sup> El avenimiento o “perdón” era la posibilidad, legalmente establecida en el Código Penal Argentino en su Artículo 132, de que la víctima de un delito sexual releva a su agresor del castigo penal. Esta figura fue derogada mediante Ley 26.738 en el año 2012.

perjuicio de personas menores de edad, resulta necesario ser extremadamente cuidadoso en la valoración de la prueba, pues se encuentra en juego la protección de los derechos del niño [...] Entonces, tratándose de víctimas de abusos sexuales –menores de 18 años- y revistiendo además la condición de mujeres -cuando la violencia ejercida sobre ella lo fue en razón de su género-, se encuentran doblemente protegidas por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial. Desde esta perspectiva debe ponderarse su testimonio, partiendo de su credibilidad, y sustentándose en prueba que corrobore su veracidad. (Corte de Justicia de Catamarca, 2020)

La mirada de género no solo ha sido aplicada en casos donde las mujeres se encuentran en la posición de víctimas de un delito, sino que además ha servido para valorar el contexto en el que las mismas son reprochadas como autoras de delitos. Tal es el caso de *Ana María* que es condenada en primera y segunda instancia por el homicidio agravado de su pareja. Reiteramos que esta segunda instancia es el recurso de casación que la Corte resuelve por unanimidad desestimar confirmando la sentencia condenatoria. Este fallo es recurrido a la CSJN, quien ordena al tribunal provincial que se emita un nuevo fallo teniendo en cuenta la perspectiva de género. En un nuevo análisis, la Corte local, integrada por los dos magistrados que se incorporaron en el año 2020 y tres jueces subrogantes resuelve sobreseer a la imputada al entender que se había tratado de un caso de legítima defensa en contexto de violencia de género:

si hay una institución en el derecho penal que puede resultar discriminatoria para las mujeres en caso de aplicarse de forma rígida y formalista es precisamente la legítima defensa, porque sus requisitos se elaboraron sobre el modelo de confrontación hombre-hombre, pensando en personas con fuerza semejante y posibilidades de respuesta también similares, lo que deja fuera del “grupo de referencia” a la mayoría de las mujeres, cuya menor potencialidad física para repeler un ataque violento puede exigir otro tipo de estrategias menos directas. (Corte, 2021b)

La perspectiva de género aplicada al instituto de la legítima defensa impone reconocer que ante la diferencia material de fuerza física, la equivalencia de los medios de defensa no puede ser exigida con la misma rigurosidad. Esto es más relevante si se considera el contexto de violencia de género, en el marco del cual, la víctima de violencia conoce a ciencia cierta que si su intento defensivo no es lo suficientemente eficiente se verá expuesta a represalias por parte de su agresor que podrían poner su integridad física y su vida incluso, en mayor peligro.

También reconoce la sentencia que, en esos contextos, el requisito de la actualidad del gravamen requiere una flexibilización, puesto que para una mujer inmersa en un círculo de violencia, la inminencia de la agresión está siempre latente. Agrava este caso en particular la condición de migrante de la mujer, situación que la coloca en una mayor vulnerabilidad social.

Al no tener ambos contendientes la misma fuerza ni socialización, debe entenderse que la actualidad de la agresión no refiere a que ésta se esté produciendo sino a que sea inminente y, por lo tanto, “las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente.



Es importante destacar que en este caso fue la intervención de la Corte nacional la que indujo el cambio de paradigma que se produce junto al cambio generacional que ya hemos descripto.

Estas tres grandes líneas que hemos recorrido, muestran un cambio sustancial en la valoración de los contextos de desigualdad estructural en función del género y las soluciones acordes que se están reflejando en las tendencias jurisprudenciales más actuales de nuestro máximo tribunal.

## **9.2. Fecundación *in vitro***

Un caso particular en el que observamos aplicada la perspectiva de género al derecho a la salud es en de “M.J.C. c/ OSEP” (Corte de Justicia de Catamarca, 2021c), donde una mujer soltera de 45 años, diagnosticada con esterilidad recurre por vía de amparo a la Corte para solicitar la cobertura del tratamiento de fecundación *in vitro* con donación de esperma.

La prestadora de salud le niega la práctica médica al fundarse en una reglamentación propia, según la cual se impone una edad máxima de 41 años para la mujer, además de requerir una pareja masculina que también se encuentre afiliada a la obra social, y rechaza la posibilidad de recurrir a un banco de esperma en cualquier caso.

En un extenso fallo, con votos razonados de varios ministros donde abundan las citas de instrumentos normativos y jurisprudencia nacional e internacionales, la Corte decidió por unanimidad hacer lugar a la acción de amparo.

Se resuelve que la reglamentación establecida por la Obra Social resulta contradictoria con la Ley 26.862 que reconoce a toda persona mayor de edad, cualquiera sea su orientación sexual o estado civil, tenga obra social, prepaga o se atiende en el sistema público de salud, el acceso de forma gratuita e igualitaria a las técnicas y procedimientos realizados con asistencia médica para lograr el embarazo. La normativa resulta manifiestamente inconstitucional por varios motivos pero, en lo que nos interesa destacar se advierte que reconoce un único tipo de familia, conformado por una pareja heterosexual de una edad determinada.

la Obra Social de los e. P. excluye deliberada y discrecionalmente, el supuesto de hogar monoparental, en que se encuentra la actora, negándole la posibilidad de cobertura de fertilización asistida *in vitro* con banco de semen (además de la edad, que supera el límite de 41 años establecido en la reglamentación de la Obra Social, Los requisitos establecidos piden una pareja y que ambos sean afiliados, y no cubre la donación por banco de semen. en definitiva, excluye hogares monoparentales y parejas del mismo sexo, incluso parejas de distinto sexo cuando tienen diferente cobertura médica o cuando se requiere la donación de gametos). (Voto de la Ministra Gómez, Corte de Justicia de Catamarca, 2021c)

El fallo recoge la tradición jurisprudencial del sistema interamericano, al reconocer la maternidad como una parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, integrante del derecho de formar una familia, y derecho a la vida privada. “El principio de igualdad y de no discriminación constituyen una dupla inescindible y que se proyecta al campo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aunado al concepto amplio de familia”. En determinados casos como el presente, la salud reproductiva y el derecho a disfrutar del progreso

científico son los medios necesarios para poder ejercer ese derecho en condiciones de igualdad. Como todo derecho, su ejercicio no requiere de justificación, sino que por el contrario, son las restricciones las que deben fundamentarse (voto del Ministro Figueroa Vicario, Corte de Justicia de Catamarca, 2021c).

No debe escapar al análisis, que la legislación referida concede particular prioridad y relevancia al derecho de formar una familia, relacionándolo con el derecho a la salud en sentido amplio, tanto en los casos de infertilidad médica como en los supuestos de *infertilidad estructural* que se configura en los casos, por ejemplo, de mujeres sin pareja, otorgándole así a la noción de salud un sentido amplio comprensivo también del aspecto psicológico. Derecho a la salud integral que es obligación del estado garantizar. (Voto de la Ministra Rosales Andreotti, Corte de Justicia de Catamarca, 2021c) (el destacado me pertenece)

El derecho a formar una familia y a la salud desde una perspectiva de género, implica garantizar a todas las personas la decisión libre de ser o no ser padre o madre en sentido genético o biológico (Corte IDH, 2012a, párr. 143), lo que implica atender no solo a las condiciones médicas, sino también el contexto de las personas, que incluye lo que la Corte denomina “infertilidad estructural”, concepto que incluye a hogares monoparentales y parejas del mismo sexo.

En este caso podemos apreciar el poder transformador que tienen las sentencias de los tribunales a partir de los casos individuales, ya que la declaración de inconstitucionalidad de la reglamentación, y la exhortación a adecuar su normativa a los estándares de derechos humanos surtieron efecto expansivo en la práctica, ya que como consecuencia de ello, la Obra Social modificó la reglamentación interna.

### **9.3. Derecho a la vivienda. Caso de desadjudicación**

En un reciente caso, la Corte de la Provincia ha tenido que intervenir para resolver una situación de grave afectación de derechos. Se trata del caso de “Ríos contra Instituto Provincial de la Vivienda” (Corte de Justicia de Catamarca, 2022), en el que una madre soltera de una persona con discapacidad resulta desadjudicada de la unidad habitacional que el Estado Provincial le había entregado a raíz de la denuncia formulada por la Defensoría oficial de que no era ocupada en forma permanente por ella y su hijo.

La mujer relata en su solicitud de amparo que además de su hijo, también se encuentra a cargo de su madre que vive en una localidad cercana, y que se traslada hacia allí todos los días a pernoctar, ya que en las frecuentes situaciones que el niño sufre desmayos o convulsiones, no cuenta con asistencia ni con un medio de movilidad para procurarla.

Del análisis de los autos se desprende que la vivienda es desadjudicada a una madre con un hijo menor con discapacidad a su cargo por padecer un retraso mental grave. Es arbitraria la falta de valoración que hace la Administración de esta circunstancia con la consecuente afectación del derecho a la salud, a la dignidad humana y a la vivienda que tiene ese menor, por lo que estimo que no se refleja una razonable valoración de las circunstancias de hecho y el derecho aplicable, siendo aplicable al caso las normas de protección contenidas en el bloque constitucional y de tratados internacionales, en especial en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Administración Pública resuelve la sanción sin respetar las garantías del debido proceso y especialmente vulnera el derecho a la vivienda digna del niño con discapacidad, al omitir aplicar al caso además de reglas procesales, como el derecho a ser oído, una perspectiva integral de derechos humanos, que incluya la perspectiva de género y de discapacidad.

Los fundamentos normativos del modo propuesto permiten afirmar que la Administración no solo no evaluó las circunstancias fácticas particulares que el caso concreto ameritaba, sino que incluso omitió tener en cuenta la normativa local e internacional aplicable al caso, como así también omitió aplicar en el caso, su función social en materia de acceso a la vivienda que la ley le impone, resolviendo en definitiva desadjudicar la vivienda, sin prestar especial atención a que se encuentran involucrados derechos fundamentales un menor en situación de discapacidad.

## 10. Los desafíos por cumplir

Hemos visto en el recorrido realizado un creciente compromiso con la protección del derecho a la igualdad con especial acento en las personas en situación de vulnerabilidad. Estas resoluciones judiciales nos parecen destacables, y un gran paso en la garantía de protección integral de las personas. Sin embargo, compartimos con la Ministra entrevistada la visión de que los casos que finalmente llegan a una solución por parte del Poder Judicial son una pequeñísima muestra de lo que sucede en la realidad de nuestra provincia:

La Corte tiene un rol igualador en términos de desigualdades estructurales muy importante. Ahora, que tenga un efecto transformador socialmente es otra cosa, porque nos falta romper con las desigualdades para el acceso. Entonces el problema para mí está en quién accede a la Corte, en términos de atravesar todas las instancias recursivas, superar todas las instancias para revisar las decisiones de la administración, lo mismo en un proceso de Amparo [...] Yo creo que la Corte tiene muchas cosas para mejorar en ese sentido, por ejemplo la capacitación y la apertura a la comunidad de la justicia me parece importante en términos de que las personas sepan qué pueden pedir, qué no pueden pedir, dónde, cómo. Me parece que necesitamos abrir instancias: *amicus curiae*, audiencias públicas, la oralidad, comunicarse con la ciudadanía. Hay muchas otras barreras que no van a mejorar únicamente con esto, pero creo que son herramientas, son señales. (Entrevista a Ministra Rosales Andreotti, 2022)

La provincia actualmente posee una población estimada de 420.000 habitantes, de los cuales un 39% se encuentran por debajo de la línea de pobreza.<sup>13</sup> Esto tiene graves implicancias para el efectivo goce de los derechos humanos, y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad (CIDH, 2017b). Sin embargo, y a modo de ejemplo, en nuestro relevamiento de la jurisprudencia de la Corte solo hemos observado una solicitud judicial de amparo por acceso a la vivienda, desestimada por motivos de incompetencia,

13 Según datos relevados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, correspondientes al segundo semestre de 2021. El informe realizado por la Dirección Provincial de Estadísticas y Censos de la Provincia puede consultarse en <https://www.estadistica.gob.ar/publicaciones/Ind.%20Socioecon%C3%B3micos%20abril2022.pdf>

razón por la cual aún no podemos conocer la opinión del tribunal sobre la materia. Es curioso también que en nuestra provincia, territorio históricamente habitado por población indígena, no existan a la fecha planteos judiciales vinculados con los derechos comunitarios que hayan llegado a conocimiento de la Corte.

Por otro lado, a pesar de ser una de las provincias pioneras en legislar las acciones colectivas en el año 2001, mediante la Ley 5034 que ya hemos comentado, prácticamente no ha tenido aplicación hasta la fecha, y en especial, no ha sido aplicada en casos colectivos de discriminación o de desigualdad estructural. El análisis de las razones por las cuales esta valiosa herramienta procesal no ha desplegado su potencia en estos veinte años excede los objetivos del presente trabajo, pero sin lugar a dudas amerita ser materia de estudios más profundos.

Puede conjeturarse, *a priori*, que uno de los motivos podría ser que no se ha consolidado en la provincia una red de profesionales del derecho que, a través de clínicas jurídicas u organismos defensores de derechos humanos posea actualmente las condiciones para iniciar y, especialmente sostener litigios complejos. Los medios de prensa y difusión también están convocados a hacer sus valiosos aportes en la divulgación de información que pueda contribuir al empoderamiento de la sociedad civil. Por último, pero no menos importante, es posible afirmar también que la universidad pública tiene una misión y un reto importante que cumplir en este aspecto.

Sin perjuicio de ello, creemos que una de las principales razones podría ser la falta de operatividad de la figura del Defensor del Pueblo en la Provincia, que sería el representante institucional natural de los intereses de grupos de personas. Cabe destacar que la figura fue creada por Ley 5.337 en el año 2011, pero la norma no fue reglamentada ni puesta en funcionamiento.<sup>14</sup> Es reconocida internacionalmente la importancia de establecer instituciones eficaces de promoción y protección de los derechos humanos dotadas de potestades jurídicas para poder articular las demandas sociales, independientes del poder político y de integración plural (ONU, 1993), razón por la cual su implementación sería un resorte importante para el acceso a la justicia, junto con el empoderamiento de la sociedad civil a través de la educación y la organización comunitaria para la conquista de los derechos.

---

14 Ver <https://www.elesqui.com/editorial/2017/7/15/por-que-catamarca-no-tiene-un-defensor-del-pueblo-254378.html>

## CONSIDERACIONES FINALES

En el recorrido que hemos realizado a nivel regional, nacional y local se ha podido advertir la evolución que tuvo el principio de igualdad y las formas en que el derecho recepta y acompaña la resignificación de su contenido.

Las tendencias jurisprudenciales que se reproducen en el ámbito provincial muestran que la concepción de igualdad como no discriminación es la más arraigada, pero este panorama parece verse enriquecido con visiones más estructurales del concepto. Estas nuevas miradas ponen de manifiesto la necesidad de una óptica de la realidad que vincule a la igualdad con los principios de no subordinación o no dominación de unos grupos de personas sobre otros, al indagar sobre las causas de las configuraciones sociales que permitan identificar, en cada caso, la desigual distribución de los recursos materiales, pero también de los recursos simbólicos en nuestras sociedades.

Las características de la discriminación estructural condicionan las posibilidades del derecho como herramienta para superar estas asimetrías, puesto que la mayoría de las veces las prácticas que configuran las desigualdades más profundas no son producto directamente de las normas, sino que permanecen ocultas en los patrones culturales de las sociedades, de manera más o menos indeterminada. Ello también aumenta las dificultades del proceso judicial como medio idóneo para evitar este tipo de discriminación, y para recomponer las situaciones injustas (Añón Roig, 2013, pp. 130-131). A esto se suma además que, en parte, el poder judicial está condicionado en la determinación de su programación, y por lo tanto en el establecimiento de las prioridades, ya que dependen de los casos que los ciudadanos someten a su decisión (Fiss, 1999, p. 158).

No obstante, el papel que cumplen los tribunales es central, ya que una perspectiva adecuada en el análisis particular seguramente brindará una solución reparadora al caso concreto, pero también tiene la virtud de trascender las partes de un determinado proceso y clarificar otras situaciones similares. Esto visibiliza las diferentes realidades en contextos de exclusión y brinda pautas orientadoras para los individuos y marcos interpretativos al desarrollo de políticas de equiparación.

En especial, el Máximo Tribunal tiene la función de conducir la política judicial y encauzar la conducta de sus integrantes, no solo en su función

administrativa de superintendencia, sino especialmente en diálogo con las instancias inferiores al señalar cuáles son los marcos de referencia para su actuación. En este sentido, los cambios que se han producido en la integración de la Corte provincial en los últimos años, que aumentan en cantidad las miradas sobre los asuntos sometidos a su decisión, también han provocado que se diversifiquen las opiniones y, como consecuencia, que sus integrantes deban intensificar sus esfuerzos argumentales para sostener sus respectivas posiciones. La renovada composición del tribunal está empezando a mostrar una mayor apertura a las tendencias regionales y nacionales en materia de igualdad, aunque al ser cambios tan recientes sería aventurado esgrimir mayores conclusiones en este aspecto.

En definitiva, el poder judicial envía todo el tiempo señales a la sociedad acerca de su mayor o menor permeabilidad a dar trámite y satisfacción a demandas de igualdad, lo que puede estimular o desincentivar las instancias judiciales como vías de solución a las necesidades jurídicas de esa índole.

La academia, y en particular la universidad pública, espacio desde el cual nos hemos posicionado al realizar el presente trabajo y estas reflexiones finales está llamada también a continuar realizando sus aportes desde diferentes roles. En primer lugar, con la educación de los futuros profesionales del derecho y la formación continua de los graduados al estimular el pensamiento crítico, las visiones estructurales y situadas de los derechos y el compromiso social. En segundo lugar, con la contribución de investigaciones científicas centradas en las necesidades y demandas sociales locales. En tercer lugar, en interacción con otras instituciones, participar en la construcción e implementación de políticas públicas. Finalmente, al fortalecer las diferentes herramientas y proyectos de incidencia concreta, como clínicas jurídicas, patrocinio jurídico gratuito, voluntariados, entre otros, para consolidarse como un puente eficaz para la defensa y promoción de las personas más vulnerables.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V., y Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Aldao, M., y Clérico, L. (2014). La igualdad "des-enmarcada": a veinte años de la reforma constitucional argentina de 1994. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 13, 6-30. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/63>
- Aldao, M., y Clérico, L. (2021). Igualdad multidimensional (redistribución/reconocimiento/participación) para revisitar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas. En *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 53-91.
- Amaya, J. A. (2017). Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. Rubinzal-Culzoni Ed. *Revista de Derecho Público. Los derechos económicos, sociales y culturales*, I, 43-61.
- Añón Roig, M. J. (2013). Principio Antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, 39, 127-157. <http://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/issue/view/12>
- Basterra, M. I. (2019). Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional. En Manili, P.L. (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina: a 25 años de la reforma de 1994: evolución doctrinal y jurisprudencial: democracia y participación política, nuevos derechos y garantías, reformas a la parte orgánica, consolidación del federalismo: análisis de los*

- convencionales constituyentes*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 315-330.
- Bazán, V. (2013). EL FEDERALISMO ARGENTINO: SITUACIÓN ACTUAL, CUESTIONES CONFLICTIVAS Y PERSPECTIVAS. *Estudios Constitucionales*, 11(1), 37-88.
- Beloff, M., & Clérico, L. (2016). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 139-178.
- Bergallo, P. (2013). Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. In S. Gloppen & A. E. Yamin (Eds.), *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* (pp. 59-95). Siglo Veintiuno Editores.
- Clérico, L., Roncoroni, L., & Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe. *Direito GV*, 9(1), 115-170. <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1293/2093>.
- Courtis, C. (2010, julio). Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado*, 24, 105-141. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/422/402>
- David, V., y Nash, C. (2010). Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En *Derechos Humanos y Juicio Justo* (pp. 159-212). Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos : COLAM - Organización Interamericana Universitaria. 10.34720/4w45-rs40
- Delfino, D., Roda, L., Brown, A., y Molina Pico, A. (2020). La situación de las comunidades indígenas Diaguita y Diaguita-Calchaquí frente al COVID-19 en el oeste de la provincia de Catamarca. En: *Informe ampliado: efectos socioeconómicos y culturales de la pandemia COVID-19 y del aislamiento social, preventivo y obligatorio en los Pueblos Indígenas en Argentina -Segunda etapa, junio 2020*. 118-125.
- Etchichury, H. J. (2019). Art. 75, inc 19. In R. Gargarella & S. Guidi (Eds.), *Constitución de la Nación argentina comentada*. Thomson Reuters La Ley.
- Fernández Valle, M. (2020). Las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana. In S. Álvarez Medina & P. Bergallo (Eds.), *Violencias contra las mujeres: relaciones en contexto*, Didot.
- Fiss, O. (1999). Grupos y la cláusula de la igual protección (R. Gargarella & G. Maurino, Trans.). In R. Gargarella (Ed.), *Derecho y grupos desaventajados* (pp. 136-167). Gedisa Editorial.
- Fraser, N. (1997). ¿De la redistribución al reconocimiento?. Dilemas de la justicia en la era postcolonialista. In *Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"* (pp. 17-54). Siglo del Hombre Editores.
- Grosman, L. S. (2008). *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. BPR Publishers.
- Hitters, J. C. (2012). El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la corte interamericana (supervisión supranacional. cláusula federal). *Estudios Constitucionales*, 10(2), 535-573.
- Maurino, G. (2007). Pobreza y discriminación: protección constitucional para los



- mas humildes. En *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario* (pp. 313-343). Lexis Nexis.
- Roncoroni, L. (2019, octubre 31). Repensando el principio de igualdad. *Isonomía*, 49, 103-140. <https://doi.org/10.5347/49.2018>
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo Veintiuno Editores.
- Salerno, G. (2019a). Igualdad y no discriminación. Reflexiones a veinticinco años de la reforma constitucional. En P. L. Manili (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina: a 25 años de la reforma de 1994: evolución doctrinal y jurisprudencial: democracia y participación política, nuevos derechos y garantías, reformas a la parte orgánica, consolidación del federalismo: análisis de los c* (pp. 331-342). Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- \_\_\_\_\_ (2019b). La protección colectiva de los grupos más discriminados. Reflexiones a 25 años de la reforma constitucional argentina. En *Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retroceso* (pp. 233-257). Punto Rojo Libros.
- \_\_\_\_\_ (2021). Pandemia, desigualdad y vulnerabilidades en Argentina. En *Sensibilidad, sociología y derecho* (pp. 283-304). Álvaro Sánchez Bravo.
- Salerno, G., & Acuña, R. P. (2017). El amparo colectivo en Catamarca. En *Los procesos colectivos y acciones de clase en el derecho público argentino* (pp. 651-693). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Treacy, G. F. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos*, 89, 181-216.
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Cátedra.

## Documentos legales

- CIDH. (2003). Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.189. Dilcia Yean y Violeta Bosico. República Dominicana. 11 de julio de 2003.
- \_\_\_\_\_ (2007). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007.
- \_\_\_\_\_ (2008). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14. 19 julio 2008.
- \_\_\_\_\_ (2011). La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011.
- \_\_\_\_\_ (2014). Informe No. 5/14. Caso 12.841. Fondo. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_ (2015). Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15. 31 diciembre 2015.
- \_\_\_\_\_ (2016). Informe No. 48/16. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar Melinka). Chile. 29 de noviembre de 2016.
- \_\_\_\_\_ (2017b). Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147.
- \_\_\_\_\_ (2017). Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas.

- OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 17 de abril 2017.
- \_\_\_\_\_ (2019). Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019. OEA/Ser.L/V/II.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). Observación General N° 6. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/119/08/PDF/G1811908.pdf?OpenElement>
- Corte de Justicia de Catamarca. (2008). Sentencia Interlocutoria N° 45/08-MIGUEL EDUARDO NIEVA c. --- s/ PEDIDO DE CESE DE PRISIÓN PREVENTIVA.
- \_\_\_\_\_ (2009a). Sentencia Interlocutoria N° 11/2009. Escalante, Andrea Jacinta c/ OSEP s/Acción de Amparo.
- \_\_\_\_\_ (2009b). Sentencia Definitiva N° 21/09. RODRIGUEZ MARRERO, Francisco Javier (por Aguas del Valle S.A.) c. ESTADO PROVINCIAL y EN.RE. s/ Acción de Plena Jurisdicción e Ilegitimidad o Anulación.
- \_\_\_\_\_ (2010). Sentencia Interlocutoria N° 36/10. Dr. Lisandro E. Mendoza en Expte. N° 171/08 - c. Aráoz, Miguel Ángel s/ Lesiones Graves Culposas - Recurso Extraordinario deducido - RECURSO DE CASACIÓN interpuesto.
- \_\_\_\_\_ (2013c). Sentencia Definitiva N° 21/13. OLMOS, Ana Beatriz c. ESTADO PROVINCIAL s/ Acción de Amparo por Mora.
- \_\_\_\_\_ (2013a). Sentencia Definitiva N° 6/13. CÁCERES, José Ricardo c. PROVINCIA DE CATAMARCA s/ Acción de Inconstitucionalidad •.
- \_\_\_\_\_ (2013b). Sentencia Definitiva N° 9/13. Sesto de Leiva, Amelia del Valle c/ Estado Provincial s/ Acción Autónoma de Inconstitucionalidad.
- \_\_\_\_\_ (2014). Molina, Claudia Alejandra c/OSEP.
- \_\_\_\_\_ (2015b). Sentencia Definitiva N° 17/15. Guevara, Esteban Manuel c. --- s/Recurso de casación interpuesto - p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal (dos hechos), todo en concurso real.
- \_\_\_\_\_ (2015a). Sentencia Definitiva N° 38/15. Uribio, José Oscar c. --- s/ Lesiones leves - Amenazas y Daños en Concurso Real.
- \_\_\_\_\_ (2015c). Sentencia Definitiva N° 49/15. BARRIONUEVO, Susana Beatriz c. ESTADO PROVINCIAL s/ Acción Contencioso Administrativa.
- \_\_\_\_\_ (2016). Sentencia Definitiva N° 35/16. Telefónica Móviles Argentina S.A. c. Estado Provincial s/Acción Contencioso Administrativa.
- \_\_\_\_\_ (2017a). Sentencia Definitiva N° 11/17. Llampá, Jorge Rolando c. --- s/ RECURSO DE CASACIÓN.
- \_\_\_\_\_ (2018a). Sentencia Interlocutoria N° 107/18. ROSÓN, Emanuel Alexander y Otros c/GOB. DE LA PCIA. DE CATAMARCA, MUNIC. DE SAN FDO DEL V. DE CATAMARCA, INST. PCIAL. DE LA VIVIENDA Y SECR. DE VIVIENDA DE LA PCIA. DE CATAMARCA Y DESARROLLO SOCIAL -s/ Acción de Amparo.
- \_\_\_\_\_ (2018b). Sentencia Definitiva N° 28/18. PONCE, Rosana Paola c. ESTADO PROVINCIAL -MINISTERIO DE SALUD s/ Acción Contencioso Administrativa.
- \_\_\_\_\_ (2019a). Sentencia Definitiva N° 04/19. SILVA, Néstor Claudio c. OBRA

SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS (OSEP) s/ Acción de Amparo.

\_\_\_\_\_ (2019b). Sentencia Definitiva N° 14/19. LUJÁN, Bárbara Romina c. OSEP s/ Acción de Amparo.

\_\_\_\_\_ (2019c). Sentencia Definitiva N° 46/19. VARELA, José G. c. DISCO S.A. s/ Amparo Sindical - RECURSO DE CASACIÓN – RECURSO EXTRAORDINARIO.

\_\_\_\_\_ (2019d). Sentencia Definitiva N° 09/17. PUENTES, Juan Pablo c. ESTADO PROVINCIAL s/ Acción Contencioso Administrativa.

\_\_\_\_\_ (2020). B, DH p.s.a. abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal y oral agravado, etc. s/ rec. de casación.

\_\_\_\_\_ (2021a). Sentencia Definitiva N° 1/21. GALINDEZ, Juan Manuel c. OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS (OSEP) s/ Acción de Amparo.

\_\_\_\_\_ (2021b). P.C.A.M p.s.a. Homicidio calificado por mediar una relación de pareja s/ rec. de casación.

\_\_\_\_\_ (2021c). Sentencia Definitiva Número 17/21. M.J.C. C/ OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS (OSEP) s/ Acción de Amparo" ..

\_\_\_\_\_ (2022). Sentencia Definitiva N° 1/22. RIOS, Carina Andrea C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA s/ Acción de Amparo.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1984). OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

\_\_\_\_\_ (1997). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

\_\_\_\_\_ (2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

\_\_\_\_\_ (2005a). Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

\_\_\_\_\_ (2005b). Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

\_\_\_\_\_ (2009). “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

\_\_\_\_\_ (2012a). Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

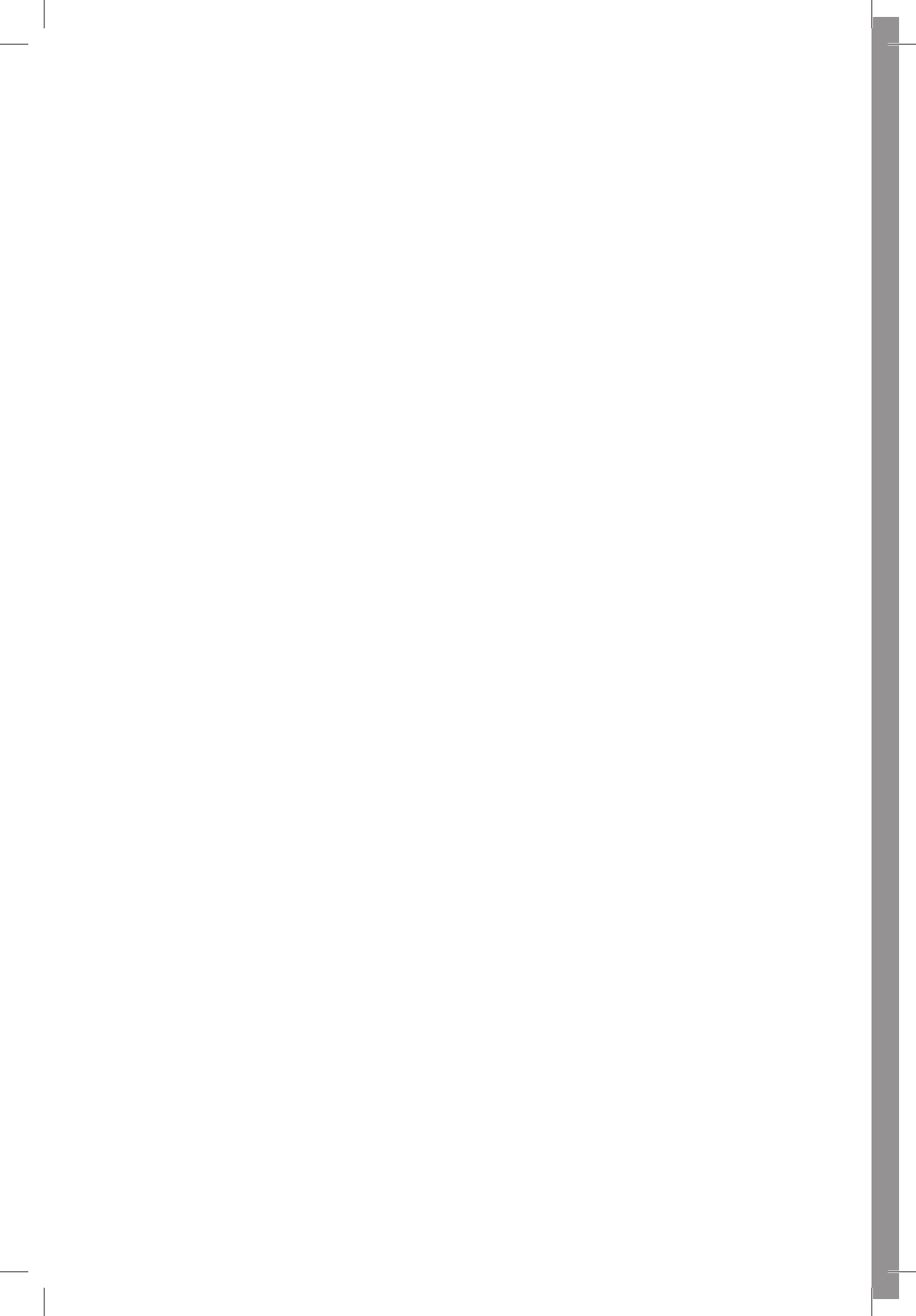
\_\_\_\_\_ (2012b). Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

\_\_\_\_\_ (2012c). Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

\_\_\_\_\_ (2014a). Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.

- Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- \_\_\_\_\_ (2014b). Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.
- \_\_\_\_\_ (2015). Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- \_\_\_\_\_ (2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.
- \_\_\_\_\_ (2018). Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.
- \_\_\_\_\_ (2020a). Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.
- \_\_\_\_\_ (2021b). Caso Manuela y Otros vs. El Salvador Sentencia de 2 de Noviembre de 2021. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C. N 441.
- \_\_\_\_\_ (2021c). Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.
- \_\_\_\_\_ (2022). Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) (1875). Criminal contra D. Guillermo Oivar, por complicidad en el delito de rebelión- sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato". Fallos 16:118.
- \_\_\_\_\_ (1957). García Monteavaro c Amoroso y Pagano. Fallos, 238:60.
- \_\_\_\_\_ (1974). Berçaitz, Miguel Angel. Fallos: 289:430.
- \_\_\_\_\_ (1984). Arenzón, Gabriel D. c/ Gobierno Nacional s/ Acción de Amparo. Fallos, 396:400.
- \_\_\_\_\_ (1985). Domínguez, Alberto Roberto c/ U.N.R. s/ recurso de amparo. Fallos 307:1963.
- \_\_\_\_\_ (1988). Repetto, Inés María c/ Bs. As. Prov. de s/ inconstitucionalidad de normas legales. Fallos, 311:2272.
- \_\_\_\_\_ (1989). Portillo, Alfredo s/ infracción del artículo 44 ley 17.531" Fallos, 312:496.
- \_\_\_\_\_ (2000). González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Recurso de Hecho. Fallos 323:2659
- \_\_\_\_\_ (2002). Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno s/ recurso de hecho.
- \_\_\_\_\_ (2004a). Hoof, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires. Fallos: 310:2467.
- \_\_\_\_\_ (2004b). Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional. Fallos 327:2413.
- \_\_\_\_\_ (2005). Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681. Fallos:.
- \_\_\_\_\_ (2007). Reyes Aguilera, Daniela c. Estado Nacional. Fallos: 330:3853.

- \_\_\_\_\_ (2012). Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Fallos: 335:452.
- \_\_\_\_\_ (2018). Varela, José Gilberto c/Disco S.A. s/amparo sindical. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. (2020). Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ amparo.
- ONU. Asamblea General (1993). Resolución de la Asamblea General 48/134 del 20 de diciembre de 1993 sobre Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.
- \_\_\_\_\_ (2007). Resolución aprobada por la Asamblea General el 26 de noviembre de 2007. Día Mundial de la Justicia Social. A/RES/62/10.



# LAS POTENCIALIDADES DEL SIDH FRENTE A SU (IN)APLICACIÓN POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Un retrato de la ambigüedad brasileña  
en el marco latinoamericano  
de derechos humanos

Anna Laura Feitosa Da Mata Palma

Tutora: Roberta Camineiro Baggio





## INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos (DDHH) son fundamentales para una vida digna, basada en la libertad y la igualdad. Ellos tienen cuatro elementos claves para su caracterización: la universalidad, la esencialidad, la superioridad normativa y la reciprocidad. La universalidad consiste en el reconocimiento de la titularidad de todas las personas a los Derechos Humanos, ya que no se trata de tuteladas existentes para privilegiar a las personas consideradas superiores, sino de derechos destinados a la protección universal. La esencialidad, en cambio, no es más que la condición indispensable de tal grupo de derechos a la colectividad. Los DDHH tampoco admiten el sacrificio de ningún derecho esencial para cumplir con las razones del Estado, lo que representa su superioridad sobre otras normas (Ramos, 2021, pp. 31-32).

Asimismo, la reciprocidad es el resultado de la unión de toda la sociedad humana en un mismo entramado de derechos, tanto en términos de titularidad, pues son derechos de todos, como en la sujeción pasiva, ya que no es solo el Estado y sus entidades quienes deben proteger estos derechos, pero también a la comunidad en su conjunto. Estos cuatro elementos hacen de los Derechos Humanos los verdaderos vectores de una sociedad basada en la igualdad y en los intereses de todos y no solo de un grupo específico de personas (Ramos, p. 32). Además, la dignidad de la persona humana se basa en los pilares de los Derechos Humanos, ya que es inherente a las personas y, por tanto, inseparable de su esencia.

Efectivamente, la protección práctica de los Derechos Humanos está relacionada con dos niveles sistemáticos a nivel mundial: el global y el regional. Las Américas cuentan con el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (SIPDH), cuyos fundamentos se encuentran en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1967), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y finalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o Pacto de San José de Costa Rica, suscrito el 22 de noviembre de 1969, y también el principal tratado en materia de defensa de los DDHH en la región.

Esta convención se enfoca en soluciones para violaciones de Derechos Humanos y, de hecho, trajo la posibilidad de judicialización internacional a la realidad interamericana, con el advenimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Es en este escenario que se desarrollan importantes potencialidades para garantizar los DDHH en las Américas. Para el propósito del presente estudio, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad interamericanos serán analizados. Concretamente, desde la sentencia *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006) y otras que el control de la convencionalidad surgió como una potencialidad de gran interés para la construcción de un *ius commune* interamericano, en materia de Derechos Humanos y Constitucionales (Sagüés, 2010, p. 118).

En pocas palabras, el control de convencionalidad puede ser descrito como un importante refuerzo político del SIPDH, una vez que trajo *accountability* de los Estados-miembros a la debida aplicación de sus bloques de constitucionalidad de acuerdo con la interpretación de la Corte IDH. Ya los bloques de constitucionalidad son, en resumen, la posibilidad de revisión de las leyes y normas internas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), una vez que eleva los tratados internacionales concernientes a la temática al *status* constitucional, es decir, los transforma en un presupuesto de validación de la legislación interna. El doble control sería el ejercicio de ambos, conceptuado por la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados Del Congreso* (2006). Por lo tanto, su inaplicabilidad, así como su adecuada aplicación por parte de los Poderes Judiciales de la región, pueden causar varios impactos en la vida de la población en general, dada la naturaleza de los Derechos Humanos y su conexión intrínseca con el proceso democrático.

Si tenemos esto en cuenta, debemos mirar la realidad brasileña. El país se mantuvo por décadas, luego de su redemocratización, como un gran defensor de los Derechos Humanos en la comunidad internacional, estando involucrado en misiones de paz como la de Haití y habiendo cooperado en casos donde fue condenado por la Corte IDH, como el de *Damião Ximenes Lopes* (2006) y *Maria da Penha* (2001), que resultaron en medidas legislativas consideradas marcos importantísimos para la defensa de los derechos humanos y otros fundamentales.

Sin embargo, Brasil nos recuerda muy violentamente en su historia reciente que se trata de una democracia joven e inestable. Con la condena por trabajo esclavo del caso *Fazenda Brasil Verde* (2016) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el respeto internacional por el país como aparente garante de los DDHH ya se había perdido. Además, la constante crisis política que asola Brasil de manera más polarizada desde el *impeachment* de la entonces presidente Dilma Rousseff en 2016 transformó la inseguridad jurídica en normalidad. Asimismo, en 2019 empezó el mandato de Jair Bolsonaro, un presidente que declara abiertamente su disgusto por los derechos humanos y su apoyo a la dictadura militar del país, o sea, el entonces jefe del Poder Ejecutivo del país apoya y defiende el autoritarismo.

Siempre, pero especialmente en tiempos como estos, los Derechos Humanos deben ser efectivamente garantizados, pues son los defensores últimos de la

población y de la democracia. Brasil no permite la efectivización plena de las potencialidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos debido a las obstrucciones políticas y legislativas impulsadas por la propia Corte Constitucional del país, el Supremo Tribunal Federal (STF). De ahí que la presente tesis de maestría busca responder la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las barreras jurídicas brasileñas para la adecuada internalización de los Derechos Humanos, considerando las potencialidades ofrecidas por el Sistema Interamericano?

En concreto, el objetivo general del estudio es exponer los obstáculos político-legislativos creados por Brasil para impedir la internalización adecuada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el país, conforme las potencialidades ofrecidas por el Sistema Interamericano para denunciar la mala conducta del Estado. Además, tiene como objetivos específicos: contextualizar el surgimiento de los Derechos Humanos y del SIPDH desde una mirada latinoamericana, así como de sus potencialidades, para comprender la extensión de los mecanismos; debatir el contexto brasileño presentando la naturaleza de la Constitución vigente y sus cambios recientes, para revelar los obstáculos puestos en el país para la plena implementación de los DDHH; y, finalmente, explorar el protagonismo del STF en el juego político-jurídico responsable de dichas barreras para comprender el desmantelamiento del bloque de constitucionalidad brasileño.

Por otra parte, para llegar a ellos, esta investigación será un estudio bibliográfico elaborado a través de técnicas descriptivas y documentales. Para hacerlo busca estudiar las obstrucciones a la internalización del DIDH en el Derecho brasileño, así como su conceptualización, a través del estudio documental y la construcción del texto. Por lo tanto, se desarrollará una investigación cualitativa. Además, el método deductivo basado en argumentos jurídicos será utilizado. Las principales fuentes de estudio de esta tesis son la doctrina jurídica, los tratados internacionales, los principios del Derecho, las costumbres de la sociedad brasileña, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del STF, así como los archivos de tramitación de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y de la Enmienda Constitucional (EC) 45/2004, y el ordenamiento jurídico nacional, con especial énfasis sobre la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB) (1988).

Por consiguiente, el primer capítulo se centra en las potencialidades ofrecidas por el Sistema Interamericano para la efectivización de los Derechos Humanos en Latinoamérica. El origen de los Derechos Humanos y del SIPDH se contextualiza en el capítulo con especial énfasis al nacimiento político del sistema y su vinculación con los regímenes autoritarios, las transiciones políticas y las democracias latinoamericanas. Por lo tanto, la relación entre Democracia y Derechos Humanos también es debidamente mencionada. Igualmente son explorados los conceptos de bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en el Sistema Interamericano como sus grandes potencialidades, enfatizando sus diferentes aplicaciones.

A continuación, el segundo capítulo entra en el contexto brasileño de la creación de la actual Carta Constitucional, buscando especialmente señalar el porqué de la preocupación del poder constituyente originario con la debida protección

de los derechos fundamentales y comprender la cláusula de apertura brasileña al bloque de constitucionalidad. La reciente modificación en la Constitución sobre el tema del DIDH también está planeada en este capítulo, pues representa la gran barrera a la adquisición de rango constitucional para todos los tratados internacionales de derechos humanos con los que el país se ha comprometido internacionalmente. Finalmente, se expone la naturaleza jurídica de esos tratados según distintas corrientes y el actual proceso práctico de ratificación de tratados internacionales en Brasil.

En el tercer y último capítulo, el protagonismo del STF en la (in)aplicación de los Derechos Humanos en Brasil es definitivamente desenredado. Los aspectos políticos de su formación, el mantenimiento de ministros de la dictadura militar y la defensa de los DDHH por la Corte son investigados. Las distintas maneras en que el tribunal puede haber contribuido para la naturalización de los bloqueos brasileños al DIDH son exploradas con el respectivo (no) funcionamiento del bloque de constitucionalidad en un escenario donde los tratados más importantes no son considerados constitucionales.

Así, se espera concretamente denunciar a Brasil por su falta de responsabilidad con los compromisos asumidos ante la comunidad internacional, pues la debilidad de la defensa integral de los Derechos Humanos y de la efectivización de los tratados internacionales firmados por el país son un problema actual que afecta diariamente a miles de brasileños. La buena fe del Estado en cuanto a la aplicación de tales tratados debe ser analizada para garantizar que nunca se rompa la primacía de principios básicos como la dignidad humana y que todos en su territorio puedan gozar de sus derechos más básicos.

# EL SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA Y SUS POTENCIALIDADES

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos humanos, a partir de la Declaración Universal de 1948, culminó con la adopción de los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1966, conforme a la Carta Internacional de Derechos Humanos, y estuvo marcado por diferencias derivadas de los conflictos ideológicos propios del período de la Guerra Fría y del proceso histórico desencadenado entonces por la descolonización. Sin embargo, tales conflictos no impidieron que se completara la fase legislativa de elaboración de los sucesivos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (Trindade, 2006, p. 419).

De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se concibe como un corpus iuris de protección del ser humano, que se construye sobre un nuevo sistema de valores superiores:

El ser humano no es reducido a un 'objeto' de protección, ya que se le reconoce como sujeto de derecho, como titular de los derechos que le son inherentes, y que emanan directamente del ordenamiento jurídico internacional. La subjetividad internacional del individuo, dotado, además, de capacidad jurídico-procesal internacional para hacer valer sus derechos, constituye, en última instancia, la gran revolución jurídica operada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, y ahora irreversiblemente consolidado. (Trindade, 2006, p. 413)

De esta manera, el mundo se divide naturalmente en varios bloques, ya sea por razones económicas o geográficas. Por consecuencia, los Derechos Humanos también pasaron a ser objeto de los llamados Sistemas Regionales de Protección, siendo el enfoque de este capítulo contextualizar el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (SIPDH) y presentar su potencial, así estando preliminarmente orientado hasta la Organización de los Estados Americanos (OEA), fundamento de la existencia de dicho Sistema.

La OEA ha pasado a la historia como la organización regional más antigua del mundo, ya que su origen se remonta a 1890, con la Primera Conferencia

Internacional de los Estados Americanos, celebrada en Washington, D.C., que creó la Unión Internacional de Repúblicas Americanas e inició el proceso de integración en la región. Sin embargo, la Organización de los Estados Americanos fue fundada de hecho en 1948, por veinte estados latinoamericanos y los Estados Unidos de América (EEUU), con la firma de su Carta en Bogotá, Colombia:

La Organización fue creada para lograr en los Estados miembros, como estipula el Artículo 1 de la Carta, 'un orden de paz y justicia, para promover su solidaridad, intensificar su colaboración y defender su soberanía, integridad territorial e independencia'. Hoy, la OEA reúne a los 35 estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2023)

Sin embargo, es importante señalar que la creación de la Organización se dio en medio de la Guerra Fría, que ocurrió entre 1947 y 1991. En este contexto, existía un sistema mundial bipolar dividido entre el capitalismo predicado por los Estados Unidos y el comunismo de la Unión Soviética. América Latina se encontraba dentro de la zona de influencia estadounidense por su proximidad del país, pero en un contexto de expansión de las ideas soviéticas.

De esta manera, durante el período de la Guerra Fría, los países latinoamericanos quedaron subordinados a la desesperación estadounidense ante la expansión del comunismo y, en consecuencia, la posibilidad de una interferencia interna de EEUU. Ante esta situación, el rol económico y social cooperativo de la OEA quedó impedido, ya que la Organización era responsable de proteger a las naciones latinas de posibles injerencias y asegurar a los Estados Unidos el mantenimiento del capitalismo en ellas (Thérien y Gosselin, 1997, p. 199).

La OEA fue considerada por Klauss Dykmann (2003) como un elemento complementario de la política exterior americana en materia de seguridad, pudiendo caracterizarse inicialmente como un acuerdo *quid pro quo*,<sup>1</sup> ya que la Carta de la OEA (1948), sumada al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (1947), constituía un verdadero instrumento interamericano anticomunista de los EEUU contra la influencia soviética en el hemisferio (Dykmann, 2003, p. 134).

Además, es importante mencionar que a pesar de que la seguridad colectiva y la no intervención hubieran sido los rasgos dominantes de la Carta original de la OEA, debido al contexto de su formación, la democracia y los derechos humanos también fueron elementos citados. Además, en el mismo año se firmó la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948). Y aunque el documento no se incorporó a la Carta de la Organización, terminó por hacerse efectivo en el contexto interamericano no solo como derecho consuetudinario (Dykmann, 2003, p. 135), esto es, inherente a las costumbres de la sociedad, sino que también generó frutos jurídicos concretos a través del advenimiento del SIPDH en 1978.

---

<sup>1</sup> Expresión latina que significa "algo que se da a cambio de otra", o "tomar una cosa por otra", en definitiva, un contrato *quid pro quo* es aquel en el que se ofrece algo a cambio de otra cosa durante un tiempo determinado.

A su vez, el Sistema Interamericano para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos es el mayor legado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o Pacto de San José de Costa Rica (1969). Este documento se celebró entre los Estados miembros de la Organización durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica. Su objetivo es que un régimen ideal, basado en los derechos humanos, la libertad personal y la justicia social se consolide entre los países americanos, un hecho que revela la influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en este valioso patrimonio jurídico de la OEA (STF, 2019).

También es importante señalar que el SIPPDH está formado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Estos tienen como objetivo evaluar y juzgar las violaciones de los derechos humanos que se han producido en cualquier país que forme parte y reconozca la competencia de la OEA (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). Este instrumento ha dado un camino muy importante a las víctimas que han sufrido violaciones de los derechos humanos en territorio interamericano en los casos en que el gobierno no ha actuado correctamente, y corresponde a la Comisión evaluar si la situación procede al juicio de la Corte.

Concretamente, la totalidad del SIPDH surgió en 1978 con la entrada en vigor de la CADH, en medio de numerosos regímenes autoritarios en las Américas. Por lo tanto, es de suma importancia señalar las circunstancias volátiles que emanan de estos regímenes frente a tal evento, ya que la agenda del Sistema se entiende convencionalmente como contraria a la de los Estados autoritarios debido a que la naturaleza y el concepto de Derechos Humanos se conciben como enemigos del mantenimiento del poder dictatorial, solo habiendo entonces “un movimiento embrionario de integración regional” (Piovesan, 2020, p. 51).

De esta manera, el centralismo autoritario y su alto grado de violaciones a los derechos se perpetuó como la tormenta más grande de América Latina durante la mayor parte de su historia moderna. En el medio, la democratización jugó un papel inicial como la principal fortalecedora de las protecciones fundamentales de los individuos. Esto se dio, debido a que la democracia es construida a partir de la acción popular y la fomenta a través de medidas de defensa a los ciudadanos. Por otro lado, los regímenes autoritarios reprimen fuertemente toda acción que les sea contraria, a través de la utilización de las más variadas acciones repudiadas por el Derecho Internacional para el mantenimiento del poder, como la tortura y la desaparición forzada de personas. Este hecho se puede observar a través de la historia de varios países, como el caso de Brasil:

Desde el proceso de transición a la democracia se aprecia un cambio fundamental en el tratamiento que se le da al tema de los derechos humanos en el país [...] de la década de 1970, hubo un retroceso en la acción brasileña a favor de los derechos humanos, debido al autoritarismo a nivel interno. Tras denuncias de violaciones de derechos humanos por parte del régimen militar, Brasil fue elegido miembro de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1977, adoptando una postura “resistente y reactiva”, según Trindade (1994). La ruptura vendría con la redemocratización, cuando el país comenzó a

posicionarse de manera “transparente, constructiva y cooperativa”, en palabras de Alves (2003), lo que marcó la reanudación del compromiso con el tema de los derechos humanos iniciado en el período posguerra. (Moreira, 2010, p. 115)

De hecho, poco después del regreso a la democracia formal, Brasil, al igual que otros Estados latinoamericanos, incumplió rutinariamente las reglas de procedimiento del Sistema. No pocas veces respondió a denuncias graves con meses de retraso y un párrafo exiguo, casi siempre para alegar que los denunciantes no habían agotado los recursos internos. Sin embargo, el creciente número de peticiones realizadas culminó en los sucesivos gobiernos para una búsqueda de mejora en el desempeño brasileño (Berbardes, 2011, p. 142). Por lo tanto, fue con una lentitud significativa que, luego del retorno a la democracia, Brasil buscó recuperar su papel en el área de los DDHH en las Américas, principalmente a través de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1992, y la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH, en 1998 (Ventura y Cetra, 2013, p. 2).

Por lo tanto, es crucial percatarse de que “la protección de los derechos humanos está íntimamente ligada al proceso democrático” (Ghali, 1995, p. 3 en Thérieny Gosselin, 1997, p. 199), pues una vez verificada la superposición constante entre los conceptos, éstos pueden considerarse inherentes. Aun así, la conquista de ambos es un resultado fortuito asociado a dolorosos y profundos procesos de lucha, siempre provenientes de complejas cadenas históricas (Solis, 2014, p. 147). A su vez:

Al momento de suscribirse la CADH existían numerosos gobiernos dictatoriales en la región y se hacía latente la necesidad de obligarse al órgano jurisdiccional previsto en ella. La Corte fue formalmente establecida en septiembre de 1979. En ejercicio de su soberanía, los Estados, al reconocer la competencia de la Corte IDH (artículo 62.1 CADH), se obligan a cumplir sus decisiones (artículo 68.1), sus sentencias son “definitivas e inapelables” (artículo 67). En este sentido, los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones convencionales en los términos exigidos en los artículos 1.1 y 2 de la CADH. La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH no se produjo en un mismo momento, sino paulatinamente: Venezuela y Perú fueron los pioneros (1981), seguidos de Argentina y Ecuador (1983), luego Colombia y Uruguay (1985). Es en la década de los noventa cuando se ratifica por el resto de los países suramericanos, de modo que Chile lo hizo a comienzos (1990), mientras Bolivia y Paraguay en el penúltimo impulso (1993), y en la zaga se había quedado Brasil hasta casi finales del siglo XX (1998). Como es conocido, el telón de fondo era el retorno a la democracia. (Antoniazzi, 2014, pp. 276-277)

Asimismo, es importante señalar que el componente ideológico-político del Sistema Interamericano reside precisamente en la convicción común del papel del hombre, la sociedad y el Estado en la vida colectiva, que sitúa al ser humano como protagonista, exaltando la misión y existencia de la democracia. La sociedad democrática al ser el concepto central del ideario político del SIPDH, se utiliza para explicar las reglas y definir el proceso jurídico, ya que no puede ser ignorado por los intérpretes internacionales, ni por los jueces nacionales que interpretan y aplican los textos internacionales (García Ramírez, 2015, p. 31).



De esta manera, el Sistema sirvió como punto clave de enfrentamiento a regímenes que practicaban el terrorismo de Estado en la década de 1990 al documentar los hechos pasados y denunciarlos, como el caso peruano en la época de Fujimori y el colombiano en sus tiempos de conflicto armado. En el escenario de democratización, la CIDH y la Corte IDH procuraban no solamente reparar a víctimas en casos particulares, sino asentar principios y estándares con el fin de contribuir para una mejora y fortalecimiento de los procesos democráticos y de los principales instrumentos nacionales para la protección de derechos en la región (Abramovich, 2009, pp. 9-10).

Sin embargo, hasta el día de hoy, la cultura de violencia e impunidad derivada de los regímenes dictatoriales afecta mucho a la población latinoamericana, al ser la región más desigual y violenta del mundo (Piovesan, 2020, p. 48). Además, entre los diez países con peor distribución del ingreso en el mundo, Brasil es el octavo, actualmente empatado con el centroamericano Belice, y Botswana, ubicado en África del sur (Index Mundi, 2019). En este sentido, es interesante observar y recordar que:

el escenario internacional contemporáneo resulta así contradictorio: si por un lado, con el fin del enfrentamiento bipolar, el mundo parece más receptivo y sensible a los avances en derechos humanos, por otro lado, la proliferación de conflictos internos lleva a graves violaciones y sistemas de derechos humanos. Con el fin de la guerra fría y la relajación de las tensiones que la acompañó, por un lado, se abrieron caminos para una mayor cooperación internacional, pero por otro lado, muchos países comenzaron a desgarrarse por tales conflictos internos, en medio de grandes conflictos políticos, inestabilidad y al resurgimiento del nacionalismo, la violencia generada por el separatismo étnico, la xenofobia, el racismo y la intolerancia religiosa. Si en el pasado reciente las tensiones se debieron principalmente a la polarización ideológica, en nuestros días han surgido de una diversidad y complejidad de causas, no siempre fácilmente discernibles, creando nuevas barreras entre los seres humanos. (Trindade, 2006, p. 420)

Existe un patrón sistemático de discriminación que afecta a la población indígena y afrodescendiente de la región, donde las mujeres y las niñas siguen siendo objeto de otras prácticas discriminatorias, dando como resultado la denominada *overlapping discrimination*, donde las mismas personas son parte de diferentes grupos vulnerables y por lo tanto sufren con diferentes capas de prejuicio, lo que ejemplifica la importancia de una mirada interseccional. Así, se puede inferir que un promedio del 33% de la población latinoamericana enfrenta un grave y preocupante patrón de violaciones a los Derechos Humanos (Piovesan, 2020, p. 49).

Existen decisiones recientes de la Comisión y de la Corte Interamericana que han molestado a países como Brasil, Ecuador y Venezuela. Al interpretar los compromisos tradicionales de una manera que pone en peligro la legitimidad de los intereses políticos y/o económicos prioritarios del gobierno, el SIPDH termina centrando su atención en controversias internas en las que muchas veces se da el enfrentamiento directo entre el gobierno y los movimientos sociales. Sin embargo, cumplir con los controles consuetudinarios que el Sistema ejerce sobre estos temas, estén o no propiamente en el primer plano de la política interna, significa aceptar la primacía de las normas de derechos humanos como estándar para la resolución de estos conflictos internos (Ventura y Cetra, 2013, pp. 32-33).

Es en este contexto político, social y cultural que se construye el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Por lo tanto, el debido desarrollo de sus potencialidades para la extensión y garantía de dicha protección es primordial para la implementación del DIDH en el Derecho interno de los países miembros de la OEA, una vez que el Sistema por sí mismo no constituye una solución última de las violaciones de derechos humanos perpetradas por los Estados Partes, ya que el acceso al SIPDH depende de la capacidad de los individuos para litigar internacionalmente (Ventura y Cetra, 2013, p. 32). Además, las discusiones de legitimidad, jerarquía jurídica y diálogo jurisdiccional son esencialmente políticas, rasgo que no puede ser ignorado al analizarlas.

## 1. Bloque de constitucionalidad latinoamericano

En general, la doctrina del bloque de constitucionalidad está compuesta por cláusulas de apertura al DIDH presentes en las Constituciones nacionales, que permiten que normas no constitucionales obtengan el reconocimiento de jerarquías constitucionales, para que estas normas sean interpretadas sistemáticamente con la Constitución. Dichas disposiciones suelen ser instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina. Tal incorporación de normas internacionales al sistema constitucional tiene, en líneas generales, tres implicaciones jurídicas de gran alcance, según el doctor Manuel Eduardo Góngora Mera (2014):

1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales. (Mera, 2014, pp. 301-302)

Sin embargo, cabe recordar que el origen de dicha doctrina viene del derecho europeo, así como el control de convencionalidad, y también fue deslindada por el Tribunal Constitucional Francés en 1971. Diez años después, el concepto fue adoptado por la Corte Constitucional Española y empezó a difundirse por medio de la doctrina y de la jurisprudencia, llegando a Latinoamérica a principios de la década de 1990 a través de Costa Rica, Perú, Panamá y Colombia, y expandiéndose en la región desde dichas naciones (Mera, 2014, pp. 305-306).

Mientras que en Europa el concepto de bloque se refiere primordialmente a un conjunto de normas de origen nacional usadas como parámetro en el control de constitucionalidad, el bloque en América Latina incorpora normas de origen internacional, esencialmente los instrumentos de derechos humanos, dentro del parámetro de constitucionalidad. Esto se explica por la coyuntura político-institucional en que la doctrina llega a la región: los efectos de la caída del Muro de Berlín y del fin de la Guerra Fría, el proceso de democratización de la región y las reformas constitucionales desde finales de los ochentas, que incluyeron referencias explícitas a diversos instrumentos de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos y en varios casos incorporaron cortes constitucionales independientes. El bloque cumplía generalmente dos funciones esenciales: 1) resolver la

cuestión de la jerarquía interna de los tratados de derechos humanos, estableciendo un mecanismo de armonización horizontal entre el derecho constitucional y el DIDH (este fue el caso, por ejemplo, de Colombia y Costa Rica); y 2) en procesos de transición democrática, consolidar la posición del poder judicial frente al ejecutivo y el legislativo, permitiendo el uso del derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y como límite de lo no negociable en el debate político (v.gr. en Panamá y Argentina). (Mera, 2014, p. 308)

De ahí que los Estados empiezan a ser comprendidos como abiertos, factor que debe ser examinado con la estabilización convergente y próspera del constitucionalismo garantista de los DDHH y de la unificación desde una concepción múltiple. En Sudamérica, las Constituciones de los años finales del siglo XX y de la primera década del XXI, por cuenta de los procesos de redemocratización, tenían la permeabilidad doble como el camino adoptado por los constituyentes nacionales, de manera que: incorporan las garantías y atributos del DIDH al derecho constitucional como estándar mínimo de los ordenamientos domésticos y regulan la actuación del país en el proceso integrativo de la región. Por lo tanto, “La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones” (Antoniazzi, 2014, p. 275).

Doctrinalmente, diferentes lentes son aplicadas al fenómeno. Autores como Flavia Piovesan (2012) recurren a la llamada figura del trapecio para ilustrar dicho achatamiento de la pirámide jurídico normativa. Otros hacen referencia a la demanda de reconfiguración del vínculo entre el Derecho interno y el internacional desde el acoplamiento, como Armin von Bogdandy (2011). Cesar Landa (2007) subraya la tesis de coordinación entre sistemas desde una hipótesis de expatriación de la jerarquía jurídica entre normas constitucionales y externas, una vez que dicho vínculo puede ser mejor conducido por los principios de interconexión, convergencia y complementariedad según esta línea de estudios. Esencialmente, con la adopción del bloque de constitucionalidad, el concepto de la soberanía y del propio Estado se ajustan a la contemporaneidad, vinculándose con las nuevas maneras de articulación de la política. El fundamento constitucional para eso son justamente las cláusulas de apertura, pero estas son distintas entre los países y la respectiva doctrina de la región.

En la doctrina suramericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas de cláusulas de reenvío) y más bien delimitado a los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción háberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros estados constitucionales, miembros de una comunidad en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales. (Antoniazzi, 2014, p. 266-268)

Se hace hincapié que el Estado Constitucional Contemporáneo debe ser cooperativo, es decir, que no exista solo para sí mismo y para su Derecho Interno, sino que conciba un modelo para otros Estados-nación de una comunidad. Los procedimientos para la aplicación democrática, la independencia de jurisdicción y los mecanismos internos y externos para la protección de los derechos humanos son

decisivos para el establecimiento de la cooperación entre países (Mendes, 2020, pp. 1191-1192). En este sentido, como desentraña el actual ministro de la Corte Constitucional de Brasil, el *Supremo Tribunal Federal* (STF), Gilmar Mendes (2020):

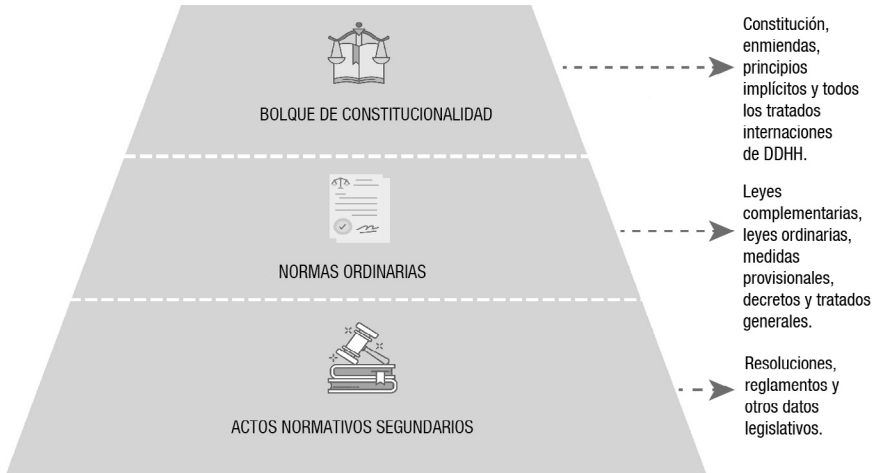
La imagen de la comunidad universal de Estados Constitucionales muestra que el estado constitucional ya no tendrá sus referencias sólo a sí mismo, sino a sus semejantes, que serán como espejos que reflejan imágenes uno del otro para la identificación de sí mismos. La manifestación de este fenómeno se producirá a través de principios generales, en particular los que consagran los derechos humanos universales (como los de los objetivos educativos, la paz mundial, la protección del medio ambiente, la amistad, la cooperación y la ayuda humanitaria). Es evidente, por lo tanto, la relación directa entre la concepción de un Estado Constitucional Cooperativo y el tema de la protección de los derechos humanos. (Mendes, 2020, p. 1192)

Tal fenómeno del orden policéntrico –ya sea el dominio policéntrico o el policentrismo jurídico– no es nuevo, aunque adquiere nuevos rostros en sociedades multiculturales como las sudamericanas. En los países de América del Sur se verifica en cierta medida la determinación común del progreso, es decir, se influyen mutuamente en la integración de los factores pluriculturales que los caracterizan y la Constitución. Esta última funciona como orden abierto y soberano, así como de la inclusión de la multiculturalidad en la sociedad. Más allá, “Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por lo tanto, limitado en idéntica perspectiva, particularmente en materia de derechos humanos” (Antoniazzi, 2014, p. 270).

Así, al repensar la interacción entre diferentes órdenes legales y la consiguiente deconstrucción de la pirámide interpretativa a nivel de norma, surge un nuevo dogma por encima de un sistema legal pluralista basado en la intersección de los principios, normas y estatutos de orden supranacional y nacional. Este, un fenómeno contemporáneo, puede ser categorizado bajo diferentes conceptos, como el normativismo supranacional, las redes horizontales de colaboración, la interconstitucionalidad, la metaconstitucionalidad recíproca, el acoplamiento, influjos y lecturas simultáneas, el *multilevel constitutionalism*, o el transconstitucionalismo. En este aspecto, rescatamos la figura geométrica del trapecio (Antoniazzi, 2014, pp. 271-272).

Esta deformación a nivel constitucional se sitúa en el contexto de ciertos cambios de paradigma, por lo que el cambio con respecto a la soberanía merece destacarse. En la década de 1990, las Américas enfrentaron una paulatina transformación y re conceptualización de la soberanía, desde las tradicionales defensas de no intervención al liderazgo en defensa de la democracia y los derechos, en el que académicos, activistas y operadores políticos fueron los protagonistas. En la doctrina sudamericana se afirmó como poco realista la idea de encarnar un Estado plenamente soberano sobre un territorio claramente delimitado, abandonando el enfoque unidisciplinario para dirigirlo hacia un cambio en el paradigma científico de los estudios estatales. La soberanía de las naciones ya no consistía en su poder de controlar lo que sucede dentro de sus fronteras, porque los DDHH

Figura 1. Trapecio Jurídico



Fuente: Ilustración producida por la autora a partir de la teoría desarrollada por Flavia Piovesan (2012, p. 67).

deben ser respetados y protegidos como límites de la soberanía. “La idea de soberanía se ha transformado, impulsando un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídica en América Latina, ya no centrada en el *State approach*, sino en el *human rights approach*” (Antoniuzzi, 2014, pp. 273-274).

En ese sentido, mismo con las críticas que puedan formularse al *human rights approach*, o enfoque centrado en los derechos humanos, lo más importante es el mantenimiento de su propuesta original de un marco ético internacional post-Segunda Guerra. Desde una mirada más teórica, la doctrina sudamericana sostiene que los debates monista (Kelsen) y dualista (Triepel) acerca de la relación del Derecho Internacional y el Derecho Interno no están dentro del objeto de análisis. Para el sistema regional, este es un debate infructuoso una vez que las Constituciones han dejado de ser sistemas cerrados, y a través de diversas técnicas se han hecho permeables a otros órdenes y principios que les otorgan valor constitucional, aunque no estén expresamente enunciados en sus respectivos textos constitucionales. El intento de optimizar los Derechos Humanos y priorizar el DIDH se considera una cuestión a decidir de cada país al determinar su jerarquía, sin perder toda la esencia del principio de supremacía constitucional (Antoniuzzi, 2014, p. 275).

Concretamente, las cláusulas constitucionales de apertura expresan (o deberían expresar) justamente la voluntad del propio Estado de integrar el DIDH en el orden jurídico nacional. Sin embargo, puede demostrarse que algunos de estos artículos son invocados no sólo para reconocer el carácter suprajurídico de estos instrumentos, sino incluso para equipararlos normativamente con las constituciones nacionales (Mera, 2014, p. 303). En un

sentido estrictamente jurídico, Mattias Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico que permite incorporar a él principios y contenidos normativos de otro ordenamiento jurídico, lo que en última instancia representa un mecanismo de entrecruzamiento normativo. En suma, hoy no cabe duda de que el Derecho Interno es cada vez más receptivo al Derecho Internacional (Antoniazzi, 2014, p. 270). Específicamente acerca de Latinoamérica, en resumen:

Habría que subrayar que salvo la Constitución de 1979 de Perú (que sería derogada por la Constitución de 1993), la de 1994 de Argentina, la de 1999 de Venezuela, y la Constitución Boliviana de 2009, ninguna Constitución de la región consagraba explícitamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. En la mayoría de países la equiparación de las normas internacionales con las normas constitucionales nacionales ha tenido lugar a través de la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de las cortes constitucionales. No obstante, existen importantes diferencias conceptuales respecto a lo que cada país considera como bloque de constitucionalidad. Esto se debe a la naturaleza heterárquica y policéntrica del proceso de difusión de la doctrina entre órdenes jurídicos (en el que las experiencias de las distintas cortes constitucionales tienen influencia unas sobre otras), en claro contraste con otras tendencias de constitucionalización, como la doctrina del control de convencionalidad (difundida regionalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que opera como punto de origen único y definido). (Mera, 2014, p. 305)

De hecho, varios factores contribuyeron a la difusión de dicha doctrina en América Latina. Primero, a fines de la década de 1990, el bloque fue ampliamente citado en la investigación del derecho constitucional comparado, lo cual fue muy importante, por ejemplo, en Argentina, donde algunos tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional desde 1994, pues fue percibido por el Estado que la adopción del bloque resolvería conflictos que surgían con tratados constitucionalizados. En segundo lugar, la visibilidad y reputación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha influido significativamente en el desarrollo constitucional de los países de la Comunidad Andina, ya sea como modelo en el proceso constitucional como ocurrió en Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008), y Bolivia (2009), o como referencia en la jurisprudencia local con autoridad contundente. Además de citar la jurisprudencia colombiana en su interpretación de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional de Bolivia ha adoptado varios criterios de constitucionalidad establecidos por la Corte Constitucional Colombiana, incluyendo la interpretación de la cláusula de apertura como base para el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados de DDHH, técnicas para construir el bloque a través de precedentes constitucionales y mecanismos para excluir reglas del bloque constitucional (Mera, 2014, pp. 313-315).

Además, con la llegada de la democracia a la región emergieron planteamientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera concurrente a los hechos en nivel internacional. Una tendencia a la implementación del bloque con relación a los tratados de DDHH empezó a ser observada, así como el inicio de una definición del Estado Constitucional

Contemporáneo, sin excluir menciones al principio de la soberanía, de la igualdad de los Estados y de la no intervención (Antoniuzzi, 2014, p. 273). Tal escenario por sí mismo ya incide en otro factor contribuyente a la expansión del bloque, pero también posibilita el efecto réplica de las acciones de activistas de DDHH, redes de juristas, ONG de DDHH y otros, incluso órganos gubernamentales como Defensorías. En particular, “Estos actores, inspirados en las experiencias exitosas de sus pares en otros países de la región, comenzaron a invocar la doctrina del bloque en acciones constitucionales en sus respectivos países con el fin de forzar a sus cortes a sentar su postura sobre el tema” (Mera, 2014, p. 319).

Un último factor de expansión de la doctrina del bloque tiene que ver con el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como catalizador de transformaciones en el derecho constitucional de países como Brasil, Chile y México, cuyas cortes habían sido tradicionalmente las más reticentes a la adopción de la doctrina del bloque. En conjunción con la progresiva conformación de un sistema difuso de control de convencionalidad, diversas sentencias condenatorias de la Corte han generado intensos debates judiciales y académicos en estos países, que han llevado a reconsiderar políticamente algunos de los enfoques más restrictivos frente al derecho internacional, incluso al punto de introducir reformas constitucionales significativas con efectos sustanciales en la jerarquía reconocida internamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos. (Mera, 2014, p. 321)

De esta manera, la Corte IDH, y su interacción con los países de la región, es un punto clave en la comprensión de las potencialidades del Sistema como un todo. Y la propia difusión de la doctrina del bloque de constitucionalidad sirve como ejemplo de eso, una vez que muchas cortes constitucionales nacionales han interactuado fuertemente con la Interamericana en la estabilización del bloque de sus países.

Más aún, la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad supone que varios tratados internacionales de derechos humanos han adquirido rango constitucional en distintos países, lo cual en la práctica ha generado una convergencia normativa en el derecho constitucional de varios Estados latinoamericanos (si bien esto no supone automáticamente una convergencia en la interpretación de esas normas). De allí se puede concluir que, pese a la heterogeneidad respecto de las normas que efectivamente se integran al bloque de constitucionalidad, la expansión intra-regional de la doctrina del bloque ofrece un potencial muy significativo para la convergencia de estándares normativos en materia de derechos humanos y, en consecuencia, para la construcción colectiva de un *ius constitutionale commune* en América Latina. (Mera, 2014, p. 323)

Como el bloque de constitucionalidad latinoamericano es distinto en cada país, existen innumerables obstáculos políticos en él. Incluso existe la posibilidad de que las Cortes Constitucionales nacionales hagan interpretaciones distintas de la Corte IDH a tratados internacionales de Derechos Humanos. En este sentido, el Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos surgió como una potente potencialidad que vincula a los estados con las interpretaciones de la Corte.

## 2. Control de convencionalidad latinoamericano

El control convencional es un principio que surgió en una decisión del Tribunal Constitucional francés en 1975, cuando la institución se consideró incapaz de juzgar el conflicto entre el derecho interno francés y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este control puede entenderse como una revisión de la compatibilidad de las normas internas con los tratados de DDHH celebrados por el Estado y sería como un parámetro más de vigencia de dichas normas. El mismo debería ser realizado en forma conjunta por jueces internacionales y nacionales para asegurar la coordinación del orden regional e internacional (Camilo, 2016, p. 641).

En esencia, el control de convencionalidad europeo es el resultado directo de la obligación de todos los países de tomar las medidas necesarias para permitir la plena implementación de los tratados internacionales que han firmado. En este sentido, el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados partes se comprometen no sólo a respetar los derechos establecidos en el documento, sino también a asegurar su pleno y libre ejercicio. Esta obligación de garantía es la razón por la cual todas las instituciones nacionales deben estar al servicio de los derechos humanos, porque estos derechos son la base de la legitimidad de la labor del Estado (Carbonell, 2013, p. 69).

En otras palabras, si las Cortes Constitucionales de cada país controlan la constitucionalidad, las Cortes Internacionales de Derechos Humanos dictaminan sobre la convencionalidad. A través de la revisión judicial, las instituciones internas buscan conciliar las actividades de las autoridades públicas y, en última instancia, las actividades de otros actores sociales con el orden que debe seguir el estado de derecho en una sociedad democrática. Y, a través del control interamericano convencional, la Corte IDH busca hacer valer su jurisdicción, aceptada por todos los Estados signatarios de la CADH (García Ramírez, 2007). Esto puede observarse en el Caso Las Palmeras *Vs.* Colombia (2000):

cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, párr. 32)

Sin embargo, es necesario dar un paso atrás para entenderlo completamente en el nivel americano. El Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos está integrado por dos entidades, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera tiene su sede en Washington, D.C. y la segunda en San José, Costa Rica. Es importante señalar que la Comisión Interamericana es un órgano principal y autónomo de la OEA. Su mandato surgió con la Carta de la Organización y la



CADH. Según el Artículo 41 de dicha Convención, la Comisión tiene como función principal promover la defensa y observancia de los derechos humanos en las Américas (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Sin embargo, cabe señalar que la versión actual de la Comisión termina jugando un doble rol dentro de la SIPDH, ya que es el órgano encargado de recibir todas las peticiones individuales de violaciones de derechos humanos en el ámbito de competencia de la Corte IDH, de analizarlas y de enviar a la Corte las que correspondan, todo ello en conformidad con el art. 41 de la CADH. También se encarga de la elaboración de informes que describan la situación de los DDHH en los países miembros a fin de cumplir con todas las atribuciones descritas en el mencionado artículo (Miranda y Cunha, 2010, p. 29).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, es una institución judicial autónoma, que no es un órgano de la OEA, sino de la propia Convención. El artículo 33 inciso b establece que la Corte es “competente para conocer de asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes en la presente Convención” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). A su vez, el artículo 62 afirma el reconocimiento obligatorio de su competencia en todos los casos relacionados con la interpretación o aplicación del documento y también de todos los tratados internacionales de derechos humanos relacionados con la OEA, como lo establece el Art. 64 de la CADH (Ramos, 2001, p. 85).

En consecuencia, todos los Estados Signatarios tienen la tarea de admitir expresamente la jurisdicción de la Corte IDH, hecho que refuerza el control de convencionalidad interamericano directamente por el consentimiento expreso de los Estados signatarios de la Convención Americana y el respeto debido al documento. Por su parte, la competencia de la Corte se divide en dos funciones especiales: consultiva y contenciosa, la primera compuesta precisamente de las consultas que realicen los Estados sobre materias relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nivel interamericano y la segunda la judicialización derivada de las peticiones examinadas por la Comisión (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

De esta manera, el control de convencionalidad comenzó a ser discutido a nivel interamericano a través de litigios que realizaban adaptaciones de derecho interno en relación con la Convención. Por ejemplo, el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003) fue el responsable de inaugurar el uso del término “Control de Convencionalidad” por parte de la Corte IDH en el párrafo 27 del voto del juez mexicano Sergio García Ramírez (García Ramírez, 2017, p. 26). Sin embargo, fue en 2006 que el Tribunal emitió como una obligación a los jueces internos la aplicación de las leyes nacionales en conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica, en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, que se ha convertido en un hito en la jurisdicción del colegiado:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales nacionales están sujetos al estado de derecho y, por tanto, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están

sujetos a él, lo que los obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean disminuidos por la aplicación de disposiciones contrarias. leyes a su objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una suerte de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables en casos específicos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tomar en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo haga la Corte Interamericana, intérprete final de la Convención Americana. (Corte IDH, 2006)

Del caso en estudio surge que el control de convencionalidad implementado por la CIDH se extendió de una forma difusa bajo el argumento de que los propios magistrados locales deben respetar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las interpretaciones de la Corte acerca del instrumento (Camilo, 2017, p. 27). En este sentido, también pueden esgrimirse razones derivadas del derecho internacional invocadas por la Corte Interamericana para establecer su entendimiento y jurisprudencia sobre el control de convencionalidad. En los términos del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe y no pueden ser infringidas con justificaciones derivadas del derecho interno, lo que constituye una base más para el sustento jurídico del mecanismo (Sagüés, 2010, p. 120).

Sin embargo, se puede decir que la Corte IDH ya ejercía el control de convencionalidad interamericano incluso antes de que el instrumento fuera nombrado por ella. Este hecho se ejemplifica en el caso de Olmedo Bustos et al. *Vs.* Chile (2001), conocido como “La Última Tentación de Cristo”, ya que la Corte determinó que Chile debe reformar su Constitución por sus violaciones al Derecho a la Libertad de Expresión y Pensamiento, los cuales están protegidos por el art. 13 de la Convención (Camilo, 2017, p. 27). Tal caso puede ser considerado un ejemplo de control de convencionalidad, ya que la Corte utiliza la Convención como parámetro de validez de la norma interna chilena.

La Corte defendió nuevamente el Control Convencional en 2006, en la sentencia del caso Aguado Alfaro y otros *Vs.* Perú, conocido como Trabajadores cesados del Congreso:

Cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sujetos a ella, lo que les obliga a velar para que el efecto útil de la Convención no se vea disminuido o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones. objeto y finalidad. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” de oficio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el ámbito de sus respectivas competencias y de las respectivas normas procesales. Esta función no debe limitarse exclusivamente a las manifestaciones o actos de los querellantes en cada caso concreto, aunque no implica que dicho control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. (Corte IDH, 2006)

Así, el control de convencionalidad difuso –aplicado por todos los jueces nacionales de los Estados Miembros– nació de una construcción jurisprudencial de la Corte IDH, fruto de una mutación interpretativa del art. 69 de la CADH,

cuyo objetivo fue fortalecer el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. Tres aspectos están relacionados con su fundamento jurídico: la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales; no menoscabar el principio del efecto útil de los tratados por las normas internas; y el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que afirma la imposibilidad de alegar el derecho interno para impedir el cumplimiento de estándares internacionales (Camilo, 2017, p. 29).

Por lo tanto, los jueces de los países signatarios de la Convención Americana no solo son ejecutores de las leyes nacionales, sino que también tienen la obligación de realizar “interpretaciones convencionales” de acuerdo con las decisiones emitidas por la Corte IDH, para verificar que las leyes aplicadas a casos específicos sean compatibles con la CADH. De lo contrario, su sentencia violaría el artículo 1.1 de la Convención, produciéndose así una violación internacional, pues la propia aplicación de leyes no convencionales produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado (Ferrer, 2012, pp. 371-372).

Otro hecho interesante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre control de convencionalidad se advierte en la sentencia del caso “Heliodoro Portugal *Vs.* Panamá”, emitido el 12 de agosto de 2008. Allí, la Corte enfatizó que los derechos humanos deben ser defendidos y respetados de conformidad con los compromisos internacionales en materia de magistrados a través del control convencional, según los cuales todo juez debe velar por el efecto útil del sistema jurídico internacional patrimonial, para que no sea disminuida o anulada por la incidencia de leyes internas contrarias al objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos (Corte IDH, 2008). Por consiguiente:

La jurisprudencia del SIDH ha tenido un considerable impacto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales que aplican las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es importante considerar que las decisiones adoptadas por los órganos del sistema en un caso particular tienen un valor heurístico, de interpretación de los tratados aplicables al conflicto, que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso. Esa jurisprudencia internacional suele ser utilizada además como guía para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales. Este proceso de globalización de estándares de derechos humanos, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas judiciales, y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los desarrollos del SIDH. Así la jurisprudencia fijada por la Comisión y en especial por la Corte, ha incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. (Abramovich, 2009, p. 12)

En suma, el Control de Convencionalidad en el SIDH transforma a los jueces nacionales en magistrados interamericanos, en tanto se convierten en verdaderos guardianes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los demás tratados de jurisprudencia de la Corte IDH (Mac Gregor, 2011, p. 594). Y lo que es más importante: deben respetar la jurisprudencia del Tribunal Interamericano acerca de ellos. Tal concepto, por tanto, es de suma importancia en el Sistema

Interamericano de Derechos Humanos, lo que constituye un deber de los tribunales que no puede ser sustraído bajo ningún pretexto (Mazzuoli, 2011, p. 137).

En consecuencia, la premisa del control de convencionalidad es un tipo de pensamiento que rige la conducta del Estado parte en un tratado internacional, es decir, reglas y decisiones de esta naturaleza son vinculantes para la nación en su conjunto. Es esta función la que implica compromisos y obligaciones internacionales, no sólo de determinadas instituciones o agentes, ya que ningún departamento del país puede sustraerse al ejercicio de estas funciones. Por lo tanto, los tribunales nacionales deben revisar su implementación y ajustar sus sentencias en función de estos deberes (Carbonell, 2013, p. 69).

El desafío del Sistema Interamericano frente a eso es justamente propiciar mejoras en las condiciones estructurales bajo las cuales la efectividad de los derechos a nivel nacional sea garantizada. Este enfoque presupone el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de los derechos por parte del propio Estado. Así, reconoce los límites claros de la supervisión internacional, al tiempo que protege la necesaria autonomía de los procesos políticos nacionales para una mejor realización y efectividad de los DDHH (Abramovich, 2009, p. 10).

En suma, el control de convencionalidad debe plantearse como cuestión previa en los casos concretos en que se perciba la incidencia de leyes contrarias a los tratados internacionales, especialmente en casos similares a los ya sentenciados por el tribunal interamericano, por lo que constituye un instrumento esencial para el pleno funcionamiento del Poder Judicial Brasileño (PJ) ya que todo acto judicial es capaz de realizarlo. En definitiva, su subutilización no sólo constituye una violación de los Derechos Humanos, sino de la jurisdicción de la Corte IDH. Al tener esto en cuenta, ahora observaremos el contexto brasileño.

## EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE 1988

En primer lugar, cabe señalar que todo el papel de liderazgo de los Derechos Humanos y Fundamentales logrado en la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB) de 1988 fue el resultado directo del proceso de redemocratización del país luego del período dictatorial (1964-1985) (Resende, 2022). En este proceso transicional, muchos hechos históricos podrían ser analizados, sin embargo, nos enfocaremos en puntos específicos que posibilitaron la parte más humanista de la Carta Magna brasileña.

Algunas de las principales determinaciones de la CRFB/88 fueron justamente la amplia garantía de Derechos Fundamentales listados en sus primeros artículos, la estabilización del sistema presidencialista con elecciones directas, la ampliación de los derechos de los trabajadores, el derecho al voto para personas analfabetas y jóvenes entre 16 y 18 años y cambios substanciales en el Poder Judicial que garantizaron su independencia de los demás poderes de la República.

Concretamente, estos logros fueron posibles porque la Emenda Constitucional (EC) 26/85 convocó a los miembros del Senado y de la Cámara de los Diputados para la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1987, lo que configuró un Congreso Constituyente. Esto posibilitó que la Constitución tuviese un texto muy avanzado y moderno para su período histórico, debido a la amplia participación involucrada en el poder constituyente originario y el mayor compromiso a no repetir períodos dictatoriales (Silva, 2016).

En general, la Constitución brasileña es muy democrática y liberal, en el sentido que garantiza los derechos de los ciudadanos y la plena efectividad de la ciudadanía. Y precisamente por eso, además de contar con amplia participación popular en su elaboración, fue titulada “Constitución Ciudadana”, por el entonces diputado y presidente de la Asamblea Constituyente Ulysses Guimarães, y es el fundamento para la consolidación del Estado de derecho democrático en el país, así como la propia noción de ciudadanía, aún tan frágil para la población brasileña (Silva, 2016; Resende, 2022).

Por ejemplo, el Artículo 4 de la CRFB establece las bases de las relaciones internacionales del país, siendo uno de sus puntos la prevalencia de los DDHH, un

hecho que reafirma la dignidad de la persona humana garantizada en el Artículo 1, III (Brasil, 1988). De igual forma es relevante la importancia adquirida por los Derechos Humanos después de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de su garantía tanto nacional como internacionalmente (Portela, 2017, pp. 1025-1026).

Por lo tanto, el principio de la primacía de los DDHH en las relaciones internacionales presente en el artículo 4, II de la CRFB tiene consecuencias en la esfera nacional y extranjera. Es obligatorio, por ejemplo, que la política exterior brasileña dé prioridad a la promoción de la dignidad de la persona humana en el mundo, y que el país se comprometa con la aplicación de las normas de los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos, así como en su preparación. Este hecho se desarrolla también en la obligación de la participación del Estado en las negociaciones de los tratados de derechos humanos, convirtiéndose en parte de ellos, para buscar siempre la defensa de los DDHH en casos concretos (Portela, 2017, p. 1025).

Dicho esto, es natural que desde una postura en defensa de los derechos humanos a nivel internacional llegue la garantía interna de ese conjunto de derechos, incluso por la creciente notoriedad tomada por el Derecho internacional recientemente. Esto último debido a la publicidad de los debates celebrados en las NNUU por la expansión de la presencia e influencia de las organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras organizaciones de la sociedad civil en foros internacionales. Pero también, y principalmente, por el progreso de la educación y la sensibilización en Derechos Humanos en varios países. Además, tal entendimiento es el punto de partida para tratar de superar las contradicciones del mundo en el que vivimos (Trindade, 2006, p. 430).

La prevalencia de los derechos humanos en las relaciones internacionales brasileñas, por consiguiente, implica que los tratados internacionales de DDHH que el país aparece como signatario sean debidamente cumplidos e incorporados al sistema jurídico interno. El Estado brasileño también debe aplicar las normas universales relativas a la dignidad de la persona humana (Portela, 2017, p. 1026). Además, otros principios relacionados con los derechos humanos están consagrados en los demás elementos del Artículo 4 de la Constitución, como la defensa de la paz, la cooperación entre los pueblos, el repudio del terrorismo y el racismo, la solución pacífica de conflictos y otros (Brasil, 1988).

No obstante, las políticas adoptadas –o la ausencia de políticas– son las capaces de representar el impacto real de dichos principios. Por ejemplo, el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) del país no tenía una división de Derechos Humanos hasta el año 1995, a raíz de la creación de los sistemas especiales de las NNUU y de la OEA. Tal división recibe las comunicaciones de asuntos de DDHH de organizaciones internacionales y es la responsable por representar el Estado formalmente en tales agendas. Recién en el año 2003 la entonces Secretaria de DDHH alcanzó estatus de Ministerio y pudo vincularse directamente a la presidencia de la República, pasando a también formar parte de la delegación responsable de las manifestaciones del Estado brasileño ante la CIDH y la Corte IDH. A su vez, la Abogacía General de la Unión también empezó a desempeñar un papel en la representación brasileña, siendo responsable de responder

a los argumentos relacionados con la admisibilidad de los casos, en particular, las cuestiones relacionadas con el agotamiento de los recursos internos (Berbardes, 2011, p. 142). En definitiva:

Podemos ver una evolución en el Poder Ejecutivo federal en relación con la respuesta brasileña a las demandas internacionales relacionadas con los derechos humanos. Salimos de una etapa de gran desconocimiento en relación a la SIPDH, hacia la creación de un equipo especializado que comience a responder de manera más adecuada a las solicitudes. A partir del año 2000, el Estado ha venido tratando de tomar una postura más proactiva y, en lugar de limitarse a reaccionar ante requerimientos jurídicos y políticos, busca crear las condiciones para la aplicación del artículo 48 (b) de la Convención que determina el archivo del caso cuando dejen de existir los motivos de la demanda. Este movimiento, sin embargo, no es lineal. (Berbardes, 2011, p. 142)

Acerca de dicha “no linealidad”, conviene subrayar que mismo en el contexto político de redemocratización, Brasil reaccionó de maneras contradictorias al activismo jurídico internacional. De hecho, las políticas de derechos humanos aún son ambiguas y contradictorias entre los distintos niveles de acción del país, con diferentes ramas del Estado reconociendo formalmente las normas de DDHH en algunos casos, negando dicho reconocimiento en otros y raras veces haciendo cumplir los estándares internacionales. Así, se configura un país que asume lógicas opuestas de desarrollo debido a presiones nacionales y supranacionales incompatibles, haciendo imposible la identificación de un modelo coherente de acción estatal común a todos los sectores o campos de acción gubernamentales (Maddowell, 2007, p. 50).

No obstante, existe un consenso de reconocimiento del papel creciente que el Sistema Interamericano desempeña nacionalmente. Esto incluso fue priorizado por Celso Amorim, ministro del MRE de los dos mandatos presidenciales de Lula Da Silva (2003-2010) y de la Defensa de Dilma Rousseff (2011-2014) (Ventura y Cetra, 2013, p. 7). Él afirmaba:

Los impactos que estos mecanismos de garantía pueden tener en la vida cotidiana de las personas en países que reconocen su competencia son reales. Los principales temas llevados al sistema interamericano tienen relevancia directa en la vida de un gran número de personas, tales como la seguridad pública, las condiciones carcelarias, el racismo, los derechos indígenas y la protección de los defensores de derechos humanos. Se pueden atribuir cambios concretos al sistema interamericano en varios países de la región, incluido Brasil. La política nacional de erradicación del trabajo esclavo, la legislación para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, conocida como Ley Maria da Penha, y el cambio en el modelo de atención a la salud mental son ejemplos emblemáticos de políticas públicas que se inspiran en acuerdos y decisiones generadas en el marco del sistema interamericano. (Amorim, 2009, p. 74)

## **1. La internalización del derecho internacional de los derechos humanos**

La internalización del DIDH, o sea, la aplicación jurídica doméstica de tratados internacionales de derechos humanos, no fue abordada directamente por el poder constituyente originario ni por el Poder Legislativo o Ejecutivo en los años

subsecuentes. Sin embargo, una cláusula de apertura al bloque de constitucionalidad fue elaborada en el texto original de 1988, en el párrafo segundo del Artículo 5º de la Carta Magna, *in verbis*: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte” (Brasil, 1988).

A continuación, es fructífero ver cómo ese párrafo fue incluido en la Constitución y por qué no hay más menciones al DIDH. En 1987, la Asamblea Nacional Constituyente se dividió en Subcomisiones Temáticas para sus primeros debates, que produjeron un Proyecto de Constitución cada una. En este sentido, para el tema que nos ocupa, es importante señalar que se llevó a cabo una audiencia pública sobre los tratados internacionales y sus efectos y aplicaciones en el Derecho interno, en el ámbito de la Subcomisión de Derechos Políticos y Garantías Individuales (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a).

Ilustres nombres brasileños en el campo del Derecho Internacional fueron invitados a expresar su pensamiento a los constituyentes, entre ellos: Antônio Cançado Trindade, quien pronunció su primer discurso durante la audiencia:

El tema de los Derechos y Garantías Individuales se examina normalmente a la luz del Derecho Público Interno y del Derecho Constitucional Comparado. Tal vez se deba prestar atención al prisma del derecho internacional. Es con gran satisfacción que tomo nota de la inclusión, en el programa de audiencias públicas de este Subcomité, de una sesión dedicada al estudio de los derechos y garantías individuales a nivel internacional. [...] Como resultado del reconocimiento de un núcleo de derechos inderogables, la doctrina, en los últimos años, ha sugerido que ese núcleo de derechos constituye *jus cogens*, en normas imperativas de Derecho Constitucional, respecto de las cuales ningún Estado puede adoptar medida restrictiva. medida. Este núcleo mínimo de derechos sería equivalente a un mínimo internacionalmente aceptable o exigible de Estados Partes. Para no ir demasiado lejos, me gustaría detenerme en dos puntos adicionales: uno de los cuales ya he mencionado *in fassim*. que es la cuestión de compatibilizar los tratados internacionales sobre derechos y garantías individuales con el derecho interno de los Estados. Esta compatibilidad se da de varias formas, una de las cuales es la salvaguardia de los preceptos constitucionales y de las leyes internas. Los tratados humanitarios son unánimes en determinar que los Estados partes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus normas constitucionales y las disposiciones de los tratados de que se trate, las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Es deseable que la armonización de la legislación de derecho interno se produzca antes de la ratificación de estos tratados, pero si esto no es posible, los propios tratados prevén la posibilidad de dicha armonización a posteriori. [...] en esta materia no puede haber incompatibilidad entre los tratados internacionales y el ordenamiento jurídico interno de los Estados. [...] Para concluir, recordando una vez más la compatibilidad entre estos tratados y el derecho interno, sería muy recomendable que la nueva Constitución aclare, entre los principios que rigen la actuación de Brasil a nivel nacional e internacional, la promoción y protección de los derechos humanos, entendidos englobando tanto los consagrados en la propia Constitución, o los derivados del régimen democrático que ella instaura, como los consagrados en los tratados humanitarios de los que Brasil es parte y en las declaraciones internacionales sobre la materia de los que Brasil es parte signatario. (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a, pp. 94-97)



Igualmente, la propia estabilización de la democracia fue mencionada por el jurista como una de las ventajas de adherirse a los tratados internacionales de DDHH, ya que tales adhesiones representan, según Trindade (1987), verdaderas proyecciones internacionales de la redemocratización del país, hecho que contribuiría a establecer la imagen de Brasil como garantizador de los derechos humanos a nivel mundial. Además, afirmó que los Estados que se democratizaron luego de dictaduras y graves violaciones a los derechos humanos deben madurar para abordar los derechos y garantías fundamentales a nivel internacional, aun cuando se vean afectados por decisiones de organismos internacionales (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a, p. 101).

La audiencia pública también tuvo en cuenta la soberanía del Estado frente al respeto debido a los tratados internacionales. Es en esta cuestión de soberanía estatal que el debate sobre el estatus de los tratados internacionales en el derecho brasileño todavía encuentra un obstáculo. En la Asamblea de 1987, la cuestión de la soberanía fue considerada únicamente en términos del cumplimiento de los tratados y no tuvo en cuenta la jerarquía de la internalización. Sin embargo, sigue siendo válido y significativo en tal discusión:

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: [...] Cuando el Estado, en el pleno ejercicio de su soberanía, decide adherirse a estos tratados, está aceptando, por voluntad libre y soberana, una lista de garantías adicionales para la protección de los derechos individuales en el ámbito internacional. [...] La cuestión de la soberanía surge cuando un Estado toma la decisión política de adherirse a estos tratados. Hecho esto, la cuestión de la soberanía no puede ser invocada como elemento de interpretación de los tratados. La soberanía no tiene ningún papel que desempeñar en la interpretación de los tratados, sobre todo porque esto puede llevar a la necesidad de invocar la responsabilidad internacional del Estado. En mi opinión, no existen argumentos verdaderamente jurídicos que puedan justificar la no adhesión de los Estados a los tratados humanitarios. (Asamblea Nacional Constituyente, 1987a, pp. 95-96)

Otro Subcomité Temático es particularmente importante para el presente análisis: el de Nacionalidad, Soberanía y Relaciones Internacionales. El proyecto provisorio hecho por el subcomité tenía en cuenta la internalización del Derecho Internacional en su Art. 22, que afirmaba: “El derecho internacional es parte del derecho interno. El tratado deroga la ley y no es derogado por ella” (Asamblea Nacional Constituyente, 1987b, p. 121). Naturalmente, el tema también estuvo presente en audiencias públicas. Y el 28 de abril de 1987 tuvo lugar la segunda sobre las normas de las Relaciones Internacionales en el texto constitucional, a la que los profesores Celso de Albuquerque Mello y Vicente Marotta Rangel estuvieron presentes.

Cabe señalar que el entonces Art. 22 no mencionaba específicamente los tratados internacionales de derechos humanos, ni tampoco introducía explícitamente la jerarquía del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. De modo que este asunto entró en la agenda de la audiencia pública cuando se discutió qué hacer en caso de un posible conflicto entre el Derecho Internacional y el Interno.

CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: Observó también que, en cuanto al conflicto entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, existe una gran curiosidad. Desde la Constitución de los Estados Unidos, prácticamente todas las constituciones contienen una disposición que establece cómo se regula el conflicto entre ley y tratado. Sin embargo, ninguna de las Constituciones brasileñas abordó este tema. En este punto estaban completamente en silencio. La jurisprudencia del insigne Supremo Tribunal Federal, en tiempos de Filadelfo de Azevedo. Ministro de esa Corte –luego Juez de la Corte Internacional de Justicia–, propuso la primacía del tratado. Y hay sentencias de la Corte Suprema que entienden que el tratado deroga la ley, pero la ley no deroga el tratado. La misma orientación se encuentra en la actual Constitución francesa. Mi propuesta en este punto es la siguiente: el derecho interno es parte del derecho internacional, un principio de la Constitución de los Estados Unidos. Y luego una adición: el tratado deroga la ley, pero no es derogado por ella. ¿Por qué? Respuesta: en el tratado Brasil da su consentimiento expreso. En consecuencia, creo que se le puede dar mayor primacía. En cuanto a la costumbre internacional, o en el futuro problema de las resoluciones de los organismos internacionales, me parece que sería más válido dejar que la jurisprudencia se ocupe del asunto. Propongo que el derecho internacional sea parte del derecho interno. Será una fórmula conciliadora entre los sistemas estadounidense y francés. (Assembleia Nacional Constituinte, 1987b, p. 21)

La agenda de esta Subcomisión también incluyó un debate sobre la soberanía de los Estados en las relaciones internacionales. El profesor Vicente Marotta Rangel afirmó que para él no existe conflicto entre el concepto de soberanía y el sentido del bien común internacional. Lo que existe es una interdependencia, ya que el bien común es la condición misma para que el Estado se manifieste como soberano, pues si no fuera por ello, el concepto mismo de soberanía sería menoscabado o violado, estando toda la comunidad internacional a merced de los países más fuertes (Asamblea Nacional Constituyente, 1987b, p. 24).

Agotadas estas Subcomisiones, el proceso del debate constituyente pasó a su segunda etapa, las Comisiones Temáticas. La Comisión que formó parte de los Subcomités antes mencionados fue la de Soberanía y Derechos y Garantías de Hombres y Mujeres. Así, el análisis de los puntos discutidos sobre Derecho Internacional y DIDH estaba a su cargo. Sin embargo, al concentrar aún más temas, el debate sobre la internalización de los tratados internacionales de DDHH en la Comisión tuvo aún menos espacio que en las Subcomisiones. De modo que no hubo audiencias públicas sobre el tema, y la agenda se fijó acerca del tópico sólo cuando se estaban votando los artículos comentados de los Proyectos de los Subcomités (Ertel, 2022).

El tema volvió a emerger solamente en la fase final de la ANC, en la llamada Comisión de Sistematización, donde apareció en dos situaciones. La primera se refiere a la competencia del Congreso Nacional como último responsable de los actos, tratados y convenciones internacionales celebrados por el Presidente, donde existía una preocupación por la extensión del control del CN sobre los actos presidenciales. La segunda fue la aparición de la cuestión de los tratados internacionales como argumento para la necesidad de garantizar una serie de derechos en la Constitución. En otras palabras, los constituyentes utilizaron los tratados internacionales de DDHH como base para sus discursos, abogando por la inclusión del derecho a la vivienda, la protección de los niños y jóvenes, derechos laborales

y los derechos de los consumidores, por ejemplo, ya que estos son compromisos internacionales que el país había asumido (Ertel, 2022).

La razón por la que los constituyentes optaron por eliminar el artículo de la Constitución que establecía que el derecho internacional formaría parte de la legislación nacional no se identificó claramente en las siguientes etapas del proceso de redacción de la Carta Magna. Esta cláusula se redactó inicialmente para establecer que el derecho internacional tendría más peso que el derecho interno y, a medida que avanzaba la redacción, finalmente se condensó y se eliminó del texto final de la CRFB. La cláusula de apertura se ha mantenido desde el Proyecto de Subcomité de Derechos Políticos y Garantías Individuales, y se puede ver en varias posiciones de varios de los proyectos de Constitución antes de aparecer finalmente como el actual segundo párrafo del artículo quinto, bajo el título de derechos y garantías fundamentales (Ertel, 2022).

De hecho, existió la opción de incluir el DIDH en la lista de derechos y garantías fundamentales por parte del poder constituyente originario, aunque no expresamente, sino a través de una cláusula de apertura. De hecho, dicha apertura sería suficiente en la doctrina latinoamericana del bloque de constitucionalidad para legitimación de la jerarquía constitucional de tratados internacionales de Derechos Humanos. A pesar de eso, el tema siguió representando un gran *impasse* en el Brasil. En 2004, el Poder Legislativo aprobó una EC que incluyó un nuevo párrafo al Artículo quinto de la CRFB, que buscaba sanar las cuestiones jerárquicas de aplicación formal del DIDH en el país.

## **2. Los cambios de 2004: el proceso brasileño de ratificación de tratados internacionales**

La Enmienda Constitucional n° 45 (EC 45/04) fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31/12/2004 y trajo consigo numerosas novedades relevantes para el Poder Judicial (PJ) y el Ministerio Público brasileños, además de otros temas. Sin embargo, la EC se hizo ampliamente conocida como la “Enmienda de la Reforma Judicial” y su advenimiento fue muy bien recibido debido a las amplias perspectivas de reducción de las demoras procesales en el país. Entre tales cambios, destacó la adición del §3° del Art. 5°: “Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos vueltas, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales” (Brasil, 2004). Además:

Si hasta la Edición de la Enmienda Constitucional 45 de 2004, la internalización del derecho internacional de los derechos humanos se dio en la forma del §2° del artículo 5° de la Constitución de 1988, es porque en el momento histórico de la Asamblea Constituyente esta propuesta resultó ganadora en el campo político, entre las opciones disponibles. De la lectura de los anales de la ANC de 1987, surge que la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos a través de la cláusula de materialidad abierta fue considerada un avance para la protección de los derechos humanos y también para la consolidación de la democracia después del período autoritario. (Ertel, 2022)

Por lo tanto, es importante comprender cómo y por qué se cambió esta lógica con el advenimiento de la EC 45/04. En primer lugar, el marco inicial de dicha reforma fue la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) 96/1992 en la Cámara de los Diputados, donde no figuraba la adición del §3º del Art. 5º de la CRFB. Ninguna de las 45 reformas a la PEC 45/1992 propuestas en su fase de análisis trataban la internalización de tratados internacionales en materia de derechos humanos. En efecto, el tema de los DDHH solamente fue mencionado con relación al cambio de competencia judicial para procesar y juzgar crímenes contra los derechos humanos para la justicia federal (Cámara de los Diputados, 1992).

En particular, esta cuestión solo fue planteada en el marco de una audiencia pública en 1999, por el entonces Ministro-Presidente del STF, Celso de Mello. En su discurso, sugirió la necesidad de que el CN reconociera una jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos firmados por el país, para terminar con la discusión y controversia existente sobre la extensión de la aplicabilidad del §2º del Art.5º de la Constitución. Hasta entonces, la atribución de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos no había sido tomada en cuenta en la manifestación de ninguno de los invitados en las audiencias públicas realizadas por la Comisión Especial (CE) responsable por la PEC 96/1992, ni en las reuniones internas, por lo que la manifestación del Ministro Celso de Mello fue la primera mención al tema (STJ, 1999b, p. 456).

Posteriormente, en la 29ª Reunión Ordinaria de la Comisión Especial a fines de 1999, se notaron las primeras manifestaciones de los demás miembros de la CE sobre la equivalencia de una reforma constitucional a los tratados internacionales de DDHH. La manifestación del entonces diputado Vicente Arruda fue contra la inclusión. En su opinión:

transformar los tratados y convenciones internacionales en reformas a la Constitución. ¿Por qué? La Ley de Introducción al Código Civil ya prevé que los tratados internacionales ya forman parte del derecho positivo brasileño e incluso tienen un poder superior al derecho común. Su cumplimiento es obligatorio. ¿Y por qué vamos a transformar los tratados internacionales si la Constitución creó un sistema de enmiendas? Estaremos creando en el Art. 5º una nueva forma de reforma de la Constitución, también sin dar fuerza alguna a los derechos humanos, porque se trata de una cuestión de aplicación de la ley. Incluso se puede escribir, pero digo que no agrega nada. [...] Es porque se trata de una cuestión de derecho interno; somos nosotros los que debemos cuidar de nuestros derechos humanos. Y los tratados que firmemos se harán cumplir, independientemente de que los incorporemos a la Constitución. ¿O no son ley de la tierra? (Senado Federal, 1999)

La manifestación del diputado Agnelo Queiroz fue favorable, pero muy escueta y sin mayor discusión; solo mencionó que estaba de acuerdo con el tema (Senado Federal, 1999). No hubo más manifestaciones sobre el párrafo 3º del artículo 5º en las siguientes reuniones de la Comisión Especial, y su inclusión en la PEC 96/1992 fue introducida por medio del Sustituto de la CE, de autoría de la Relatora Zulaiê Cobra, presentado después de las audiencias públicas. En su informe final, la Relatora afirmó que la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos celebrados por Brasil fue adicionada de acuerdo con las sugerencias del Presidente del STF, Celso de Mello, para buscar

la eficacia de la disposición judicial (Câmara Dos Deputados, DCD, 14 de diciembre de 1999, p. 846).

En el final del proceso, aún quedaban algunos puntos de discrepancia en ciertos temas, sin embargo, la reforma ya era considerada como algo listo y la atribución de jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos fue destacada por el Relator, el Senador José Jorge, como uno de los mayores avances de la propuesta. También fue compartido por el Senador el elogio acerca de la medida hecha por el entonces ministro del Tribunal Superior de Trabajo, Francisco Fausto Paula de Medeiros Medeiros:

Según él, “el informe del Senador José Jorge logra atender las aspiraciones de los diversos segmentos de la sociedad, en cuanto a la estructura del Poder Judicial, además de traer una vieja aspiración de la comunidad internacional, al reconocer tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, condiciones de estatus equivalentes a las enmiendas constitucionales” [...] quisiera ahora destacar algunos puntos que me parecen los más relevantes en la reforma del Poder Judicial. El primero es la elevación de los tratados y convenciones de derechos humanos a la categoría de enmienda constitucional. En adelante, cuando sean aprobadas en dos vueltas, en cada una de las Cámaras del Congreso Nacional, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, equivaldrán a las enmiendas constitucionales. La medida asegura una mayor efectividad del sistema internacional de protección de los derechos humanos. (Senado Federal, 2004, pp. 21413- 21414)

Asimismo, como la atribución de un *status* constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos no es un tema que atañe inicialmente a la estructura del PJ, cabe señalar que en una reforma judicial en la que no estaba presente en el texto original ningún tema relativo al DIDH, el asunto fue incorporado después de audiencias públicas y logró mantenerse, aunque con cambios, hasta la aprobación del texto final. Además, no hubo largos debates sobre la inclusión del §3º del Art. 5º, solamente algunas dudas sobre cómo se llevaría a cabo en la práctica la atribución de equivalencia a la reforma constitucional fueron suscitadas. Cabe señalar que incluso entre los legisladores no había una definición clara de lo que significaba atribuir la equivalencia de las enmiendas constitucionales a los tratados internacionales de derechos humanos (Ertel, 2022).

Así, al entrar en el procedimiento de internalización de los tratados internacionales al Derecho doméstico, antes de la EC 45/2004, incluso los de derechos humanos se aprobaban sólo mediante Decreto Legislativo y por mayoría simple, conforme a lo dispuesto en el inciso I del Artículo 49 de la CRFB. Este proceso de aprobación suscitó controversias doctrinales y jurisprudenciales acerca de la jerarquía interna aplicable a dichos tratados, si serían constitucionales o supraleales (Mazzuoli, 2011, p. 33). Con la inserción del §3º al artículo 5º de la Constitución, comenzaron a existir dos formas diferentes para la internalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico brasileño. El nuevo procedimiento, que garantiza el estatus de enmienda constitucional bajo la obligación de votos específicos en las cámaras parlamentarias, y el antiguo del §2º, la cláusula de apertura brasileña al bloque de constitucionalidad, combinado con el Art. 49, I de la CF/88.

Por lo tanto, cuando es analizado superficialmente, el nuevo dispositivo parece resolver muy bien el problema existente sobre la jerarquía jurídica de los tratados internacionales en Brasil, especialmente por hacer mención directa sobre los DDHH (Andrade, 2006, p. 179). Ocurre que todos los tratados internacionales firmados antes de 2004, incluidos los de derechos humanos, no han pasado por el proceso antes descrito, y por lo tanto no tienen la eficacia de una enmienda constitucional hasta que el procedimiento ocurra. Esta sería la interpretación auténtica de la EC 45/04, elaborada por el propio poder constituyente derivado: que los documentos normativos internacionales sobre DDHH anteriores a ella no tienen rango constitucional y sólo tendrían después de una votación especial en dos vueltas con una mayoría de tres quintos en cada una de las Cámaras Parlamentarias. Por consiguiente, la EC analizada expresó así la posición asumida por la visión restrictiva de la Corte Constitucional Brasileña y de los autores que la siguen (Lopes, 2005 en Andrade, 2006, p. 192).

En particular, un estudio realizado por la Asesoría Legislativa de la Cámara de Diputados muestra claramente la perspectiva institucional adoptada: la introducción del §3o en el art. 5o como resolución del *impasse* legal generado por la abstención del §2o en cuanto a la jerarquía de los tratados aprobados. Sin embargo, después de la EC 45/2004, la disputa entre doctrina y jurisprudencia sobre el estatus de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno se mantuvo. En 2008, en la sentencia del Recurso Especial N° 466.343-1/SP, el Supremo Tribunal Federal estableció que los tratados internacionales de derechos humanos aprobados en los términos del §2o del Art. 5o de la Constitución –o sea, los adheridos al ordenamiento jurídico brasileño antes de 2004 que no hayan sido sometidos al rito introducido por el §3o– tienen estatuto supralegal, en otras palabras, son inferiores a la Constitución y superiores sólo a las leyes ordinarias. En suma:

El STF tradicionalmente apoyó la posición establecida en 1977 en la sentencia del RE 80.004/SE de que los tratados internacionales, incluidos los que tratan de los derechos humanos, gozaban del estatus de derecho común en el derecho brasileño. Sin embargo, en la RE 466.343, de 2008, el STF, examinando específicamente la CADH, supera su antigua posición, consagrando el carácter suprajurídico de los tratados de derechos humanos ratificados antes de la EC N° 45 de diciembre de 2004. Los ratificados con posterioridad a la referida modificación podrían asumir el valor equivalentes a las reformas constitucionales, cuando sean aprobadas por el quórum previsto en el §3o del Art. 5 de la CF, añadido al texto constitucional por la EC n° 45. A pesar de la evolución jurisprudencial a favor del derecho internacional de los derechos humanos, se critica que en el RE 466.343 el STF perdió la oportunidad de atribuir valor constitucional a todos los tratados de derechos ratificados por Brasil, tesis que ha sido defendida durante mucho tiempo por la doctrina, con base en el artículo 5o § 2 de la CF. Con ello, se evitarían diferenciaciones de posición jerárquica entre los tratados humanísticos incorporados antes y después de la EC n° 45, así como el Estado brasileño aclararía a la comunidad nacional e internacional el tratamiento que entiende como adecuado para los tratados humanísticos, reforzando su compromiso a la protección de los derechos humanos. (Ceia, 2013, p. 144)

Por otro lado, el avance de la jurisprudencia del STF sobre la jerarquía de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno

fue impulsado precisamente por el debate sobre la compatibilidad de la CADH con la Constitución Federal brasileña. El caso pasó a ser conocido como *prisão do depositário infiel* (HC 91361, 2008). Desde entonces, estos tratados tienen jerarquía constitucional solamente si han sido aprobados en el procedimiento especial previsto en el §3° del Art. 5 de la CRFB, o supralegal en caso negativo. Por todas estas razones, el Estado brasileño duda entre la indiferencia y el intento, muchas veces formal o insatisfactorio, de cumplir con las recomendaciones de la CIDH y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ventura y Cetra, 2013, pp. 7-8).

En este caso, al discutir la legalidad o ilegalidad de la detención de un depositario infiel por enajenación fiduciaria a través del HC 91361 de 2008, el Supremo reconoció la supralegalidad de los tratados internacionales de Derechos Humanos, a fin de adecuar el derecho interno a la CADH, ya que el ordenamiento nacional preveía la posibilidad de prisión para el depositario infiel en los artículos 5, LXVII de la Constitución, 652 del Código Civil y en el Decreto-Ley N° 911/1969, en cuanto el art. 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la prisión civil por deudas.

En la votación, los ministros dijeron que el propósito de otorgar un estatus supralegal a los tratados internacionales de derechos humanos era distinguir estos tratados de los tratados ordinarios y dar prioridad a los DDHH. Sin embargo, en cuanto a la doctrina, para autores como Valério de Oliveira Mazzuoli (2011), pionero en el tema del control convencional en Brasil, los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango material constitucional (Ertel, 2022, p. 89) Esto independientemente de la forma en que fueron internalizados en el ordenamiento jurídico brasileño, aunque sea por mayoría simple de votos en la forma del §2° del Art. 5 o por quórum calificado en dos turnos en la forma del § 3° del citado artículo.

El jurista afirma que si la Constitución establece que los derechos y garantías en ella mencionados no excluyen otros derivados de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil es parte. Autoriza que estos derechos y garantías internacionales, contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados por el país, son incorporados a nuestro ordenamiento jurídico nacional, y por tanto, consagrados en la Constitución. Esto quiere decir que la Constitución incluye los derechos y garantías fundamentales expresados en los tratados internacionales de DDHH firmados por Brasil en su catálogo de derechos protegidos, ampliando así su bloque de constitucionalidad (Mazzuoli, 2011, p. 29).

Así, para el autor, el §3° del Art. 5° traía la posibilidad de dar formalmente rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos aprobados en la forma allí prevista. En otras palabras, los tratados internacionales de DDHH adoptados en la forma del artículo 5° §3° tienen rango constitucional formal además de su rango constitucional sustantivo porque son equivalentes a enmiendas constitucionales. Esta posición también es defendida por investigadores como Flávia Piovesan (2010) e Ingo Sarlet (2006; 2015), y como ilustrada por Ertel (2022):

Mazzuoli también critica el §3° del artículo 5° porque permite crear diferentes categorías jurídicas para tratados con la misma intención. Habría así una 'desigualdad de iguales' que violaría el principio de la isonomía. Esto porque no existe una determinación obligatoria de

la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la forma del §3º del artículo 5º, por lo que quedaría a discreción del Congreso Nacional elegir la forma de votación, si se aprueba con la quórum del §2º o §3º del artículo 5º. Ingo Sarlet, quien también señala la falta de determinación sobre el carácter facultativo u obligatorio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en la forma del §3º del artículo 5º, defiende la interpretación teleológica y sistemática del carácter obligatorio de la incorporación en la forma del §3º. (Ertel, 2022, p. 90)

Como resultado, se puede afirmar que la adición del §3º al Artículo 5º introducido en la Carta Magna por la EC 45/04 sólo impide y debilita la validez interna de las normas internacionales sobre derechos y garantías fundamentales. “Esta disposición, por lo tanto, constituye un retroceso innegable en términos de protección y cumplimiento de los derechos humanos en Brasil” (Sgarbossa, 2005). En efecto, solamente tres instrumentos internacionales hasta el presente año han sido elevados al nivel constitucional: la Convención sobre el Derecho de Las Personas Con Discapacidad (2009); el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (2018); y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2022) (Planalto, 2022). Tal hecho ilustra muy bien que la problemática incluso se extendió a los tratados firmados después de la promulgación de dicho procedimiento, una vez observada su complejidad.

Sin embargo, para las corrientes que creían que las normas internacionales de derechos humanos ya habían ingresado a nuestro ordenamiento jurídico interno equivalentes a la CRFB, cualquier cambio a la Carta Magna que contradiga tal presencia normativa significaría la abolición de derechos y garantías fundamentales. Esto entraría en conflicto directo con la cláusula presente en el Art. 60, §4º, IV, CRFB (Lopes, 2005). De modo que, al analizar con más atención, sería posible alegar la inconstitucionalidad del §3º del Art. 5º debido a su conflicto con el dispuesto por el Poder constituyente Originario en los §§ 1º y 2º del mismo artículo, así como del § 4º, IV del Art. 60:

Art. 5º. § 1º Son inmediatamente aplicables las reglas que definen los derechos y garantías fundamentales. § 2º Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte [...] Art. 60. La Constitución puede ser enmendada por medio de propuesta: [...] § 4º No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I - La forma federativa de Estado; II - El voto directo, secreto, universal y periódico; III - La separación de Poderes; IV - Los derechos y garantías individuales. (Brasil, 1988)

Concretamente, los §§ 1º e 2º incluyen automáticamente los derechos y garantías presentes en los tratados internacionales al rango constitucional en cuanto el §3º limita tales disposiciones al exigir un proceso legislativo de equiparación. Al tener la expresión “tendiente a abolir” del §4º del Art. 60 en cuenta, la modificación del Art. 5º de la CRFB/88 –donde se encuentran los derechos fundamentales– sería posible solamente para ampliar su alcance o perfeccionar su



texto, lo que está fuertemente prohibido por la intención de obstruir las garantías y derechos allí suscritos. El problema, en este caso, serían las modificaciones que dificulten o limiten el alcance o eficacia de alguna norma prevista en el Art. 5°, ya que no tenderían, necesaria o técnicamente, a abolir algo. Sin embargo:

Se trata de una enmienda encaminada a la abolición de los derechos y garantías fundamentales no sólo la que pretende operar la supresión literal de tales derechos y garantías del texto constitucional, sino también la que pretende obstaculizar su incorporación o ejercicio, incluso mediante juegos de palabras, como en el presente caso. (Sgarbossa, 2005)

Por lo tanto, parece que el §4° del Art. 60 incluye obligatoriamente tales hipótesis, ya que las cláusulas pétreas son inmutables *ad eternum*, y el núcleo de lo que estamos analizando es precisamente proteger los derechos y garantías originalmente otorgadas por la Constitución de 1988 (CF/88). Desde esta perspectiva, para el §3° del Art. 5° no ser declarado inconstitucional, la única salida hermenéutica sería entender que el requisito procesal legislativo que él expresa se exige únicamente para los tratados internacionales que aún no han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, y todos los tratados de derechos humanos previamente incorporados al derecho brasileño son aplicables a nivel constitucional (Andrade, 2006, pp. 179-180).

Como se ha mencionado anteriormente, esta no es la posición adoptada por el poder constituyente derivado o por el STF, que parten de una visión más restrictiva. Por lo tanto, dicho proceso para la equiparación de tratados internacionales de derechos humanos a enmiendas constitucionales sería necesario independientemente de cuándo estos documentos fueron firmados por el Estado. En este sentido, Sgarbossa (2005) afirma que la EC 45/04 pretendió modificar el núcleo pétreo de la CRFB, “utilizando un verdadero juego de palabras para abolir derechos y garantías fundamentales al tratar de frustrar la intención del legislador constitucional original de asegurar la inclusión automática de tales derechos en la tabla constitucional” (Sgarbossa, 2005). Tal vicio podría ser reclamado y analizado tanto en el ámbito del control difuso como en el del control concentrado de constitucionalidad.

Por consiguiente, es pertinente observar brevemente cómo es el control de constitucionalidad brasileño. Este tiene varias formas, luego de que el país adoptara el criterio difuso a modo de excepción en la Constitución de 1891, el cual perduró hasta los cambios en la Constitución vigente de 1988. En suma, a la luz de la CRFB/88, el control de constitucionalidad adoptado por Brasil es el jurisdiccional concentrado y difuso (Art. 102, inciso I, línea a, e inciso III, línea b.), es decir, es ejercido por el Poder Judicial y combina la competencia exclusiva del STF con la competencia general de los demás tribunales, ya que pueden plantearse cuestiones de inconstitucionalidad en cualquier proceso (Silva, 2017, pp. 52-54).

Debemos también aclarar el proceso de ratificación de tratados internacionales en Brasil. En el derecho brasileño, este recurso fue inaugurado en 1989 con la ratificación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), posibilitada por el apoyo de la CF/88. Desde entonces, muchos otros instrumentos internacionales relevantes para la protección de los DDHH

también se han incorporado a la legislación brasileña (Piovesan, 2000, p. 100).

Es importante señalar que, de conformidad con el Art. 5º, §3º de la CRFB, la única distinción para los tratados de Derechos Humanos de otro tipo de tratados dentro del proceso de ratificación brasileño es la posibilidad de su equivalencia a enmiendas constitucionales, una vez aprobados por tres quintos de los votos del Congreso Nacional (CN) en dos vueltas. Por tanto, el actual texto constitucional establece que los actos internacionales necesitan de la colaboración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para ser ratificados. La facultad de celebrar tratados se otorga exclusivamente al Presidente de la República por el Art. 84, VIII de la CF/88. No obstante, la realización de los mismos requiere autorización del CN, dada su competencia, observado el Art. 49, I de la Constitución, de la deliberación definitiva sobre tratados, convenios o actos internacionales que generen responsabilidades intensas al patrimonio nacional (Brasil, 1988). Acerca de eso, sigue vigente un discurso del ministro Celso de Mello en la ANC de 1987:

Brasil firmó convenciones de derechos humanos hace unos veinte años. Ninguno de ellos ha sido enviado aún a la Legislatura para su aprobación. Otro ejemplo: la Convención de Derecho Humanitario de 1977 –en la que participó de manera brillante el profesor Motta Rangel– tampoco fue enviada a la Legislatura. Algunos dirán: pero esto es responsabilidad del Ejecutivo. Realmente es. Pero yo pregunto: ¿No sería válido que las convenciones de derechos humanos –solo derechos humanos, derecho humanitario y convenciones internacionales del trabajo– fueran enviadas obligatoriamente al Poder Legislativo? Y si el Legislativo los aprobara, habría ratificación obligatoria por parte del Ejecutivo. (Asamblea Nacional Constituyente, 1987b, p. 20)

Aún existe una dependencia entre tales poderes de la república en la ratificación de un documento internacional, ya que uno no es capaz de realizar tal acto sin el otro. En suma, el análisis de la Constitución Federal vigente permite constatar que la implementación de los tratados internacionales por el derecho interno se deriva de un acto complejo, debido a la necesaria compatibilidad de dos voluntades: la del Congreso Nacional y la del Presidente de la República. Por lo tanto, luego de la firma de un pacto de Derechos Humanos, por ejemplo, este debe ser sometido a ratificación, acto discrecional del Presidente que está sujeto a la aprobación previa del CN, materializada por un Decreto Legislativo. Sólo después de tal consentimiento, el pacto entrará en vigor en el plano jurídico internacional y podría incorporarse al orden interno, mediante Decreto del Presidente de la República y votación en los términos del Art. 5º, § 3º de la CF/88 para alcanzar jerarquía constitucional (Portela, pp. 1027-1028).

La jerarquía de tales documentos en el ordenamiento jurídico es extremadamente importante en sus aplicaciones, ya que, como explica Kelsen (1998), el Derecho tiene una estructura escalonada:

El orden jurídico no es un sistema de normas jurídicas ordenadas en el mismo plano, situadas unas al lado de las otras, sino una construcción escalonada de diferentes capas o niveles de normas jurídicas. Su unidad es producto de la conexión de dependencia que resulta del hecho de que la validez es una norma, que fue producida según otra norma, se fundamenta en esa otra norma, cuya producción, a su vez, está determinada por otra; y

así sucesivamente, hasta finalmente llegar a la norma fundamental presupuesta. La norma fundamenta –hipotética, en estos términos– es, por lo tanto, el fundamento de validez último que constituye la unidad de esta interconexión creadora. (Kelsen, 1998, p. 155)

Por lo tanto, la norma fundamental se presenta como el origen de todo el sistema jurídico, es decir, la Constitución de un Estado es el umbral de su fundamento jurídico positivo: escrito y material. Tal hecho se revela en el concepto de la Carta Magna como la ley soberana sobre todas las demás, legislación que debe tener sus parámetros respetados para que legitime diplomas legales posteriores. En otras palabras, la Constitución es responsable del establecimiento del hecho de generación del Derecho y, por lo tanto, de toda la estructuración legal del país (KELSEN, 1998, pp. 155-156).

Al paso que los tratados internacionales de Derechos Humanos se vuelven materialmente constitucionales, puestos a disposición del §2º del Art. 5º de la CRFB (1988), o formalmente constitucionales de acuerdo con el §3º del artículo antes mencionado, se entiende en consecuencia que, más allá del control tradicional de constitucionalidad, aún debe existir a partir de tales disposiciones el control de convencionalidad. Este se refiere a la compatibilidad de la producción normativa nacional con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los tratados internacionales de DDHH que el país ha firmado y que también deben ser suscitados en el control de constitucionalidad. Dado que, al tener el estatus de norma fundamental, los acuerdos internacionales de DDHH se convierten en un “paradigma para el control de las normas infra constitucionales en Brasil” (Mazzuoli, 2018, p. 24).

No obstante, la teoría no se acerca mucho a la práctica brasileña. Existen barreras jurídico-legislativas que provocan retrocesos diarios en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el país, siendo la enmienda constitucional uno de los principales. Al mismo tiempo, las barreras interpretativas de la Corte Constitucional –el STF–, que debería ser el principal agente en la defensa de la aplicación de la materia en suelo nacional, han obstaculizado el debido proceso de interiorización del DIDH.



## EL PROTAGONISMO DE LA SUPREMA CORTE CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*A priori*, se advierte que la principal competencia de la Suprema Corte es la de tutela de la Constitución, pero le corresponde también perseguir y juzgar originariamente diversas acciones, infracciones, litigios y solicitudes especificadas a lo largo del Art. 102 de la CRFB (1988). Así, además de desempeñar el papel de Tribunal Constitucional, el STF también actúa como última instancia judicial –o Tribunal de Apelaciones– en la revisión de los casos que surgen de los tribunales inferiores, dada su competencia para conocer de los recursos ordinarios y extraordinarios, sin mencionar el rol concebido por el foro privilegiado, con el STF también conduciendo procesos penales contra las más altas autoridades gubernamentales (Brasil, 1988). El Supremo Tribunal Federal, por lo tanto, es un órgano multifacético que constituye el más alto nivel constitucional del Poder Judicial brasileño.

Fue a partir de la Constitución de 1891 que el STF tuvo prevista su institución, habiendo entrado en funciones ese mismo año. Con el tiempo, el número de Ministros del STF ha cambiado por varias razones. En sus orígenes, el STF estaba compuesto por quince jueces, todos designados por el Presidente de la República y también aprobados posteriormente por el Senado Federal. El número de Ministros del STF fue reducido de quince a once en 1931 por el Gobierno Provisional, a través del Decreto 19.656 del 3 de febrero de 1931. Con la Constitución de 1934, el STF cambió su nombre a 'Supremo Tribunal'. La Constitución de 1937, en cambio, retomó la designación del Supremo Tribunal Federal, y tanto en las Constituciones de 1934 y 1937 como en la de 1946 se mantuvo el número de 11 Ministros (MELLO, 2014). El cambio en el número de Ministros que integran el STF que puede considerarse más significativo fue el ocurrido por determinación del Acto Institucional N° 2 el 27 de octubre de 1965, durante la dictadura cívico-militar. Al 2 aumentó el número de Ministros de once a dieciséis, a través de su artículo 6, que modificó el Artículo 98 de la Constitución, que ahora queda así: 'El Supremo Tribunal Federal, con sede en la Capital de la República y jurisdicción en todo el territorio nacional y estará integrado por dieciséis Ministros'. Este cambio, en su momento, significó un intento de injerencia del régimen militar en la composición del Supremo Tribunal Federal. Eso porque, en el período que precedió a la edición del Acto Institucional n° 2, el STF juzgaba los casos de forma contraria a los intereses de los militares que ocupaban el poder ejecutivo. Hubo una fuerte presión de los intransigentes para intervenir en el STF [...] el otorgamiento de habeas corpus a favor de los políticos detenidos con base en investigaciones de la policía

militar fue el mayor motivo de fricciones entre el STF y el gobierno militar en el período. (Ertel, 2022, pp. 94-95)

También hubo preocupación por la imparcialidad de los ministros que componían la Corte, ya que, según los militares de la dictadura, fueron nombrados por políticos considerados comunistas y corruptos, especialmente João Goulart y Juscelino Kubitschek. Así, la desconfianza del régimen hacia la institución se tradujo en injerencias directas en su funcionamiento. Se puede mencionar el cambio en el número de ministros, fruto de un debate sobre una posible futura reforma del PJ, que ya se estaba discutiendo cuando el propio STF había establecido una posición en contra del aumento de su composición. Sin embargo, mantener la disposición del Supremo no era viable para la dictadura debido a las decisiones contrarias a sus intereses emitidas por el Tribunal (Valério, 2010, p. 121).

Como resultado, cinco ministros más fueron designados por el régimen basado en AI 2, pero su asignación fue definida internamente por el propio STF, por lo que los nuevos designados no constituyeron una mayoría. Así, los primeros esfuerzos autoritarios para obtener una mayoría de ministros alineados con la dictadura, en el Supremo, no fueron suficientes de inmediato. Sin embargo, la jubilación forzosa de otros tres ministros fue instituida posteriormente por el AI 5, maniobra que también se tradujo en la salida de otros dos ministros que no estaban de acuerdo con tales imposiciones, además de la salida de otro por disconformidad con la censura previa también derivada de AI 5. Como resultado, se instituyó un desfaldo de seis jueces del STF y el AI 6 cambió nuevamente la composición de la Corte a once jueces. Quedaba, pues, una mayoría de ministros designados por la dictadura militar en el Supremo (Ertel, 2022, p. 96).

Así, la dictadura militar brasileña logró un control de las decisiones del Supremo Tribunal Federal en su favor. Y, durante el proceso de redemocratización del país eso no fue revisado en ningún momento. En otras palabras, la composición de la Corte fue mantenida durante el período transitorio entre la dictadura y la democracia, y esta cuestión tiene relevancia no solo política sino práctica en el análisis de la baja utilización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el STF.

La Constitución Federal de 1988, que fue redactada y promulgada después del período autoritario, enfatizó la competencia principal del STF para defender la CRFB en su Artículo 102, que también enumera las competencias de la Corte. El Supremo Tribunal Federal combina la función del Tribunal Constitucional y la función del tribunal de última instancia con el que se alega la violación de la norma constitucional. El análisis del uso del DIDH por parte del STF incluyó decisiones tomadas por la Corte en el ejercicio de sus dos funciones. Es importante destacar que, en el sistema constitucional brasileño, el control judicial de constitucionalidad es híbrido y puede ser difuso o concentrado. Y es en el control concentrado de constitucionalidad que el STF ejerce su función de tribunal constitucional (Ertel, 2022, p. 98).

Hoy, el Supremo está compuesto por once ministros: Luiz Fux - Presidente; Rosa Weber - Vicepresidenta; Gilmar Mendes - Decano; Ricardo Lewandowski;

Cármen Lúcia; Dias Toffoli; Roberto Barroso; Edson Fachin; Alexandre de Moraes; Nunes Marques; y André Mendonça. Los requisitos para ser nominado al cargo son ser brasileño nato –Art. 12, §3º, IV, CRFB/88–, ser mayor de 35 años y menor de 65 años y poseer un conocimiento jurídico sobresaliente y una reputación impecable –Art. 101, CRFB/88– (Brasil, 1988).

## **1. Mapeo general de las veces en que Brasil fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Es útil observar las circunstancias generales de las condenas de la República Federativa de Brasil por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posición de la Corte Suprema –el STF– en estas ocasiones para comprender su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera práctica. Once procesos contra el país han llegado al Tribunal Interamericano y solo en uno no hubo condena, lo que ha generado diez condenas brasileñas hasta el momento.

En 2006, dos sentencias sobre el país fueron expedidas por la Corte IDH, las de los casos *Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil* y *Nogueira de Carvalho y otros Vs. Brasil*. *Damião Ximenes Lopes* fue víctima de torturas y malos tratos mientras recibía tratamiento psiquiátrico y murió a consecuencia de los mismos tres días después de su hospitalización, el 4 de octubre de 1999. El Estado brasileño fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vulnerar el derecho a la vida e integridad personal del paciente. El tribunal también afirmó que Brasil no cumplió con su derecho a garantizar la protección judicial en relación con la familia de la víctima, por no cumplir con su obligación de investigar y sancionar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos perpetradas (Plastino, 2021).

“Vale recordar que, en el momento de la condena de Brasil, los tratados y convenciones internacionales eran recibidos con fuerza de ley ordinaria, en virtud del entendimiento adoptado hasta entonces por el STF” (Aquino y Francischetto, 2018, p. 69). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al condenar al Estado brasileño a cumplir con su obligación de garantizar a todos los ciudadanos un servicio judicial efectivo y de instituir políticas públicas en el área de la salud mental, obligó al país a cambiar la manera de cuidar a las personas en sufrimiento psíquico. Así, puede decirse que la sentencia del caso *Damião Lopes* emitida por la Corte IDH inauguró un nuevo momento para el significado e impacto de los derechos humanos en el país (Aquino y Francischetto, 2018, p. 78).

A su vez, *Nogueira de Carvalho y otros Vs. Brasil*, se refiere al asesinato del abogado y defensor de los DDHH Gilson Nogueira de Carvalho, ocurrido en octubre de 1996 en Rio Grande do Norte. Como Brasil reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las víctimas se limitó a condenar al Estado brasileño por no investigar y sancionar a los responsables del asesinato. Sin embargo, a pesar de las graves violaciones presentadas en el caso, el Tribunal consideró que los hechos y las pruebas presentadas eran

insuficientes para demostrar que el Estado violó las garantías y la protección judicial. Este es el único caso hasta el momento en el que Brasil no ha sido condenado (Plastino, 2021).

Luego de la sentencia desfavorable dictada por la Corte IDH, los padres de Gilson continuaron buscando justicia, presentando recursos relacionados con el proceso penal ante el Supremo Tribunal de Justicia (STJ) y el STF, pero ninguno prosperó y nadie fue arrestado por el crimen. Podemos ver a continuación una breve recopilación de los recursos procesados por el STF:

Tras el fallo de la Corte Interamericana, continuaron en trámite los recursos de apelación interpuestos por los padres de Gilson Nogueira de Carvalho ante los tribunales superiores. [...] En marzo de 2010, el caso fue remitido al Supremo Tribunal Federal (STF). En julio de 2010, la Procuraduría General de la República (PGR) se manifestó a favor de conceder parcialmente el recurso extraordinario pendiente en el STF, para considerar nula la decisión que determinó la expulsión. En junio de 2011, el ministro del STF, Ayres Britto, negó el recurso extraordinario. En septiembre de ese año se interpuso recurso interlocutorio, que fue denegado por la Segunda Turma del Supremo al mes siguiente. En enero de 2012, los padres de Gilson presentaron mociones de aclaración, que fueron rechazadas por la Segunda Turma en agosto de 2015. En septiembre de 2015, presentaron mociones de desacuerdo, que fueron denegadas en octubre. En el mismo mes interpusieron un nuevo recurso interlocutorio, que fue denegado por el pleno del STF en marzo de 2016. El 22 de marzo de 2016, el caso fue declarado firme e inapelable por la Corte Suprema. (Réu Brasil, 2021a)

Ya en 2009 otros dos casos fueron sentenciados: *Escher y otros Vs. Brasil* y *Garibaldi Vs. Brasil*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Brasil por violar los derechos a la intimidad, el honor y la libertad de asociación en el caso *Escher y otros Vs. Brasil* pues 34 personas vinculadas al Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST) fueron víctimas de interceptaciones telefónicas clandestinas en 1999, que fueron grabadas y escuchadas por la Policía Militar (PM) del Estado de Paraná. Las conversaciones fueron difundidas en vehículos mediáticos y el Poder Judicial se negó a destruir el material interceptado. Por su parte, el caso *Garibaldi*, también estuvo vinculado al MST, pero se refiere al asesinato del afiliado Sétimo Garibaldi, ocurrido el 27 de noviembre de 1998 durante un operativo de desalojo de familias de trabajadores sin tierra. La Corte IDH consideró que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales ya la protección judicial en relación a los familiares de Garibaldi al no investigar y sancionar el delito (Plastino, 2021).

Entre las repercusiones del caso *Escher y otros Vs. Brasil*, se destaca que, de acuerdo con la legislación nacional, sólo la Policía Civil y Federal tienen la prerrogativa de solicitar la ruptura del secreto telefónico. Sin embargo, la Segunda Turma del STF reconoció la legitimidad de la PM para realizar escuchas telefónicas en 2012 a través del HC 96986/MG. El caso *Garibaldi*, por otro lado, fue considerado posteriormente por el STJ, que propuso juzgar si el Código Penal se superpondría a las decisiones de la Corte IDH o si el Poder Judicial brasileño estaría sujeto al cumplimiento de las determinaciones interamericanas, uno de sus ministros hizo fuertes declaraciones sobre el tema:



El magistrado Rogerio Schietti Cruz, del Superior Tribunal de Justicia, defendió la reapertura de la acción penal por el asesinato del trabajador sin tierra Sétimo Garibaldi, ocurrido en 1998 durante el desalojo violento de una hacienda invadida en Paraná. Al presentar su voto sobre el caso el martes (23/2), el ministro lamentó que la Justicia de ese estado no esté comprometida con el cumplimiento efectivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que determinó que la investigación del crimen se llevó a cabo hasta el final. 'No sólo por disposición expresa de la Comisión Americana de Derechos Humanos (CADH - artículo 68.1), sino también por una regla anterior a la que ya se había sometido voluntariamente (Convención de Viena, 1969), Brasil está obligado por las decisiones de la CIDH, y debe dar a las leyes que forman parte de su ordenamiento jurídico, interpretación conforme a los tratados y convenciones a los que se ha adherido', dice el ministro. (Conjur, 2016)

En el año 2010 el caso icónico Gomes Lund y otros también conocido como *Guerrilha do Araguaia* resultó en otra condenación al Estado brasileño. El caso trata sobre la detención arbitraria, la práctica de la tortura y la desaparición forzada de 70 personas en una operación realizada por el Ejército de Brasil entre 1972 y 1975. El Estado también fue procesado por no investigar, juzgar y sancionar estos hechos debido a la Ley de Amnistía (Ley n. 6.683/79). La Corte IDH reconoció que la Ley de Amnistía brasileña impide la investigación y rendición de cuentas de graves violaciones de DDHH y, por lo tanto, es incompatible con las disposiciones de la CADH. Se consideró que Brasil violó los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, las garantías y protecciones judiciales y la libertad de pensamiento y expresión, en relación con el derecho a la información y el derecho a la verdad (Plastino, 2021).

Esta condena generó una serie de repercusiones, entre las que se destaca la posición del STF en la sentencia de la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 153, presentada en 2008 por la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), solicitando una interpretación conforme a la Actual Constitución de la Ley de Amnistía. El propósito era que el Tribunal declarara que la amnistía otorgada por esta Ley a los delitos políticos o conexos no se extendería a los delitos comunes cometidos por agentes de la represión contra opositores políticos durante la dictadura militar. En abril de 2010, sin embargo, la Corte Suprema declaró infundada la ADPF, considerando constitucional y esencial para el proceso de redemocratización brasileño la interpretación de la ley que aplicaba la amnistía amplia, general y sin restricciones. El relator del caso, ministro Eros Grau, también expresó en su voto que dado que la amnistía se había traducido en un texto de ley, sólo el Poder Legislativo podría revisarla, y que no corresponde al Supremo modificar textos normativos que otorgan amnistías. También afirmó que la referida Ley ya no pertenece al orden constitucional anterior, sino que se incorpora al nuevo, por lo que su adecuación a la CRFB/88 sería incuestionable (Ceia, 2013, pp. 137-138).

La OAB propuso entonces una moción de aclaración contra esta declaración de inadmisibilidad del STF el 13 de agosto de 2010, alegando su omisión por no abordar el tema de la incompatibilidad entre la Ley de Amnistía y las normas internacionales de DDHH, y enfatizando el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y la

consecuente divergencia creada entre la decisión del STF y la jurisprudencia de la Corte. Posteriormente, en marzo de 2011, la Orden presentó una nueva solicitud, aún como recurso de aclaración, solicitando un pronunciamiento expreso del Supremo Tribunal Federal acerca de la efectividad de la sentencia interamericana derivada del Caso Gomes Lund, ya que la Corte Interamericana determinó la incompatibilidad de la Ley de Amnistía brasileña con la CADH y, en consecuencia, su falta de efecto jurídico. Frente a esto, en mayo de 2011 el STF convocó al Congreso Nacional y a la Presidencia de la República a manifestarse en el proceso con fundamento en los principios del contradictorio y de la amplia defensa (Ceia, 2013, pp. 138-139). A continuación, sigue una recolección de dichas declaraciones:

El 6 de julio de 2011, la AGU emitió un dictamen en el que afirmó, en relación con la ejecutoriedad de la sentencia de la Corte en el caso Gomes Lund, que Brasil no estaría obligado a adoptar una convención internacional que no haya ratificado o una convención que ratificó en fecha posterior a la Ley de Amnistía. Además, la CF apoyaría la decisión del STF de mantener la amnistía para todos los delitos cometidos por agentes estatales y opositores al régimen durante la dictadura militar. El 10 de octubre de 2011, la Abogacía del Senado emitió un dictamen, en el cual entendió que no era posible aplicar el delito de desaparición forzada a los delitos cometidos durante la dictadura militar, con base en el principio de legalidad. Y concluyó que la sentencia de la Corte en el caso Gomes Lund debe cumplirse en la medida en que sea compatible con la CF, hecho que impide responsabilizar penalmente a los agentes estatales por el delito de desaparición forzada. El 8 de noviembre de 2011, el Presidente de la Cámara de Diputados, Marco Maia, envió un dictamen en el que afirmó que los tratados de derechos humanos tienen una jerarquía infraconstitucional y, por lo tanto, el STF es prohibido de ejercer el control de convencionalidad, no correspondiendo a la Corte exigir al STF que amplíe los límites de su competencia para ejercer dicho control. [...] Todas estas manifestaciones de los principales órganos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en el ámbito de la ADPF 153, son contrarias al cumplimiento de la sentencia de la Corte en el caso Gomes Lund, así como contrarias a las obligaciones internacionales del Estado brasileño ante la CADH. Esta postura refleja el desconocimiento de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos y de su respectiva obligatoriedad por parte de los agentes políticos brasileños. La AGU simplemente ignora la jurisprudencia de la Corte, incluida su decisión en el caso Gomes Lund, al afirmar que Brasil no estaría obligado, en este caso, a la CADH, ya que la ratificó en una fecha posterior a la Ley de Amnistía. (Ceia, 2013, pp. 139-140)

Al mismo tiempo, la postura del Supremo Tribunal Federal se opone totalmente a los avances de varios tribunales superiores de la región, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, la Corte Constitucional de Perú, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, la Suprema Corte de Justicia de Chile y la Corte Constitucional de Colombia. Todos ellos, al decidir sobre el alcance de las leyes internas de amnistía a respecto de graves violaciones de DDHH, concluyeron que dichas leyes violan la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar tales violaciones (Ceia, 2013, pp. 141-142). En concreto:

La Corte Suprema no interpretó la Ley de Amnistía brasileña a la luz de los parámetros protectores internacionales, que consideran los crímenes de lesa humanidad como normas de *ius cogens* y, por lo tanto, los institutos legales de amnistía y prescripción no les son aplicables. [...] Debido a la interpretación de la Ley de Amnistía por parte del STF, el Estado no investigó, procesó ni sancionó penalmente a los responsables de violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar, incluidas las del caso Gomes

Lund, comprometiendo así el cumplimiento íntegro de la sentencia de dicho caso. Como una forma de cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas del derecho internacional, el STF debería realizar el control de convencionalidad de la Ley de Amnistía, es decir, examinar su compatibilidad con los compromisos internacionales del Estado contenidos en la CADH. (Ceia, 2013, p. 140)

Otro caso de gran proyección fue el de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, sentenciado en 2016. El caso analiza la responsabilidad del país por la práctica de trabajos forzados y servidumbre por deudas en Fazenda Brasil Verde, en Pará. Los trabajadores que lograron escapar de la finca también denunciaron que, además de que les impedían salir del lugar, no recibían salario, alimentación ni condiciones dignas de vivienda y eran objeto de amenazas de muerte. El Estado tomó conocimiento de la existencia de Fazenda Brasil Verde y de sus prácticas en 1989, pero no tomó medidas para sancionar o prevenirlo, por lo que debe iniciar investigaciones sobre los hechos en un plazo razonable, enjuiciando y sancionando a los responsables, en además de indemnizar a los trabajadores encontrados durante las inspecciones (Plastino, 2021).

La Corte Interamericana observó, al sentenciar el referido caso, que la jurisprudencia reciente del Supremo estaba en consonancia con la decisión del colegiado interamericano, y que las sentencias presentadas demostraron que el Tribunal Superior del Trabajo y el propio STF interpretan situaciones análogas a la esclavitud con responsabilidad (Corte IDH, 2016, p. 81). Al votar en el Recurso Especial 459510/MT (2015), que versaba sobre un caso de reducción a condición análoga a la de esclavo, la Ministra Rosa Weber afirmó:

La privación de la libertad de la persona no tiene por qué ser necesariamente coaccionada. El trabajador que sufre una intensa y persistente vulneración de sus derechos fundamentales ha atacado su condición humana, experimentando un típico proceso de objetivación: el hombre tratado como cosa y no como persona humana. La vulneración del derecho al trabajo digno lesiona la capacidad de elección de la víctima según su propia voluntad, lo que, en última instancia, significa también 'reducir a alguien a una condición análoga a la de esclavitud'. Si bien no consta que al trabajador se le haya prohibido abandonar su trabajo, la persistencia en el trabajo en condiciones degradantes o extenuantes se debe a la falta de alternativas. Ser esclavo es no tener dominio sobre uno mismo. Obviamente, no toda violación de los derechos laborales constituye trabajo esclavo. Sin embargo, si la afrenta a los derechos garantizados por la legislación laboral es intensa y persistente, si alcanza niveles flagrantes y si los trabajadores son sometidos a trabajos forzados, jornadas agotadoras o condiciones degradantes, es posible, en teoría, enmarcada en el delito del Art. 149 del Código Penal, dado que los trabajadores eran tratados de manera similar a esclavos, con privación de su libertad y, sobre todo, de su dignidad, aun en ausencia de coacción directa contra la libertad de ir y venir. (STF, 2015, p. 53)

No obstante, el Supremo Tribunal Federal obstaculizó el combate a las condiciones de trabajo análogo a la esclavitud en Brasil al suspender la llamada "Lista Sujia", en virtud de la entonces ADI 5.209, aún en 2014, que vino a estabilizarse mediante la sentencia de la ADPF 509/DF en 2020. La citada lista era un registro de los empleadores descubiertos por mantener a sus empleados en situaciones análogas a la esclavitud, considerada un instrumento internacionalmente reconocido y elogiado en la lucha contra el trabajo forzoso.

El año siguiente, 2017, vino la sentencia del caso Favela Nova Brasília - Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y otros *Vs.* Brasil. Que se refiere a la ausencia y fracasos de investigaciones sobre ejecuciones sumarias, torturas y actos de violencia sexual perpetrados por la Policía Civil de Río de Janeiro contra la comunidad Favela Nova Brasília en operativos de 1994 y 1995. La Corte IDH consideró que los llamados *autos de resistência* —una de las formas en que la policía suele registrar las muertes de personas que perdieron la vida como resultado de la acción policial— tuvieron un impacto negativo en el curso de las investigaciones, contribuyendo a demoras y falta de diligencia. También entendió que el Estado debía tomar medidas preventivas en contextos donde los riesgos de violencia contra mujeres y niñas son evidentes. Finalmente, consideró vulnerados los derechos a la integridad personal, circulación y residencia, así como las garantías y protecciones judiciales. El tribunal también impuso medidas de reparación y no repetición, como la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones y la extinción de los *autos de resistência* (Plastino, 2021).

Ante tal sentencia y otros innumerables casos, es seguro decir que los operativos policiales en las favelas son una de las principales fuentes de violencia estatal en el país. Y, por decisión dictada por el STF en 2020 al considerar la ADPF 635, dichas operaciones fueron restringidas debido a la pandemia del COVID-19.

El razonamiento de la decisión registra que el ‘Estado brasileño fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Favela Nova Brasília, no solo por violar las reglas mínimas para el uso de la fuerza, sino también por no prever protocolos para el uso de la fuerza, ya sea para acreditar la necesidad del trabajo, ya para supervisar-lo’. El ministro Edson Fachin, relator de la acción, señala que ‘si como afirma la decisión de la Corte Interamericana, los protocolos para el uso de la fuerza ya eran precarios, en una situación de pandemia, con la gente pasando la mayor parte del tiempo en sus casas, se vuelven, si existentes, de utilidad cuestionable.’ (Réu Brasil, 2021b)

Ya en 2018 el país fue condenado dos veces por la Corte IDH, por los casos Pueblo Indígena Xucuru y Sus Miembros *Vs.* Brasil y Herzog y otros *Vs.* Brasil. La sentencia del primero analiza la violación del derecho a la propiedad colectiva y a la integridad personal del pueblo indígena Xucuru, donde el tribunal condenó al Estado brasileño por la demora en reconocer, a través de un proceso administrativo, la demarcación de las tierras y territorios indígenas ancestrales. La decisión también condenó la demora en la realización de procesos para la remoción de ocupantes no indígenas (Plastino, 2021). Recursos especiales y ordinarios fueron interpuestos por la Funai a finales de 2012 en el STJ y el STF, pero las decisiones permanecen pendientes.

Ya el segundo caso del mismo año se refiere a la responsabilidad del Estado brasileño por la investigación de dos hechos ocurridos el 25 de octubre de 1975, cuando el periodista Vladimir Herzog fue arbitrariamente detenido, torturado y asesinado en la sede del órgano represor de las fuerzas militares durante la dictadura en São Paulo. Nuevamente, la Ley de Amnistía fue señalada como uno de los mecanismos que impidió la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que las violaciones perpetradas contra Herzog tenían el carácter de crimen de lesa

humanidad y eran imprescriptibles, y consideró que los derechos a las garantías judiciales, la protección judicial y la integridad psíquica y moral de los familiares de Herzog fueron violados. Entre las medidas de reparación se estableció la obligación del Estado de realizar las investigaciones del caso e identificar a los autores de la muerte, no siendo aplicable la Ley de Amnistía (Plastino, 2021).

La Ley de Amnistía y la interpretación dada por el Supremo aún constituyen una barrera para la rendición de cuentas de los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar brasileña, incluso después de los fallos de la Corte sobre la materia. Hasta aquí los antecedentes del caso *Guerrilha do Araguaia*, de 2010. El STF aún no ha cambiado su posición con respecto a la Ley de Amnistía, a pesar de los esfuerzos de la sociedad civil para interponer recursos y nuevas acciones sobre el tema basadas en las interpretaciones de la Corte IDH.

Corresponde, pues, al STF adecuar la jurisprudencia interna a la jurisprudencia internacional y reconocer: 1) la nulidad de las leyes de autoamnistía y la imposibilidad de reclamar la extinción de la pena en estos casos; 2) reconocer que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su rango constitucional e internacional, exige la investigación plena y la sanción penal de los autores de actos de barbarie que atentan contra los derechos humanos y 3) impedir que Brasil sea condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por incumplimiento de la reiterada jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Ramos, 2009, pp. 272 -273)

La condena más reciente data de 15 de julio de 2020, proveniente del caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. El caso se refiere a la responsabilidad del Estado por la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en la ciudad de Santo Antônio de Jesus (Bahía) en 1998, que resultó en la muerte de 64 personas, 22 de ellos niños. El tribunal consideró que Brasil violó los derechos a la vida y al niño en perjuicio de las personas que murieron en la explosión y también violó el derecho a la integridad de los seis sobrevivientes. El tribunal también encontró que Brasil no cumplió con sus obligaciones de inspeccionar la fábrica, ya que tenía conocimiento de la existencia de irregularidades en el medio ambiente, como el almacenamiento de materiales peligrosos y explosivos. La decisión también consideró vulnerados los principios de igual protección de la ley, la prohibición de la discriminación y el derecho al trabajo, ya que la única opción de ocupación económica de los habitantes del municipio, por su situación de pobreza, era aceptar la alta condiciones de riesgo impuestas por la fábrica (Plastino, 2021).

Considerando el corto tiempo transcurrido desde que el Estado brasileño fue notificado oficialmente de la sentencia de la Corte Interamericana (en octubre/2020), aún no hay avances significativos en el cumplimiento de las determinaciones. La acción civil *ex delicto* contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Julieta Fróes Bastos y Mário Fróes Prazeres Bastos aún se encuentra en fase de ejecución del acuerdo aprobado en 2019. En el segundo semestre de 2020, hubo una serie de cambios en el proceso judicial, incluyendo una solicitud de información sobre el saldo bancario y la determinación de la transferencia de la cantidad. No hay información de que los juicios derivados de la acción civil contra Brasil, Bahia, la ciudad de Santo Antônio de Jesus y la empresa propiedad de Mário Prazeres Bastos hayan sido realizados después de la decisión de la Corte. Tampoco hay información sobre la ejecución de las sentencias de los juicios laborales. (Réu Brasil, 2021c)

A partir de este breve mapeo, se puede concluir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constituido un parámetro para la evaluación crítica de la provisión jurisdiccional del Estado brasileño al declarar la práctica de graves violaciones de derechos humanos en el país y exigir la aplicación del DIDH, incluso en temas “sensibles” en el plano político. Brasil, por su parte, en sus informes de cumplimiento de sentencias presentados a la Corte IDH, ha buscado demostrar compromiso con las “medidas provisionales” y las sentencias, al menos de manera oficial, el Poder Ejecutivo nunca ha manifestado disconformidad alguna con el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Interamericano. Sin embargo, esto se debe en parte a la innegable naturaleza voluntaria del sometimiento del Estado a la jurisdicción obligatoria de la Corte, aceptada en el pleno ejercicio de la soberanía brasileña (Ventura y Cetra, 2013, p. 31). No obstante, el Poder Judicial, representado en su más alto nivel constitucional por el STF, no cumplió con todas las decisiones de la Corte IDH y está lejos de aplicar el DIDH en su práctica jurisdiccional, como veremos en el siguiente subcapítulo.

## **2. La (dis)funcionalidad del bloque de constitucionalidad y del control convencional latinoamericanos en Brasil**

El presente subcapítulo busca responder la siguiente pregunta: ¿Qué hizo el STF con la cláusula de apertura brasileña al bloque de constitucionalidad y con el control de convencionalidad? Una investigación empírica fue realizada a partir de la herramienta de búsqueda de jurisprudencias del propio Supremo Tribunal Federal, dividida en dos palabras clave: bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad. A su vez se dividió en cuatro categorías: La expresión aparece como criterio clasificatorio en la herramienta de búsqueda del sitio, pero no es mencionada a lo largo de los fallos. El concepto fue desarrollado por uno o más ministros y fue el fundamento de la decisión.

Al buscar el término “bloque de constitucionalidad” en la jurisprudencia de la Corte Suprema, resultaron un total de 37 (treinta y siete) fallos. La mayoría de estos, 14, no contenían el término en sus textos, pero aparecían en la herramienta de búsqueda por el mismo en el sitio web. La segunda porción más grande de los resultados, 11, contenían explicaciones del concepto por parte de uno o más ministros a lo largo de la decisión, pero sin haber sido utilizado para fundamentarla. Otros nueve solo citaron el bloque de constitucionalidad sin demostrar lo que sería lo mismo y solo tres se basan efectivamente en el concepto de bloque de constitucionalidad latinoamericano para construir el entendimiento. De estos, llama la atención que los tres son Habeas Corpus (HC) y tienen como relator el mismo Ministro: Celso de Mello, como se muestra en la Tabla 1.

Como vemos en la Tabla 1, dos de las nueve veces que el bloque de constitucionalidad fue solamente mencionado fueron consideradas solamente por el título de una doctrina comentada en el fallo, sin que el concepto de bloque fuese siquiera levantado de hecho. Esta consideración es muy importante una vez que estamos tratando con números tan bajos en todas las categorías de investigación, como se ha demostrado previamente.

Tabla 1. Tratamiento del término “bloque de constitucionalidad” en el Supremo Tribunal Federal

Modos de utilización de “bloque de constitucionalidad” en la jurisprudencia del ST	Fallo- Año
La expresión “bloque de constitucionalidad” aparece como criterio clasificatorio en la herramienta de búsqueda del sitio, pero no es mencionada a lo largo de los fallos.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. RE 413782 /SC -2005</li> <li>2. ADPF 130 /DF -2009</li> <li>3. ADPF 101 /DF -2009</li> <li>4. AP 470 / MG - 2012</li> <li>5. ADI 4227 /DF -2015</li> <li>6. ADPF 378 MC /DF - 2015</li> <li>7. ADI 5163 /GO - 2015</li> <li>8. ADI 4333 / DF -2015</li> <li>9. ADI 5071 AgR /RJ - 2017</li> <li>10. HC 143968 AgR /RJ -2018</li> <li>11. ARE 1225968 AgR /SP -2019</li> <li>12. ADI 4414 ED /AL - 2019</li> <li>13. Rcl 42358 AgR /RJ - 2020</li> <li>14. ADI 5418 / DF -2021</li> </ol>
La expresión “bloque de constitucionalidad” fue mencionado por uno o más ministros del STF, sin que el concepto fuese desarrollado.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. PET 3388 / RR -2009</li> <li>2. HC 124682 /SP -2014</li> <li>3. AO 2236 ED / GO -2017</li> <li>4. ADI 2964 / RS -2019</li> <li>5. ADI 6327 MC -Ref /DF - 2020</li> <li>6. ADI 2096 /DF - 2020a</li> <li>7. RE 608898 /DF -2020a</li> <li>8. ADI 5542 /DF - 2020</li> <li>9. ADI 2238 / DF -2020</li> </ol>
El “bloque de constitucionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros, pero no fue el fundamento de la decisión.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ADC 12 MC/DF - 2006</li> <li>2. HC 87585 /TO -2008</li> <li>3. ADI 3510 /DF -2008</li> <li>4. ADC 12/ DF -2008</li> <li>5. ADI 2182 /DF - 2010</li> <li>6. ADI 2971 AgR /RO- 2014</li> <li>7. ADI 4222 AgR /DF - 2014</li> <li>8. RE 603616 / RO-2015</li> <li>9. ADC 41/DF - 2017</li> <li>10. HC 141949 /DF - 2018</li> <li>11. RE 460320/ PR -2020</li> </ol>
El “bloque de constitucionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros y fue el fundamento de la decisión	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. HC 91361 /SP -2008 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO</li> <li>2. HC 178527 /RS - 2020 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO</li> <li>3. HC 185051 / SC- 2020 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO</li> </ol>

Nota. El término “bloque de constitucionalidad” solo aparece como título de una obra mencionada: *O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança* de Bernardo Leôncio Moura Coelho. Fuente: Elaboración propia.

Igualmente, también es útil señalar que las tres sentencias que efectivamente tuvieron como fundamento el bloque constitucional latinoamericano trataron asuntos que resultaron sumamente evidentes en la propia CADH y en el escenario nacional e internacional. Estas eran las cuestiones relacionadas con el entonces aún aplicable arresto del depositario infiel –HC 91361, 2008– directamente ilegal bajo el Art. 7.7 de la Convención. También lo era la prisión impuesta por un tribunal de segunda instancia –HC 178527, 2020 y HC 185051, 2020– cuestión que trata de una ambigüedad directa entre la CADH, que la permite porque considera la culpabilidad legalmente establecida después del análisis de un tribunal superior (Art. 8.2) –o sea, de segunda instancia– y la Constitución brasileña. Esta última no la admite al afirmar en su Art. 5º, inciso LVII que “nadie será declarado culpable hasta el tránsito en juzgado de sentencia penal condenatoria” (CRFB, 1988), siendo considerada tal tránsito en juzgado en el Derecho Brasileño sólo cuando la sentencia se vuelve firme, habiendo sido agotados completamente los medios de recurso, ya sea por la falta de interposición del recurso, por la extemporaneidad de su interposición o por la resolución definitiva del tribunal supremo competente por el caso, por lo que la prisión impuesta por un tribunal de segunda instancia es considerada inconstitucional, sin embargo, convencional.

Así, se puede concluir que el STF solo utiliza el bloque constitucional latinoamericano cuando el concepto es absolutamente necesario para la deliberación de la cuestión. Ya que no sería posible construir una comprensión cohesiva de tales temas sin mencionar a la CADH y explicar su posición en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, a pesar de que la sentencia de 2008 sobre la detención del depositario infiel se ha consolidado como una decisión histórica y hasta entonces inmutable, ésta no queda como regla para las siguientes. El tema de la prisión impuesta por un tribunal de segunda instancia generó una fuerte inseguridad jurídica debido a los constantes cambios en el entendimiento de la Corte, ya sea por su permisividad o prohibición, sin llegar a esclarecer cuestiones claves del DIDH y provocando fuertes incidentes políticos, como el arresto del ex presidente Lula antes de las elecciones de 2018 y su liberación al año siguiente.

A partir de tales consideraciones, ¿existiría, entonces, un bloque de constitucionalidad en práctica en el Derecho Brasileño? Podemos inferir que no, a juzgar por este escaso uso del mismo en la Corte Constitucional del país y su interpretación acerca del estatus jurídico de la CADH. El presupuesto del bloque latinoamericano es justamente la adhesión de los tratados internacionales de Derechos Humanos a la Constitución, y esta no es la realidad amplia en Brasil debido a las interpretaciones normativas del STF acerca del texto constitucional y sus posteriores cambios, en especial la EC 45/2004, hechos que dieron lugar a un carácter puramente supra jurídico de la propia CADH. Además, si el propio guardián de la constitución no aplica un concepto expansivo inherente a la constitucionalidad para brindar una mayor protección jurídica a bienes tan urgentes y marginados como los derechos humanos, no serán los Tribunales o juicios regionales los que lo harán debidamente.

A pesar de eso, existen –hasta ahora– incentivos del propio Consejo Nacional de Justicia (CNJ) para aumentar la atención de jueces y ministros en temas



de DDHH, advenidos del Pacto Nacional del Poder Judicial por los Derechos Humanos (2022), que tiene como principal objetivo “fortalecer la cultura de los derechos humanos en el Poder Judicial, con especial énfasis en el control de convencionalidad” (CNJ, 2022). Entre ellos están el Concurso Nacional de decisiones judiciales y fallos en Derechos Humanos, que premia “decisiones judiciales con impacto transformador de la realidad nacional, que han utilizado la técnica del control de convencionalidad e incorporado parámetros internacionales derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH y de las recomendaciones de Comisión” (Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, 2022).

Por consiguiente, debemos también observar el tratamiento de la Suprema Corte con relación al control de convencionalidad en sí. Nuevamente fue realizada una investigación empírica en la herramienta de búsqueda de jurisprudencia del STF, con base en términos clave. Y, al buscar por el término “control de convencionalidad” fueron encontrados solamente un total de 12 fallos. La mayoría, como en el caso del bloque de constitucionalidad, no contenían el término a lo largo de sus textos, pero aparecían en la herramienta de búsqueda por el mismo en el sitio web, que, en este caso, totalizaron ocho fallos. Solamente en uno el término control de convencionalidad es mencionado pero no desarrollado, y en otros 2 el concepto es de hecho explicado pero no sirve de fundamento para la decisión. El único donde el control fue utilizado de hecho fue el HC 171118/2019, que tuvo como relator el ministro Gilmar Mendes y trata del reconocimiento de una doble persecución penal:

Parámetro para el control de convencionalidad. Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precedentes de la Corte Interamericana Derechos Humanos en el sentido de ‘proteger los derechos de los ciudadanos que han sido procesados por determinados hechos para {que no sean juzgado por los mismos hechos.’ (STF, 2019)

Por lo tanto, podemos observar nuevamente la escasa mención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Supremo Tribunal Federal, que parece utilizar de hecho la materia solamente en pocos HC. La indexación del uso de “control de convencionalidad” puede ser encontrada en la Tabla 2.

Queda clara nuevamente la deficiencia de la práctica del Derecho Interamericano en el Supremo Tribunal Federal. Es extremadamente difícil encontrar repercusiones en el STF sobre decisiones internacionales de derechos humanos emanadas de órganos sobre los cuales Brasil reconoce jurisdicción. Incluso cuando se discute el alcance y significado de cierta garantía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se intenta verificar la posición de su intérprete, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia obligatoria Brasil reconoce desde el 10 de diciembre de 1998 (Ramos, 2009, p. 281). Conviene subrayar que,

de hecho, no cumpliría con los mandatos de los propios tratados ignorar la posición dominante de los órganos encargados de interpretar sus disposiciones. Lo mismo ocurre en el

Tabla 2. Tratamiento del término “control de convencionalidad” en el Supremo Tribunal Federal

Modos de utilización de “control de convencionalidad” en la jurisprudencia del STF	Fallo - Año
La expresión “control de convencionalidad” aparecía como criterio clasificatorio en la herramienta de búsqueda del sitio, pero no es mencionada a lo largo de los fallos.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ADI 3470/ RJ -2017</li> <li>2. ARE 1054490 QO/ RJ -2017</li> <li>3. ADI 3937 / SP -2017</li> <li>4. ADI 4066 /DF -2017</li> <li>5. HC 141949 /DF -2018</li> <li>6. ARE 1225968 AgR /SP -2019</li> <li>7. ARE 1097670 AgR /DF - 2019</li> <li>8. ARE 1003305 AgR-ED /DF -2019</li> </ol>
El “control de convencionalidad” fue mencionado por uno o más ministros del STF, sin que el concepto fuese desarrollado.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ADI 5240/SP -2015</li> </ol>
El “control de convencionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros, pero no fue el fundamento de la decisión	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. HC 143968 AgR/ RJ - 2018</li> <li>2. ADPF 496/DF -2020</li> </ol>
El “control de convencionalidad” fue desarrollado por uno o más ministros y fue el fundamento de la decisión.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. HC 171118 / SP -2019 Relator(a): Min. GILMAR MENDES.</li> </ol>

Poder Judicial brasileño: el comportamiento de algunos tribunales que ignoran la posición consolidada del STF no cumple con los requisitos de la buena jurisdicción, que solo carga a la parte agraviada, que seguramente apelará y ganará en ese tribunal. La mención de los precedentes de estos órganos internacionales de Derechos Humanos en la jurisprudencia del STF es un paso más a ser dado en la apreciación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ante nuestra Corte Suprema. (Ramos, 2009, p. 282)

Por lo cual debemos insistir en un diálogo entre la Corte IDH y el STF, ya que las dos deben cumplir la misma misión de garantizar el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad humana (Ramos, 2009, p. 282). Sin embargo, la aplicación de la jurisprudencia internacional aún es escasa y el desconocimiento de los compromisos asumidos por el Estado con el DIDH persiste hasta el día de hoy, ya sea por desconocimiento de esta rama del Derecho, o por una postura conservadora basado en la “protección de la soberanía nacional”, lo que dificulta el cumplimiento de las sentencias de la Corte, así como aumenta la posibilidad de violaciones a la CADH (Ceia, 2013, p. 147).

Como resultado, aún existe una falla, u omisión, en la rendición de cuentas de los violadores de derechos humanos en el país. Y una de las causas para eso, según Ceia (2013), es la resistencia de los agentes políticos nacionales a aplicar

el DIDH en el ámbito de sus respectivas competencias, con base en la soberanía del país y la supremacía de la Constitución. Debido a que el Poder Judicial brasileño aún no ejerce control de convencionalidad, los demás agentes políticos no ajustan sus posiciones a los parámetros desarrollados en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De hecho, la falta de enjuiciamiento de los responsables de violaciones a los derechos humanos es contraria al orden constitucional brasileño establecido en 1988, que tiene en su centro la protección de los DDHH y tipifica las obligaciones internacionales asumidas por el país a través de la ratificación e incorporación de tratados (Ceia, 2013, p. 151).

Por lo tanto, es necesario incorporar este tema en la rutina de los agentes políticos y operadores legales brasileños.

La consagración constitucional de instrumentos y jurisprudencia internacionales fortalecería efectivamente la protección de los derechos humanos a nivel nacional, en la medida en que pasarían a ser vinculantes para los agentes políticos con base en la Constitución. A su vez, la promoción de una sólida cultura de protección y realización de los derechos humanos generaría tanto la conciencia y movilización de la sociedad civil, como la sensibilidad de los agentes estatales ante la prevalencia de los derechos humanos. (Ceia, 2013, p. 152)

Además, el rol del Supremo Tribunal Federal en dicha consagración y promoción sería clave para el éxito de una nueva cultura de respeto a los derechos humanos y obligaciones internacionales asumidas por Brasil. Puesto que, sin la conformidad del STF en el asunto, tal avance simplemente no sería posible debido a fuerza de sus entendimientos en el ordenamiento jurídico brasileño. La actual disfuncionalidad del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad latinoamericanos en Brasil debido a las posiciones del STF representa un enorme obstáculo a la plena efectividad de la CADH y de la garantía y efectividad de los Derechos Humanos en toda la nación.



## CONSIDERACIONES FINALES

Después de la adhesión de Brasil a los mecanismos internacionales de verificación del respeto a las normas de Derechos Humanos, es necesario reconciliar la jurisprudencia del STF sobre los diversos derechos protegidos debido a la posición hermenéutica de los órganos internacionales, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El control de convencionalidad debe tomarse en serio, así como el bloque de constitucionalidad. Solo así la posición del STF será consistente con los compromisos internacionales de adhesión a la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos asumidos por Brasil, superando la actual fase ambigua, en la que Brasil ratifica los tratados de DDHH, pero incumple su normativa según la interpretación de los organismos internacionales responsables (Ramos, 2009, p. 283).

De hecho, los conflictos percibidos entre el orden judicial nacional e internacional no son insolubles, como afirman Fernandes y Lenzi (2015). Más allá, superarlos representaría una marca histórica para el Supremo Tribunal Federal, ya que es una oportunidad única para que el Tribunal se deshaga de la “rancidez autoritaria” presente en su jurisprudencia en materia de Derecho Internacional. “Inaugurando entonces una nueva era, basada en el respeto a los compromisos internacionales asumidos en materia de Derechos Humanos y en el Diálogo de las Cortes” (Fernandes y Lenzi, 2015, p. 230).

Por lo tanto, es necesario incorporar este tema en la rutina de los agentes políticos brasileños y demás operadores legales. El desarrollo de la conciencia sobre el derecho internacional abarca varias iniciativas, como la inclusión de la disciplina de derechos humanos en los planes de estudio de los programas universitarios de grado y posgrado, la inclusión de la materia de derechos humanos en el examen nacional para la OAB, la inclusión de la referida materia en concursos públicos para el ingreso a las carreras jurídicas –como Delegado de Policía Federal, Fiscal General Federal y Defensoría Pública– y programas de formación y capacitación en derechos humanos para miembros de los tres poderes del Estado y de las Fuerzas Armadas. Fortalecer la cultura de derechos humanos es un requisito habitual en las sentencias de la Corte en casos de condena por violación de derechos humanos y ciertamente evitaría los escenarios de parcialidad e impunidad presentes, por ejemplo, en el caso *Escher* y otros. Vs. Brasil y en el caso *Garibaldi* Vs. Brasil. Finalmente, es importante resaltar la importancia de promover la cultura de los derechos humanos también dentro de la sociedad civil –escuelas,

asociaciones y organizaciones civiles— dada su creciente importancia para movilizar la opinión pública y ejercer presión social sobre las autoridades nacionales en relación con los casos de abusos y violaciones de los derechos humanos (Ceia, 2013, pp. 147-148).

Como se ha observado en esta investigación, el bloque de constitucionalidad y el control convencional interamericano no se aplican hoy en Brasil. Hay una falla sistémica en la realización de las potencialidades del SIDH, que puede justificarse por su naturaleza contemporánea, pues el instrumento del control de convencionalidad interamericano, por ejemplo, fue recién definido por la decisión del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de 2006. Por lo tanto, la mayoría de los magistrados actualmente en condiciones de aplicar el control convencional ni siquiera lo visitaron durante su formación universitaria (CUNHA, 2008).

Sin embargo, el deber de mantenerse actualizado es inherente a cualquier profesional del Derecho, y mucho más a los magistrados, ya que son ellos las figuras encargadas del pleno funcionamiento de la justicia a través del dictado de sentencias. Así, aun tratándose de un tema contemporáneo, cabe señalar que fue implementado hace 16 años, tiempo más que suficiente para la formación complementaria de los jueces y ministros brasileños. Aunque la subutilización del Derecho Internacional emane de la falta de ejemplo reflejado en el Supremo Tribunal Federal. De hecho, el diálogo jurisprudencial entre dichos Tribunales es hoy inexistente, como se demostró en el capítulo anterior.

La barrera representada por la interpretación del STF de la EC 45/2004 al considerar solo los tratados que pasan por el proceso descrito en ella constitucionales, y rebajando el estatus legal de todos los previamente ratificados, representa el mayor obstáculo para la correcta aplicación del bloque constitucional. Factor por el cual necesita ser revisado por el Tribunal. Es evidente en las actuaciones del STF que la institución ha utilizado argumentos interamericanos solo para respaldar su propia opinión. Es decir, en temas de Derechos Humanos donde la Corte Suprema resolvió en contra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta última ni siquiera fue considerada, como en la ADPF 496 (2020), responsable por mantener el delito de desacato, y en la ADPF 153 (2010), que mantuvo los efectos de la Ley de Amnistía, esta última frente a un claro consenso internacional sobre los procesos de redemocratización posteriores a los regímenes autoritarios y las sentencias emitidas por la Corte Interamericana contra el Estado brasileño en el caso *Gomes Lund y otros Vs. Brasil* (2010) y *Vladimir Herzog Vs. Brasil* (2022).

En resumen, la aplicación del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad latinoamericanos son extremadamente limitados incluso en el más alto nivel constitucional brasileño, el STF. De hecho, el diálogo embrionario entre el Tribunal y la Corte IDH tiene frutos de monumental importancia, como la declaración de inconvencionalidad de la prisión del depositario infiel, lo que ilustra la necesidad de la amplia aplicación de tales mecanismos por todos los niveles de Justicia, a fin de garantizar los Derechos Humanos en la sociedad brasileña en su conjunto. Sin embargo, el continuo desconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las demandas internas impacta

directamente en violaciones de derechos humanos en el territorio nacional, derivadas de la inaplicabilidad del bloque de constitucionalidad y del control convencional interamericano en el Poder Judicial brasileño, y la consecuente falta de cooperación entre las instancias judiciales domésticas y el SIPDH.

Finalmente, se puede decir que el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad latinoamericanos no existen en Brasil como previsto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, como un deber de todos los jueces de aplicar las normas internacionales de derechos humanos y los tratados inherentes a ellas a la legislación y los casos internos a fin de proteger en la medida de lo posible los derechos esenciales de todos. La repercusión derivada de tal transgresión se suma diariamente a las violaciones sistemáticas de los DDHH en Brasil y de la vida de toda la población, a quienes se les pueden negar sus derechos aun cuando estén debidamente protegidos a nivel internacional por el Estado brasileño. Más que nunca, el potencial del Sistema Interamericano es indispensable para la ciudadanía frente a la creciente desigualdad social en el país, que no puede seguir debilitando la democracia brasileña. La Educación en Derechos Humanos y su consecuente implementación son los factores clave en la transformación de la actual (falta de) lógica brasileña en el tratamiento del tema.





## BIBLIOGRAFÍA

- Bogdandy, A.V. (2011). Hacia un nuevo derecho público. *Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. UNAM.
- Camilo, G. V. G. (2016). O Papel Do Sistema Interamericano De Direitos Humanos Em Face Das Leis De Anistia. *Conjuntura Global*, Vol. 5, N. 3, 638 - 658.
- Camilo, G.V.G. (2017). A Aplicação Dos Tratados E A Doutrina Do Controle De Convencionalidade: Bases Jurídicas E Efetivação. *Revista De Direito Brasileira*, V. 17, N. 7, 18-39.
- Carbonell, M. (2013). Introducción General Al Control De Convencionalidad. En: Pérez, Luis Raúl Gonzáles; Valadés, Diego (Coord.). *El Constitucionalismo Contemporáneo*. Universidad Nacional Autónoma De México: Instituto De Investigaciones Jurídicas. 67-95.
- Cavallo, G. A. (2019). Juiz Constitucional E Diálogo Jurisdiccional Multinível: A Experiência Chilena. *Revista De Investigações Constitucionais*, Vol. 6, N. 1. 61-89. Doi: 10.5380/Rinc.V6i1.57697.
- De Vico Arantes, C. M., y De Vico Arantes, M. A. (2019). Jurisdição Constitucional e Supremocracia. *Revista de Direito Da Fae*, 1(1), 6-26.
- Ceia, E. M. (2013). A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61. 113-152. [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista61/revista61\\_113.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf).
- Ertel, L.C.R. (2022). *A incorporação do direito internacional dos Direitos Humanos à ordem constitucional no Brasil e na Argentina*. Dissertação de Mestrado, UFRGS, Programa de Pós-Graduação em Direito.
- Fernandes Ormelesi, V. y Lenzi Silva, J. (2015). A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade. *Revista Direito e Práxis*, 6(12), 228-250. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944514009>.
- Ferrer, E. (2012). Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: El Nuevo Paradigma Para El Juez Mexicano. En: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro (Coord.). *La Reforma Constitucional En Materia De Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*. Porrúa-Unam. 371 - 372.

- García Ramírez, S. (2007). *La Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Porrúa.
- García Ramírez, S. (2015). *Votos Particulares En La Corte Interamericana Y Reflexiones Sobre Control De Convencionalidad*. Comisión Nacional De Los Derechos Humanos.
- Hardman, A.I. (2018). *Controle de Convencionalidade e A Nova Constituição: O Interconstitucionalismo À Luz Do Direito Interamericano*. En: Maia, L. M.; Lira, Y. (Coord.). *Controle De Convencionalidade: Temas Aprofundados*. 1a Ed. Salvador: Editora Juspodivm, Parte 2. 207-229.
- Index Mundi (2019). *Gini Index (World Bank Estimate)* - Country Ranking.
- Kelsen, H. (1998). *A Teoria Pura Do Direito*. Martins Fontes.
- Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Palestra.
- Lopes, A. H. C. (2005). A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a emenda constitucional n. 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 549.
- Macdowell, C. (2007). Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Sur* 2007, n.7.
- Mac-Gregor, E. F. (2011). Interpretación Conforme Y Control Difuso De Convencionalidad El Nuevo Paradigma Para El Juez Mexicano. Chile: *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 2, 531-622.
- Mazzuoli, V. O. (2011). O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. *Revista dos Tribunais*. 2. ed. São Paulo.
- Mazzuoli, V. O. (2018). *Teoria Geral Do Controle De Convencionalidade No Direito Brasileiro*. In: Maia, Luciano Mariz; Lira, Yulgan (Coord.). *Controle De Convencionalidade: Temas Aprofundados*. 1a Ed. Salvador: Editora Juspodivm. Parte 1. 23-66.
- Mendes, G. F. (2020). *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva.
- Piovesan, F. (2012). Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, no. 19.
- Piovesan, F. (2020). O Impacto Da Jurisprudência Da Corte Interamericana De Direitos Humanos E A Emergência De Um Novo Paradigma Jurídico. En: Amaral, Alberto Do; Piovesan, Flávia; Danse, Paula Monteiro (Org.). *50 Anos Da Convenção Americana De Direitos Humanos: O Sistema Interamericano: Legado, Impacto E Perspectivas*. Editora Juspodivm.
- Plastino, L. M., (2021). *As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o Brasil*. Nexo Jornal. <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2021/As-decis%C3%B5es-da-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos-sobre-o-Brasil>.
- Portela, p. H. G. (2017). *Direito Internacional Público E Privado. Incluindo Noções De Direitos Humanos E De Direito Comunitário*. Juspodivm.
- Ramos, A. C. (2021). *Curso de Direitos Humanos*, Saraiva Educação.
- Ramos, A. C., (2009). Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104. 241 - 286. <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>.

- Sagüés, N. P., (2010). Obligaciones Internacionales Y Control De Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136.
- Sgarbossa, L.F. (2005). A emenda constitucional n. 45 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 575.
- Silva, J. A. (2017). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros.
- Solis, A. C. (2014). *De Las Comisiones A Los Organismos En Córdoba: Derechos Humanos, Dictadura Y Democratización*. Kotler. 129-156.
- Thérien, J. P. y Gosselin, G. (1997). A Democracia E Os Direitos Humanos No Hemisfério Ocidental: Um Novo Papel Para A Oea. *Contexto Internacional*, 19(2), 199-220.
- Trindade, A. A. C. (2006). *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início Do Século XXI*. XXXIII Curso de Direito Internacional. Comissão Jurídica Interamericana da OEA, Rio de Janeiro. <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/desafios-e-conquistas-do-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-in%C3%ADcio-do-s%C3%A9culo-xxi>.
- Ventura, D. y Cetra, R. O. (2013). O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: De Maria Da Penha À Belo Monte. En: *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Fórum.

## Legislación

- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).
- Brasil (2004). *Emenda Constitucional 45*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, sentencia de 4 de febrero de 2000.
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2006a). *Almonacid Arellano Y Otros Vs. Chile*. Sentencia De 26 De Septiembre De 2006.
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2006b). *Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) Vs. Perú*. Sentencia De 24 De Noviembre De 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016. *CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL SENTENÇA DE 20 DE OUTUBRO DE 2016* (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf).
- Corte Interamericana De Direitos Humanos (2008). *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Sentencia De 12 De Agosto De 2008.
- Planalto, (2022). *Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/quadro\\_DEC.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm).
- Réu Brasil, (2021a). *Caso Nogueira de Carvalho e outro versus Brasil*. <https://reubrasil.jor.br/gilson-nogueira-de-carvalho/>.
- Réu Brasil, (2021b). *Caso Favela Nova Brasília versus Brasil*. <https://reubrasil.jor.br/caso-favela-nova-brasil-versus-brasil/>.

- Réu Brasil, (2021c). *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares versus Brasil*. <https://reubrasil.jor.br/caso-empregados-da-fabrica-de-fogos-de-santo-antonio-de-jesus-e-seus-familiares-versus-brasil/#cumprimentodasentena>.
- STF, (2019). *HABEAS CORPUS 171.118*. SÃO PAULO. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>.
- Supremo Tribunal Federal, (2015). *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 459.510 MATO GROSSO*. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10710211>.
- Tribunal de Justiça do Esyado do Amazonas, (2022). *CNJ premia melhores decisões e acórdãos em Direitos Humanos*. <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/5761-cn-j-e-corte-interamericana-premiam-melhores-decisoes-e-acordaos-de-direitos-humanos>.

# ENTRETEJIENDO EL CAPÍTULO ÉTNICO DEL ACUERDO FINAL DE PAZ

Desafíos para la Implementación  
del Sistema Integral de Verdad,  
Justicia, Reparación y No Repetición  
(SIVJRNR) en las víctimas de los  
pueblos indígenas de Colombia  
2016-2021

Óscar David Montero De La Rosa

Directora: Yesenia Olaya Requene



## LISTADO DE ACRÓNIMOS

AICO: Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama  
AISO: Movimiento de Autoridades Indígenas del Sur Occidente  
AGC: Autodefensas Gaitanistas de Colombia  
ASOCIT: Asociación de Autoridades Arhuacas de la Sierra Nevada  
ASODESABA: Asociación de Desplazados Afrodescendientes de Baudó  
CAMAWARI: Cabildo Mayor Awá de Ricaurte Nariño  
CEDAW: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés)  
CEV: Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición  
CERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial  
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos  
CIT: Confederación Indígena Tayrona  
CNDDHHP: Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia  
CNMIC: Comisión Nacional de Mujeres Indígenas de Colombia  
CNTI: Comisión Nacional de Territorios Indígenas de Colombia  
CONPES: Consejo Nacional de Política Económica y Social  
CRIC: Consejo Regional Indígena del Cauca  
CRIOMC: Consejo Regional Indígena del Orteguzza Medio Caquetá  
CSIVI: Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final  
COCOIN: Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena  
CNMH: Centro Nacional de Memoria Histórica  
DANE: Departamento Administrativo Nacional de Estadística  
ELN: Ejército de Liberación Nacional  
FARC-EP: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo  
GRAI: Grupo de Análisis de la Información de la Jurisdicción Especial para la Paz  
IEANPE: Instancia Especial de Alto Nivel Pueblos Étnicos  
JEI: Jurisdicción Especial Indígena

JEP: Jurisdicción Especial para la Paz  
LGBTI: Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex  
MAP: Minas antipersonas  
MAPP-OEA: Misión para el Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos  
MOVEICE: Movimiento de Víctimas de Estado  
MPC: Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas de Colombia  
MUSE: Munición sin explotar  
OICMI: Órgano de Interlocución y Coordinación con el Movimiento Indígena de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas  
OIT: Organización Internacional del Trabajo  
ONIC: Organización Nacional Indígena de Colombia  
OPIAC: Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana  
ORIVAC: Organización Regional Indígena del Valle del Cauca  
PDET: Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial  
PMI: Plan Marco de Implementación  
PNB: Plan Nacional de Búsqueda  
PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo  
SEIP: Sistema Educativo Indígena Propio  
SIM: Sistema de Información Misional  
SISPI: Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural  
SIVJRNR: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición  
UARIV: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas  
UBPD: Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas  
UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (por sus siglas en inglés)  
UNIPA: Unidad Indígena del Pueblo Awá  
YACHAY: Conocimiento Sistema de Registro de Fuentes



## DEDICATORIA

A Suri Dahiana Montero Chate, la madre de los cantos, hija del pueblo kankuamo en la Sierra Nevada de Gonawindúa y del pueblo nasa en el Cauca, por llevar el legado, la lucha y la resistencia de sus ancestros. Ella, mi hija, quien seguirá el camino y el tejido por el restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos indígenas en Colombia.

Hija, *Hasay Hasay* (“gracias”) por escuchar, aprender y por esperarme en las noches largas y madrugadas cortas para darme la fuerza para continuar, pero sobre todo por ayudar a dignificar nuestra memoria, que seguirá viva aun cuando ya no estemos físicamente.

Que tu canto siga armonizando la vida, nuestras vidas, la de la Madre Tierra y la de la humanidad.



Heyner Romaro, Atánquez, capital del pueblo indígena kankuamo, Sierra Nevada de Gonawindúa (2021).



## AGRADECIMIENTOS

Agradecerle a la vida por permitirme seguir aquí, por estar vivo: *viviendo y resistiendo*, porque soy un sobreviviente victorioso del genocidio en contra de mi pueblo, el pueblo indígena kankuamo.

A los padres y madres espirituales, por guiar mi camino. A mi padre, Óscar Enrique Montero Arias, y a mi hermana, Estefany Montero de la Rosa, que han sido mi fuerza, resistencia e inspiración para escribir sobre nuestro dolor, en su ausencia física, pero en su presencia espiritual seguimos sus legados con dignidad.

A mi madre, Osiris de la Rosa, hermanos, sobrinos y familia, por ser mi ejemplo de pervivencia, resistencia, resiliencia y reconciliación, por estar ahí siempre y no dejarme desfallecer.

A las víctimas y sobrevivientes victoriosos de los pueblos indígenas del genocidio en Colombia, por accionar y caminar la palabra aun con miedo y sin rencor. A las autoridades, comisionados, consejeros, hermanos y hermanas indígenas, por la confianza, la sabiduría y el compartir la palabra viva que traen de sus pueblos y que luchan por no dejar desaparecer sus raíces en un país como Colombia. A todos ellos, por dejar aquí su palabra dulce, cargada de fuerza, dolor y de mucha armonía para seguir en la búsqueda de la paz, especialmente a los que dieron su testimonio para este gran tejido: a Carlos Garay, líder indígena del pueblo murui muina (“huitoto”) del departamento del Caquetá y secretario técnico de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia (CNDDHHPI); a Óscar Daza, del pueblo indígena korébajü del Caquetá, coordinador de Derechos Humanos de la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) y comisionado de la CNDDHHPI; a Nohora Caballero Culma, mujer indígena del pueblo pijao del departamento del Tolima y Cauca, exinvestigadora de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV); a Yuli Marcela Niaza, mujer indígena embera chamí del departamento de Antioquia, exinvestigadora de la CEV; a Elizabeth Apolinar, mujer indígena del pueblo sikuaní, exinvestigadora de la CEV; a Jhon Jairo Tapié, del pueblo de los pastos de Nariño, comisionado de Derechos Humanos de AICO; a Arbey Gañan, del pueblo embera chamí de Caldas, delegado de la

Macro Occidente (Organización Nacional Indígena de Colombia) ONIC en la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas de Colombia (MPC); a Luz Elena Rivas, mujer embera dóbida, delegada de Derechos Humanos de Autoridades Indígenas de Colombia-Gobierno Mayor; a Roció Martínez, abogada kankuama de la Sierra Nevada de Gonawindúa, coordinadora de la línea de investigación sobre crímenes cometidos contra pueblos y territorios étnicos del Grupo de Análisis de la Información (GRAI) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); a Natalia Jacanamijoy, abogada indígena de la JEP del pueblo kamëntšá del Putumayo; a Armando Wouriyu, sabio de la humanidad reconocido así por la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (UNESCO), líder indígena wayuu de La Guajira, expresidente de la ONIC y actual secretario técnico de la Instancia Especial de Alto Nivel Pueblos Étnicos (IEANPE); a Juan Edgardo Pai, del pueblo indígena awá de la Unidad Indígena del Pueblo Awá (UNIPA) de Nariño; a Dunen Muelas, lideresa del pueblo arhuaco de la Sierra Nevada de Gonawindúa y secretaria técnica de la Comisión Nacional de Mujeres Indígenas (CNMIC), a Lisbeth Bastidas, mujer indígena del pueblo inga del Putumayo e investigadora de la CEV; a Aldemar Bolaños, indígena del pueblo kokonuko y abogado del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) en representación judicial a las víctimas ante la JEP; a Jhoe Saucá, indígena del pueblo kokonuko, coordinador de Derechos Humanos del CRIC; a Victoria Neuta, mujer indígena líder del pueblo muisca, delegada indígena ante la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI); y a Gisel González, mujer indígena del pueblo wayuu y enlace étnica de la JEP.

A mi tutora, Angela Yesenia Olaya Requeme, por su sabiduría para orientarme y guiarme en este proceso de investigación.

A Marie-Christine Doran, doctora en Filosofía, profesora titular de la Escuela de Estudios Políticos de la Universidad de Ottawa; a Patricia Tobón Yagarí, mujer embera y ex comisionada de la CEV; y a Ana Manuela Ochoa Arias, mujer kankuama magistrada de la JEP. A ellas tres que fueron las que me dieron su carta de recomendación para aplicar a la Maestría.

A mis amigos: Lucía Morillo, Luis Ángel Jiménez, Iaku Sigindioy y Hollman Bonilla García, por sus lecturas críticas del texto y sus recomendaciones acertadas.

# INTRODUCCIÓN

## El origen

Desde la oscuridad, antes del amanecer, los padres y madres espirituales de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Gonawindúa dejaron todo en pensamiento y palabra. El legado dejado a los hijos e hijas del corazón del mundo fue mantener el equilibrio y la armonía de la vida. Se les encomendó hacer pagos<sup>1</sup> para poder vivir en paz, en tranquilidad y en buena relación con la Madre Tierra.

Los pueblos de la Sierra, al igual que el resto de los pueblos indígenas de Colombia, día a día, noche a noche, siguen tejiendo desde la espiritualidad para que todo esté en orden, para que todo esté equilibrado. No han dejado en ningún momento de hacerlo, es su esencia y compromiso.

En la Ley de Origen<sup>2</sup> de los pueblos indígenas está el mundo de lo negativo y el mundo de lo positivo, y en la línea divisoria que hay entre estos mundos están los pueblos para ordenar, pagar, armonizar y equilibrar esos espacios sagrados, responsabilidad que no es solo de ellos, sino de toda la humanidad en su conjunto. En el caminar, lo negativo se ha interpuesto más que lo positivo,<sup>3</sup> quizá porque se han violentado los sitios sagrados de pago.

Resultado de esto, en lo que se conoce como Colombia hoy se mantiene una desarmonía que pervive desde 1492, enraizada a nunca acabar. Esa desarmonía es el conflicto armado interno que hay en el país y que de manera desproporcional ha interrumpido los mundos de lo positivo y de lo negativo, llevándonos al caos.

Soy uno de esos hijos del corazón del mundo, al que los padres y madres espirituales de la Sierra Nevada dejaron el legado de mantener el equilibrio, de ser los guardianes de la paz. Soy, además, uno de esos sobrevivientes victoriosos de esa desarmonía del conflicto armado, un hijo del conflicto reciente, pero también un hijo de la violencia de larga duración que han vivido los pueblos indígenas en este país.

Las mañanas no siguen siendo iguales desde aquel 15 de abril del 2004, cuando asesinaron y torturaron a mi papá y nos colocaron el rótulo de víctimas, que nunca quisimos,

---

1 Hacer pago es ofrendar en pensamiento, en palabra y materiales sagrados, a los padres y madres espirituales de la Sierra, positivos y negativos para que se mantenga el equilibrio y la armonía de la Madre Tierra.

2 Sistema normativo propio de los pueblos indígenas en Colombia.

3 En los pueblos indígenas, existen padres y madres espirituales positivos y negativos.

nunca lo pedimos o lo esperábamos, pues en nuestro pueblo la gente moría de viejos. Ese dolor nos hace cada día más fuertes y reconciliadores, despertamos aún con la esperanza de vivir en un país en paz (Montero de la Rosa, 9 de abril de 2022). Mi padre fue torturado y asesinado por defender a su pueblo, por ser kankuamo, por llevar un apellido Arias o Montero. Al igual que a él, a mi pueblo lo llevaron a un genocidio físico y cultural con el asesinato de más de 450 kankuamos, gran parte de mi familia.

Esta violencia enquistada en Colombia, y encañada en contra de los pueblos indígenas, ha estado desde todos los tiempos, desde la supuesta “conquista” hasta la desproporcionalidad del conflicto armado que ha ocasionado el enfrentamiento interno en el país, en contra de sus vidas y territorios. Esto ha llevado a que diferentes actores buscaran caminos para lograr el silenciamiento de los fusiles por medio del diálogo, de la palabra, una salida dialogada del conflicto, dado que la vía militar, con tanto desangre, no ha logrado hacerlo. En este contexto, en 2016 es que se logra materializar esta idea y sueño de paz con la extinta guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). De los actores que han aportado a la construcción de la paz y han insistido en ella, los pueblos indígenas fueron quienes, desde sus acciones diarias de lucha y resistencia, lograron incluir en el Acuerdo Final de Paz un Capítulo Étnico que recoge sus salvaguardas “como es el de género, mujer, familia y generación y, además, la consulta con consentimiento previo, libre e informado, con objeción cultural”.<sup>4</sup> Se debe agregar que estas salvaguardas se violentaron con mayor fuerza en el marco de la pandemia, la cual “fue el pretexto perfecto que el gobierno de Iván Duque encontró para pretender implementar la consulta previa, a través de mecanismos virtuales, tal como lo estipula la resolución interna del 27 de marzo de 2020 del Ministerio de Interior” (Vargas Perdomo y Salazar Gallego, 2022, p.86).

El Acuerdo Final de Paz cumplió cinco años de “implementación” o de su firma (2016-2021), y aunque uno de sus principales mandatos fueron las víctimas, la situación de violencia en el país es mucho más compleja, dado que son pocos los avances de la “implementación” y son las víctimas de los pueblos indígenas en Colombia las que en mayor riesgo de exterminio físico y cultural se encuentran, situación que se ha traducido en un genocidio. Ya en el 2009 la Corte Constitucional con el Auto 004 lo había enunciado y ratificado, así como también en varios autos de seguimiento específicos para mujeres, como el 092 de 2008, y el 251 del 2008 para la niñez. Lisbeth Bastidas, lideresa indígena del pueblo inga del Putumayo, relaciona la expectativa de cumplimiento del Capítulo Étnico con la que ha habido con el Auto 004:

Se han dado varias rutas, varios elementos, pero no se ha dado cumplimiento, entonces es un poco similar a lo que ha ocurrido con los planes de salvaguarda en el marco del Auto 004 y la T-025, que generan muchas expectativas, pero la realidad en los territorios no es distinta. Hay una persistencia del conflicto, llegan los mismos actores con otros nombres, hay rutas procesos, avances, pero creo que en la materialización propia de los derechos de los pueblos indígenas realmente no hay cumplimiento, empezando por ejemplo por el acuerdo uno, que eso no ha cambiado.<sup>5</sup>

4 Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal .

5 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal .

El Acuerdo, objeto de este estudio, plantea cinco puntos, y es el último el que quizás ha tenido algunos avances significativos en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR) y sus tres instituciones: la CEV, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD). Lastimosamente, a cinco años del Acuerdo, se siguen repitiendo las violencias de manera continua y sistemática.

Mi interés y compromiso en esta tesis es, precisamente, cumplir con el legado de ser el guardián de la paz, de buscar cambios que permitan avanzar en el accionar de la palabra. Este trabajo tiene los siguientes objetivos de investigación:

### 1. Objetivo general

Analizar los avances de la implementación del Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz del punto 5<sup>6</sup> en relación con el SIVJRNR referido a las víctimas de los pueblos indígenas en Colombia, en el período comprendido entre 2016 y 2021, como apuestas para el restablecimiento de sus derechos humanos, colectivos y territoriales.

### 2. Objetivos específicos

1. Revisar el estado actual de la implementación del Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz en lo referente a las víctimas indígenas desde la JEP.
2. Documentar las acciones adelantadas por la CEV sobre las víctimas de los pueblos indígenas.
3. Identificar el avance de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas UBPD en relación con las víctimas indígenas desaparecidas.

Esta tesis está estructurada en tejidos “que he decidido llamar tejidos comprendidos como ‘productos de un acto dirigido a entrelazar o entrecruzar (haciendo red), cualesquiera que sean sus entidades fundantes” (Bolaños Díaz, 2020, p. 5), y no por un simple hecho “distintivo”, sino por cómo es concebido el Sistema Integral de Paz para los Pueblos Indígenas de Colombia. Esto es, como un sistema de tejidos que entreteje el saber, el pensar y el quehacer de las víctimas en su lucha para vivir, para reexistir. Este es un tejido de las letras y palabras que ayudan a estructurar la red, ninguno es más importante que otro, todos tienen su función y todos se entrelazan para poder, de manera integral, dar respuesta a su mandato, a que lo explicado se fundamenta en la Ley de Origen de los pueblos indígenas, “basadas en sus propias filosofías y paradigmas cosmogónicos ancestrales” (Cabnal, 2019, p. 116).

Esta tradición se vincula con la noción de pensamiento “otro”, puesto que parte de la necesidad de visibilizar opciones distintas a las occidentales en los procesos de producción de conocimiento, en la perspectiva de la liberación epistémica existencial de los pueblos colonizados y del sustento de su perenne existencia (Arboleda Quiñonez, 2011).

---

6 Punto 5 del Acuerdo. El Capítulo Étnico es transversal al Acuerdo Final de Paz.

Renombrar y darle sentido a los conceptos y términos propios de los pueblos indígenas es una forma de interpelar la academia, pero también de darle sentido, identidad y posicionamiento de lo propio. Es desde aquí, desde la academia, que también se puede combatir el racismo epistémico que ha existido históricamente en contra del conocimiento indígena. “Dichos pensamientos/conocimientos pueden integrar el movimiento holístico decolonial, que comporta como uno de los elementos de partida la crítica a la episteme eurocéntrica” (Arboleda Quiñonez, 2011, p. 5). Esto quiere decir que hay que descolonizar el saber para traer a la memoria viva el valor sagrado de la palabra, su acción y su fuerza. Son cuatro tejidos los que le dan sentido a la red, uno a otro se entreteteje para desde su misionalidad dar respuesta y dignificar a las víctimas.

Hablar de racismo desde la academia, desde la teoría y desde el análisis y los conceptos exógenos está generando en nosotros, mujeres y hombres indígenas, el reto de repensarnos y de reconocernos como sujetos con derecho epistémico para crear pensamiento propio, y con ello establecer nuevos paradigmas que nos permitan trascender las opresiones y envolver a las otras y los otros en esta responsabilidad de transformación profunda que es corresponsabilidad de todas y todos, para promover la justicia, la equidad, paz y la vida en plenitud (Cabnal, 2019).

Conceptos propios, como el sistema de tejidos que se tejen y entretetejen para darle sentido a los paradigmas propuestos, nos ayudan a comprender y entender la significación de los 4 tejidos que alimentan este gran tejido llamado tesis.

En el “Tejido 1. Justicia para vivir” profundizo sobre la JEP, entidad que se creó con el fin de buscar justicia en los diferentes hechos de violencia que se presentaron en el país en el marco del conflicto armado. Aquí resaltaremos su enfoque diferencial étnico indígena como adecuación institucional, su aporte al pluralismo jurídico en el país, su relación con la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), la apertura de los casos y macro casos<sup>7</sup> que han empezado con el fin de dar respuesta judicial, pero sobre todo de aplicar justicia restaurativa y ejemplar.

En el “Tejido 2. Verdad y memoria para sanar” documento las acciones adelantadas por la CEV sobre las víctimas de los pueblos indígenas, entidad encargada de escribir el relato de la verdad del conflicto armado interno en Colombia desde una perspectiva histórica que muestra la desproporcionalidad con la que el conflicto, sin excepción de ningún actor, ha acelerado el genocidio indígena en Colombia. Aquí se muestran los avances del informe final, los pueblos documentados y los retos del legado de la CEV para transformar la memoria y sanar las heridas que ha dejado la violencia de larga duración en la sociedad indígena.

En el “Tejido 3. Sembrar para renacer” se muestran los avances de la UBPD, entidad encargada de buscar a los desaparecidos en el país. Aquí se reflexiona sobre la importancia de encontrar a los indígenas desaparecidos en clave de reparación simbólica y espiritual, pero también de humanidad al poder restablecer el derecho que tienen las familias de poder sembrar<sup>8</sup> a sus familiares. De igual mane-

7 Casos grandes a resolver desde la Justicia Especial para la Paz sobre una temática específica.

8 Para muchos Pueblos Indígenas en Colombia, sembrar a sus familiares significa realizar los entierros de estas mismas que hayan fallecido. Se siembran para que vuelvan a germinar, para que sean semilla porque



ra se documentan los retos de la institucionalidad por aplicar el enfoque indígena en sus acciones y los diálogos de interlocución en pro de avanzar en la búsqueda.

Finalmente, en el “Tejido 4. Volver al origen” planteo los retos de restablecer el equilibrio y la armonía de los pueblos y territorios indígenas violentados, la incidencia de sus organizaciones indígenas nacionales por la construcción de la paz del país y las propuestas de reparación integral y garantías de no repetición de las violencias en Colombia. Igualmente, se identifican los retos y desafíos de implementar el Sistema Integral de Paz en medio de un conflicto armado interno que no termina y que cada día coloca en mayor crisis humanitaria a las víctimas y sus pueblos.

### 3. Metodología

Esta investigación aborda el SIVJRNR metodológicamente como un sistema de tejidos, como una red, que se entretejen para ser resistentes en la dignificación de las víctimas indígenas que han sufrido la inclemencia del conflicto armado en el país.

El enfoque investigativo es cualitativo, con un nivel exploratorio que ayuda a entender, analizar e identificar las fortalezas y dificultades de la implementación del sistema y del restablecimiento que, por derecho, tienen las víctimas con la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Esta tesis está acompañada de lo autoetnográfico como método que ayuda a entender mundos y universos diversos de las víctimas de los pueblos indígenas de Colombia, por ser esta una propuesta de un miembro, pero además víctima y sobreviviente victorioso del genocidio que ha sufrido su pueblo, el kankuamo, uno de los que se encuentra en mayor riesgo de desaparecer física y culturalmente, como lo determinó la Corte Constitucional mediante el Auto 004 de 2009. Es por esto que desde este enfoque de lo autoetnográfico:

Analizar la sociedad y estudiarla tiene varias ventajas, una de esas ventajas es que el “antropólogo nativo” realiza, de una manera vertiginosa, un ingreso satisfactorio y con focalización temática al territorio, con la cual se evidencia que no es prerequisite al momento de comunicarse o de realizar contacto con los pueblos originarios. Toda vez que “el antropólogo nativo rara vez cae presa de los estereotipos que pesan sobre la población, pues está en mejores condiciones para penetrar la vida real”. (Guber, 2001, p.36)

En este caso, hay un “politólogo nativo”, que forma parte del movimiento indígena y está en su defensa en cada momento, donde se le facilitan algunos procesos y en donde, de manera crítica, autocrítica y objetiva, debe también tener la postura y claridad para enfrentarlos.

Esta propuesta metodológica de carácter cualitativo está dividida en tres hilos que serán la base para la construcción de los tejidos. La recolección de la información se toma de la siguiente manera:

1. Gran parte de lo que se indagó es información de las experiencias propias de lucha, resistencia y reivindicación de derechos de las mismas víctimas de los pueblos y organizaciones indígenas, de su incidencia para el restablecimiento de

---

para nosotros los Pueblos Indígenas la muerte tiene su propia vida.

sus derechos en las instancias creadas para la implementación del Acuerdo Final de Paz a través de diálogos de saberes, conversatorios y 19 entrevistas clave realizadas a las autoridades, víctimas, delegados, comisionados, líderes o dirigentes indígenas a cargo de estos temas. Estas se dieron en un contexto de confianza, familiaridad y de nociones de suficiencias íntimas, como plantea Arboleda Quiñonez, que “es utilizada a lo largo del trabajo para analizar la postura y los posicionamientos permanentes de los sujetos individuales y colectivos” (Arboleda Quiñonez, 2011, p.12), objeto de estudio de esta tesis.

2. Esta investigación posee como referencia, la incidencia del tesista como víctima, sobreviviente victorioso, investigador, líder, defensor y representante de las víctimas, pueblos y organizaciones indígenas en el SIVJRNR, donde tendrá elementos de la escucha y la observación participante de estos escenarios;

3. También tendrá como elemento un hilo en referencia a las fuentes primarias y secundarias de revisión documental de la bibliografía que hay sobre pueblos indígenas y el SIVJRNR.

Todo este ejercicio metodológico se da bajo la guía de las siguientes preguntas de investigación:

- I. ¿Cuál es el estado actual del Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz en los 5 años que van desde su implementación, en lo referido a las víctimas de los pueblos indígenas de Colombia?
- II. ¿Cuáles son las acciones adelantadas por las entidades del SIVJRNR con relación a las víctimas de los pueblos indígenas?
- III. ¿Cómo reparar la vida y el territorio de los pueblos indígenas de Colombia como garantía de no repetición de las desarmonías vividas y que se están viviendo?

Finalmente, tejer y entretejer para los pueblos indígenas en Colombia y el mundo es mantener la memoria viva de sus ancestros, es seguir caminando los mandatos de la Ley de Origen, es decir, es seguir buscando y construyendo la armonía, el equilibrio, para recoger la idea de la paz completa para la Madre Tierra y sus guardianes. Más aún, en “un conflicto que no acaba, nos desangra y se roba la esperanza de volver a soñar” (Montero de la Rosa, 9 de abril de 2022).

#### **4. Entramado (marco teórico)**

En un sistema de tejidos encontramos los tejidos, los telares, la urdimbre y los entramados. Los entramados, para este sistema de tejidos, son los diferentes aportes teóricos y conceptuales de diferentes autores que han estudiado el concepto de *víctima* como categoría política de reconocimiento de derechos, pero igualmente como categoría de resistencia y de sobrevivencia en contextos de violencia y de construcción de paz, en este caso, a partir de la reivindicación de las víctimas de los pueblos indígenas según una perspectiva histórica de larga duración. Esta concepción de “sistema de tejidos”:

es la posibilidad también de manifestarle a otras epistemologías, a otras formas de conocimiento que los pueblos indígenas también tenemos nuestras matrices de pensamiento, que nosotros también tenemos nuestras lógicas propias sobre las cuales se construyó una

realidad, sobre cómo nosotros vemos la vida, sobre cómo vemos el mundo, y son epistemologías que han sido invisibilizadas por otras epistemologías, en este caso la occidental, que nos ha impuesto una sola visión de dios, una visión de Estado, una visión de organización. Sin embargo, nosotros tenemos muchas de esas matrices epistemológicas y de pensamiento que con toda la tranquilidad y la frescura pueden ser objeto del estudio y de la puesta en la escena de la discusión con otro tipo de epistemologías. Yo creo que estos pensamientos ancestrales, en la medida que sigan ganando espacio dentro de la academia, nosotros tenemos mayores posibilidades de entendernos como hombres y mujeres, como culturas distintas en el mundo.<sup>9</sup>

Es así que este sistema de tejidos tiene como centro de estudio a las víctimas indígenas en Colombia desde su sentir y pensar propio, esas que “hacemos un grito desesperado por la paz de Colombia, sobre nuestras vidas hemos llevado el dolor, el sufrimiento y la desesperanza de no vivir un día en paz. Porque sabemos lo que es ser víctimas no nos cansamos de caminar y entretejer desde la diversidad la anhelada paz” (Montero de la Rosa, 9 de abril de 2022). Víctimas que fueron reconocidas en el marco del conflicto armado interno en el país mediante el Decreto Ley 4633 de 2011 y ratificado en el Acuerdo Final de Paz (2016), especialmente en el Capítulo Étnico; desde aquí se busca revisar directamente con las víctimas indígenas los avances de implementación del punto 5 del Acuerdo, en relación con sus instituciones tales como la CEV, la JEP y la UBPD.

El concepto de víctima para los pueblos indígenas es nuevo, mas no como situación vivencial, dado que estos han afrontado la violencia estructural de manera desproporcional en el marco de conflicto armado; de ahí que sobre “estos nuevos enfoques, la matriz civilizatoria indígena, que pervive y se transforma a su vez en los intersticios de las formas culturales impuestas” (Rivera, 2010, p.226), busca, desde el sentir de sus pueblos y organizaciones indígenas, adecuar y apropiar estos conceptos para seguir perviviendo y reivindicando su lucha, su resistencia y dignidad como víctimas y como sobrevivientes victoriosos de esta violencia que no acaba. “Frente al tema de víctima nosotros hemos construido también nuestros propios conceptos que es el tema de la resistencia”,<sup>10</sup> lo que Valencia-Angulo denomina “suficiencias íntimas, esto es, la capacidad de las comunidades de arreglárselas a solas, de resistir y reexistir creativamente” (2020, p. 30).

Primero pues son términos digamos que no son propios, que uno los familiariza en el día en las cosas que van pasando y los familiariza y luego se normalizan, se vuelven reiterativos, pero pues yo creo que la palabra víctima se puede entender cuando una persona: niño, mujer, grande, adulto, tiene una transgresión que le altera sus formas cotidianas de vivir, que le genera desarmonías, que le genera situaciones que afectan su buen vivir, entonces cuando esas alteraciones, esas dinámicas que cambian lo que ella es en su propio ser, allí ella empieza a ser víctima, entonces puede ser por ejemplo en el caso de las mujeres cuando hay una transgresión sobre sus cuerpos, una violación sexual, es una afectación individual que va directamente a ella como ser, como mujer pero que además tiene unas repercusiones colectivas. (Bastidas, 2023)

9 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

10 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

Para los pueblos indígenas, las mujeres son parte fundamental de la vida, pervivencia y armonía de los pueblos; afectar a una es atentar contra el colectivo y contra la vida misma de la Madre Tierra, debido a que

las mujeres indígenas víctimas de violencia sexual no son solo víctimas de forma individual, sino que, al ser miembros de una comunidad, afectan a todo el colectivo. Desde la cosmovisión indígena, el daño efectuado a la mujer, como de vida, repercute en todos los miembros de la comunidad, de manera que se configura un daño extendido. Los perjuicios realizados con violencia sexual terminan siendo también daños a la cultura indígena en su conjunto, por esto su reparación reviste una complejidad difícil de evaluar desde la óptica de la sociedad mayoritaria. (Arévalo Mutis, 2020, pp. 273-274)

Para esta investigación, las categorías analíticas que entretrejen todo el telar son la justicia, la verdad, la violencia y el concepto de víctima; conceptos claramente interrelacionados en el Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz y en esta tesis, en la que se busca analizar e identificar los desafíos que hay para la implementación del SIVJRN, en sus cinco años de vigencia, después de su firma en noviembre de 2016 en el Teatro Colón de Bogotá.

Con la firma del Acuerdo Final de Paz, en Colombia llegan vientos de paz y empiezan retos para poder consolidar una paz estable y duradera, garante de los derechos de las víctimas y para acabar con la impunidad y avanzar en la reducción histórica de las brechas de desigualdad en el país. Por eso, “la implementación de justicia transicional en Colombia apunta a restaurar el consenso social, dilucidar las causas que dieron lugar al conflicto, sancionar las conductas de lesa humanidad y lograr la no repetición” (Cronicón, 2019). Es decir, para los pueblos y organizaciones indígenas en Colombia y sus víctimas, el Acuerdo y el Sistema deben lograr restablecer el equilibrio y la armonía de su gente y sus territorios, debe materializar y garantizar el volver al origen de los pueblos, y para esto es necesario tener derecho a la verdad y a la justicia, donde “existe una complicada relación entre justicia transicional, verdad e historia. En el discurso de la justicia transicional, volver a visitar el pasado es entendido como el modo de avanzar hacia el futuro” (Teitel, 2011, p. 160); alocución que coincide claramente con el sentir y pensar de las víctimas de los pueblos indígenas. Es decir, no se puede tener futuro si no se sana el pasado, si no se crea memoria de lo sucedido. Es por eso que la reivindicación de las víctimas indígenas es hablar desde el marco temporal más amplio del conflicto armado interno del país reconocido en el Sistema. Es necesario hablarlo y documentarlo desde las largas duraciones de la violencia que se han interiorizado y repetido de manera cíclica en contra de la vida de sus cuerpos y territorios, donde las víctimas indígenas han sido desarmonizadas por todos los actores armados en conflicto, incluido el Estado, que por acción u omisión es responsable de estos genocidios.

Lo que plantea Garzón Real es el fundamento principal del Acuerdo Final de Paz en Colombia:

En definitiva, verdad, justicia y reparación son el trípode sobre el que debe basarse una sociedad democrática para consolidarse como tal, no solo en los casos en los que se hayan

sufrido los rigores de la represión o de la violación masiva de derechos humanos, sino como reconocimiento del carácter de víctima universal que frente a este tipo de crímenes todos tenemos, y conseguir así las garantías reales de no repetición. (Garzón Real, 2015, p. 31)

Además de darle un carácter universal a las víctimas del conflicto armado interno por parte del expresidente Juan Manuel Santos Calderón al refrendar el Acuerdo ante la comunidad internacional de las Naciones Unidas en Berna, Suiza, “cuando esto ocurre, inmediatamente este acuerdo, que es un acto legislativo<sup>11</sup> y que parte del principio de la justicia prospectiva, se convierte en un documento con garantías universales, y, además, de cumplimiento inmediato”.<sup>12</sup> Y que para el caso particular de las víctimas de los pueblos indígenas su interpretación e implementación además se debe materializar desde una perspectiva histórica, diferencial, intercultural y con un enfoque en derechos humanos con los más altos estándares de respeto a los derechos fundamentales y colectivos que tienen como pueblos, además de contemplar una atención integral de manera individual, individual con efecto colectivo, colectivo y territorial; garantizando a la vez la transversalización del enfoque de mujer, familia y generación como garantía de pervivencia de los pueblos. Refrendado además por la normatividad internacional que demanda del Estado su implementación inmediata.

En ese sentido, el Capítulo Étnico estipula el marco normativo para orientar la implementación del Acuerdo Final, que incluye el ordenamiento jurídico internacional, constitucional, jurisprudencial, especialmente el principio de no regresividad reconocido en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los principios y derechos reconocidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), la Declaración y Programa de Acción de Durban contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (JEP, 2019, p. 25).

En un proceso de justicia transicional como el pactado en Colombia, son fundamentales las víctimas, ya que son el centro del Acuerdo Final de Paz y estas no solo son sujetos pasivos o de “reconocimiento”: las víctimas son sujetos políticos individuales y colectivos activos en la implementación del Acuerdo Final de Paz y su Capítulo Étnico. Como lo plantean Das y Ortega (2008) en su texto *Sujetos de dolor, agentes de dignidad*, las víctimas buscan reivindicar sus derechos: “En la no-pasividad de la víctima, en el valor de la resistencia –entendida esta no siempre como un acto deliberado de oposición a las grandes lógicas opresivas, sino como la dignidad de señalar la pérdida y el coraje de reclamar el lugar de devastación–” (p. 18).

---

11 Acto Legislativo 01 de 2016. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

12 Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal.

Es así que las víctimas sobrevivientes victoriosas del conflicto armado interno en Colombia, y en especial las víctimas de los pueblos indígenas, han venido insistiendo en que se les respete su dignidad, y desde allí se enuncian para poder buscar verdad, justicia, reparación y sobre todo garantías de no repetición. Debido a esto, lo que se le exige a esta nueva institucionalidad es “que ante todo aprecien y respeten el dolor de las víctimas”,<sup>13</sup> aquí, “los indígenas tienen una faceta múltiple: fuera de ser víctimas, son actores de paz, reconciliación y reintegración. La necesidad de la participación indígena explica el enfoque que tiene la reparación” (Mutiz et al., 2020, pp. 258-259), por tanto, hay que entender que

el fenómeno de la violencia desde la perspectiva, el lenguaje y las prácticas de los sufrientes, los modos en que estos padecen la violencia, negocian y obtienen reductos de dignidad (a veces de manera poco evidente), resisten y reconstruyen sus relaciones cotidianas, y sobrellevan la huella de la violencia de un modo que no siempre aparece perceptible para quien proviene de fuera, sea este científico social, funcionario, político o militante nacionalista. (Das y Ortega, 2008, p. 21)

De acuerdo con Das y Ortega, es pertinente llamar la atención en cómo las víctimas, ante el dolor, el miedo y la devastación, mantienen su dignidad, además de un espíritu conciliador, de perdón, de transformación, de reconstrucción, de memoria y reparación; pero nunca de olvido. Se vive con el dolor por lo sufrido de distintas maneras y se busca refugio en el recuerdo de los que ya se han ido. En el caso de las víctimas indígenas, tejen, danzan, cantan y hablan para no olvidar, para sanar y para mantener la armonía. Y muchas veces son las víctimas las que dan el paso al perdón en búsqueda de tranquilidad y de paz. Cuando se es víctima, perdonar es muy difícil, pero cuando se da, se manifiesta desde el corazón, siempre en búsqueda de la paz interior y colectiva. El dolor y el perdón también se tramitan desde lo colectivo, lo territorial y lo espiritual, y para las víctimas indígenas es una forma de cerrar canastos, tejidos; de cerrar ciclos para que no se vuelvan a repetir, como fue expresado por la CEV, en su video musical “Somos Amazonía y Somos Verdad”, en reciente video “Hoy hilamos palabra sabia. Hoy tejemos unión y perdón” (Comisión de la Verdad, 2020, 3m02s).

Esta investigación tiene un sentir muy importante, porque dialoga con las víctimas indígenas, de lo que han vivido y sobrevivido, pero también con quien escribe, que es víctima y sobreviviente victorioso del genocidio en contra de su pueblo. Un diálogo complementario que, desde lo vivencial, da fuerza al sentido de la investigación y manifiesta con fuerza desde adentro lo sufrido. Es mi caso personal, soy víctima directa desde aquel 15 de abril de 2004, cuando los paramilitares del Bloque Norte, comandados por Jorge 40 y su grupo Mártires del Cesar, asesinaron y torturaron a mi padre, Óscar Enrique Arias Montero, uno de los líderes más importantes y respetado en mi pueblo, quien hasta su muerte defendió la vida, la educación y el territorio de su pueblo, ante las injusticias de los armados, que terminaron de asesinar a muchos familiares y amigos; todos Arias o Montero. Como víctima, desde ese momento no he dejado de buscar verdad y justicia,

---

13 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

situación que me ha llevado a cargar amenazas, miedo, intranquilidad, zozobra y hasta dos situaciones de desplazamiento forzado por el solo hecho de no dejar en la impunidad el asesinato de mi padre. Como plantea Judith Butler, “solo reconocemos ciertas vidas como humanas y reales” (Colomer, 2010), es decir, el Estado y sus instituciones solo reconocen algunas vidas que merecen ser investigadas o que importan. Las nuestras, las de los pueblos indígenas, aún siguen siendo vistas como salvajes, esas que no importan y no merecen ser investigadas. “Cuando un líder social es asesinado, no solamente pierde la comunidad, pierde el país y pierde el mundo” (Pulido, 2019), por eso no es un capricho de las víctimas buscar verdad y justicia, es un derecho que tenemos para garantizar la no repetición de las violencias y la revictimización, por esto resalto el postulado de Das y Ortega, que dice que se debe permitir leer a las víctimas desde su propio sentir, desde sus propias acciones. He aquí la importancia de la etnografía y la autoetnografía como método de investigación, que dan cuenta de estas lecturas desde adentro y desde sus coterráneos, por eso “quienes auspiciaban la investigación en la propia sociedad afirmaban que una cosa es conocer una cultura y otra haberla vivido” (Guber, 2011, p. 35). Es así que:

La historia de las violencias en el presente reclama simultáneamente una mirada –que llamaré en este caso etnográfica– que le ponga atención a lo que de manera indiferenciada se percibió como las “víctimas”, a los modos en que estos padecen, perciben, persisten y resisten esas violencias, recuerdan sus pérdidas y les hacen duelo, pero también la absorben, la sobrellevan y la articulan a su cotidianidad, la usan para su beneficio, la evaden o simplemente coexisten con ella. Una mirada que explore lo que significa para los actores los tres procesos que Daniel Pécaut identifica como ingredientes de la violencia contemporánea en Colombia: la desterritorialización, la desubjetivación y la destemporalización. (Das y Ortega, 2008, p. 20)

Asimismo, existe un ingrediente que desde la etnografía y la autoetnografía usan: el testimonio, herramienta clave para develar y denunciar, hacer demandas o como manifestación de sanación. “El testimonio, por tanto, no sólo invoca la verdad como garante y sustento del enunciado; el testimonio, ante todo, testimonia ‘una crisis generalizada de la verdad’” (Das y Ortega, 2008, p. 39), en este caso desde el sentir mismo de sus víctimas desde el que escucha, hasta el que escribe. Los testimonios se convierten en vehículos para elaborar exigencias políticas más contundentes. Con frecuencia, escriben Das y Ortega, las víctimas “tienen la experiencia del sufrimiento social total y abyecto, pero no detentan el lenguaje para transformar esta experiencia en formas que tuvieran sentido en el dominio político” (Das y Ortega, 2008, p. 39).

En este caso particular difiero con Das y Ortega, cuando refieren a que las víctimas no detectan el lenguaje para transformar esta experiencia; por el contrario, las víctimas, con el “rótulo” que se les coloca, reivindican sus derechos y lo hacen desde una postura netamente política, desde una postura claramente en disputa que exige del Estado el cumplimiento de sus derechos (protección y seguridad). En el caso de Colombia, como Estado social de derecho debe garantizar a todos sus ciudadanos, sin distinción, el derecho a la vida y a no sufrir ningún tipo

de violencia, como claramente se estipula en el artículo 11 de la Carta Magna de Colombia: “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Asimismo, el artículo 12 de la Constitución Política de Colombia de 1991 reafirma que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Había ya señalado cómo el testimonio es el modo fundamental para conocer el dolor. Recibir y dar testimonio se refiere a aquella persona que no solo sabe con el intelecto, sino con las emociones. Testimoniar el dolor ajeno debe ser entendido no solo como “una afirmación fáctica, sino que es (también) una expresión del hecho que se afirma: es al mismo tiempo un enunciado que al expresarlo ya constituye mi reconocimiento del hecho que expresa”. (Das y Ortega, 2008, p. 55)

Es así que la memoria viva que tejen y entretejen los sabios y las sabias de los pueblos indígenas la relacionan con la construcción social de la cotidianidad, con un profundo conocimiento de lo ancestral que es reparador y mantiene la armonía, el equilibrio, el buen vivir-vivir bien. Además, es revelador y se materializa en el testimonio de la víctima que “aparece relacionado con tres funciones importantes y claramente diferenciadas en el proceso de respuesta a situaciones de violencia social: nombra las violencias padecidas, hace y acompaña el duelo y establece una relación con otros” (Jelin en Das y Ortega, 2008, p. 40). Más aún, “en un contexto de impunidad generalizada, estas luchas políticas por la memoria, como Elisabeth Jelin las llama, emergen como respuestas a la crisis de verdad” (Das y Ortega, 2008, p. 42), verdad que, como derecho, las víctimas buscan para sanar y poder continuar con sus vidas; verdades que, además, combatirán la impunidad en un país tan impune como Colombia.

Así las cosas, a diferencia del momento en el que se encuentran sus pares, Colombia debe ocuparse, al mismo tiempo, de garantizar la seguridad de su población mediante la desactivación del conflicto armado; así como de satisfacer los derechos de más del diez por ciento de su población, que ha sufrido de la victimización directa causada por dicho conflicto. En este contexto, las tensiones de una transición con justicia se presentan en su máxima expresión, y se resumen en una pregunta muy compleja: ¿cómo garantizar un escenario de paz y reconciliación asegurando, al mismo tiempo, el respeto por los derechos de las víctimas? O, puesto de otro modo: en un contexto de conflicto latente, ¿cómo evitar que se produzcan más víctimas, garantizando a la vez los derechos de los millones de víctimas que ya se han producido? (Sánchez y Uprimmy, 2011, p. 131)

Ese es el reto constante que tiene el SIVJRN y la sociedad en su conjunto, en donde:

El término “reconciliación” ha sido mal utilizado, para justificar la ausencia de medidas de justicia, verdad, reparación de las víctimas o castigo de los responsables. Entonces, si la reconciliación se usa como sinónimo de impunidad, es lógico que las víctimas y la sociedad civil de modo general repudien el término. (Mezarobba, 2007, p. 175)

La reconciliación debe ser para reconstruir el tejido social en el país, pero este se da si hay verdad, si hay justicia; no puede haber reconciliación si no se



manifiesta la verdad, esta misma situación se manifiesta con el derecho que tienen las víctimas con relación a la reparación, donde:

La reparación no es ni puede ser, equivalente a la pérdida, pero en esta imposibilidad expresa también su naturaleza simbólica; frente a lo otorgado realmente, la víctima puede ir más allá y abrir la puerta a otras significaciones, posibilitando atenuar en algo el trauma perdurable del daño. Lo importante, en efecto, no es la reparación que ofrece la justicia en sí misma, sino la recomposición que el psiquismo pueda hacer de ella. (Guilis et al., 2007, p. 283)

La reparación como derecho ayuda a mitigar ciertas necesidades, pero al final las víctimas buscan sanar el dolor y poder, en medio del recuerdo, vivir tranquilos y en paz. Es así que la reparación no es solo material o administrativa, sino espiritual, simbólica: es verdad y justicia.

La reparación es un derecho de las víctimas que en la justicia transicional y restaurativa adquiere una dimensión fundamental. De acuerdo con la legislación internacional representa un potencial preventivo que se hace mayor en su relación con las garantías de no repetición en la medida en que evita nuevos crímenes atroces.

No reparar constituye una negación de la justicia e impunidad. La reparación contribuye a restaurar la dignidad de las víctimas. Los efectos de la reparación abarcan el presente y futuro de las víctimas individuales y colectivas. (JEP, 2020, pp. 39-40)

Reparar para sanar, armonizar y cerrar heridas en el cuerpo y el territorio, ese es el propósito de la reparación para los pueblos indígenas, en últimas en volver al origen<sup>14</sup> de las cosas.

En esa medida, el informe *Tiempos de vida y muerte* nos permite pensar en la necesidad de la ampliación de la mirada sobre el significado de reparar para entender que la política de víctimas debe trascender el dolor y el lugar de la víctima para generar procesos efectivos de participación, de inclusión política, de respeto por sus formas ancestrales de gobierno, de sus autoridades. Así, la reparación integral debe pasar por procesos de justicia, cumplimiento de los derechos que le dieron surgimiento al contrato social y garantías reales de no repetición. La memoria se convierte en un relato para generar conciencia de por qué no repetir la historia, para evidenciar el horror, pero también para conocer procesos sociales y políticos diferenciados que pueden alumbrar el futuro del país y repensar la historia. (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p. 18)

Es así que las violencias de larga duración a las que han estado sometidos los pueblos indígenas de Colombia hay que entenderlas y leerlas desde el tiempo de la supuesta “conquista” en perspectiva histórica, de la que el conflicto armado es solo un eslabón de la cadena de la degradación de la guerra que “obliga a entender este último como parte del entramado que buscó causar la expoliación y

---

14 Es volver a ser lo que éramos, es tener conciencia de nuestra responsabilidad del cuidado de todo lo que tenemos y nos rodea como indígenas.

reducción de los pueblos indígenas e instaurar formas de subordinar, administrar, extinguir, reordenar y gobernar la vida y la muerte indígenas” (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p. 112), situación donde, de igual manera:

Están las instituciones del Estado. Más allá de sus posibles y diferentes grados de complicidad (para Colombia, por decir algo, el caso de colaboraciones implícitas, deliberadas o por omisión con los paramilitares), el papel del Estado en la administración de la violencia está fundamentado no solo en el control del territorio y sus recursos, sino, como ha sido reiteradamente señalado por Michel Foucault y Giorgio Agamben, de los cuerpos. Para ellos, el Estado moderno surge como expresión de una nueva tecnología del poder, la biopolítica, aplicada sobre las poblaciones (y no solo sobre los individuos). (Das y Ortega, 2008, p. 37)

“Con todo lo sufrido, y pese a que una y otra vez parecía que los indígenas habían dejado de existir, allí estaban, sobrevivientes victoriosos, con historias que decían mucho más de lo que la cruz y la espada habían contado” (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p. 222). Victoriosos de los múltiples genocidios vividos, allí están las víctimas de los pueblos indígenas, con sus luchas y resistencias, que, si bien “están definidas por el contexto, también generan nuevos contextos” (Das y Ortega, 2008, p. 24). Por tanto, no pueden estar definidos exclusivamente por una relación dialéctica de negación.

En esa medida, la violencia como práctica genocida está orientada a transformar la vida de los sobrevivientes, es decir, a transformar el futuro de la vida indígena de forma que sea administrada, no por sus propias consideraciones, sino por los regímenes de poder que ejercieron esa violencia. (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p. 446)

Todos estos elementos teóricos y conceptuales de los diferentes autores referenciados aquí se entretajan en el entramado que permite hilar el pensamiento de uno con otro, entender y buscar estrategias para la implementación del Acuerdo Final de Paz y su Capítulo Étnico desde una dimensión transformadora de esa realidad de violencia que no permite restablecer de manera integral los derechos humanos, colectivos y territoriales de las víctimas de los pueblos indígenas. Esto como un acto de re-existencia y de garantía de no repeticiones de las violencias, pero sobre todo como un acto de pervivencia y de dignidad para seguir tejiendo la vida en el tiempo y en el espacio. Este entramado permite

visibilizar esta tradición intelectual, negada por la colonialidad de la cual no se ha ocupado la historia intelectual ni la historia de las ideas ni la filosofía y menos las ciencias políticas. En otras palabras, no son conocimientos válidos, y menos sostenibles, como para tenerse en cuenta dentro del registro científico, como lo abordaremos. (Arboleda Quiñonez, 2011, p. 4)

Finalmente, las víctimas indígenas seguirán siendo sobrevivientes ante un Estado que los condena al exterminio físico y cultural. Por eso, nuestro llamado: “No queremos más víctimas en el país, no queremos seguir recogiendo y llorando a nuestros muertos en campos y ciudades como ríos de sangre sin parar” (Montero de la Rosa, 9 de abril de 2022). Y nos duele porque todos somos hermanos de la misma sangre.

## **5. El telar: Estado actual de la implementación del Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz en las víctimas de los pueblos indígenas (2016-2021). Los pueblos indígenas de Colombia: Guardianes de la vida y el territorio**

Colombia es un país multiétnico y pluricultural, logro que se dio por la resistencia y cohesión del movimiento indígena, que ha contribuido, como argumenta Gutiérrez, “a recuperar la posibilidad de entender la historia ya no desde la ‘lucha de clases’, sino a partir de la lucha desplegada por los movimientos sociales” (Gutiérrez Aguilar, 2017, p. 20).

Este movimiento en Colombia está representado por “1.905.617 indígenas, el 4,4% de la población colombiana” (DANE, 2019); con 115 pueblos,<sup>15</sup> 65 idiomas, 781 resguardos<sup>16</sup> y con una estructura organizativa nacional como la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), que agrupa a 55 organizaciones regionales, zonales y locales, además de contar con otras 6 organizaciones de carácter nacional: las Autoridades Indígena de Colombia por la Pacha Mama (AICO), la Confederación Indígena Tayrona (CIT), la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana (OPIAC), las Autoridades Indígenas de Colombia-Gobierno Mayor, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y las Autoridades Indígenas del Suroccidente (AISO). Todas con los principios de lucha por la liberación del territorio, el fortalecimiento de la cultura, el reconocimiento de la autonomía y siempre la búsqueda por mantener la unidad en medio de la diversidad. Principios fundamentales para una paz con justicia social, estable, climática y duradera en el país; y, si bien son siete los procesos organizativos indígenas en Colombia de nivel nacional, para una paz total dada por

la existencia de una identidad colectiva que une a unas organizaciones con otras hace posible que estas se sientan parte del mismo esfuerzo colectivo, incluso cuando acaben las acciones específicas o se desarrollen más acciones conjuntas sobre esa base. De igual modo, esta es solo una de las diversas formas de coordinación que se encuentran habitualmente en los campos de acción colectiva. (Diani, 2015, p.11)

Acción colectiva y coordinada que ayuda a consolidar lo que es hoy el movimiento indígena colombiano, un referente para el país y el Abya Yala (América); un movimiento que a pesar del exterminio físico y cultural en el que vive a raíz de las políticas estatales, el conflicto armado, el racismo, etc., propone alternativas de cambio desde los territorios; un movimiento que construye sociedades diversas e interculturales para el buen vivir de las víctimas indígenas y de sus sobrevivientes victoriosos. Es importante señalar aquí que los pueblos indígenas no están en contra del desarrollo, más bien, estamos a favor del sistema de vida del

---

<sup>15</sup> Es de señalar que el censo 2018 del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE), de población y vivienda, tiene errores, pues reconoce dentro de los 115 pueblos indígenas culturas precolombinas como si también lo fueran y no reconoce otros que sí ya están reconocidos por instituciones como el Ministerio del Interior. A pesar de ello, la CEV verifica dicho dato.

<sup>16</sup> El resguardo es una entidad política, territorial, de carácter público y especial, que reconoce los territorios de los pueblos indígenas en Colombia.

buen vivir y vivir bien se materializa en los planes de vida; los sistemas de salud, justicia y educación. Todas las acciones de buen vivir que mantenemos pueden sintetizarse en el cuidado, protección y defensa del territorio, fortalecimiento de los procesos políticos organizativos, la defensa de lo público ante lo cual planteamos sistemas para la vida como el [Sistema Educativo Indígena Propio] SEIP en educación y el [Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural] SISPI en salud, la misma guardia indígena como fuerza común y de base para el control territorial de y para las comunidades. (Montero de la Rosa et al., 2017, p. 74)

El buen vivir es la base para materializar la paz para los pueblos indígenas, que no solo es dejar las armas, es cumplir con la Ley de Origen y que el Estado cumpla con lo que se ha mandado en los planes de vida. Para que haya una paz “estable y duradera” es indispensable reconocer y hacer memoria de la otra Colombia, esa de las selvas, los ríos, las montañas, esa que está lejos de los intereses de pocos, la “indígena, negra y mestiza” invisibilizada, que a muchos les cuesta reconocer en medio de la diversidad.

## 6. El camino recorrido

Los pueblos indígenas de Colombia son pueblos que milenariamente han luchado y resistido para mantener el equilibrio y la armonía de sus territorios y fuera de ellos. Y hoy como ayer caminan, tejen y *hacen minga* (trabajo colectivo o comunitario) por mantener la memoria viva de sus ancestros. Son actores y tejedores de paz, de una paz que se vive día a día en sus territorios de acuerdo con sus principios de lucha y acorde con su Ley de Origen, su Derecho Mayor y Derecho o Ley Natural. Esto es el movimiento indígena colombiano, un movimiento en donde “la territorialización de sujetos colectivos abre las puertas a la creación de un mundo nuevo y diferente al capitalismo hegemónico” (Zibechi, 2018, p. 8), un sujeto colectivo diverso que es víctima de las violencias de la larga duración. Como plantea Fernand Braudel, el historiador de la Escuela de Annales: “la historia se entendía en la larga duración e impugnaba la historia evenemencial “pues los grandes acontecimientos se desvanecen con rapidez, y no siempre dejan tras de sí las importantes consecuencias anunciadas” (Das y Ortega, 2008, p. 29). Por eso es importante la convocatoria a la memoria viva para la búsqueda de la reconciliación, la verdad, la justicia, la reparación y, sobre todo, para que no se repitan las violencias.

Es decir, un movimiento indígena compacto, referente para lo campesino y lo urbano, que ve en lo indígena otro sistema de vida, una vida de resistencia histórica, donde sus luchas no han sido fáciles. Un movimiento que ha sido testigo directo del genocidio más grande de la humanidad ocurrido desde 1492 y que ha generado un desequilibrio en su vida y en la Madre Tierra. Hoy, los que sobreviven son la memoria viva de sus ancestros: la cacica Gaitana (siglo XVI), con su lucha por la autonomía y soberanía territorial; Juan Tama (siglo XVII), con su lucha por medio del diálogo y los tratados con la Corona española como estrategia de defensa de los territorios indígenas; Quintín Lame (siglo XX), con las leyes como estrategia de reivindicación de los derechos de los pueblos, donde su principal objetivo fue el de luchar contra el impuesto impartido por los terratenientes, el del pago de terraje. Hoy, las luchas más recientes del movimiento

indígena contemporáneo están dadas a partir del nacimiento del CRIC (1971) y la ONIC (1982) y la agrupación de las expresiones organizativas nacionales en la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas (MPC) en 1996 fruto de la lucha y toma del Episcopado en Colombia. Son ellas las organizaciones que ponen en vigencia la liberación de la Madre Tierra del “desarrollo disfrazado”, para tejer y construir un país desde las comunidades y para las comunidades, un país para la vida de todos sus seres que la habitan.

Esta lucha de recuperación de la tierra sin armas fue el inicio del movimiento indígena colombiano en el Cauca, y con la agudización de la violencia nació el Movimiento Armado Quintín Lame en defensa de la vida de los pueblos indígenas ante el exterminio sistemático por parte de hacendados, terratenientes y el narcotráfico, que entregó las armas como gesto de paz en 1990. Y con acciones políticas organizacionales del movimiento indígena y la Constitución Política se logró, en 1991, reconocer la diversidad étnica y cultural del país (artículo 7), con más de 25 articulados en los cuales se reconoce y se llama a la sociedad colombiana a salvaguardar, reconocer y respetar, entre otros, los territorios de los pueblos indígenas, los que hoy se conocen como resguardos, que a pesar de ser una figura territorial de carácter especial de origen colonial (artículo 63), ha sido una forma de proteger alguna parte del territorio ancestral; los más de 65 idiomas indígenas (artículo 10, Ley 1381 de Lenguas Nativas de 2010); garantizar la participación política de los pueblos indígenas en la estructura política administrativa del Estado (artículo 171, dos senadores y un representante a la cámara). Asimismo, se llama a respetar las diferentes formas de aplicar justicia en el país reconociendo a las autoridades indígenas como jueces (artículo 246) y la guardia indígena como integrante de la jurisdicción especial indígena; a reconocer los territorios indígenas como entidades territoriales que se gobiernan de acuerdo con sus propias estructuras de gobierno (artículos 286 y 287), entre otros.

El poder de los movimientos se pone de manifiesto cuando los ciudadanos corrientes unen sus fuerzas para enfrentarse a las elites, a las autoridades y a sus antagonistas sociales. Estas confrontaciones se remontan a los inicios de la historia, pero la organización, la coordinación y el mantenimiento de esta interacción constituyen la contribución específica que realizan los movimientos sociales, una invención de la era moderna que acompañó el nacimiento del Estado moderno. (Tarrow, 2012, p. 22)

Ese poder y convicción fue lo que consolidó al movimiento indígena en Colombia, un movimiento decolonial, autóctono, de lucha y resistencia, que logró en medio de la violencia cambiar la historia del país, al pasar de una lógica monocultural (Constitución de 1886) a una pluricultural (Constitución de 1991), pero eso sí, solo “en el discurso y en el papel” de las mismas lógicas multiculturales impuestas por el Estado. Logro que costó y sigue costando la vida de muchos comuneros y comuneras indígenas que reivindican sus derechos. Ejemplo de esto fue que a solo algunos meses de promulgada la nueva Carta Magna de Colombia, ocurrió una de las masacres más crueles del país, la masacre del Nilo, en el departamento del Cauca, en complicidad con el Estado colombiano, en donde fueron asesinados indígenas, campesinos y afrodescendientes. Con esto es claro decir que los logros o derechos que reivindica el movimiento indígena en Colombia, el

costo y pago de este, ha sido a cambio de sangre y fuego, como en la “conquista” y la colonia, pero también en la “independencia”, el bicentenario y en la actualidad.

Se pensó que con la Constitución Política de Colombia de 1991 nuestra situación en el país cambiaría, pero no fue así. Aunque por primera vez en la historia habíamos logrado que nos reconocieran como “ciudadanos”, este reconocimiento sigue siendo incipiente ante la transformación profunda que debe tener el Estado, es así que esta

lucha por una ciudadanía étnica se plasma en la reivindicación del acceso a una ciudadanía que contemple todos los derechos civiles, políticos y sociales que se hayan desarrollado en las sociedades en las que se integran y en la reivindicación del “derecho específico del mantenimiento de la identidad tribal –que no desaparece bajo la identidad genérica (y política) de indio”. (Cardoso de Oliveira, 1990, p. 160)

A pesar del reconocimiento de la diversidad étnica, esta lucha aún no ha cesado; la agudización del conflicto armado en los territorios indígenas se profundizó y los derechos logrados fueron el motivo para seguir caminando la palabra y el camino trazado por los ancestros. Es así que de tanto incumplimiento por parte del Estado colombiano, nuevamente el movimiento indígena en Colombia fue noticia en el país: con una acción conjunta, se hizo la toma pacífica del Episcopado en Colombia en Bogotá en 1996, que duró más de 43 días y que tuvo como resultado la creación de tres espacios de diálogo y concertación nacional: la MPC, la Comisión Nacional de Territorios Indígenas de Colombia Comisión Nacional de Territorios Indígenas de Colombia (CNTI), ambos escenarios mediante el Decreto 1397 de 1996, y la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia (CNDDHHPI), mediante el Decreto 1396 de 1996. Estos escenarios nacionales, con un mandato de gobierno a gobierno, ponen al movimiento indígena en Colombia en dinamismo, de las calles a las mesas de concertación y, de manera inversa, cuando los acuerdos concertados no se cumplen, como una de las formas más efectivas de lograr alguna presión y cumplimiento de algunos acuerdos.

## **7. El camino que se está recorriendo y viviendo en “tiempos de implementación del Acuerdo Final de Paz” o del postacuerdo**

No hay paz si siguen los asesinatos de líderes indígenas, no hay paz si siguen asesinando a la Madre Tierra, la paz es con todos y todas.

Óscar David Montero de la Rosa, “Llegaran nuevos tiempos, llegará la paz para Colombia”

La lucha indígena no ha sido fácil, y la participación indígena en él no fue un camino sencillo. La firma del Acuerdo Final de Paz en La Habana, Cuba, se dio gracias a su misma incidencia, denuncia y demanda, que logró así un Capítulo Étnico transversal a todo el Acuerdo, no solo para los pueblos indígenas, sino para todos los grupos étnicos en el país (afrodescendientes, negros, palenqueros, raizales y romaníes).

Es así que, desde la firma del Acuerdo Final de Paz en el Teatro Colón, en noviembre de 2016, hasta la fecha de diciembre de 2021 (a cinco años de la firma del Acuerdo), se han asesinado a más de 350 líderes indígenas de acuerdo con el Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de la ONIC, los cuales han sido asesinados por defender la vida, el territorio, la paz y la dignidad del movimiento indígena colombiano. La mayoría de los asesinatos fueron en los departamentos hoy priorizados por el “posconflicto” en los llamados Programas con Enfoque de Desarrollo Territorial (PDET), tales como Cauca, Tolima, Antioquia, Cesar, Chocó, Nariño, Quindío, Valle del Cauca, Meta, Guajira, Risaralda, Vichada y Amazonas, y afectaron directamente a los siguientes pueblos indígenas: wounaan, eperara siapidara, nasa, pijao, embera chamí, katio y dóbida, zenú, jiw, wayuú, wiwa, kokonuko, awá y makuna. De todos estos, la región con mayor foco de violencia ha sido el suroccidente colombiano, de hecho “hasta noviembre del 2021, la Defensoría del Pueblo había emitido 29 alertas tempranas, de las cuales 17 evidenciaron afectaciones en territorios étnicos en departamentos como Chocó, Cauca y Putumayo” (Echavarría Álvarez et al., 2022, p. 66). Además, de acuerdo con Jhoe Sauca, dirigente indígena del pueblo kokonuko en el departamento del Cauca, si bien en el departamento del Cauca se evidenció un cese del conflicto en el 2017, meses después de firmado el Acuerdo Final de Paz, en el 2018 se presentaron 28 asesinatos, en el 2019 se disparó y se triplicó a 75 y en el 2020 fueron 145 los asesinatos de líderes indígenas en el departamento y en el suroccidente de Colombia.<sup>17</sup> Con relación al cumplimiento del Capítulo Étnico, sigue la preocupación en que

durante el período comprendido entre diciembre de 2020 y noviembre de 2021, el enfoque étnico presentó limitados niveles de implementación. En el 2021, solo se presentaron cambios en siete de los 80 compromisos con enfoque étnico. Las disposiciones completas del enfoque étnico a noviembre de 2021 estaban en 13%, siendo menos de la mitad que las del Acuerdo Final en general, que alcanzaron un 30%. Las disposiciones con avance intermedio del enfoque étnico mantuvieron una diferencia con respecto al Acuerdo Final en general con porcentajes del 13% y el 19%, respectivamente. Por otra parte, las disposiciones con avance mínimo se encontraban en 60% en el enfoque étnico y en 37% en el Acuerdo Final en general, y el porcentaje de disposiciones no iniciadas fue del 15% en ambos casos. (Echavarría Álvarez et al., 2022, p.19)

Basándonos en lo anterior, todos estos incumplimientos trajeron consigo muerte, masacres, desesperanza, miedo y exterminio, es decir, una violencia de larga duración que aún sigue vigente en nuestro país hasta nuestros días, a saber:

No ha cesado la horrible noche en Colombia, dormimos enterrando a nuestra gente y despertamos llorándolos y sin saber quién será el próximo o los próximos. Estamos en un genocidio continuo y sistemático en contra de los cuerpos y los territorios étnicos en el país, y lo peor de todo en “tiempos de paz”. Aunque nuestros ancestros indios y negros nos siguen dando la fuerza para sobrevivir, la situación no deja de ser dramática en un país en donde todos nos *matan*. (Montero de la Rosa, 12 de septiembre de 2020)

---

17 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

“Desde entonces hasta ahora, sigue estando presente más que nunca, la ignominia para quienes arteramente quebrantaron las leyes, y lo que aún es más grave, degradaron la confianza popular, masacraron la democracia y mancillaron los cuerpos” (Garzón Real, 2015, p. 20). Dictaduras, genocidios y magnicidios hacen parte del repertorio de violencias que se han vivido en varias regiones del país y que la memoria viva de sus sobrevivientes victoriosos ha logrado mantener y no permitir el negacionismo de estas por parte de los intereses de los victimarios, que solo buscan escudarse en la impunidad.

En este sentido, la omisión del Estado o la imposición del mismo en la prohibición de persecución de los crímenes de genocidio o contra la humanidad, en tiempo real, no solo ha generado impunidad de hecho o de derecho a través de amnistías o por leyes de perdón general, sino que también ha impedido que existiera una posibilidad de que la verdad judicial se configurara adecuadamente y se extendiera a otros ámbitos (el económico) al disponer de uno de los elementos que le son básicos, la proximidad de las pruebas y de los actores. Es por ello, que, en la mayoría de los casos, la verdad judicial, se ha tenido que elaborar en unas condiciones muy adversas, con lejanía de las fuentes de prueba, dilatada en el tiempo, o de los propios escenarios del conflicto, a través de la aplicación del Principio de Jurisdicción Universal o de tribunales internacionales, con graves dificultades para la materialización de las investigaciones y práctica de las pruebas.

[...]

En este mundo al revés, la impunidad borra toda crónica diferente de la oficial; históricamente han existido intentos de eliminar la realidad, desde el olvido inducido, como si no hubieran existido el genocidio, las masacres o las desapariciones forzadas de personas, hasta el olvido ordenado por ley, mediante amnistías, condonaciones de penas o indultos, so pretexto de garantizar la estabilidad política cuando en verdad lo que se buscaba es garantizar la impunidad. (Garzón Real, 2015, pp. 31-33)

Este camino de falta de implementación por la paz lo hace evidente, y de una forma clara, Jhoe Sauca, al expresar:

Centrándonos en esta parte, 1) el plebiscito que se pierde en Colombia, 2) el tema de transformar el Acuerdo de Paz por la paz por legalidad, eso desnaturalizó completamente el acuerdo, y el otro tema fue la voluntad política, la desfinanciación prácticamente de las instituciones que tenían que encargarse de ese tema de descentralizar un gobierno que por años ha seguido estando centralizado, pero tenía que darle todas las alas y toda la fuerza presupuestal para que pudiera hacer los desarrollos, las consultas con la realidad de las regiones, y eso no se dio para esa implementación.<sup>18</sup>

El gobierno encaminó todos sus esfuerzos políticos y económicos a su diplomacia de “Paz con legalidad” y a atacar todo el tiempo el Acuerdo Final de Paz, el cual no fue su prioridad y mucho menos su interés. El objetivo era “hacer trizas el acuerdo”, y en estos años de su gobierno casi que lo han logrado, porque los asesinatos de los líderes son una constante, y en el caso de líderes indígenas, son un atentado al gobierno propio, a la autonomía, dado que “el liderazgo es la base del vínculo territorial y social. La comunidad sin un líder, es una comunidad sin cabeza” (Montero de la Rosa y Bolaños Díaz, 2021, p. 40).

---

<sup>18</sup> Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.



Nos hemos cansado de escuchar hablar de “Paz con Legalidad”, mientras que líderes sociales y firmantes de la paz son asesinados sistemáticamente, y se hace hasta lo imposible, desde las tramoyas legales, para evitar la implementación de puntos sensibles del Acuerdo, como la reforma rural integral. (Vargas Perdomo y Salazar Gallego, 2022, p. 4)

La política “Paz con Legalidad”, del presidente Iván Duque, no reconoce el Acuerdo Final de Paz: “la ‘Paz con Legalidad’ ha tomado continuamente decisiones de forma unilateral, negando con ello el potencial transformativo y consultativo del Capítulo Étnico” (Indepaz, 11 de abril de 2022). Esta situación se puede evidenciar en la implementación del enfoque étnico frente a la implementación general del Acuerdo Final de Paz, donde, si bien esta última es mínima, la del enfoque étnico es mucho menor, prácticamente nulo en los cinco años que lleva el acuerdo. Y esto es problemático porque, aunque sean “políticas de Estado, pero los presidentes de la república las convierten en políticas de gobierno, de allí su deficiencia para el cumplimiento”,<sup>19</sup> es allí donde crean paralelismo con su política de “Paz con Legalidad”.

En el trabajo *Cinco años después de la firma del Acuerdo Final* de Echavarría Álvarez et al. (2022, p. 63), se observan las gráficas de implementación del enfoque étnico frente al general del Acuerdo Final de noviembre de 2021. Allí, las cifras son claras, no hay un avance significativo en la implementación del Capítulo Étnico, situación que ha puesto en mayor riesgo a los pueblos indígenas sin recursos, sin adecuación institucional y sin implementación de manera real e integral del Acuerdo Final de Paz. Ante esta situación, las víctimas de los pueblos indígenas, en lugar de ser reparadas, siguen siendo revictimizadas, cada vez más y de forma desproporcional. El acuerdo creó un mecanismo denominado Plan Marco de Implementación (PMI),<sup>20</sup> que hasta el 2018 tenía vía libre para entrar en marcha por medio del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES 3932 de 2018).

Cabe destacar que el PMI incluye un conjunto de 97 indicadores étnicos cuyo nivel de cumplimiento es inferior al 10%, y si bien los pueblos étnicos representados por la [Instancia Especial de Alto Nivel Pueblos Étnicos] IEANPE de la [Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final] CSIM<sup>21</sup> acordaron con el gobierno nacional en septiembre de 2017 estimar el costo de implementación de estos compromisos y en general del Capítulo Étnico, hasta el momento no se cuenta con un presupuesto ni con un plan para su efectiva implementación. (Coordinación Étnica Nacional de Paz-CENPAZ, diciembre de 2021, p. 145)

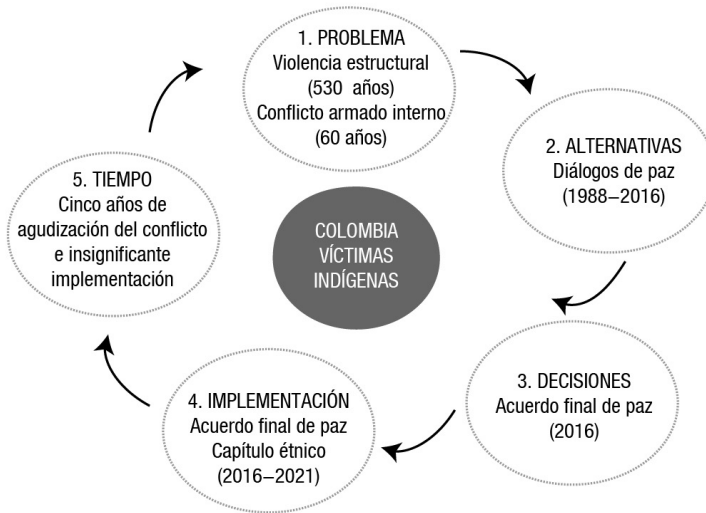
Entendiendo el concepto de la política pública como “un conjunto de acciones y omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros

19 Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal.

20 Es el plan que hace seguimiento y monitoreo de las políticas públicas para implementar en el Acuerdo Final de Paz, el cual recoge metas e indicadores.

21 “La CSIM es una instancia que se compone de 3 delegados del Gobierno nacional y 3 delegados de parte de las personas firmantes del Acuerdo de Paz” (Victoria Neuta, comunicación personal, 14 de mayo de 2022).

Gráfico 2.



Fuente: Autoría propia.

actores en la sociedad civil” (Oszlak y O'Donnell, 2007, p. 565) es importante destacar que el Acuerdo Final de Paz-Capítulo Étnico en Colombia es entendido como una de las políticas públicas de los últimos tiempos, con mayor atención del Estado en su conjunto. Ha sido un proceso que ha tenido altos y bajos, pero que desde que cesaron los fusiles de la extinta guerrilla de las FARC-EP, se fueron dando los resultados que indican que el camino para la paz es el diálogo político, mas no las armas.

El Acuerdo Final de Paz, y su Capítulo Étnico transversal al proceso, es un marco de política pública sombrilla que, en su proceso de implementación cinco años después, ha dejado una institucionalidad para la paz fortalecida, leyes y normas mandatadas, pero poca voluntad política para la implementación de los Acuerdos de Paz en su accionar práctico por parte del gobierno. Este acuerdo está soportado en seis puntos fundamentales: (1) Reforma rural integral (2) Participación política para la paz, (3). Fin del conflicto (4). Solución al problema de las drogas ilícitas (5). Acuerdo sobre víctimas del conflicto, (6). Implementación, verificación y refrendación, para la consolidación de una paz estable y duradera en el país. Acuerdos fundamentales que todos deben ser cumplidos de manera integral para que se lograr el tejido de la paz en el país. En este proceso de implementación del Acuerdo Final de Paz se quisieran ver muchos resultados de manera inmediata, y si bien hay avances en algunos puntos, en otros la situación es compleja o nula por la persistencia misma del conflicto armado interno en el país.

Este tipo de implementación se puede considerar que otro tipo de puesta en funcionamiento que se está dando en el Acuerdo de Paz es el de *Mezclas (Rhodes)*, por la multiplicidad de mixturas que se dan en una política de tal magnitud, donde hay combinación gubernamental, sectorial, de cumplimiento y de valores. El gráfico 2 resume el ciclo de antecedentes y desarrollo del Acuerdo Final de Paz.

# JUSTICIA PARA VIVIR

Ojalá que no sea tarde cuando ya no estemos, para que de verdad con nosotros y para nosotros sigamos celebrando la vida en el amanecer y oscurecer...

Oscar David Montero de la Rosa, "Genocidio indígena en Colombia: Tiempos de vida y muerte"

La concepción de justicia en los pueblos indígenas de Colombia se basa y fundamenta en sus propias leyes de origen y derecho natural; la justicia indígena está armonizada con el territorio y la cultura, y es ejercida como un principio de autonomía de los pueblos. La justicia no es punitiva, así lo deja claro un líder indígena emberá del Chocó: "la justicia, para nosotros los emberá, no era un cepo o un calabozo. Solamente a través del jaibana<sup>1</sup> se sacaban armonizando. Para nosotros no había justicia, para eso tienen la cárcel, para amarrarlo".<sup>2</sup> Es decir, la justicia en los pueblos indígenas de Colombia es restaurativa, es de equilibrar y mantener la armonía con todos los seres con que se habita, como lo expresa claramente el pueblo pasto en palabras del comisionado indígena de Autoridades Indígena de Colombia por la Pacha Mama (AICO), Jhon Jairo Tapie: "Justicia para nosotros pues es que podamos vivir en armonía, entonces, quien desarmoniza está rompiendo con un equilibrio dado".<sup>3</sup>

Así, el comisionado de Derechos Humanos de la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) y perteneciente al pueblo indígena korébajü, manifiesta: "La justicia es hacer inicialmente lo que nuestros abuelos y lo que nuestros padres espirituales nos digan y nos orienten. Para nosotros esto es como lo justo. La justicia es lo que una comunidad entera manifiesta, y de alguna manera lo justo viene desde nuestros ancestros".<sup>4</sup>

La justicia, desde la concepción de los pueblos indígenas, está interrelacionada fuertemente con el territorio y la cultura, se inscribe en el origen de los pueblos, es mediada e interpretada por las personas mayores, sabios, sabias, médicos

---

1 Nombre que recibe el médico tradicional y sabio de los indígenas emberá chamí, eyabida-katío y dóbida.

2 Anónimo (11 de mayo de 2022), comunicación personal.

3 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

4 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

tradicionales y autoridades espirituales. Ellos tienen el don y la capacidad de interpretar los códigos culturales de sus pueblos; un don que nace con la persona o se adquiere bajo un estricto cumplimiento de lo cultural. En cada pueblo indígena de Colombia entender la justicia, aplicarla y encontrarla es un ejercicio totalmente heterogéneo, y acorde con la desarmonización que se haga o cometa, va tener sus implicaciones, lo cual es un caos individual, pero con efectos colectivos y territoriales. Es pertinente señalar que en la concepción de la memoria colectiva de los pueblos indígenas no existe la noción de hacer el mal o algo que no sea justo, por tal motivo es fundamental cumplir con el mandato de origen que se tiene como persona, como familia, comunidad, territorio y pueblo. Por ejemplo, en el pueblo indígena murui muinia, llamado también “uitoto”, en el Caquetá, el secretario técnico de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia (CNDDHHPI), Carlos Garay, quien es miembro de este pueblo, narra cómo en su comunidad entienden la justicia:

Entonces, en el pueblo uitoto, más que hablar de justicia se habla de un restablecimiento del derecho propio de las víctimas, es decir, y le pongo aquí un ejemplo: para el pueblo uitoto, no hay una justicia ni una condena si yo me caso con la hija de, es decir, si yo cometí un delito, un homicidio a una familia. Si yo cometo un homicidio, lo que hacemos nosotros es que mi hija tiene que reponer esa vida, decimos nosotros, esa vida que yo cometí como padre, o que un hijo mío cometió, es decir, la víctima y los familiares del victimario hacen un, no se hace, sino que existe esa regla que se tiene que reponer esa vida, es decir, mi hijo se tiene que casar con la hija de la víctima para que de ahí le nazca un ser que es el que reemplaza esa vida que yo acabé, ¿sí? Entonces, más que llevarlo a justicia y a condena, es más de reparación.<sup>5</sup>

Justicia, verdad y reparación, van interconectados desde las dinámicas de exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas. De igual manera, así se lee en el testimonio anterior en la concepción del pueblo indígena murui muinia, uitoto, dado que, para el pueblo uitoto se entiende y se ve como una reparación. Además, todo esto se recoge en la concepción propia de los pueblos indígenas andinos amazónicos con el *Sumak Kawsay* o buen vivir, que, en muchas veces, como sucede en el pueblo inga y kamëntšá en el Putumayo, el catolicismo confunde o relaciona con el perdón actos de justicia. Cabe agregar, que, para la lideresa indígena del pueblo inga, Lisbeth Bastida la concepción de justicia para el pueblo inga recoge todos estos elementos, que sustentan al final la justicia para vivir, a saber:

Los ingas, nosotros, tenemos un día que es el *Atun Puncha*, el día grande, y en ese día nosotros compartimos; es cuando todo lo que se venía haciendo normal se vuelve caótico, entonces todo se vuelve una fiesta; es el día para festejar que estamos vivos, es el día para disculparnos por las diferencias e inconvenientes que hayamos tenido, es el día para volver a empezar un ciclo, es el día en el que comparto mis alimentos. Yo lo invito a usted, le comparto chicha, le comparto la palabra, le comparto el canto, le comparto la danza, porque ya dependiendo de la situación en que yo esté, así mismo es el verso, entonces yo canto obedeciendo a ese momento en el que estoy viviendo y nosotros

---

5 Carlos Garay (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

utilizamos flores, y las flores, cuando yo le echo flores a la otra persona en la cabeza le digo “Kalusturinda kausankamalla”, y es que mientras tengamos la vida prestada, que es nuestra concepción, que mientras tengamos la vida prestada vivamos bien, porque no sabemos si el próximo año vamos a conservar la vida o probablemente ya no estemos en este lugar. Es una forma de manifestar ese comienzo, ese ser permanente, ese volver a empezar que, desde la vida religiosa, católica, cristiana, se llama perdón, que es perdonarse, pero para nosotros es el vivir bien, es un llamado a que vivamos bien hasta que tengamos la vida prestada. Ese es como el ejercicio de esos elementos que hemos hablado, que me parece importante antes de cerrar, consideremos que ese *Sumak Kawsay* y ese *Allin Kawsay* como principio de vida también, que es lo que nos hace ser lo que verdaderamente somos.<sup>6</sup>

La justicia indígena se basa sobre principios culturales dejados a los pueblos desde el origen, y los procesos de justicia distintos a ella deben reconocer y respetar estos principios, por esto, la justicia concebida desde el Acuerdo Final de Paz debe propender a la vida, al restablecimiento de los derechos, armonía y equilibrio de las víctimas de los pueblos indígenas. Reconocer este derecho que tienen los pueblos es avanzar hacia la consolidación de la paz, además de garantizar el derecho que tienen las víctimas indígenas a ejercer y reclamar justicia desde sus dinámicas propias. El Acuerdo Final de Paz logró una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) a partir de una concepción de aplicabilidad ejemplarizante y restaurativa, en clave de garantías de no repetición. Armando Wouriyu, sabio de la humanidad, reconocido así por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), líder indígena wayuu, de la Guajira, expresidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y actual secretario técnico de la Instancia Especial de Alto Nivel de los Pueblos Étnicos (IEANPE) resume cómo fue concebido la justicia en el Acuerdo Final de Paz:

El Acuerdo de La Habana está planteado desde la justicia prospectiva para los pueblos indígenas. Esta expresión en castellano es: estamos viviendo en el territorio o en el espacio vital de nuestros nietos, si bien es cierto, la justicia prospectiva tiene que ver con las garantías que le damos a las nuevas generaciones desde nuestras leyes de origen, las leyes de la naturaleza, de tal manera que garanticen una vida digna a los millones de colombianos que aún no han nacido.<sup>7</sup>

Es de señalar que la IEANPE fue creada “como mecanismo de consulta, representación e interlocución (Decreto 1995 de 2016, art. 7), pero las garantías para su funcionamiento solo fueron asignadas en mayo de 2018 (IEANPE; 2022, p.145)” y con

el fin de garantizar la implementación efectiva e integral de los compromisos adquiridos con las comunidades étnicas de Colombia, responsabilidad que se ejerce ante el órgano de más alto nivel creado por el Acuerdo de Paz: la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación del Acuerdo Final (CSIV), conformada por las dos partes firmantes del Acuerdo, Estado y excombatientes FARC-EP. (Indepaz, 11 de abril de 2022)

6 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

7 Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal.

La justicia indígena y la que se concibió en el Acuerdo Final de Paz se piensan desde el futuro de los que aún no están, siempre desde una perspectiva de progresividad de los derechos y de garantizar una vida digna a las futuras generaciones. Esta concepción de justicia es importante porque ayuda a sanar las desarmonías y heridas que dejaron, pero aún siguen reproduciendo, la violencia estructural y el conflicto armado interno en el país. Además, rompieron con las diferentes formas de aplicar justicia de los pueblos que, en muchos casos, por ejercerla en defensa de la vida y el territorio, han sido convertidos en víctimas por los actores armados. Así lo manifiesta Juan Edgardo Pai, líder indígena del pueblo awá, en el pie de monte costero de Nariño, en la vía entre Barbacoas y Tumaco.<sup>8</sup>

Adicionalmente, nos preocupa que después de más de cinco años de la firma del Acuerdo de Paz, la política pública para el desmantelamiento de los grupos armados ilegales diseñada en el Acuerdo nunca ha sido presentada ni implementada por el Estado colombiano, cuando son estos grupos armados los que vulneran diariamente nuestras comunidades, reclutan a nuestras niñas y niños y buscan activamente asesinar a nuestros miembros.<sup>9</sup>

El problema anteriormente mencionado ha llevado a que la violencia en los territorios indígenas, y de manera general en Colombia, se naturalice tanto que revictimiza, rompe el tejido social y acaba con la confianza entre personas, comunidades y pueblos, de acuerdo con Aldemar Bolaños, líder indígena del pueblo kokonuko, del departamento del Cauca, quien actualmente lleva la representación de las víctimas indígenas en el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) ante la JEP. En el proceso investigativo que adelantan y en la escucha de las audiencias, esto ha encontrado:

Hay unas cosas que van saliendo ahí que, y eso es justicia social inclusive entre nosotros mismos, porque hemos encontrado inclusive comunidades que señalaban a las familias de las personas que de alguna manera fueron asesinadas o fueron reclutadas de manera forzada y eso ha servido inclusive para que esos ejercicios internos se den. Hemos encontrado gente que se ha disculpado con la gente cuando ya se entera que esta gente hablaba de por qué asesinaron a X o Y persona, porque inclusive entre la misma gente se estigmatizaba porque dicen: “Ah, no es que lo mataron porque andaba metido en algo malo”, entonces eso también genera pues esos espacios de reflexión, y es importante pues que de alguna manera la organización lo haga. Y lo otro, pues porque el Estado colombiano no se dio a la labor de atender a la gente que realmente sufrió las afectaciones, sino a la gente que llegaba a la institución a hacer las reclamaciones, entonces mucha gente, digamos, que ha sufrido las afectaciones más graves, como por ejemplo los temas de desapariciones, algunos homicidios, nunca acudieron de manera formal o no impulsaron sus procesos de reparación y demás, entonces está sirviendo también para poder desentrañar eso.<sup>10</sup>

---

8 Juan Edgardo Pai (18 de junio de 2022), comunicación personal.

9 Juan Edgardo Pai (18 de junio de 2022), comunicación personal.

10 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Como se ha relatado, la justicia, desde la visión de los pueblos indígenas, es diversa, es espiritual, cultural y territorial, y por esto, “uno de los retos centrales del diálogo interjurisdiccional debe partir de la importancia de territorializar la paz y la justicia” (Mutiz et al., 2020, p.165). Es así que el Acuerdo Final de Paz y su Capítulo Étnico:

Debe[n] territorializar la paz y la justicia, lo cual se logra en los territorios indígenas, en sus espacios, en sus diálogos, en sus pedagogías, en sus metodologías, no quizás como se piensa en una sala de audiencia, sino en la kankurua,<sup>11</sup> en la maloca, en el río, ahí es donde también se aplica justicia, donde se dialoga con las comunidades y en donde se da el consejo para restaurar, para revitalizar, para que no se repita. (Mutiz et al., 2020, p. 165)

Esto es justicia para vivir, para sanar y para mantener el equilibrio y la armonía de los pueblos indígenas en Colombia con su ser, su comunidad y territorio.

## 1. Jurisdicción Especial para la Paz

Queremos que nuestra palabra sea valorada dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz, para que esa palabra sea el principal mecanismo para reparar y sobre todo entender esta diferencia, esta diversidad, para entender también todo ese impacto.

J.J. Tapie

La JEP es una instancia de administración de justicia que se creó mediante la Ley 1922 de 2018 (Ley de Procedimiento de la JEP), “por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, mecanismo que se creó en el marco del Acuerdo Final de Paz para poder aplicar justicia sin impunidad a los victimarios que causaron tanto dolor a todas las víctimas en el país, una justicia ejemplar, pero reparadora para la paz. En este escenario, la participación e incidencia de los pueblos indígenas ha sido muy importante, dado que antes de la JEP, ya existía constitucionalmente la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), reconocida así en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

si bien la Jurisdicción Especial Indígena aporta al [Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición] SIVJRNR, esta contribución no podía tener efectos regresivos respecto a lo logrado ya por los pueblos indígenas en Colombia en materia de derechos, es decir, que la jurisdicción indígena y la JEP deben trabajar de manera conjunta, articulada y en armonía. (Mutiz et al., 2020, p.158)

Esta institucionalidad de la JEP, es la que surte el proceso de la consulta del derecho fundamental a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado que tienen los pueblos étnicos en el país, gracias al Convenio 169 de la

<sup>11</sup> Espacio sagrado y ceremonial de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Gonawindúa, donde se da consejo y se imparte justicia desde el diálogo.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado en el país por medio de la Ley 21 de 1991. La JEP, en el marco del reconocimiento práctico del pluralismo jurídico del país, en su entidad tiene actualmente cuatro magistrados indígenas: Ana Manuela Ochoa Arias, del pueblo indígena kankuamo; Belkis Izquierdo, del pueblo indígena arhuaco de la Sierra Nevada de Gonaivindú; Miller Hormiga, del pueblo indígena yanakuna y toloroéz del Cauca; y Juan José Cantillo Pushaina, del pueblo indígena wayuu de La Guajira. Los cuatro fueron seleccionados por sus méritos profesionales y organizativos, pero, igualmente, por el reconocimiento de la diversidad étnica del país, lo que ha sido clave, porque la entidad ha logrado estar más cercana a los pueblos y más adecuada culturalmente a las realidades diferenciales de cada uno de ellos. Esta situación ha llevado al avance del reconocimiento de macro casos regionales y nacionales, que “se han ido adelantando también con esas deficiencias económicas, esos ajustes, y esa persecución política del poder ejecutivo, y también el entorpecimiento del poder legislativo para que eso se lleve a cabo”.<sup>12</sup>

El artículo 2 de la Ley 1957 de 2019, del Departamento Administrativo de la Función Pública, establece que:

El componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición –en adelante, el SIVJRNR– se denomina Jurisdicción Especial para la Paz. Los objetivos del componente de justicia del SIVJRNR son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, en especial respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los derechos humanos.

Y el artículo 9:

La JEP constituye el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) creado por el Acto Legislativo 01 de 2017. Sus objetivos son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas. La administración de justicia por parte de la JEP es un servicio público esencial.

Constituida la JEP, concertó con los pueblos y organizaciones indígenas de Colombia en el marco de la Mesa Permanente de Concertación (MPC) unos acuerdos para el cumplimiento y restablecimiento de los derechos de las víctimas indígenas del país a causa del conflicto armado interno. Estos acuerdos están recogidos en el “acta de protocolización técnica de consulta previa de los días 17 y 18 de enero de 2019, y en el acta del 19 de enero de 2019” (JEP, 2022, p.4), cuyo cumplimiento se orientaron bajo los principios definidos en el

<sup>12</sup> Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal.



Protocolo para la Coordinación, Articulación Interjurisdiccional y Diálogo Intercultural entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Jurisdicción Especial Indígena, protocolizado en la MPC, entre el 13 y el 16 de mayo de 2019 y posteriormente adoptado por la Comisión Étnica el 5 de junio de 2019. (JEP, 2022, p.4)

Ante el reto de consolidar y reconocer un pluralismo jurídico en Colombia, la JEP adoptó “14 adiciones realizadas al Reglamento Interno de la JEP (Acuerdo ASP 001 del 2 de marzo de 2020), conforme a lo concertado en la consulta previa con los pueblos indígenas” (JEP, 2022, p. 10). Estas acciones han sido necesarias porque permiten que la JEP tenga una adecuación institucional que responda en clave a diferentes enfoques, entre ellos el territorial y étnico, lo cual es muy importante dado que aplicar justicia para los pueblos indígenas debe ser impartida de manera individual, individual con efecto colectivo y colectivo como igualmente lo relaciona el Decreto Ley 4633 de 2011, clave en el sentir de las víctimas, así lo hizo saber Lisbeth:

Sobre todo las víctimas, cuando se habla de pueblos indígenas, si bien hay una transgresión individual, una desarmonización individual, es como que automáticamente eso tiene una repercusión colectiva, entonces la víctima, para los pueblos indígenas, se concibe en su ser individual, pero no se desconecta de ese ser colectivo porque eso es como si fuera inseparable, como si fuera de la mano, y yo creo que a veces, en las visiones desde las entidades y desde afuera se pierde un poco ese sentido en el ánimo de individualizar todo, se pierde mucho el tema colectivo.<sup>13</sup>

Si bien estas víctimas individuales o colectivas merecen y esperan justicia para estar en paz, hay una deuda histórica con los pueblos indígenas en Colombia, porque se cree y se piensa que las únicas violencias padecidas por estas colectividades han sido solo durante los sesenta años de conflicto armado, y no ha sido así. En la memoria colectiva de los pueblos indígenas sigue vigente el dolor y el horror de la violencia desproporcionada en contra de sus vidas y territorios desde hace muchos siglos, y como plantean Das y Ortega en su texto *Sujetos del dolor, agentes de dignidad*, las víctimas indígenas han sido resistentes ante tanta barbarie y crueldad, que “desde 1492, se empezó la larga noche de violencias que generó el genocidio más atroz de la humanidad. Desde aquel año se nos trató como salvajes, bárbaros y sin piedad; se fueron exterminando todas las expresiones de vida existentes en lo que luego llamaron ‘América’” (Montero de la Rosa, 14 de agosto de 2019).

Es así que la JEP, como instancia de búsqueda de justicia en el país, debe continuar la búsqueda de la verdad judicial que ayude a sanar las marcas que aún brotan en los rastros y rostros de los pueblos indígenas, y para esto, en el marco de la consulta previa suscribió:

10 acuerdos directos con pueblos indígenas y 2 acuerdos que se aplican por el principio de máximo estándar de protección. De estos 12 acuerdos, la JEP ha dado cumplimiento total a 6 acuerdos y los 6 restantes tendrán un cumplimiento periódico, de acuerdo con las condiciones establecidas en cada uno de ellos. (JEP, 2022, p. 37)

---

13 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

A continuación, este tejido de la justicia para vivir desarrollará el quehacer de algunos sectores de la JEP que darán cuenta de los avances, retos, dificultades y apuestas que tiene la institución para cumplirle a las víctimas indígenas en Colombia.

## 2. Comisión Étnica para la paz

Es de resaltar que la Jurisdicción Especial para la Paz ha sido el único tribunal en Colombia donde se ha dado participación a magistrados de los pueblos étnicos primera vez en la historia del país. Una alta corte vincula a 8 magistrados étnicos, 4 indígenas y 4 afrodescendientes, todos con sus méritos para representar a sus pueblos y comunidades. Con esta representación se creó la Comisión Étnica en la JEP mediante los artículos 103 y 104 del Acuerdo 01 de 2018, Reglamento Interno de la JEP, con el objeto de

promover la efectiva implementación del enfoque étnico-racial en el componente de justicia del SIVJRNR, y en el marco de este objetivo, puede adoptar instrumentos para la incorporación efectiva del enfoque étnico como componente transversal a la implementación, funcionamiento y actuaciones de la JEP. (JEP, 2019, p. 10)

Con esta instancia, la JEP abre un camino de reconocimiento de derechos a los pueblos étnicos del país y a la vez fortalece sus instituciones en perspectiva intercultural de diálogo de gobierno a gobierno entre jurisdicciones, lo cual es posible, entre otras cosas, por la presencia de magistrados étnicos, el cual

ha sido un gran avance porque ha permitido que desde la visión de ellos se puedan comenzar a establecer lineamientos, directrices o se organizaran frente a cómo podía darse la implementación real dentro de la jurisdicción que garantizara que las voces de los pueblos étnicos fueran escuchadas y recogidas dentro de las decisiones que tomar dentro de la magistratura y de cada una de las dependencias de la jurisdicción.<sup>14</sup>

Espacio que ha sido trascendental, dado que es transversal a toda la JEP y toda la entidad debe consultar, comprender y materializar el enfoque étnico en la justicia que se busca para la paz, este entendido de la siguiente manera:

El enfoque étnico racial [...] permite hacer visibles las características identitarias y las expresiones culturales de los sujetos colectivos de derechos, leer sus realidades e identificar las formas de discriminación que contra ellos se han vertido; reconocer formas de exclusión, de impactos y de resistencia, de sanación y de relacionamiento de diversas poblaciones. Se basa, sobre todo, en la visibilización y comprensión de las formas de existir y convivir al interior de y entre grupos sociales que no han tenido posiciones hegemónicas a nivel social, cultural, económico y político. (JEP, 2020, pp. 7-8)

En última instancia, la Comisión Étnica para la paz es la que se encarga de materializar la implementación del enfoque étnico racial de la JEP.

---

<sup>14</sup> Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

### 3. Informes: Casos y macro casos indígenas

No solo hay genocidio contra el ser humano, sino contra la cultura, la unidad, el territorio y la autonomía. Es decir, contra los principios de los pueblos indígenas.

Óscar David Montero de la Rosa, “Genocidio indígena en Colombia: Tiempos de vida y muerte”

El primer informe de los pueblos indígenas entregado a la JEP fue en 2018, de parte de la ONIC, en el marco del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, el 9 de agosto. Allí el consejero mayor de la ONIC, Luis Fernando Arias, del pueblo indígena kankuamo, al momento de entregar el informe manifestó: “Aquí le entregamos a ustedes la vida, el territorio y la cultura de los pueblos indígenas. Ahora es responsabilidad de ustedes proteger nuestros pueblos”. Además, puntualizó: “Aquí no quisimos traer a nuestros muertos, sino nuestros sueños” (Contagio Radio, 9 de agosto de 2018). Desde esa primera entrega hasta el “15 de marzo de 2022, en el sistema de información YACHAY del Grupo de Análisis de la Información (GRAI) se cuenta con el registro de 25 informes remitidos por parte de organizaciones de pueblos indígenas” (JEP, 2022, p. 29) a la JEP, y al 6 de mayo de 2002 se contaba con “37 informes de pueblos indígenas”.<sup>15</sup>

La entrega de todos estos informes ha obedecido a la estrategia que ha mantenido la JEP de comunicar la importancia de recibir informes para poder abrir casos indígenas en la jurisdicción, por eso “la Secretaría Ejecutiva, por intermedio de la Subdirección de Comunicaciones, ha velado por la elaboración de material comunicativo que explique en forma didáctica todo aquello referido a la presentación de informes” (JEP, 2022, p.22). Además, en cumplimiento a los acuerdos con la MPC, a saber:

La Jurisdicción Especial para la Paz suscribió en esta vigencia un contrato con FENIX MEDIA GROUP SAS21, para que, entre otras acciones a desarrollar, se tradujeran a cinco (5) lenguas indígenas y grabaran 5 cuñas radiales en las cuales se daba a conocer lo relacionado con la presentación de informes, y que fueron pautadas en las siguientes emisoras regionales: Caucana 1040 / Red Sonora, Santander Stereo, Ecos del Atrato, Ecos de Pasto, Tumaco Stereo, Apartadó Stereo, Radio Litoral y en las siguientes emisoras indígenas: Radio Libertad, Nuestra Voz Stereo, Radio Nasa, Radio Kokonuco, Utay Stereo, Camaguari Stereo. (JEP, 2022, p. 21)

La entrega de estos informes por parte de los pueblos y organizaciones indígenas, además de organizaciones defensoras de derechos humanos<sup>16</sup> y de la cooperación internacional,<sup>17</sup> ha sido propicia para que la JEP actualmente cuente “con

15 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

16 El Movimiento de Víctimas de Estado (MOVICE) ha fomentado, por ejemplo, al Consejo Regional Indígena de Caldas a entregar informes.

17 La Misión para el Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos (MAPP-OEA, 2022) ha apoyado la construcción y entrega de informes a la JEP. Es el caso del pueblo korébajü con el Consejo Regional Indígena del Orteguaza Medio Caquetá (CRIOCM). Si bien es un aporte, el coordinador de Derechos Humanos de la OPIAC y autoridad del pueblo indígena Óscar Daza, manifestó: “por ejemplo, uno ve en el informe qué se hizo con el apoyo de unos de los cooperantes a la JEP, no se dieron todas las garantías para que se diera una participación plena de todo el pueblo korébajü, si bien se dieron unos espacios, no se dio con todos

7 macrocasos abiertos, donde los pueblos indígenas de manera colectiva, pero las víctimas también desde los pueblos indígenas o de los pueblos étnicos, se pueden acreditar de manera individual o colectiva”.<sup>18</sup> Este ejercicio de entrega de informes ha logrado que las autoridades indígenas reconozcan que se ha avanzado. Arbey Gañan, líder indígena embera chamí, de Caldas, del Consejo Regional Indígena de Caldas (CRIDEC) y delegado indígena de la Macro Occidente de la ONIC ante la MPC, manifestó:

Con la JEP se ha avanzado en lo que ha sido la entrega de informes de lo que ha sido el conflicto social y armado en el país. Creo que ha sido uno de los procesos donde más se ha avanzado, en que varias organizaciones indígenas, varios cabildos pudieron levantar la información, pues ya se venía trabajando en varios momentos, y poder entregar esta información mediante audiencias para que pudiera avanzar este proceso de verdad, justicia, reparación y no repetición.<sup>19</sup>

De acuerdo con Rocío Martínez, abogada kankuama y coordinadora de la línea de investigación sobre crímenes cometidos contra pueblos y territorios étnicos del GRAI, la apertura de casos y macro casos en la JEP en relación con pueblos indígenas se dio por lo siguiente:

Nuestra investigación partía con la informe madre de la Organización Nacional Indígena de Colombia y con lo que nos podía arrojar, no solamente con el sistema de información de afectaciones individuales y colectivas que se presentó en un informe para caso 4, sino con el informe de *Tiempos de vida y muerte*, que también presentó la ONIC, de allí sacamos elementos sumamente importantes que nos dieron los indicios para comenzar la investigación en Amazonía y Orinoquía.<sup>20</sup>

Con este primer informe de memoria histórica de los pueblos indígenas denominado *Tiempos de vida y muerte: Memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia* se pudo determinar que “en total, la ONIC denuncia que hay 70 pueblos indígenas que están desapareciendo por el contexto genocida que ocasiona la presencia de actores armados en sus territorios y la ampliación extractivista” (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p.454), es decir, más del 70% de los pueblos indígenas en el país están a puertas de desaparecer, sin que el Estado y la humanidad detenga esta pérdida inmaterial para el mundo. Este informe permitió que la JEP, además, identificara patrones, actores y conductas de violencia contra los pueblos, donde igualmente reconoció “el territorio como víctima,

---

porque no hubo un representante por cada comunidad perteneciente al pueblo korébajü. Acá se puede ver la deficiencia o la falta de atención plena e íntegra con las víctimas que no han logrado tener una atención” (Óscar Daza, comunicación personal, 12 de mayo de 2022). La misión, además, ha venido apoyando los siguientes territorios que han entregado informe a la JEP: Asociación de Desplazados Afrodescendientes de Baudó (ASODESABA) (incluyó un caso de mujeres emberá víctimas de violencia sexual); resguardos San José de Lipa y la Voráquina en Arauquita, Arauca, Resguardo As Pejenas de Puerto Rondón, Nación Bari, Unidad Indígena del Pueblo Awá (UNIPA), Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), Cabildo Mayor Awá de Ricaurte, Nariño (CAMAWARI), resguardo indígena Magui, del pueblo awá, y resguardo indígena de Cutí.

18 Gisel González (21 de mayo de 2022), comunicación personal.

19 Arbey Gañan (19 de mayo de 2022), comunicación personal.

20 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

por considerarse una fuente de vida, sujeto de derechos que se debe respetar y reparar” (Mutiz et al., 2020, p. 159). Y “el territorio se hace víctima no solo porque se modifiquen sus formas con bombardeos o extractivismo, sino porque con ello se interrumpen y alteran las responsabilidades espirituales de sus cuidadores” (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p. 125).

El territorio como víctima sin duda alguna fue reconocido por la sala de reconocimiento y más propiamente en el marco del caso 2, que abre las puertas también para que podamos entender nosotros el territorio como sujeto de derechos, como sujeto que sufre, como sujeto que tiene que ser reparado por parte de quienes han cometido atrocidades en el territorio.<sup>21</sup>

Con todos estos avances, en el 2018 la JEP acreditó, a partir de una convocatoria nacional, al CRIC y a “la Organización Nacional Indígena de Colombia y ahorita solamente están estas dos organizaciones por parte de los pueblos indígenas que pueden ejercer esa representación judicial”.<sup>22</sup> Con esta responsabilidad, la JEP ha venido suscribiendo convenios cada año desde la acreditación hasta la fecha con estas dos organizaciones indígenas y a la fecha de vigencia de 2022.

Con el propósito de garantizar la continuidad en la representación judicial de las víctimas indígenas, la Secretaría Ejecutiva de la JEP suscribió al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el acuerdo 422 de 2022. Por medio de este acuerdo se vinculó con la CRIC para garantizar la representación de 42 sujetos colectivos: cabildos, asociaciones y resguardos indígenas acreditados como víctimas en el caso 005, y con la ONIC, la cual, durante el 2021, representó a 115 sujetos colectivos. Además, para la vigencia 2021 y 2022, en el Registro de abogados de la JEP se encuentra una (1) abogada con pertenencia étnica indígena contratada por la Jurisdicción y 11 abogados vinculados con el PNUD a través de organizaciones sociales, los cuales asumen la asesoría y representación de las víctimas acreditadas (JEP, 2022, p. 34).

Estos convenios directos con las organizaciones de los pueblos indígenas es un avance muy importante, dado que da cuenta del reconocimiento de la JEP de los procesos políticos y organizativos de los pueblos, además de fortalecerlos política y administrativamente. Es importante la continuidad del proceso tanto por la representación como por los abogados que están a cargo de esta responsabilidad, resalta de igual manera Aldemar Bolaños, del CRIC. Por ejemplo, en el caso de la representación ejercida por el CRIC,

Hay un equipo aquí de diez personas; todos hemos sido designados directamente desde las autoridades, el equipo tuvo una formación interna y creo que ha servido mucho, y hasta el momento creo que es el único equipo a nivel nacional indígena que está representando a las autoridades y pueblos indígenas, y eso ha sido muy importante. Por ejemplo, en el equipo hay gente que habla nasa yuwe, que habla su idioma propio, y eso nos ha servido mucho para hacer las recolecciones de testimonios, recolecciones probatorias y demás actuaciones que hemos desarrollado.<sup>23</sup>

21 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

22 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

23 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Si bien es un proceso interesante y se reconoce como avance, a la vez se manifiesta que es poco personal para la demanda de trabajo, que implica representar cada día a más víctimas que quieren que el CRIC las represente. La apertura de los 7 casos ha llevado a una alta demanda de representatividad por parte de las víctimas de los pueblos indígenas en estas instancias judiciales. Estos casos los podemos ver descritos a continuación en la siguiente tabla.

La apertura de los casos en la JEP ha sido un ejercicio en donde las víctimas de los pueblos indígenas han podido encontrar un espacio de denuncia, de búsqueda de verdad y justicia, por ejemplo:

Hemos encontrado gente que ni siquiera ha denunciado su hecho, hay hechos que inclusive han salido por menciones de las FARC y nosotros hemos encontrado las familias, inclusive algunas familias habían tolerado la ocurrencia de los hechos porque no conocían el contexto de la ocurrencia de los mismos, o sea, habían pensado no cómo él se fue, él se buscó la muerte, pero cuando se empiezan a dar las versiones y empezamos a aportar informaciones, los contextos eran diferentes, las intenciones por las cuales se llevaron a los muchachos eran otras, que eso tenía que pasar porque las cosas son así, no es así.<sup>24</sup>

Hoy la JEP tiene unos retos como institución, ya que para los 7 casos que están abiertos en este momento no están dando abasto para la magnitud de información y de víctimas que tiene el país. Asimismo, ven en la JEP un escenario de garantías de justicia, así lo explica Aldemar Bolaños, del CRIC:

Eso es un tema nacional, y el hecho de que te lleguen miles de solicitudes de acreditación pues limita ese tema de la participación. Creo que puede ser también una de las razones por las cuales se esté presentando, que hay una limitación institucional frente a que creo que no se visionó desde la Jurisdicción cuando se priorizaron los casos y qué efectos tendría a nivel interno recibir tantos informes, tantas solicitudes de acreditación y al mismo modo avanzar con las investigaciones, es una locura.<sup>25</sup>

Aun así, la apertura de los casos ha sido atendida y acreditada en la JEP. De ellos, 6 tienen acreditación de víctimas de los pueblos indígenas, ya sea de manera individual o colectiva:

Por ejemplo, hay casos que han recogido esas vivencias de victimización que han tenido los pueblos indígenas, y hago un ejemplo: las situaciones territoriales que hoy están abiertas como el caso 2, el caso 4, el caso 5, básicamente tiene un 80% de población étnica dentro de estas investigaciones, las cuales van avanzando con garantías de incluso representación judicial con enfoque diferencial para víctimas indígenas, con rutas y protocolos de articulación construidos de manera conjunta con las autoridades indígenas y con la garantía de traducciones en estas etapas procesales, traducción e interpretación, claro está.<sup>26</sup>

Finalmente, en materia de casos, la apuesta ambiciosa de la JEP es abrir un macro caso nacional étnico que recogería los territorios étnicos que no están incluidos

---

24 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

25 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

26 Rocio Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Tabla 1. Casos y reporte de víctimas indígenas.

CASO	Referencia del caso	Víctimas
1	Toma de rehenes y otras privaciones graves de la libertad cometidas por las FARC-EP.	El reporte realizado para el caso no discrimina la información relacionada con víctimas con pertenencia indígena.
2	Prioriza la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño).	La información reportada con corte al 31 de diciembre de 2021 da cuenta de un registro de 105.196 víctimas acreditadas, de las cuales 32.837 pertenecen a 52 cabildos acreditados colectivamente que forman parte de 3 organizaciones indígenas de los pueblos eparara sipidara y awá. 87 corresponden a víctimas individuales y las restantes a víctimas colectivas, entre las cuales se encuentran acreditados 54 resguardos y 30 consejos comunitarios, así como una organización campesina. Se acreditó también el territorio de pueblos indígenas y del pueblo negro afrocolombiano como víctima, con un entorno natural de 705.543 hectáreas.
3	Asesinatos y desapariciones forzadas, ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado, mal llamados falsos positivos en Colombia, puntualmente arrancó diciendo que la priorización que se hizo fue temática, en el sentido de que se toman todos los hechos con las mismas características, con los mismos patrones a nivel nacional. Y directamente, la Sala de Reconocimiento que aperturó el caso, y está de alguna manera en la etapa dialógica de este, hizo una priorización por subcasos y por referencia a este tema. Pues hay una preocupación desde las autoridades indígenas porque en esa priorización por subcasos no se está teniendo en cuenta el enfoque étnico de manera general, porque hay algunos hechos que ocurrieron en territorios indígenas, con personas que no eran indígenas, que de alguna forma no se han, digamos, surtido los trámites de solicitud de acreditación.	Al 31 de diciembre de 2021 se han acreditado individualmente dentro del caso 1083 víctimas, de las cuales, 11 pertenecen a pueblos indígenas; 8 al kankuamo y 3 al wiwa.
4	La Sala de Reconocimiento de la JEP prioriza la situación territorial a partir de hechos del conflicto armado ocurridos en la región de Urabá, Bajo Atrato y Darién, en los departamentos de Antioquia y Chocó, y presuntamente cometidos por miembros de las FARC-EP, fuerza pública, agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública y terceros civiles.	Al 31 de diciembre de 2021 se han acreditado colectivamente 71 comunidades/cabildos locales de 4 pueblos indígenas: embera (dóbida, eyabida, katio), wounaan, zenú y guna dule, que agrupan a 12.168 personas, aproximadamente.

<p>5</p> <p>Prioriza la situación territorial en la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca. "El caso 5 revisa la situación territorial del norte del Cauca y sur del Valle, sobre hechos ocurridos entre el 1° de enero del 93 hasta el 1° de enero del 2016, con gente que hizo parte en su momento de las FARC y de las fuerzas militares; la fuerza pública y los terceros que tuvieron parte en el conflicto, que de alguna manera se beneficiaron con las acciones del conflicto armado. [...] Bueno, en el 5 es con mayor número poblacional es el pueblo nasa, y hay una proporción muy pequeña del pueblo misak; y en el 3 estamos específicamente con el pueblo kokonuko, el pueblo nasa, está también el pueblo ambaló y el pueblo hisgó esencialmente. [...] El caso 5 se puede considerar como un caso étnico, en el sentido de que los municipios priorizados tienen mucha presencia de pueblos indígenas, pero también de consejos comunitarios de los compañeros afro, y creo que más o menos un 75% de las 180 mil que te relaté están decretados como comunidades étnicas. [...] Del caso 5 hasta ahorita hemos participado en 71 audiencias, que han sido individuales y otras colectivas; hay unas que duran un día, tres días o una semana completa, y pues estamos en la etapa dialógica, la etapa donde el despacho llama a los compañeros y de manera voluntaria responden a unos bloques temáticos que les hace la Jurisdicción de Paz".</p>	<p>Dentro del caso 5 se han acreditado colectivamente, con corte al 31 de diciembre de 2021, 33 resguardos y 12 cabildos de 45 pueblos indígenas, y 6 organizaciones indígenas acreditadas, que agrupan a 1 49 382 personas aproximadamente. Hay 45 territorios indígenas entre los compañeros que están en la parte de Florida, Pradera, Jamundí y Candelaria y en el norte del Cauca, que más o menos son 16 municipios que recoge ahí. En el caso 5 hay acreditadas alrededor de 180 mil víctimas y la mayoría están acreditadas de manera colectiva, entonces, desde la parte indígena, hay una estrategia de acreditación que se dio por estructuras zonales o asociaciones de cabildos. En el caso 5 están acreditados la Oxiab Wala Kiwe, que agrupa 22 territorios, la Ukwawex Nasa Oxiab, que es en Caldono y agrupa 6 territorios, la Uh Wala Vaic, que agrupo otros 6 territorios de Morales, y 1 territorio también acreditado por su asociación, que es Nasa Uus, un reasentamiento del río Paéz que está en Morales. Por parte de las autoridades del Valle del Cauca se acreditó la Organización Regional Indígena del Valle del Cauca, por las autoridades que están más que todo en Florida, Jamundí y Pradera, en Candelaria creo que me referenciaran una, pero no lo tengo ahorita presente.</p>
<p>6</p> <p>Victimización de miembros de la Unión Patriótica.</p>	<p>Se han acreditado individualmente, con corte al 31 de diciembre de 2021, 146 víctimas, de las cuales 4 tienen pertenencia étnica a pueblos indígenas.</p>
<p>7</p> <p>Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado. "En el caso 7, la mayoría son del pueblo nasa. [...] El caso 7 es el que revisa la situación de reclutamiento ilícito de menores. Específicamente ahí, el CRC hasta el momento no ha presentado informes sobre ese tipo de hechos, porque la mayoría de situaciones no eran denunciadas. Nosotros hemos trabajado con información que ha aparecido en otro de los casos donde estamos haciendo el ejercicio de representación judicial, sin embargo, ahí tenemos una dificultad. Nosotros hemos intervenido algo, con unas actuaciones que se desarrollaban por parte del despacho relator, pero también partiendo de la experiencia del caso 3. El caso 7 también es un caso nacional, que tiene 11 número de situaciones por revisar, miles de solicitudes de acreditación, y pues creemos que también se va a presentar una dificultad en ese sentido. ¿Entonces qué decisión se tomó? Poder abordar estos hechos en la priorización territorial del caso 5, específicamente, como para poder avanzar.</p>	<p>Han sido acreditadas individualmente 234 víctimas, de las cuales 15 tienen pertenencia étnica a pueblos indígenas.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir de las entrevistas realizadas a líderes indígenas durante mayo y junio de 2022, y a partir del Informe del Balance General entregado por la JEP a la MPC de 2022.



en los casos anteriores. Con este se lograría tener una cobertura nacional que dé cuenta del impacto desproporcional que el conflicto armado interno ocasionó en los pueblos étnicos del país. Los territorios definidos en este macrocaso son:

Sierra Nevada de Santa Marta, zonas adyacentes como alta, media Guajira, estoy hablando de la Serranía del Perijá, estoy hablando de sábanas de San Ángel, estoy hablando de Buenaventura y Pacífico medio, como Timbiquí, Guapi, López de Micay, estoy hablando de la Amazonia y la Orinoquia. Entiendo que la Amazonia y la Orinoquia son grandísimas, pero hay territorios, departamentos, municipios, en donde vemos que hay un sinnúmero de pueblos indígenas asentados allí, que tal vez por las condiciones geográficas, por la falta de acceso a la justicia, por la falta de presencia estatal, por la existencia de actores todavía en el territorio, no se ha podido visibilizar realmente qué pasó con ellos.<sup>27</sup>

Con este macro caso nacional, que tendría como número el 9, los pueblos indígenas de Colombia quieren verse reflejados, principalmente los del Amazonas, que denuncian que las instancias del Sistema Integral no han llegado o han llegado poco a sus territorios. Así lo han manifestado el secretario general de la CNDDHHPI, Carlos Garay, del pueblo murui muina (uitoto), Óscar Daza, del pueblo korébajü y coordinador de Derechos Humanos de la OPIAC, y Elizabeth Apolinar, lideresa indígena sikuni y exsecretaria de Desarrollo Social y Asuntos Indígenas del departamento del Vichada. Por ejemplo, Carlos Garay manifiesta:

En estos 5 años, ha tenido un retraso en su implementación, primero porque no ha habido como una pedagogía de intervención, de socialización, donde todos los indígenas puedan acceder, al menos a cómo se va a implementar estos acuerdos. No ha habido una pedagogía de que los pueblos, por lo menos en el caso de la Amazonía, no hay un amplio conocimiento del Capítulo Étnico.<sup>28</sup>

La misma situación denuncia Óscar Daza:

En el caso de la Amazonia, que es la región que represento, y estoy haciendo a referencia a los 6 departamentos del sur del país. Nosotros, como organizaciones indígenas de la Amazonia colombiana, siempre hemos manifestado, y como indígenas de esta región, que incluso desde la negociación que estaba haciendo el gobierno colombiano en su momento con la guerrilla de las FARC, no tuvo presente a los pueblos indígenas.<sup>29</sup>

Con la apertura del macro caso étnico, los pueblos étnicos en el país, en especial los pueblos indígenas, se sentirían recogidos en su mayoría. Es un avance, pero la meta es poder materializar la justicia para la paz en los territorios como garantía de no repetición de las violencias que aún se resisten a desaparecer.

27 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

28 Carlos Garay (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

29 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

#### 4. Armonía: JEP y Jurisdicción Especial Indígena

En Colombia se reconoce un pluralismo jurídico a partir de la Constitución Política de 1991, de acuerdo con el artículo 246. Dicho reconocimiento se dio por la lucha y resistencia del movimiento indígena colombiano, que costó sangre y dolor, para que se les reconociera la aplicación de su propia justicia en sus territorios indígenas. Actualmente sigue el debate respecto si fuera de los territorios indígenas se les aplicaría la justicia propia a los miembros de las comunidades.

En el país ha existido la doble moral al momento de reconocer los juicios que ha determinado la justicia indígena. Sin lugar a dudas, eso es parte del racismo encubierto que ha existido en Colombia, además de un racismo institucional que reconoce la justicia indígena, pero no le da las garantías para su funcionamiento, como a las otras ramas judiciales reconocidas en el país. Los jueces indígenas arriesgan sus vidas para ejercer justicia y, aun así, día a día reciben hostigamiento de parte de la justicia ordinaria por el desconocimiento que tiene esta de los procedimientos propios de la justicia indígena:

no contar con una norma estatutaria de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena [JEI], a pesar del mandato constitucional, ha generado desequilibrio en los desarrollos de la Jurisdicción Especial Indígena y desinformación en cuanto a la legitimidad y oportunidad en el ejercicio de la justicia propia de los pueblos indígenas. Las justicias propias de los pueblos negros, afrocolombianos, raizal, palenquero y rrom (gitano) son prácticamente desconocidas e ignoradas. (JEP, 2020, p. 16)

Todo esto es parte de la discapacidad cultural, que no permite entender otras formas de hacer y aplicar justicia. Además de que la violencia misma se empeñó en acabar con la justicia indígena y se espera que la JEP pueda ayudar a fortalecerla. En este sentido:

la justicia indígena, que fue mancillada por la violencia, fue de alguna manera minimizada por la justicia de las balas, lastimosamente lo decían y lo dicen todavía hoy las comandancias de la insurgencia. Nosotros impartimos justicia con las armas, y quien no nos obedece pues nosotros accionamos las armas, porque es la muerte una manera de nosotros sentir que hay justicia y que no se puede burlar con los actores armados. Entonces nuestra justicia se vio, en muchos de nuestros territorios, minimizada, mancillada, por esa victimización.<sup>30</sup>

No ha sido fácil, y actualmente con la JEP, de igual manera que con la justicia ordinaria, les ha tocado a los pueblos indígenas hacerse sentir y exigir su derecho al reconocimiento de su justicia. Así lo dejó claro Jhoé Sauca, líder y dirigente del pueblo indígena kokonuko y actual representante legal de la Asociación de Cabildos Indígenas Genaro Sánchez, del pueblo kokonuko, en el departamento del Cauca, en el siguiente testimonio:

---

30 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

Colombia tiene cuatro jurisdicciones: está la ordinaria, está la militar, está la Jurisdicción Especial para la Paz y está nuestra jurisdicción. No ha sido fácil porque es que el estamento, independientemente de que esta jurisdicción es transitoria, tiene todos los elementos y las garantías, así sean pocas, pero tiene una garantía logística, presupuestal, tiene el talento humano y a nosotros en un momento el pulso político fue: “venga, si ustedes son jurisdicción y nosotros somos jurisdicción, no nos miren como los menores, mírennos como una jurisdicción con una capacidad, con un trabajo que ha trascendido sin esas garantías, entonces dennos el trato que nos corresponde como Jurisdicción Especial Indígena”. No fue fácil que la JEP reconociera que a nosotros se nos debe dar un trato igual, como lo que somos, una JEI reconocida con sus usos y costumbres, y autogobernarnos como pueblos indígenas.<sup>31</sup>

Esta situación convocó a la JEP a coordinar y articular, de gobierno a gobierno, con la JEI, y ha sido posible gracias al Protocolo para la Coordinación, Articulación Interjurisdiccional y Diálogo Intercultural entre la JEP y la JEI. Justamente, el protocolo de coordinación abre esta puerta para articular, para coordinar, y digo “abre esta puerta” porque sabemos que existe una deuda desde la Constitución de 1991, y es que no se ha podido crear la ley de coordinación entre la justicia ordinaria y la Justicia Especial Indígena.<sup>32</sup> Sin embargo, la Jurisdicción Especial para la Paz ha hecho una gran apuesta al poder implementar de manera interna en sus procesos de justicia transicional unos sistemas de coordinación que justamente lo que buscan es fortalecer la Jurisdicción Especial Indígena.<sup>33</sup>

Todo esto soportado, además, con lo estipulado en el Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz, en el “numeral 6.2.3 del Capítulo Étnico del Acuerdo Final, y el artículo 70 de la Ley 1922 de 2018, en el marco de la coordinación y articulación interjurisdiccional” (JEP, 2019, p.12). Los pueblos indígenas han manifestado y conciben que ninguna jurisdicción es más importante que otra, lo que exigen es reconocimiento y respeto de ellas en un diálogo intercultural y desde una perspectiva de pluralismo jurídico en igualdad de condiciones. Las justicias se deben complementar y deben propender a determinar lo justo para la vida y el respeto de los derechos humanos y territoriales.

El acceso a la justicia en el caso de los pueblos étnicos no se reduce a acudir a instituciones estatales, sino que tiene que ver con mantener y ejercer sus propios sistemas de justicia, y en el caso de los pueblos indígenas, el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena. En el caso de la JEP, hay dificultades para garantizar el acceso a la administración de justicia, por ejemplo, no se han establecido diálogos con las autoridades étnicas en todos los territorios étnicos y no se llega con la información a todos los pueblos. Tampoco se ha entablado de manera homogénea un diálogo intercultural. (JEP, 2020, p. 15)

La articulación de la JEP con la JEI se ha manifestado desde diferentes acciones, y la JEP ha reconocido que ha sido un aprendizaje constante y trascendental en la búsqueda y consolidación de la paz en Colombia. Estos son algunos procesos que se han llevado a cabo, pero que además se han ido articulando a medida que se ha ido avanzando. Y esto fue posible gracias a las adecuaciones que se han

31 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

32 Se refiere a la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena (COCOIN).

33 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

hecho al Reglamento General de la JEP (art. 99, párr. 2). Es así que:

La representación judicial de las víctimas en la Jurisdicción también hace parte abogados étnicos que tienen conocimiento no solo del derecho, sino que tienen conocimiento de la justicia propia de los pueblos. Los enlaces territoriales que la misma Jurisdicción ha establecido como puentes para esta coordinación y articulación son personas de los pueblos étnicos, de los pueblos indígenas, que conocen estas leyes propias, que conocen cómo se pueden intercalar.<sup>34</sup>

Estas representaciones, como ya se mencionó, están dadas por el CRIC y la ONIC. Son estas organizaciones indígenas, con un alto reconocimiento nacional e internacional, las que trabajan en el reto de seguir contribuyendo con la paz del país ahora desde lo judicial, con bufetes de abogados indígenas preparados en la justicia propia y de afuera. Además, estos tienen “apoyos políticos, el CRIC si lo tiene y un jurídico en derecho propio”,<sup>35</sup> donde también han ayudado de manera conjunta a solucionar los retos que se dan en el ejercicio de aplicar y hacer justicia desde un enfoque diferencial indígena. Aldemar Bolaños, abogado del pueblo indígena kokonuko, nos comparte cuáles han sido esos retos en la representación judicial desde la coordinación de ambas justicias:

Yo creo que el primer reto se superó en el sentido de que la JEP tuviera la capacidad de reconocer que era necesario ampliar los espacios de participación uno y dos, que era necesario respetar las dinámicas para que eso se diera, y eso se dio en marco dialógico, en ese caso; el otro reto que creo que era importante inclusive para las mismas organizaciones era poder generar resultados de su propia representación, que eso también ha sido importante en el sentido de que genera confianza.<sup>36</sup>

Asimismo, la abogada indígena kankuama, Rocío Martínez, reconoce cómo la JEP ha venido avanzando en adecuar de igual manera sus formatos y sistemas de información al enfoque étnico indígena. Por ejemplo, en lo relacionado con las actas de sometimiento, manifiesta que “no venía esta opción de que se marcara si la persona se reconocía o no se reconocía como perteneciente a un pueblo indígena, esto se ha ido solucionando”.<sup>37</sup>

La coordinación y la articulación entre la JEP y la JEI, su aplicación y desarrollos posteriores, no podrán significar una limitación o una regresión de los derechos de los pueblos indígenas involucrados. Por el contrario, la JEP garantizará el fortalecimiento, así como la autodeterminación y el gobierno propio de los pueblos. La articulación y coordinación entre la JEP y la JEI no podrá sustituir la obligación constitucional del Estado colombiano de reglamentar la coordinación y articulación entre la JEI y el sistema judicial ordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política (JEP, 2019, p. 12).

La articulación de la JEP con la JEI se ha dado igualmente bajo los principios de territorio, unidad, cultura y autonomía del movimiento indígena en

34 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

35 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

36 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

37 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Colombia. Acciones como realizar las audiencias en los territorios de los pueblos indígenas demuestran el relacionamiento y articulación dada, que la JEP garantice “una notificación con pertinencia étnica para que las autoridades puedan entender las decisiones judiciales que están sacando la magistratura, que se pueda hacer un proceso de socialización de la misma en territorio con las comunidades [...], garantizar que esas decisiones o la socialización de esas decisiones previas puedan tener una traducción en la lengua de cada pueblo al que se vaya a notificar”<sup>38</sup> teniendo traductores indígenas para ello. El artículo 12 de la Ley 1957 de 2019 señala, en lo referente al idioma, que “tienen derecho a utilizar su idioma oficial en todas las fases procesales de la JEP. Se garantizará el acceso a traductores e intérpretes acreditados previa y debidamente por las autoridades indígenas ante la JEP”. Además señala la importancia de garantizar la armonización espiritual en todos los procesos de jurisdicción para sanar. Mientras tanto, Aldemar Bolaños señala que se fueron modificando los tiempos de la participación efectiva en las audiencias (10 minutos estipulados por el despacho), que al ser este un mecanismo dialógico entre las víctimas y los comparecientes,<sup>39</sup> consideraban que debía ser mucho más amplio, ya que desde la concepción de los pueblos son otros tiempos: “nuestros tiempos son en espiral; de día y de noche; positivos y negativos; de vida y de muerte; son los tiempos del agua, del sol, de la luna; son los tiempos que han marcado nuestra Ley de Origen” (Montero de la Rosa, 10 de agosto de 2019). Es decir que el enfoque diferencial queda realmente corto a la concepción e interpretación del mundo de los pueblos; aun así los pueblos intentan adecuarse (lo que no debería ser) a las “realidades” institucionales, donde por lo menos pasaron de 10 minutos a tener audiencias de más de 5 horas, y esto se dio y fue necesario por el nivel de rigurosidad en la investigación que adelanta el CRIC al momento de representar a las víctimas. Bolaños reconoce que esas mismas dinámicas han servido para fortalecer los procesos propios de las organizaciones indígenas, que han creado sistemas de información de lo que adelantan. La incorporación de estas particularidades ha generado confianza, respeto y reconocimiento entre ambas jurisdicciones. Aquí es importante señalar que el tiempo para los pueblos se lee desde otras dimensiones, que en su accionar busca conocer la verdad, busca sanar; y donde el tiempo también tiene su tiempo.

Todos estos ejercicios de entendimiento se han venido materializando gracias al fortalecimiento de la JEI por parte de la JEP: “la JEP habilitará enlaces indígenas propios. La habilitación de los enlaces se realizará progresivamente, empezando por los casos priorización por la JEP. Para ello, la secretaría ejecutiva asegurará la celebración de los contratos correspondientes” (JEP, 2022, p.19). En ese proceso se contrataron 11 enlaces étnicos desde el 2019 al 2022, y “para esta vigencia fueron contratados en total nueve (9) enlaces étnicos” (JEP, 2022, p. 20).

Si bien incorporar a miembros de los pueblos indígenas a la JEP ha sido un avance, es pertinente señalar lo que Natalia Jacanamijoy, abogada indígena del pueblo kamëntšá del Putumayo, determina:

38 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

39 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Es difícil porque acá lo quieren cuadricular dentro de unas reglas, dentro, entonces, en este sentido se ha dificultado, por ejemplo, hacer un encuentro y que sea de acuerdo con lo que el operador diga, entonces empiezan a haber unos choques porque el operador tiene sus reglas y los pueblos y los tiempos tenemos otras muy diferentes. Creo que es una dificultad grande cómo aprender sobre los tiempos, entender que es otra la dinámica. Por ejemplo, nosotros también apoyábamos desde ese escenario las diligencias judiciales, aplicando un poco lo que ya se había dicho en el protocolo, pero digamos que no se lleva a cabo tal como debería ser, hay territorios que están muy muy alejados, entonces uno no puede mandar un correo electrónico y uno no puede hacer una comunicación así tan informal en el marco del tema de seguridad, porque a mí me ha pasado, el hecho de que yo haya sido indígena entonces: “Ah, bueno, ayúdanos con este contacto pues que necesitamos hacer tal cosa”, y uno a veces, claro, por ayudar, por facilitar, pero siento que ahí hay una debilidad porque uno puede estar exponiendo, primero uno, uno se puede estar exponiendo y estar exponiendo a la autoridad que está buscando.<sup>40</sup>

Esto demuestra que aún sigue habiendo retos para poder materializar el enfoque indígena en la JEP, que es un objetivo constante, del día a día, que se va consolidando en el aprender haciendo y en el caminar los territorios con los pueblos, porque no es suficiente con la incorporación de miembros de los pueblos indígenas, como reitera Natalia Jacanamijoy: “El hecho de que uno sea indígena, antes a veces eso se puede dar para malas interpretaciones o uno puede ser utilizado solamente como: bueno, este es indígena, entonces aquí ya hay enfoque, y en realidad, en el fondo, no se esté aplicando como tal el enfoque”.<sup>41</sup>

El enfoque étnico, en un principio la JEI, es legítima desde la concepción de los pueblos indígenas, y a lo largo de su existencia se ha buscado procesos de legalidad e implementación. Conceptos diferentes, pero que, a la luz de lo concebido como justicia en el país, esto es, especialmente frente a la legalidad, desmontar racismo estructural que ni siquiera con lo concebido en la Constitución se ha podido lograr. Precisamente el enfoque indígena no es cumplir con un paso a paso administrativo, es realmente un sistema de vida de los pueblos indígenas, que deben cumplir las entidades del Estado para materializar la Colombia multiétnica y pluricultural que tanto renombra, pero que poco se acciona.

## 5. La JEP en los territorios

La justicia está en los territorios y en ellos se aplica. Si algo ha aprendido la JEP en estos años de creación y de trabajo fue entender que la justicia camina, que la justicia se territorializa; aprendizaje quizá producto del relacionamiento y articulación con la Jurisdicción Especial Indígena.

Esta territorialización ha sido necesaria, dado que son las instituciones las que deben llegar a las víctimas, y no lo contrario. Es así que, para el caso de trabajo

40 Natalia Jacanamijoy (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

41 Natalia Jacanamijoy (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

con los pueblos indígenas en Colombia, la JEP ha actuado de manera conjunta y articulada con los pueblos y sus organizaciones indígenas de la siguiente manera:

Con base en lo anterior, en el año 2018 fueron suscritos 4 convenios de asociación entre la Jurisdicción Especial para la Paz y 4 organizaciones indígenas: Gobierno Mayor, Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) y Asociación de Autoridades Arhuacas de la Sierra Nevada (ASOCIT). El costo de la protocolización de los acuerdos suscritos en la Mesa Permanente de Concertación se encuentra incluido en el cuarto pago del convenio 061 de 2018, suscrito con la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), por un valor de \$123.790.875. Este convenio tuvo un costo total de aportes a la JEP de \$2.475.817.500 (cifras en pesos corrientes). La protocolización como culminación de la consulta previa, libre e informada llevada a cabo con los pueblos y comunidades indígenas. (JEP, 2022, p. 6)

De igual manera, la JEP ha venido adelantando espacios territoriales en las comunidades indígenas del país, con el fin de territorializar la justicia y dar sentido e identidad. Es así que:

la Secretaría Ejecutiva de la JEP apoyó, en el 2019, 10 diálogos interculturales y 4 encuentros en los que se notificaron 4 autos con pertinencia étnica, con una participación total de 600 personas. Asimismo, apoyó la construcción de 2 rutas de mecanismos de coordinación entre la JEP y la JEI, en el marco de las situaciones territoriales 0214 y 0415 que se elaboraron en 15 encuentros con pueblos indígenas de cada región, con una participación promedio 16 por encuentro de 53 personas. (JEP, 2022, p. 14)

Además, se desarrollaron “37 jornadas de difusión, información y capacitación sobre el SIVJNR y la JEP con pueblos indígenas a fin de promover su participación a través de todos los mecanismos de participación contemplados por la Jurisdicción” (JEP, 2022, p. 27).

Y en el 2020, “la Secretaría Ejecutiva apoyó en esta vigencia la realización de 11 encuentros en los cuales se notificaron 35 autos y resoluciones con pertinencia étnica y cultural con pueblos indígenas, con una participación de 370 personas” (JEP, 2022, p. 15), además de apoyar la realización de versiones voluntarias en donde garantiza la participación de miembros de los pueblos indígenas. “Durante el año 2021 se desarrollaron 68 jornadas de difusión sobre el Sistema Integral para la Paz, la JEP y los mecanismos de participación a víctimas [y] en el primer trimestre de 2022 se desarrollaron 16 jornadas de difusión sobre el Sistema Integral para la Paz, la JEP y los mecanismos de participación a víctimas, como lo son la acreditación ante los casos abiertos por la Jurisdicción” (JEP, 2022, p.15). Todas estas jornadas se desarrollaron en más de 20 departamentos del país, donde la JEP ha podido llegar. En 2021, el presupuesto, en pesos colombianos, ascendió a \$5.445.313.380, mientras que para el primer semestre de 2022 fue de \$1.236.009.180, según cifras de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP, 2022, p. 39).

En cada una de las vigencias, el presupuesto asignado ha ido subiendo, lo que puede indicar que han podido realizar mayores esfuerzos y apoyos hacia las víctimas de los pueblos indígenas. De igual manera es de resaltar que en lo que va del primer semestre del año 2022 se nota una gran diferencia.

## 6. Justicia en medio de la pandemia de COVID-19

Los asesinatos de líderes indígenas no tienen cuarentena.  
Óscar David Montero de la Rosa, “Día y noche se nos va la esperanza de la vida”

En marzo de 2020, la pandemia de COVID-19 marcó, en Colombia, el inicio de un nuevo reto para la implementación del Acuerdo Final de Paz, y en el caso de la JEP:

La JEP se vio a gachas porque se le cayó un poco la vaina que tenían ellos planeado para hacer las audiencias y cómo manejar los archivos y demás, porque pues el confinamiento, bueno todo este tema del COVID, inclusive acá en el Cauca las autoridades fueron muy rigurosas con el cierre de los resguardos inclusive, y en ese momento ya se había acreditado el CRIC, entonces suspendieron todas las audiencias, se empezó a revisar qué pasaba y se empezaron a implementar estrategias con el uso de medios tecnológicos. Entonces, una de las buenas decisiones que yo creo que tomó la JEP, y yo como abogado litigante también lo respaldo, es el tema de la digitalización de los procedimientos, entonces la JEP, ahora, tiene un sistema de información con aplicaciones que le permitan a uno solamente acceder a través de un computador, el no tener que ir allá a consultar archivos y demás, sino pues te dan una clave a ti, ingresas y demás. Pero también se estableció una estrategia de participar en las audiencias o de realizarlas eso fue virtual, entonces ahí hubo una ganancia bastante importante, porque con el tema del protocolo nosotros presentamos una propuesta de que las salas virtuales fueran primero definidas internamente como entre los procedimientos internos que tienen las autoridades uno y dos que los servicios los prestaran las autoridades, o sea, que la JEP no se llevara un operador logístico, sino que las autoridades establecieran su conexión a internet, un espacio, un computador, un *video beam* y el tema de la alimentación si era necesario este, pero que todos esos recursos les llegaran, e inclusive eso redujo costos, porque un operador logístico le cobraba a la JEP por un almuerzo veinte mil pesos, mientras nosotros lo cuadrábamos en doce mil, quince mil pesos, dependiendo.<sup>42</sup>

Aún con la pandemia, el conflicto armado se mantuvo y se intensificó en muchos territorios, lo que siguió siendo un reto mayor para la JEP y para los mismos pueblos indígenas, porque tocaba hacer frente a dos situaciones: la de la violencia y la de la emergencia sanitaria. Esta situación convocó con más fuerza a los pueblos a seguir en resistencia y a protegerse de estas violencias: “Con tapabocas, pero no callados la boca... Por la defensa de nuestros derechos” (Montero de la Rosa y Bolaños Díaz, 2020, p. 47).

## 7. Justicia en medio del conflicto

Nos está matando todos los virus, pero es el de las balas el que mayormente desangra nuestra existencia (Montero de la Rosa y Bolaños Díaz, 2020, p. 45).

En los cinco años que transcurrieron desde el Acuerdo (desde noviembre de 2016 hasta 2022), hay que decir que la situación de violencia en contra de las vidas y los territorios de los pueblos indígenas se ha agudizado, de hecho, yo he sido una

---

42 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.



de las víctimas en este país que he sido amenazado por defender y denunciar las desarmonías en nuestros territorios en los últimos 5 años. En ese sentido, en el periódico *El Espectador* denuncié lo siguiente:

El genocidio que vivimos actualmente los pueblos indígenas en Colombia es una expresión más del racismo y la discriminación estructural que está heredado de la colonia, en donde matar indios no es un delito, sino una práctica naturalizada en donde se justifica el hecho; una práctica que ha sido continua y sistemática hacia la gente de la tierra, del agua, del fuego y del aire. (Montero de la Rosa, 10 de agosto de 2019)

Una violencia que aún en tiempos de implementación del Acuerdo Final de Paz no deja de atentar en contra de los pueblos, situación que se ha presentado con varios grados de intensidad en cada uno de los cinco años que van del Acuerdo. Por ejemplo:

Más de 87 territorios donde nace la vida indígena han sido desarmonizados por los enfrentamientos armados de grupos que quieren copar los territorios antes controlados por las FARC-EP, que a su vez van acompañados de la exploración y explotación de los recursos naturales, ya sea por los grupos armados o por los intereses de las multinacionales o del mismo Estado. (Montero de la Rosa y Bolaños Díaz, 2021, p. 38)

Esta situación da cuenta de que “Colombia vive una de sus crisis humanitarias más fuertes en los últimos tiempos, y peor aún, en tiempos de paz. La violencia no cesa en los territorios étnicos y son las vidas de los indígenas y afros las mayormente afectadas” (Montero de la Rosa y Sabogal Venegas, 2021, p.67). La firma del Acuerdo Final de Paz fue un respiro que además se vivió, no solo fue como la expectativa, sino que se vivió por lo menos ese primer año tanto pues las FARC, al ser una de las principales guerrillas en el país con gran pie de fuerza, deja las armas y eso se ve en los territorios como el norte del Cauca o del sur del Tolima, que también fue como una de las zonas históricas de presencia de las FARC y eso también generó como varias apuestas de lo que implicaba realmente una transición hacia una sociedad que no estuviera sucumbida en el conflicto armada de más de 50 años.<sup>43</sup>

Las víctimas son el centro del Acuerdo Final de Paz, por eso, desde las organizaciones indígenas y desde la JEP, si bien se busca justicia, primero está la garantía de seguridad para los pueblos, una seguridad como el derecho que tienen los pueblos en medio del conflicto para que se le garantice su derecho a la justicia. Es así que todas las instancias han tomado las precauciones necesarias para no hacer acción con daño y para lograr así garantías de la vida de las víctimas y sus representantes judiciales. En el desarrollo de las audiencias, el CRIC ejerce control, por ejemplo: “el tema de control es muy estricto, dentro de esa mecánica que todavía funciona está que acompañen dos o tres guardias indígenas, que estén pendientes de quién entra, quién sale, quién ronda por las salas”.<sup>44</sup>

43 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

44 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Una de las solicitudes o recomendaciones de las víctimas de este conflicto armado interno que no acaba es la solicitud de garantías de seguridad, a saber:

Escuchar uno el clamor o la manifestación de urgencia de los pueblos, de las organizaciones, en sus informes en donde dicen “tengo la intención de participar, aquí está mi informe pero por favor garanticenme la seguridad porque en mi territorio aún persiste el conflicto”, es un desafío grande porque la magistratura tiene que, justamente, aplicar justicia porque aquí hay unos hechos que son relevantes, que ameritan una sanción, pero además, sin la participación de esas víctimas de esas organizaciones, de esos pueblos; yo no puedo lograr el objetivo de aplicar justicia, porque esto es una justicia dialógica, es una justicia restaurativa, es una justicia que tiene la centralidad de las víctimas, entonces no puede desligarse de eso.<sup>45</sup>

Por tal motivo,

El reto más grande ha sido poder lograr que a través de la Unidad de Investigación y Acusación, que puede decirse fiscalía interna de la Jurisdicción, se puedan garantizar las medidas de protección y seguridad de aquellos dirigentes, de aquellos pueblos que tal vez estén en un riesgo muy latente por su participación en la JEP, porque el conflicto aún persiste y que esta garantía pueda ser efectiva, pueda ser diferencial, que lleve a que ese mandato de justicia se cumpla.<sup>46</sup>

Estas situaciones que se siguen presentando actualmente deben leerse desde la perspectiva de una justicia más integral, “porque ahorita se está volviendo a vivir lo mismo, eso digamos en ese tema de la justicia retrospectiva, no podemos volver a repetir la misma situación.”<sup>47</sup> Las comunidades tienen miedo, “yo tengo miedo y será porque estoy muy aferrada la vida”,<sup>48</sup> pero aun así las comunidades quieren que se haga justicia y se sepa la verdad, para que no se repita.

Los informes que la sociedad civil por ejemplo está presentando a la Jurisdicción hablan, advierten justamente sobre este conflicto que aún persiste en los territorios y que, más allá de haberse firmado un Acuerdo Final de Paz, como tú lo mencionas, ya hace cinco años, la advertencia que habla por quienes están en los territorios es que este Acuerdo cuando se pensaba que podría ser justamente una solución, ni siquiera parcial, sino una solución realmente efectiva para el conflicto armado en Colombia, al contrario, lo ha agudizado porque aún persisten grupos armados, ya sean disidencias tanto de las FARC como de los grupos paramilitares o aquellos otros que se puedan estar creando en los territorios con la finalidad de las disputas territoriales tanto de la extinta FARC-EP que entregó sus armas y demás.<sup>49</sup>

Aun así, con el miedo y temor, los pueblos indígenas, su comunidades y organizaciones, manifiestan que son las autoridades las que cuidan el proceso de hacer justicia donde:

---

45 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

46 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

47 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

48 Luz Elena Rivas (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

49 Rocío Martínez (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

El núcleo esencial de todo procedimiento en temas de justicia es proteger la información y proteger a las personas que portan la información, entonces todo este tema que te digo cultural, que está la guardia ahí tiene esa finalidad, el primer escenario de protección que tenemos todos los que estamos metidos en esto es cultural uno, segunda situación nosotros por la necesidad de la información que se requiere y por la condición en la que debemos manejarla porque uno tiene que ser claro. Por ejemplo, la estructura de las FARC-EP es la misma estructura que ahora usan las disidencias, entonces, por ejemplo, tu caminas Toribio, te llegan a coger en un retén allí y te ven la información de estructuras de FARC que es similar a la estructura de las disidencias: "Y bueno, este *man* es que está haciendo inteligencia, trabaja con el ejército o qué está haciendo".<sup>50</sup>

Esta situación que nos comenta Aldemar da cuenta del riesgo en el que están, porque pensarán que con esa información de las FARC serán informantes de ellos o, viceversa, las disidencias pensarán lo mismo de ellos. Es decir, justicia en medio del conflicto, justicia que pone en riesgo la vida. Además, Aldemar reafirma:

El trabajo más duro que hay en este proceso de paz es el de la representación de víctimas, porque nosotros somos los que estamos en contacto directamente con la gente que está en el territorio, que está ahorita otra vez en conflicto porque inclusive la JEP no tiene las condiciones para hacerlo, nosotros tenemos una salas de audiencias que funciona a veces en Toribio, en las otras salas la Jurisdicción envía gente de la secretaria ejecutiva, a la de Toribio dicen que no, entonces quien administra la gente y lo demás: pues el CRIC.<sup>51</sup>

## 8. Los retos de la JEP

Son muchos los avances que ha realizado la JEP en estos 5 años de implementación de los Acuerdos, a pesar de los tropiezos. Y con el anterior gobierno que no apostó por la paz, se ha vuelto más complejo buscar justicia y no ha sido fácil. Aun así, se sigue con la convicción de materializar la paz de Colombia con justicia social para todas las víctimas en el país. A continuación, se precisarán algunos retos que tiene la JEP en sus próximos años de arduo trabajo.

### 8.1. Reconocimiento del territorio como víctima

El reconocer el territorio como víctima implica, para la JEP, poder tipificar delitos en relación con el territorio, y esto debe hacerlo en coordinación con la JEI, dado que

hay delitos, por ejemplo, el daño al medio ambiente; jurídicamente, dentro de las normas del acuerdo, estos delitos serían amnistiables, no tendrían ningún tipo de sanción privativa de la libertad o una sanción propia que llaman en el sistema, porque de alguna manera, para el sistema que recogió la JEP, no tiene ninguna relevancia. Sin embargo, si usted trabaja en el espacio indígena, se dará cuenta que una afectación territorial tiene la misma categoría como la del homicidio a un médico tradicional, entonces también hay que ver cómo se va a manejar ese tema.<sup>52</sup>

50 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

51 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

52 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Un ejemplo de este caso fue lo que sucedió en medio de la pandemia, que se utilizó para seguir con la política de “desarrollo” extractivista en contra de los territorios de los pueblos indígenas, atentando contra sus vidas y dinámicas. Un caso muy sonado fue “las excavadoras saqueando una laguna sagrada en territorio ancestral de los pueblos indígenas kankuamo, arhuaco, wiwa y kogui, en la Sierra Nevada de Santa Marta, violando claramente el Decreto 1500 de 2018 de protección jurídica de los sitios sagrados de la Línea Negra. (Montero de la Rosa y Bolaños Díaz, 2021, p. 45)

El territorio para los pueblos indígenas en Colombia y en el mundo mismo es la vida, sin territorio no hay vida para los pueblos, por eso, reconocerlos como víctimas, como se hizo en el Decreto Ley 4633 de 2011, es poder materializar su derecho a protegerlos de la contaminación, exploración y explotación de la minería, del narcotráfico y de todas las acciones que vayan en contra de su armonización.

## 8.2. Prioridades en su misionalidad

(i) Los sistemas de justicia propia son instituciones de carácter ancestral, milenario y permanente, que deben verse fortalecidos por el sistema de justicia transicional de la Jurisdicción Especial para la Paz a través del diálogo entre ambas jurisdicciones. (ii) Los pueblos indígenas han manifestado que, en el marco del conflicto armado, los niños, niñas, jóvenes y mujeres pertenecientes a pueblos indígenas fueron y son sometidos a afectaciones de una cruenta guerra, aun cuando desde el origen han sido los guardianes de la vida, la espiritualidad y el territorio. (iii) Los pueblos indígenas han mantenido históricamente una posición de autonomía y resistencia ante los actores armados. (iv) En la actualidad aún se presenta la vulneración sistemática de derechos individuales y colectivos de pueblos y territorios indígenas, como asesinatos a líderes, lideresas y autoridades indígenas, militarización de los territorios, desplazamientos, masacres, amenazas a líderes indígenas, agravando la situación de riesgo de exterminio físico y cultural de pueblos indígenas, por lo cual es esencial establecer mecanismos herramientas y acciones de coordinación que contribuyan a la no repetición. (JEP, 2019)

Es así que lograr materializar estos 4 puntos prioritarios para los pueblos indígenas sería un momento importante de la JEP con las víctimas de la Colombia indígena, dar el paso para que al momento de terminar su transición sea la justicia indígena la que se consolide con garantías para seguir ejerciendo justicia y gobierno propio en sus territorios.

## 8.3. Ni un caso sin justicia

Son muchas las víctimas en el país, son más de 9 millones que han visto en la JEP una oportunidad de poder tener justicia en cada uno de sus casos individuales, colectivos o territoriales; la JEP es la esperanza de que se combata y acabe la impunidad, por eso uno de los retos más grandes que tiene es

tratar de buscar de que no se quede ningún hecho por fuera dentro de los macro casos abiertos, porque el nivel de información es muy amplio. Por ejemplo, yo te cuento que nosotros estamos dedicados 100% a esto, somos un equipo de diez y tenemos agendas más en terreno porque nos toca ir a terreno a visitar las comunidades, de ahí las víctimas. Hay unos protocolos ya establecidos internamente, y creo que el reto que tiene la JEP es poder primero reconocer el trabajo de las representaciones de víctimas que están

comprometidas, porque hay unas representaciones de víctimas que de alguna manera también están limitadas por estos temas geográficos, por los temas de seguridad y demás, entonces es la primera vez en un sistema de justicia que el Estado garantiza la representación judicial de las víctimas, que no las deja solamente como una figura que puede ser optativa si la víctima tiene las condiciones para hacerlo, sino que asignan recursos para eso. Entonces el reto primero es poder mantenerlo; dos, poder seguir construyendo confianza, por ejemplo, en el caso 5, si tú te vas a buscar en la página de la JEP no vas a encontrar publicaciones de ningún tipo, ¿y eso por qué ha sido? Porque nosotros hicimos una solicitud formal diciéndoles “vean ustedes, si se ponen a boletarse, como decimos nosotros acá, nos joden a nosotros, porque nos ponen una lápida en la espalda”. Entonces eso lo entendieron y de alguna manera del caso donde hemos hecho más trabajo pues no hay publicación porque eso es seguridad.<sup>53</sup>

#### **8.4. Reparación con justicia social**

El ejercicio de la búsqueda de la justicia es un proceso reparador y de sanación, y es uno de los retos que la JEP al finalizar su proceso tiene con las víctimas, una reparación centrada no solo en lo administrativo, sino en el equilibrio y armonía de la vida. Es un reto grande por lo incalculable de la reparación del patrimonio que representan los pueblos indígenas para la humanidad y su cuidado.

Los retos en la reparación integral para los pueblos indígenas y su variada escala de víctimas pueden escribirse en letras mayúsculas. Los números hallados por las investigaciones realizadas sobre el total de los afectados dentro del conflicto deben leerse obligatoriamente no solo en términos de pérdidas humanas, sino de pérdidas incalculables de conocimientos ancestrales que con estas vidas apagadas también se extinguen, es decir, un genocidio físico que termina mutando a genocidio cultural. (Mutiz et al., 2020, p. 275)

Los pueblos indígenas de Colombia tienen claro que la reparación es competencia del Estado colombiano, es su responsabilidad con las víctimas del país. Aun así, los comparecientes deben aportar todo lo necesario para restablecer los derechos de las víctimas, situación que se ha vuelto compleja, dado que “algunos de los comparecientes no dicen nada y eso es una situación bien compleja que se nos está presentando, que nos ha obligado inclusive a funcionar aquí casi como una fiscalía, aquí nosotros hacemos investigaciones”.<sup>54</sup>

---

53 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

54 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.



## VERDAD Y MEMORIA PARA SANAR

“*Chi ichiara jarai*, esto es, decir lo que es. Ahora, para mí, la verdad es que se pueda hablar con el corazón, con mucha sinceridad de lo que queremos escuchar”.<sup>1</sup> Para los indígenas de la gran nación emberá, “decir la verdad es llegar como a un acuerdo entre las partes desde un conocimiento de un pensamiento mayor hacia la persona que haya cometido ese error, ese es mi decir la verdad frente a un pueblo”, Líder Indígena Embera Dóbida. Mientras tanto, el pueblo de los pastos, al sur de Colombia, reiteran lo siguiente:

Para nosotros, la verdad es un asunto de vida, porque nuestros mayores nos han manifestado que debe haber una coherencia en lo ético, en lo moral, en lo organizativo, en lo comunitario; la verdad no se puede entender como un asunto individual, un asunto personal, la verdad tiene que estar en el marco de la comunidad, y ahí el llamado a que la persona tiene que estar en esa coherencia en todos los ámbitos de la vida.<sup>2</sup>

Los pueblos indígenas y sus víctimas tienen el derecho a la verdad, como dirían los nasa en nasayuwe: *Yurwe's áate ki'pte wêth fxi'zewa een pajana* (Comisión de la Verdad, 2022), que se traduce como “cuando se informe la verdad, llegará el momento de vivir bien”, es decir, conocer la verdad es fundamental para armonizar y sanar las heridas que aún siguen abiertas en los cuerpos y territorios. En el pueblo inga, en el piedemonte amazónico en el Putumayo, tienen tres principios de vida. Lisbeth, mujer inga, nos explica esta relación que hay entre la verdad y los valores o principios de vida del mundo inga, que vienen desde el origen:

Como inga nos educan en tres principios que es *Ama Killaii*, *Ama Llullaii*, *Ama Sisaii*, no seas perezoso, no seas mentiroso y no seas ladrón. Esos son tres principios que se forjan en el ser inga, y yo creo que la mayoría de las ingas siempre tienen eso en su pensamiento porque es como la siembra, y hay una frase que siempre decía mi abuela Juana. Ella decía: “Todo mentiroso es ladrón y pues eso va de la mano con esos principios”, entonces, en inga, para decir verdad se dice *Sutipa*, y *Sutipa* hace alusión a afirmar algo, o sea,

1 Yuli Marcela Niaza (16 de mayo de 2022), comunicación personal.

2 John Jairo Tapie (16 de mayo de 2022), comunicación personal.

yo cuando digo *Sutipá*, algo que yo ya dije que sí era, es una forma de afirmar eso que yo dije que ya era, entonces es como una... no sé cómo se pueda explicar, pero es como cuando yo apruebo algo que yo ya dije y en ese sentido la verdad está muy asociada a esa palabra, pronunciada, hablada, que yo estoy en capacidad de asumir de demostrar y de sostener, porque cuando ellos me dicen *Sutipá* y yo digo *Sutipá*, estoy afirmando, aprobando que eso sí pasó, que eso sí es cierto y que tengo las posibilidades de dar cuenta de que eso que yo hablé, que yo dije, que expresé, que verbalicé, sí se hace. Pero digamos que decir *Sutipá*, decir verdad, está muy relacionado con el no ser perezoso, no ser mentiroso y no ser ladrón, eso está muy de la mano de esos tres principios.<sup>3</sup>

“*Sutipá kagpi, suma punchakuna chaiangapami kankuna*, si hay verdad, llegaran días buenos” (Comisión de la Verdad, 2022), dirían los ingas, relacionando esta frase en su idioma con sus principios y valores de vida.

La verdad de los pueblos indígenas está dada desde el origen, la verdad única está en lo espiritual de los pueblos, no está en disputa. A modo de ejemplo, en los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Gonawindúa la verdad se muestra desde el *Yatukwa*, allí está la verdad oculta y la verdad dicha, interpretada por los mamos y las sagas, es lo que la verdad significa para el pueblo korébañü:

Es el poder saber de alguna manera aquello que es natural para nosotros y que no ha sido alterado. La verdad es ver la manera en que nosotros vemos bajo nuestra propia interpretación, es lo que nos manifiesta nuestro espíritu, es lo que nos manifiestan nuestros conocimientos ancestrales.<sup>4</sup>

Los pueblos indígenas en Colombia, como sujetos colectivos de derechos, necesitan y quieren saber la verdad del conflicto armado interno, una verdad que sea desde el corazón, que ayude a restablecer el orden de las cosas; “decir la verdad, o verdad es que nos digan realmente por qué sucedieron los hechos, cuáles fueron las causas de llevar a que se cometieran unos hechos victimizantes en los territorios de los pueblos, del pueblo uitoto”.<sup>5</sup> No se exige otra situación distinta a la de poder saber qué pasó y por qué pasó; los pueblos se han venido preparando espiritualmente para saber esa verdad. Nohora Caballero Culma, mujer indígena del pueblo pijao y funcionaria de la CEV, nos comparte lo que escucha en los territorios indígenas del país, lo que las víctimas indígenas quieren saber:

La verdad es que se ponga sobre la mesa cuáles han sido los intereses que movieron que ciertos hechos hayan sucedido, o sea, que se hable tanto de las responsabilidades no solo de los actores armados que han estado ahí, sino de las responsabilidades del Estado colombiano y diferentes intereses también particulares y empresariales que históricamente, o por lo menos en estos últimos 50 años, como que han movido la dinámica de la sociedad colombiana. Uno sabe que este conflicto ha sido movido por grandes intereses de poder y económicos que han hecho que se haya profundizado tanto el conflicto armado.<sup>6</sup>

3 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

4 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

5 Carlos Garay (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

6 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.



Finalmente, yo quiero saber la verdad, esa verdad silenciada y escondida detrás del conflicto armado y la impunidad, que no permite que mi padre, Óscar Enrique Montero Arias, mi familia, mi comunidad y mi territorio estén en paz, en armonía. Queremos saber y tenemos el derecho a saber por qué lo mataron, por qué lo torturaron. Saber eso nos ayuda a sanar, nos ordena para pagar en pensamiento, para ordenar la vida. Aquí es importante mencionar lo que indica David Gómez en su reseña del libro *Marcos de guerra*, de Judith Butler, a saber:

Es que la guerra está enmarcada/manipulada para controlar y potenciar el afecto con relación a una distribución desigual y políticamente inducida de la precariedad –“precaridad” [precarity]– que compromete el estatus ontológico de ciertas poblaciones modelándolas como destructibles y no merecedoras de ser lloradas. (Gómez, 2011, p. 2)

Es decir, las vidas indígenas no merecen ser lloradas, no merecen ser investigadas, reparadas o recordadas; estarían condenadas al olvido, por eso aquí también mi testimonio, como claramente Das y Ortega nos recuerdan el testimonio, en una disputa constante por la verdad de no quedar en la impunidad. Somos los hijos que parió la guerra, pero queremos que nuestras semillas de vida, mi semilla de vida, Suri Dahiana Montero Chate, sean los hijos de la paz.

## **1. Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición**

La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) es la institución encargada de buscar la verdad de la violencia armada que se vive en Colombia; su mandato está determinado para identificar las causas, patrones y consecuencias desproporcionales que ha dejado el conflicto armado interno en el país.

Para los pueblos indígenas en Colombia, la verdad es fundamental para el restablecimiento de sus derechos, pero de igual manera para su buen vivir. Hay pueblos indígenas, como los ette ennaka en las sábanas de San Ángel, Magdalena, en el Caribe colombiano, o los nukak, en el Guaviare en la Orinoquia y Amazonía colombiana, donde ambos se autodeterminan como *la gente verdadera, la gente de verdad*.

Todos los pueblos indígenas en Colombia, sin excepción, quieren y requieren saber la verdad, una verdad integral que aporte y de cuenta del porqué del genocidio físico y cultural en contra de sus vidas y territorios. Saberla y conocerla ayudará a sanar las desarmonías causadas.

El artículo 1° del Decreto 588 de 2017 establece la naturaleza de la CEV como un ente autónomo e independiente del orden nacional, de rango constitucional, con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio por un período de 3 años de duración. Esta entidad tiene, hoy, una comisión indígena, una dirección étnica y una metodología étnica consultada y construida con los pueblos indígenas para que, con las voces de las víctimas como centro del acuerdo, den cuenta de la violencia y el conflicto armado desde su verdad.

La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (en adelante La Comisión) hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante Sistema Integral o SIVJRNR) pactado en el punto 5° del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Fue incorporada a la Constitución a través del Acto Legislativo No. 01 de 2017 y reglamentada mediante Decreto Ley 588 de 2017. La Comisión está integrada por seis (6) comisionados y cinco (5) comisionadas escogidas mediante un procedimiento público, participativo, independiente e imparcial. La Comisión es un órgano independiente, autónomo y de carácter extrajudicial. Tiene una duración de tres (3) años contados a partir del 28 de noviembre de 2018 para el cumplimiento de los siguientes objetivos: esclarecimiento de la verdad, reconocimiento, convivencia y no repetición. (JEP, 2019, p. 25)

La CEV tiene como reto poder esclarecer la verdad del conflicto armado interno en el país, como garantía de no repetición de las violencias en Colombia y, para el caso indígena, esclarecer el genocidio físico y cultural al cual han estado sometidos históricamente los pueblos indígenas. Por lo cual, en clave de contar en el caso indígena las violencias desde la larga duración, establecen que:

Políticamente se necesita una ruptura con el pasado. Las comisiones pueden ser el primer punto de esa ruptura, pero si no hay justicia, no hay consolidación de la verdad, y el riesgo es que la respuesta a los problemas del presente siga anclada en las viejas recetas del pasado, como el refuerzo del autoritarismo o la falta de respeto a los derechos humanos. (Martín Beristain, 2007, p. 6)

Estas entidades que están bajo la sombra del SIVJRNR actúan y deben trabajar de manera articulada y como sistema, dado que:

Las comisiones de la verdad no tienen el poder de enjuiciar, pero muchas han recomendado la realización de juicios, y algunas han compartido sus archivos con las fiscalías. Otras han optado por dar a conocer públicamente los nombres de las personas que, según sus conclusiones, eran responsables de violaciones específicas. Ello puede plantear cuestiones muy difíciles en cuanto a las garantías procesales. El procedimiento estándar es permitir a los acusados que respondan a los cargos en su contra, sea por escrito o en entrevistas privadas, antes de que la comisión los nombre en público. (Hayner, 2006, p. 2)

Todas estas acciones están encaminadas a dar respuesta al derecho que tienen las víctimas a la verdad y la no repetición, pero también a la memoria, dado que “la memoria intenta preservar el pasado solo para que le sea útil al presente y a los tiempos venideros. Procuremos que la memoria colectiva sirva para la liberación de los hombres y no para su sometimiento” (Todorov, 2000, p. 7).

Aun cuando las comisiones han sido solo el primer paso en el proceso que implica asumir la verdad sobre el pasado; han ayudado, como parte de su agenda e impacto, a establecer la verdad sobre lo sucedido. Tradicionalmente, se veían esos procesos más como algo que terminaba con la Comisión; sin embargo, en estos años hemos aprendido que las comisiones son el inicio de procesos a más largo plazo, no solo de la verdad que se investiga sino de cómo esa verdad se asume. (Martín Beristain, 2007, p. 1)

Ese es el reto actual de la CEV, después de 3 largos años de construir y narrar con las voces y sentires de las víctimas la desproporcionalidad del conflicto armado interno, su trabajo ahora es territorializar la verdad escrita, la verdad hallada en cada uno de los territorios de este país, como una acción de reparación simbólica de reconocimiento de otras verdades. Esto hace parte de las recomendaciones o legado de la CEV, que ya no va depender de ellos, sino de “la agenda posterior y dependiendo del grado de voluntad política de los gobiernos para llevarlas a cabo, de las dificultades en función del nivel de impacto y número de población afectada y de la presión de la sociedad civil” (Martin Beristain, 2007, p. 1) para asumir esas verdades.

## **2. Dirección Étnica de la CEV: metodología étnica**

Con la creación de la CEV, los pueblos indígenas en la consulta previa determinaron que esta, al igual que el resto de entidades del Sistema, debían tener una adecuación institucional. Es así que, en medio del diálogo, el debate y la concertación, los pueblos indígenas agrupados en la Mesa Permanente de Concertación (MPC) iniciaron una fase de alistamiento con la CEV que “implicó un proceso de relacionamiento y pedagogía con la autoridades y líderes de los pueblos y organizaciones indígenas que se adelantó entre finales de 2018 y principios de 2019” (Comisión de la Verdad, 2022). En esos diálogos se crea “la Dirección de Pueblos Étnicos (que es ganancia del proceso de consulta), sino que estaba el grupo de trabajo para temas étnicos, en donde se contó con un enlace nacional indígena del pueblo kokonuko” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 4).

Es así que con la Resolución N° 024 del 11 de marzo de 2019, se creó la Dirección de Pueblos Étnicos, que tiene como funciones:

- i) Implementación de la metodología del enfoque étnico y contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, y el Protocolo de Relacionamiento con las autoridades y víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y rrom.
- ii) Desarrollo de objetivos y estrategias de la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad en territorio.
- iii) Articulación con el SIVJRNR.

Además, en el trabajo de adecuación institucional se logró modificar:

las Resoluciones N° 0006, “por la cual se adopta la estructura interna y la planta de personal” y N° 0011, “por la cual se establecen las funciones por dependencia” y la Resolución N° 0013 del 2018, “por el cual se modifica el manual específico de funciones y competencias laborales para los cargos de la planta de personal”, como parte de la estructura organizacional de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (Comisión de la Verdad, 2022, p. 9)

De igual manera, en el pleno de comisionados se logró realizar modificaciones a varias normas en clave de adecuación institucional y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Es así que “mediante Acuerdo 0002 del 21 de agosto de 2018, se adopta el reglamento de organización

y funcionamiento de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición” (Comisión de la Verdad, 2022, p.10), y en sus artículos 6, 8, 24 y 68 determina funciones específicas para tener en cuenta con los pueblos étnicos en Colombia. Y en lo relacionado con el manual de contratación de la CEV, “particularmente con los criterios de selección de los enlaces territoriales y personal de las comunidades étnicas según las Resoluciones 0011 de 2018 y 088 de 2019” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 11), donde quedó determinado así:

Artículo 4º: “Establecer que las personas que se postulan a los cargos vacantes de la Comisión de la Verdad, bajo la modalidad establecida (contrato de trabajo), que sean pertenecientes a los pueblos étnicos de Colombia (comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; pueblos indígenas o rrom) podrán equiparar los requisitos de formación y experiencia con el tiempo de experiencia y el manejo de los conocimientos de la comunidad a la que pertenezcan (saberes, usos, costumbres), teniendo en cuenta que deben ostentar el respaldo y aval de sus organizaciones”. Bajo esta adecuación se logró la contratación de líderes y lideresas en las distintas macro territoriales. (Comisión de la Verdad, 2022, p. 11)

Si bien se fueron dando algunas adecuaciones, no fue fácil, fue un debate duro en una entidad recién creada, en donde se pensaba que no era necesario crear este espacio. Jhoe Sauca, uno de los líderes indígenas que estuvo de principio a fin en la consulta del Sistema, nos relata lo crítico y fuerte que fue esta concertación:

Por ejemplo, con el mismo padre Francisco de Roux, que uno se supone que caminaban los procesos y que andaba con nosotros, conocía de las luchas, llegar a Bogotá, una semana durísima, y que prácticamente ellos mismos nos cerraran la puerta en la cara como diciendo: “venga, ustedes no tienen derecho a contar la verdad ni a estar aquí adentro”, era bastante complejo. De esa magnitud se dieron los debates y creo que finalmente logramos que se apoyara el proceso y ahí quedó la comisionada.<sup>7</sup>

En cabeza de una mujer y abogada emberá chamí de Karmatarrua, (uno de los primeros territorios indígenas recuperados en Antioquia, entre otras recuperaciones hechas por su madre, Eulalia Yagarí, una de las mujeres indígenas fundadoras de la ONIC) Patricia Tobón Yagarí, se convierte en la cara indígena de la Comisión de la Verdad. Sobre ella y el pleno de los comisionados se dejó la responsabilidad de ayudar a los pueblos indígenas y sus víctimas, a conocer la verdad indígena en Colombia del conflicto armado interno y las violencias de larga duración en contra de los pueblos.

Una de las primeras acciones fue construir y validar “la metodología étnica contra el racismo y la discriminación racial que se organizó como Sistema Integral y que se llevó a procesos de consulta en la MPC de los pueblos indígenas”.<sup>8</sup>

7 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

8 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

Como punto de partida, la metodología de la Comisión reconoce los derechos de los pueblos étnicos y sus víctimas como una contribución a su dignificación y como un precedente del proceso de justicia transicional a la superación de las brechas entre reconocimiento formal de los derechos de las víctimas y la materialización de los mismos. Igualmente, promueve acciones afirmativas en aras de materializar el principio de no discriminación para el goce efectivo de los derechos de los pueblos étnicos. Teniendo en cuenta lo anterior, el enfoque étnico de la Comisión busca aportar a la transformación de las condiciones de discriminación, exclusión y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes. (JEP, 2019, p. 27)

### Con la Dirección Étnica en marcha se logró, a saber:

La adecuación institucional, en términos de que participe gente de los pueblos étnicos, compañeros afros, compañeros indígenas que además han hecho parte de las organizaciones. Eso también ha dado otras lecturas, ha posibilitado otros diálogos, y diálogos que no necesariamente han sido fáciles, pero que sí han abierto la posibilidad de que haya otras lecturas del conflicto armado interno en Colombia, y específicamente en los territorios étnicos.<sup>9</sup>

Es de resaltar que la CEV ha sido la única en el mundo que ha incluido y reconocido la necesidad de recoger las voces de los pueblos indígenas y su verdad, y como fue expresado por la CEV en su informe audiovisual, “Lo más importante es que el mundo sepa lo que paso con nuestra comunidad” (2022, 3m40s), refiriéndose al derecho que los pueblos tienen de saber la verdad de lo que les pasó. Este avance de la CEV es una lucha ganada por los pueblos indígenas y étnicos del país, en gran medida por su nivel de organización y de incidencia en el Acuerdo Final de Paz con el Capítulo Étnico. Estas adecuaciones y reconocimiento le dan un plus al proceso, porque rompe con la idea del racismo epistémico, ese “repertorio de la intimidación racista de las elites” (Arboleda Quiñonez, 2011, p. 10) que aún persiste en la academia y en la sociedad. Además, no considera a los pueblos indígenas como objeto de investigación, sino que antes los asume como sujetos activos en la investigación y en la construcción de la verdad desde la diversidad, desde la pluralidad. Es así que:

La metodología étnica de la Comisión plantea elementos innovadores que buscan aportar a la transformación de la relación entre la institucionalidad del Estado y los pueblos étnicos, partiendo de la base de que sus acciones garanticen sus derechos a la verdad, justicia y reparación. Igualmente, promueve el reconocimiento por parte de la sociedad colombiana no solo de las violaciones y el impacto del conflicto sobre los pueblos étnicos, sino también de sus acciones de resistencia y su contribución a la construcción de la identidad de la nación colombiana. (JEP, 2021, pp. 26-27)

Una identidad que no es solo cultural, sino lingüística y territorial también. Y fue así donde la metodología étnica de igual manera incorporó y reconoció los idiomas de los pueblos indígenas, situación que llevó a la Comisión a un reto:

---

<sup>9</sup> Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

tener traductores indígenas en la entidad. En algunos casos se pudo facilitar y en otros no: en la región del eje cafetero y Antioquia, por ejemplo, Yuli Marcela Niaza, embera chamí, hablante del embera bedea e investigadora de la CEV, nos comenta: “en las acciones que pudimos realizar en los territorios, pudimos contar con traductores”,<sup>10</sup> lo que fue posible en gran medida dado que:

En el equipo hay compañeras, compañeros de los pueblos étnicos que hablan las lenguas y ellos a veces hacían las entrevistas con compañeros de sus propios pueblos en lengua y eso también ayudaba a que luego se dijera esto se dijo. Por ejemplo, recuerdo algunas entrevistas de compañeras embera, tenemos dos compañeras, pero una de las que ha estado tomando entrevistas seguido que es embera y ella hacía ese dialogo constante allá con las comunidades. Hemos tenido compañeras nasas, compañeras sikuani, bueno, nosotros también de diferentes pueblos.<sup>11</sup>

De acuerdo con los enlaces territoriales y étnicos, la mayoría de las entrevistas se realizaron en español, pero algunas en idioma propio de los pueblos indígenas. “La Comisión respetaba el hecho de que si se hacía en sikuani pues se hacía todo el procedimiento y el trámite que se requería para que se hiciera la traducción y que se respetara como se sintiera mejor el entrevistado”.<sup>12</sup> Es importante resaltar que los idiomas de los pueblos indígenas son una riqueza para los pueblos, el país y la humanidad, pero ciertamente el Estado aún no está adecuado a la realidad lingüística de la nación, y por lo general son los hablantes de los idiomas indígenas los que deben adecuarse al sistema monolingüe del Estado multiétnico para poder ser atendidos.

Nosotros somos distintos y, por lo tanto, tiene que haber un proceso pedagógico, un proceso en una comunicación ideal, donde el castellano tenga que hacer un esfuerzo intelectual para comprender qué es ser víctima en un pueblo negro, qué es ser víctima en un pueblo raizal, palenquero o en un pueblo nómada o sedentario o seminómada. Esas dos cosas de interpretación sobre lo que es la víctima están contempladas en lo que son las salvaguardas y, además, allí es muy claro lo que es la objeción cultural. Entonces nosotros, los jueces algún día tendrán que comprender esos dos conceptos que son completamente diferentes. Un esfuerzo por reconocer los otros idiomas que se hablan en el país.<sup>13</sup>

De igual manera, hay que decir que “no fue como en todos los escenarios, porque en algunos no se contaba con eso, además no eran traductores pagados por la Comisión, sino era en esa coordinación con las comunidades, porque no se contaba con los recursos”.<sup>14</sup>

Creo que la existencia de esa Dirección de Pueblos Étnicos ha permitido asumir de forma directa esa diversidad y esas realidades que se encuentran en los pueblos. Creo también que, si bien está como todo ese ejercicio, es tan grande y tan difícil y tan crudo lo que ha pasado con los pueblos, que, aunque se haya hecho el mayor esfuerzo, no se ha logrado cómo abarcar

10 Yuli Marcela Niaza (16 de mayo de 2022), comunicación personal.

11 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

12 Elizabeth Apolinar (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

13 Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal.

14 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

la totalidad de los pueblos indígenas, porque somos muy diversos, unos más poquitos, otros más grandes, otros con procesos muy visibles, como en el Cauca, otros con procesos no tan visibles, como los jiw. Entonces creo que esas diversidades, a veces con el ánimo de abarcar todo, también se deja mucho sin profundizar, pero pues para hacer un ejercicio creo que ha sido muy valioso que por lo menos pueda en el informe dar cuenta de un capítulo étnico particular en el que haya una aproximación a esas verdades de los pueblos indígenas. Y digo aproximación porque hay muchísimo todavía por profundizar, por hacer y por entender esas diversidades y particularidades de cada pueblo indígena.<sup>15</sup>

### 3. Informe final de la CEV

La CEV, como parte del sistema integral y en general, ha sido para los pueblos y organizaciones indígenas de Colombia una oportunidad histórica que nunca antes se había dado, ha sido la oportunidad de que los pueblos posicionen su voz en el país, desde sus sentires, desde su corazón y desde lo que han y hemos vivido. Una de esas voces escritas se dejó plasmada en el informe final de la Comisión, entregado al país el 28 de junio de 2022.

Un informe que cuenta la verdad desde diferentes aristas y orillas, pero un informe desde las víctimas; en donde coloca en disputa las otras verdades que no se han escrito, que no se han dicho y no se han escuchado. Para construir este informe, “la Comisión de la Verdad fue a hacer esa escucha grande y plural, y hacer el informe, y dentro del informe quedaron muy reflejadas las voces de los pueblos étnicos. Uno considera que se ha logrado.”<sup>16</sup>

Construir un informe, como el de la Comisión de la Verdad, no fue una tarea fácil, lo diverso y complejo del conflicto armado en el país colocó muchos retos. La desproporcionalidad y temporalidad del conflicto lo hizo más difícil, sumadas las limitaciones logísticas para buscar esas verdades. Muchos reconocen que algunas entrevistas fueron necesarias, pero recorrer los territorios era lo fundamental dado que

La verdad no está solamente en nosotros, la verdad está en quienes, de alguna manera, estuvieron en el territorio mirando lo que sucedía, porque eso era una situación muy difícil y con mucho temor se vivía en esos lugares. Cometieron todas las violencias que existen en esta vida y, entonces, esa verdad, si bien hay una entrevista, lo que ya se viene diciendo se ha investigado desde acá, pero para mí no hay una verdad, realmente lo que es una verdad desde nosotros, podríamos decir, porque a la vez, uno que ha estado escuchando esas versiones de estas personas que estuvieron en estos grupos, pues también ellos no están diciendo la verdad, dicen cosas que no es realmente, no hay voluntad y pienso que eso ya así va a ser, el país va a conocer una verdad a medias.<sup>17</sup>

Desde un principio, en el diálogo y la concertación no se logró dejar un capítulo indígena como tal en el informe final, pero sí un capítulo étnico. Las

15 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

16 Yuli Marcela Niaza (16 de mayo de 2022), comunicación personal.

17 Juan Edgardo Pai (18 de junio de 2022), comunicación personal.

autoridades indígenas insistían: “Nosotros decíamos y sustentábamos que no debería haber sido un capítulo étnico, que debería haber sido un capítulo llamado por su nombre: si es indígena que se llame el capítulo indígena, si es el pueblo negro, que se llame el capítulo del pueblo negro”.<sup>18</sup>

La comisión reconoce a los pueblos y comunidades étnicas en su dignidad y como sujetos de derechos, cuyos aportes a la construcción de la nación colombiana y a la paz requieren ser conocidos por toda la sociedad. Esto implica incluir las narrativas propias y formas de transmisión del conocimiento de los pueblos étnicos, lo cual va a posibilitar que su verdad haga parte del relato nacional y que sean visibles los diferentes análisis y perspectivas que existen sobre el conflicto. (JEP, 2019, p. 26)

La construcción de este informe no fue fácil: “No alcanzamos a tomar todas las entrevistas, hay muchos puntos por debatir. Lamentablemente, esta sociedad sigue siendo muy fragmentada, no hay muchos consensos, entonces va a ser difícil, pero sí esperamos que esto sea un granito de arena”.<sup>19</sup> La verdad está en disputa, y desde donde se enuncia lleva con ella la carga de años de dolor y sufrimiento. No es fácil, pero es necesario que se cuenten las otras verdades no contadas, no habladas y silenciadas: “Hablar de la verdad no es fácil, porque nosotros logramos tener varios encuentros con mayores políticos que vivieron de los 80, de los 70, y entender que hay una verdad que ha dolido”.<sup>20</sup> Eso manifestaron los mayores que dieron su vida para crear la primera organización indígena en Colombia, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), en su informe llamado “entonces hablamos” entregado a la CEV en el 2021, donde decidieron entregar su informe para no dejar que su verdad fuera contada por otros.

Todo mundo quería tener la verdad sobre el CRIC: los liberales decían que ellos habían ayudado a fortalecer el movimiento indígena, las FARC decían que ellos habían ayudado a impulsar el movimiento indígena del Cauca y que por eso la trascendencia y la importancia que hoy tiene el CRIC era precisamente a partir de lo que ellos habían generado, cuando esa no era la verdad, cuando nosotros hemos sido víctimas de las FARC, del ejército, de los mismos políticos. Hay que recordar el paramilitarismo en el caso del Bloque Calima que lo dicen mucho y que fue determinante en ciertas situaciones en el norte del Cauca, sobre todo con el tema del naya.<sup>21</sup>

Con el informe final, los pueblos indígenas desearon ver reflejada su verdad: “Hay un deseo muy grande de conocer la verdad, pero ellas y ellos mismos hacían la pregunta, pero sí, sí estamos dispuestos en escuchar esa verdad que queremos que estos actores, sobre todo los armados, que ellos cuenten esa verdad”.<sup>22</sup> Los pueblos quieren escuchar esa verdad para sanar, para vivir, porque “hablar de lo que se ha vivido, algunos dicen, es como volver a abrir la herida; y es como nombrar eso y poder

---

18 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

19 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

20 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

21 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

22 Yuli Marcela Niaza (16 de mayo de 2022), comunicación personal.



traerlo; hay temores de lo que implica hablar de las violencias,<sup>23</sup> pero es necesario hacerlo para que no se repita y realmente se pueda vivir en paz. El informe final tiene varios apartados y énfasis, y uno de ellos, muy importante, son las expectativas y los hallazgos que se encontraron en relación con las mujeres indígenas, muchas exigen que “se materialicen más derechos para ellas y en que puedan tener más apoyo para lograr que sus procesos caminen y sean más grandes. Las mujeres esperan también muchos espacios de encuentro y de fortalecimiento para ellas”,<sup>24</sup> dado que la guerra las violentó de manera desproporcionada. Esto se logró evidenciar en el informe final, por un lado:

Las violencias vividas; pero también en violencias instaladas al interior de las mismas comunidades, y eso es una realidad en términos de situaciones de violencias patriarcales que han estado instaladas, pero que también responde a todos estos procesos coloniales y que es importante reconocerlos para que no se repitan. Ese es también uno de los legados de la Comisión que busca dejar en la sociedad: el reconocer para que no se repita.<sup>25</sup>

Aun así, siguen siendo las mujeres, y más las rurales e indígenas, las que siguen cargando a costas las violencias, muchas con marcas y huellas en el cuerpo que son difíciles de borrar, como señala Cabnal: “Como enseñan los feminismos indígenas, no vale pelear por el territorio, si el primer territorio, que es el cuerpo, resulta atropellado” (Vega, 2020, p. 32). Aun así, el silencio en los pueblos indígenas también ha sido una forma de resistir, de sobrevivir y de re-existir, es un derecho por el que muchas y muchos prefieren guardar también para no repetir, para no abrir esos canastos que quizá puedan hacer más daño del que ya hicieron. Muestra de ello es lo que muchas mujeres indígenas del pueblo sikuani en la Orinoquía colombiana manifestaban, que, si bien para unos se debe contar, para ellas hay otras formas de tramitar ese dolor desde lo cultural, desde lo espiritual. Son estas otras verdades que aún no se sabrán en este informe final.

Yo conocía de manera informal, me contaban una serie de vulneraciones de derechos a las mujeres en estos territorios pero que nunca, nunca se ha hablado de ese tema, de violaciones por parte de las FARC nunca se habló. Esos temas nunca se tocaban, porque, además, para el sikuani el tema de la mujer es intocable, no se puede ni mencionar porque de eso no se habla, o sea, si pasó no se habla porque pues eso se soluciona internamente en la familia, o sea, si hubo un grupo armado que hizo X o Y daño hacia la mujer pues de eso no se habla, fue un poco más complicado el tema de las mujeres. Encontramos unas verdades que, si se sabían, se tenían como unas evidencias. Ya el Centro Nacional de Memoria Histórica había tocado algo, pero hubo verdades que creo que van a faltar en el informe, unas que nunca se van a contar en el tema de las mujeres, y bueno, eso es algo respetable también de la cultura, y si para eso es una vergüenza, pues para la mujer no se va a contar nunca más.<sup>26</sup>

23 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

24 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

25 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

26 Elizabeth Apolinar (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

Estas son las otras verdades que siguen guardadas en los sueños, silencios y cuerpos cubiertos por esa desarmonía que no deja vivir, estas son las otras realidades que seguirán buscando sanar en medio del conflicto armado interno, verdades individuales que desde su sentir también buscan verdad. Y es que todos tienen derecho a contar su verdad, y los pueblos indígenas como colectivo “también decidimos contar nuestra verdad política, cómo a los pueblos indígenas políticamente nos han llevado a ese riesgo de exterminio físico y cultural”.<sup>27</sup> Y es así como el país, por medio de este informe final, debe conocer “que nosotros no hemos participado de manera voluntaria ni ideológica en este conflicto, sino que, todo lo contrario, las fuerzas de un lado y del otro han querido someternos e involucrarnos en un conflicto que no es nuestro”.<sup>28</sup>

Fueron muchos los informes entregados por los pueblos y organizaciones indígenas a la CEV para este relato del informe final, y uno de los primeros e importantes fue el primer informe nacional de memoria histórica de los pueblos indígenas de Colombia: *Tiempos de vida y muerte: Memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia*, construido conjuntamente entre la ONIC y el Centro Nacional de Memoria Histórica de Colombia (CNMH), entre el 2017 al 2019, en donde Óscar Montero, quien escribe aquí, y como co coordinador indígena del informe, al que denominaron “Telar”, en representación de los pueblos indígenas manifestó: “Queremos la verdad, queremos justicia y garantías de que esto no se repita, quizá podremos perdonar, pero jamás podremos renunciar al derecho de conocer la verdad del porqué asesinaron y exterminaron a nuestra gente” (Comisión de la Verdad, 22 de abril de 2021), en las instalaciones de la CEV.

Con la base de estos informes, la CEV, además, antes del despliegue territorial de la toma de entrevistas o testimonios en la Colombia étnica, realizó una serie de encuentros de pedagogía sobre la importancia de la entidad y lo trascendental de construir y esclarecer la verdad para la construcción de paz en el país. Es así que

En el año 2019 se realizaron 37 encuentros previos a la toma de entrevistas con equipos de las macro territoriales y encuentros locales y regionales, de estos 34 fueron directamente con pueblos indígenas, en los que se buscó contextualizar el objetivo de la Comisión de la Verdad y su tarea de esclarecer lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno. (Comisión de la Verdad, 2022, pp. 6-7)

Lo anterior fue punto de partida para el recorrer del informe final, muchos aportes fueron gracias a las entregas de los pueblos indígenas y organizaciones defensoras de derechos humanos que acompañan a los pueblos indígenas, de acuerdo con el Sistema de Información Misional (SIM) de la CEV con “corte a 23 de marzo de 2022, son en total 297, de los cuales 98 corresponden a informes y casos de pueblos indígenas, 76 son de carácter interétnico”, “De estos 11 informes son específicos sobre mujeres indígenas y 20 informes interétnicos sobre mujeres” (Comisión de la Verdad, 2022, pp. 6-7). Todos estos informes se sumaron a

27 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

28 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

las miles de voces grabadas en los recorridos en la Colombia indígena, que si bien no se llegó a todos lados, hay que resaltar que adonde se pudo llegar, aquí está esa voz de la otra Colombia, la Colombia “india”. La CEV realizó encuentros con mayores, sabios y sabias, autoridades indígenas, guardias y mujeres; se juntó con la MPC como reconocimiento y aliada de la paz y la verdad, y desde los mismos pueblos se llegó a los territorios indígenas, con la misma gente indígena a tomar entrevistas. Entre esos estaba yo, entrevistando a los bari en el Catatumbo, a los betoy en Tame, Arauca, a los ettee en las Sábanas de San Ángel en Issa Oristuna y a los embera chamí en el Resguardo de Geguadas en Mistrató, Risaralda. “Este convenio de asociación 376 de 2019 se suscribió con la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), en calidad de organización ejecutora de recursos de la Mesa Permanente de Concertación” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 15).

La suscripción del convenio se realizó el 3 de octubre de 2019 por un monto de \$740.880.000 de los cuales \$54.880.000 corresponde a contrapartida y \$686.000.000 de la Comisión. El desarrollo de las actividades se realizó en los departamentos de: Amazonas, Guaviare, Guainía, Caquetá, Putumayo, Vaupés, Arauca, norte de Santander, Risaralda, Cesar, Chocó, Vichada, Nariño, Antioquia y Meta, distribuidos así en las 5 organizaciones nacionales indígenas, acorde a la distribución de la MPC. En el desarrollo del Convenio se tomaron 35 testimonios individuales y 27 entrevistas a sujetos colectivos, logrando la escucha de 911 personas pertenecientes a 31 pueblos indígenas. (Comisión de la Verdad, 2022, p. 15)

Para hacer efectivo este informe final, la CEV construyó dos rutas o instrumentos para utilizar en el despliegue territorial, para esclarecer la verdad:

Una ruta individual y una ruta colectiva. También diseñó instrumentos para la recolección de información (guías de entrevistas y de metodología) que permitieran tomar testimonios de los participantes directos e indirectos del conflicto: militares, integrantes de grupos guerrilleros, paramilitares, funcionarios de instituciones públicas, líderes de opinión y medios de comunicación. (Comisión de la Verdad, 2022, p. 15)

El SIM, de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, da cuenta de cuantas entrevistas de estas se realizaron para la construcción de este informe final, unas realizadas por la Dirección de Pueblos Étnicos y otras por los diferentes equipos de los diferentes comisionados de la entidad. Por ejemplo, “Las entrevistas realizadas de forma individual a víctimas de pueblos indígenas son 1183” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 18), entre esas están las que realicé al sujeto colectivo del pueblo indígena yukpa, en la Serranía del Perijá. El SIM muestra que se realizaron “414 entrevistas que corresponden con 3414 personas escuchadas y 1227 que se catalogan como de interés étnico y de las que se escucharon 3587 personas, para un total de 1641 entrevistas” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 17). Si bien la Dirección de Pueblos Étnicos fue la que mayormente realizó entrevistas a los pueblos indígenas en el país, es de resaltar que “el equipo de la macro Amazonía realizó 338 entrevistas escuchando

1103 personas indígenas, el ejercicio de escucha fue mayor en el departamento del Amazonas, con 171 testimonios, seguido de Putumayo, con 71, Vaupés, 57 y Guainía 24” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 17). De todo esto, se infiere que “en las entrevistas individuales y colectivas se escucharon a personas pertenecientes a 61 pueblos indígenas, que representan alrededor del 58% de la diversidad indígenas del país” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 19). Allí, de igual manera, di entrevista a la CEV como víctima directa del conflicto armado en Colombia, en la ciudad de Valledupar, como aporte a la construcción de la verdad que tanto necesita este país.

Con toda la escucha en el país, este informe final tuvo 5 ejes de trabajo que ayudaron a dar una interpretación más amplia del conflicto armado interno en contra de los pueblos indígenas en el país, las cuales son: “Racismo y discriminación; Construcción del Estado-nación y su relación con los pueblos étnicos; Economía política del conflicto armado; Resistencias y fortalecimiento del tejido social de las comunidades; Impactos del conflicto armado interno” (Comisión de la Verdad, 2022, p. 21).

El caso de la Amazonía sigue siendo uno de los territorios donde los líderes manifiestan que aún falta mucho por hacer, reconocen los esfuerzos aún teniendo presente que el equipo de la macro Amazonía de la CEV realizó 338 entrevistas, pero de igual manera manifiestan su inconformismo porque faltó llegar más a los territorios de la Amazonía colombiana en donde reiteran que también hubo conflicto armado. Líderes indígenas como Óscar Daza, coordinador de Derechos Humanos de la OPIAC, insisten en que:

Nosotros sabemos que geográficamente llegar a la Amazonia es complejo y que es muy lejano de los centros urbanos. Entonces, en su momento planeamos que la Comisión llegara a escuchar a todas esas poblaciones lejanas y recoger esos testigos para nosotros poder identificar cuáles fueron esas dinámicas, esos patrones de violación de los derechos humanos en el marco de la guerra que vivieron esos territorios. Nosotros teníamos esta esperanza, pero definitivamente acá no logramos eso, a pesar de que hicimos lo necesario para que se diera. Pongo un ejemplo, en Vaupés, donde hay alrededor de 20 organizaciones indígenas, solo pudimos trabajar con 6, ¿qué pasó con el resto de las organizaciones indígenas? ¿Por qué no llegamos hasta allá? Otro ejemplo es lo que pasó en Caquetá: nosotros no pudimos llegar al bajo Caquetá donde están mayormente concentrado los pueblos indígenas, y en Guainía mucho menos.<sup>29</sup>

Si bien las autoridades indígenas del Amazonas manifiestan que faltó trabajo de campo en la Amazonía, de acuerdo con el informe de balance de la CEV presentado a la MPC, la entidad llegó a los 6 departamentos de esta región. Quizás la falta de comunicación, articulación o coordinación ha estado precario en el último trabajo con las organizaciones, u otra razón puede ser igual que en los departamentos, en donde mayor se llegó, la macro región Amazonas fue quizás más en las organizaciones filiales a la ONIC que en las filiales de la OPIAC, y eso quizás responde a que sus autoridades manifiesten que “hoy en día, podemos decir que la Comisión de la Verdad hizo un trabajo muy superficial en la Amazonía

---

29 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

colombiana, dado que no tocó, no investigó ni profundizó sobre cómo fue ese factor en la Amazonía colombiana”.<sup>30</sup>

Es de resaltar, además, que la CEV llegó a los 31 de los 32 departamentos de Colombia, donde hay presencia indígena, para realizar entrevistas a pueblos indígenas. La mayoría fueron hechas a sujetos colectivos y a víctimas indígenas; además, se tuvieron entrevistas con indígenas en exilio. En los testimonios colectivos, la Dirección tuvo el reto de las escuchas colectivas:

Eso implicaba entrevistas de manera grupal en las que se entiende que la voz o el relato se construye de manera colectiva, no es la suma de todo, sino un relato construido de manera colectiva que habla no solo de los impactos, sino también de las resistencias que han vivido los pueblos.<sup>31</sup>

Finalmente,

Ya se acaba el tiempo de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad. Ha habido un equipo que ha sido eficiente, pero cuenta con pocos recursos, y además cuenta con poco tiempo para que esas verdades los colombianos las conozcan, desde esa realidad de los corazones de varias décadas de sufrimiento, para que el espíritu de nuestros muertos llegue a la tranquilidad, para que vivan en armonía, en equilibrio para todas las nuevas generaciones.<sup>32</sup>

El informe final debe llegar a todos los territorios del país, acatar sus recomendaciones ayudará a seguir soñando y materializando la paz para todo el territorio nacional. Este informe no puede quedar en las bibliotecas y universidades; debe caminar los territorios en donde la violencia se enquistó de raíz. Para esto, organismos como las Naciones Unidas han apostado a acompañar la socialización del informe y han solicitado “al gobierno Duque y al que se posesionará el próximo 7 de agosto, tomar las recomendaciones de la CEV como insumo para las garantías de no repetición al que tienen derecho las víctimas y, en general, la sociedad colombiana” (El Espectador, 12 de abril de 2022), ante la Asamblea de las Naciones Unidas en abril de 2022. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) “reitera su convicción respecto a la necesidad de que el Estado redoble sus esfuerzos en la implementación integral del Acuerdo de Paz, en particular su Capítulo Étnico, y adopte medidas urgentes para garantizar los derechos de los pueblos étnicos” (OEA 12 de abril de 2022).

#### **4. Verdad en medio de la pandemia de COVID-19**

Los más de 115 pueblos indígenas que habitamos hoy en Colombia somos los sobrevivientes victoriosos de muchas pandemias que nos ha tocado sobrevivir

---

30 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

31 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

32 Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal.

desde la misma época de la “conquista” hasta la actualidad (Montero de la Rosa y Bolaños Díaz, 2021, p. 44).

La pandemia de COVID-19 llegó para quedarse, y su llegada fue muy fuerte en los territorios de los pueblos indígenas: muchos abuelos, abuelas, sabios y sabias, se fueron con sus verdades en medio de la pandemia. Construir verdad en medio de la pandemia fue un gran reto, la virtualidad no era una salida tan eficaz para los territorios indígenas, esos en donde no hay agua potable, mucho menos energía o internet. Aun así, se continuó en la búsqueda de esas verdades.

Uno de los retos fue precisamente el despliegue que hizo la comisión a diferentes territorios a los que no llegan las entidades del Estado, y eso implica tiempos y presupuestos grandes, entonces eso ha sido como también el reto, y como digo, no alcanzamos a llegar a muchas zonas, Colombia tiene zonas muy difíciles de acceso, la pandemia nos restringe muchísimo pero se intentó, se intentó por lo menos llegar a algunos puntos y eso implicó adecuaciones institucionales y presupuestales importantes.<sup>33</sup>

Muchos de esos lugares alejados donde pocos llegan están en el Amazonas y en la Orinoquía colombiana, en donde:

Lamentablemente, en algunos lugares no se pudo llegar por el tema de la pandemia, se logró hacer unos pocos encuentros, pero otros que eran claves no se lograron por el tema de la pandemia. Hasta donde pude conocer después, cuando se pudo hacer algo de trabajo, ya cuando la pandemia lo permitía, se lograron hacer otras entrevistas, pero, por ejemplo, en Cumaribo, el trabajo fue muy complicado. Como decía, no hay personas formadas o compañeros que tú puedas decir: “ellos saben hacer entrevistas”. Fue un poco complicado, tengo entendido que tuvieron que hacer despliegue hasta allá, no sé los resultados, pero hasta donde yo estuve se logró hacer un avance gracias a los primeros encuentros territoriales. Faltaba profundizar en algunos lugares que eran claves, porque tocaba ir hasta allá, tocaba escuchar al abuelo en las noches, tocaba escuchar a la abuela en las noches, a las mujeres en su quehacer, para poder uno llegar a lo que se estaba buscando que era la verdad.<sup>34</sup>

## 5. Verdad en medio del conflicto

Los últimos sesenta años de historia en Colombia se han escrito a sangre y fuego; el dolor, el llanto, el terror, la lucha y la resistencia han sido el pan de cada día, no ha habido un momento en paz para los colombianos y colombianas, y miles de generaciones han tenido que nacer en medio de la guerra que sigue desangrando al país. No ha sido fácil construir verdad en medio del conflicto, ya que:

Ha sido complejo, ha sido difícil porque también muchas víctimas han tenido prevenciones a decir nombres, o que sus nombres sean dichos; otros, también uno lo que ha visto es que muchos dicen “yo quiero dar mi testimonio, pero no lo usen para el informe”, también es como el desahogarse.<sup>35</sup>

---

33 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

34 Elizabeth Apolinar (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

35 Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

No hay garantías de seguridad en Colombia para que la población víctima pueda decir su verdad, sigue vigente un conflicto en donde se asesina a la gente por ver, hablar o escuchar; aun así, es para reconocer el trabajo que adelantó la CEV y el Sistema en su integralidad es para felicitar, y más aún a la persistencia de las víctimas por seguir trenzando esperanzas por vivir en un país en paz, donde en medio del conflicto no hemos desfallecidos. Si bien hubo un proceso de escucha, de reconocimiento y de esclarecimiento, aún falta más y esto se debe, entre otras, a la vigencia del conflicto. El secretario de la Instancia Especial de Alto Nivel de los Pueblos Étnicos (IEANPE) nos deja muy claro esta situación:

Trabajar sobre la verdad y el esclarecimiento en los territorios donde hay un recrudecimiento de la violencia, donde aún no ha habido el desmonte del paramilitarismo, no permite que esos equipos lleguen a la profundidad para el esclarecimiento de la verdad. Los pueblos étnicos, afros, palenqueros, indígenas, raizales y rrom, todavía no han tenido esa posibilidad de llegar al cien por ciento, para que estas cosas se desarrollen, por los obstáculos políticos e ideológicos que tiene el gobierno en el momento actual, para garantizar que estas políticas públicas que están planteadas en la Constitución nacional se puedan desarrollar.<sup>36</sup>

La CEV fue la oportunidad para que muchos que han guardado tanto, por tanto, tiempo pudieran hablar, liberarse de esas verdades que nunca habían contado. Muchos hablaron, otros no; fueron espacios de escucha, de desahogo, de sanación y de cierre de ciclos para muchas personas, familias, comunidades y territorios.

Muchas veces uno escucha en los testimonios: “la verdad, yo nunca he dicho esto y lo voy a decir”. Después de años, gente que nunca había dicho nada de lo que había vivido, y de hecho en otros testimonios no necesariamente colectivos, individuales, decían: “esto se lo voy a contar a usted, pero no lo sabe ni mi esposo, ni mis hijos”; en especial cuando había testimonios relacionados a violencias basada en género, violencias sexuales.<sup>37</sup>

Y es que este sigue siendo un tema muy poco hablado e investigado en Colombia, y en los pueblos indígenas más. En efecto, actualmente, de “las víctimas indígenas, se considera que cerca de 700 mujeres fueron vulneradas en materia sexual, sin embargo, se cree que la cifra no es exacta, además de conservadora, y que muchos más hechos no se han mencionado o denunciado” (Mutiz et al., 2020), precisamente por lo dicho anteriormente, ya sea por miedo, por temor, por falta de acompañamiento, asesoría o por el simple hecho de vivir en un país que justifica la violencia y el patriarcado; donde las mujeres indígenas siguen siendo vistas como un objeto. En estas luchas las mujeres indígenas “cuestionan los usos y costumbres que las traicionan y las oprimen como mujeres” (Curiel, 2013, p. 64), por lo que se quieren justificar acciones que desarmonizan sus vidas con lo que es cultural. Por esto, para muchas mujeres estas situaciones han sido una lucha

<sup>36</sup> Armando Wouriyu (18 de mayo de 2022), comunicación personal.

<sup>37</sup> Nohora Caballero Culma (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

constante por denunciar, por no callar, por rodearse una a la otra; para algunas ese silencio ha sido clave para vivir aun sintiéndose muertas en vida. En el Cauca, precisamente en el norte del Cauca, las mismas mujeres indígenas de otras partes del país comentan:

Pero mientras en el Cauca, las mujeres indígenas tienen otras posibilidades y dicen: “acá no callamos más”, nosotras hablamos. En la Amazonia sucede lo contrario, dicen: “aquí tenemos que guardar silencio para poder vivir”; y es porque las situaciones y las condiciones tanto en las particularidades de los pueblos como de las instituciones son completamente distintas.<sup>38</sup>

Y es de resaltar que no es que las mujeres del Cauca tengan otras posibilidades, les ha tocado de igual manera a pulso construir otras oportunidades, desde la juntanza, desde el tejido, desde la fuerza, quizás esa heredada de la Gaitana. Esa misma coacción debe llevar a que las Amazonas, del Amazonas, sigan luchando por existir y resistir; es aquí donde la tenacidad y el querer vivir, ya quizás no por ellas sino por sus generaciones, se deben seguir luchando desde la palabra dulce, el ambil o el mambe, para lograr el cambio, lograr la paz; aun en medio del dolor, del conflicto; aun en medio del silencio y la palabra, la fuerza de las víctimas se resiste al olvido.

---

38 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal.



# SEMBRAR PARA RENACER

Las muertes crecen y los duelos se minimizan. no hay entierros, hay desaparición forzosa de los cuerpos (Montero de la Rosa y Bolaños Díaz, 2021).

La muerte, para los pueblos indígenas, es parte de su ciclo vital; la mala muerte es la que interrumpe esa red vital. En Colombia uno de los delitos más atroces que sigue angustiando al país es la desaparición de personas, no se puede vivir tranquilos hasta no encontrar al último hombre y mujer desaparecidos en el país. Por esto, la lectura que se le debe dar a las violencias en contra de los pueblos indígenas debe ser entendida desde una perspectiva histórica, que no ha terminado y que se mantiene con la convicción de hacer desaparecer lo indígena de raíz. Ejemplos recientes han sido la idea y materialización de la evangelización y reducción a la vida “civilizada” de los salvajes antes del siglo XIX, pero de igual manera actualmente con la expresión clara de administrar, interrumpir y alterar la vida indígena con la mala muerte como ampliamente lo documentaron los pueblos indígenas en el primer informe de memoria histórica, denominado *Tiempos de vida y muerte: Memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia*, sigue vigente. Es decir, reclutar para desaparecer y matar para desaparecer, donde se dan casos colectivos, con las masacres, pero donde la manera individual en el conflicto actual ha sido el *modus operandi* para, gota a gota, desaparecer a los indígenas (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019).

La desaparición de los pueblos indígenas como colectivo se ha venido dando desde las violencias de la larga duración que empezaron en 1492 con la llegada de los españoles al territorio del Abya Yala; desde allí comenzó el exterminio físico y cultural de pueblos enteros, con sus culturas y sistemas de vidas; desaparición que se acentuó con el conflicto armado, que está llevando actualmente al genocidio sistemático de los pueblos. Las siembras, formas propias de llamar los pueblos indígenas, en especial los de la Sierra Nevada, al entierro de sus muertos, se han postergado en el país, la violencia no ha permitido realizar estos últimos rituales sagrados a sus muertos, interrupción que no ha permitido que puedan viajar y descansar.

La desaparición de personas es una catástrofe que implica una ruptura profunda y sostenida de campos de sentido y acción tanto a nivel individual como social. Tradicionalmente se ha ejercido como un mecanismo de represión que inhibe la verdad y la memoria al ocultar el rastro del crimen y de sus responsables. (Robledo Silvestre, 2016, p. 95)

En cuanto a cifras, según el informe *Tiempos de vida y muerte* y la base de datos de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), “entre 1983 y 1996 se tiene registro de 141 hechos, mientras que entre 1997 y 2004 se pueden sumar 321; 2002 es el punto más álgido” (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p.357), mientras del 2005 al 2017 se presentaron 165 casos de desaparición forzada (Benavides Mora y Montero de la Rosa, 2019, p.394). Además, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) da cuenta de que:

Es la desaparición forzada el hecho que más prevalece, con 229 hombres y 28 mujeres víctimas. Así mismo, se identificó un número relevante de 158 casos sobre los cuales no se tiene información de las circunstancias de desaparición, seguida de la cifra de la desaparición por circunstancias de reclutamiento forzado que presenta 167 casos. (UBPD, 2022)

Aún persiste una ausencia grande en las cifras de los desaparecidos indígenas en Colombia, donde uno de los retos para seguir en la búsqueda de la paz es continuar buscando a los desaparecidos para poder finalmente sembrar para renacer, al menos cuando no se encuentren con vida. Es lo que quieren los pueblos indígenas de Colombia para poder vivir en paz.

## **1. Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas**

La tercera entidad que se crea en el marco del Sistema Integral de Paz es la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD). Por medio del Decreto 1393 de 2018 se establece la estructura interna de la entidad en el contexto y en razón del conflicto armado y se determinan las funciones de sus dependencias.

La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD) hace parte del Sistema Integral para la Paz, siendo un mecanismo extrajudicial que tiene por objeto dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias de búsqueda y localización de personas desaparecidas que se encuentran con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la recuperación, identificación y entrega digna de cuerpos esqueletizados, garantizando un enfoque territorial, diferencial y de género. (UBPD, 2022, p. 3)

Colombia es uno de los países en el mundo con mayor número de personas desaparecidas, según la UBPD. Se estima que hay alrededor de 90 a 120 mil desaparecidos, cifra que sigue siendo incierta debido a que aún sigue vigente el conflicto armado interno, donde una disputa de más de 60 años sigue desangrando el país, donde el hecho victimizante de la desaparición forzada sigue siendo “una grave y flagrante violación a los derechos humanos” (Robledo Silvestre, 2016, p.97), que ha mostrado su lado más crítico de la degradación de la guerra y de la desproporcionalidad que el conflicto ha dejado en las vidas de las víctimas en Colombia y en el mundo.

Una vez consultado el Registro de Solicitudes de Búsqueda, con corte del 15 de mayo de 2022, se han registrado un total de 639 personas indígenas dadas por desaparecidas, pertenecientes a 54 pueblos indígenas de los 115 identificados en

el Censo Nacional de Población y Vivienda del 2018 de Colombia. Estos corresponden a los pueblos achagua, arhuaco, awá, barasano, bora, carapana, chimila, coreguage, cubeo, desano, emberá, emberá chamí, emberá dobida, emberá katío, guayabero, hitnu, inga, je'eruriwa, kamëntsa, kamkuamo, kichwa, kizgó, kofán, koguí, macahuan, makaguaje, misak, mokana, muruí, nasa, nukak, pastos, piapoco, pijao, piratapuyo, pisamira, puinave, quillacinga, sáliva, sikuni, siona, siriano, tariano, totoró, tukano, u`wa, wanano, wayuu, wiwa, wounan, yanacona, yauna, yurutí y zenú (UBPD, 2022, p. 3).

Los retos y desafíos son grandes, pero la búsqueda es y debe ser imparable, dado que la meta es restablecer la armonía y el equilibrio de los pueblos indígenas. Que los awá puedan tener los cuerpos de los desaparecidos (si han fallecido) para hacer su cabo de año, que es la última etapa en la búsqueda de sus desaparecidos, dado que “primero está la armonización, la curación del territorio y del cuerpo del colectivo también; el segundo está la búsqueda”;<sup>1</sup> que los wayuu puedan encontrar a sus desaparecidos para poder hacer su primer y segundo entierro, si han fallecido; que los emberá puedan encontrar a sus desaparecidos para poder dormir y soñar; que los nasas puedan encontrar a sus desaparecidos para limpiar el suelo y recordarlos en el ritual del *Çxapuç* (ritual de las ofrendas a los muertos); que los kankuamos puedan encontrar a sus desaparecidos para danzar los 9 días y las 9 noches. Encontrar a los desaparecidos para que los pueblos indígenas en Colombia puedan vivir en paz y para que la Madre Tierra los acoja en su seno, sean sembrados y vuelvan a germinar; pero también la esperanza es que se encuentren vivos y se les pueda restablecer sus derechos en sus territorios y comunidades. De estos pueblos, se tiene información de que:

El pueblo nasa posee la mayoría de solicitudes de búsqueda de personas indígenas dadas por desaparecidas con 151 registros, lo que corresponde al 23,63% del total de las solicitudes, distribuidos en 120 hombres y 31 mujeres que se encuentran buscando a sus seres queridos. En este orden continúa el pueblo emberá chamí con 67 solicitudes de búsqueda (10,49%), realizadas por 59 hombres y 8 mujeres. (UBPD, 2022, p. 14)

Y los departamentos en el país con mayores números de personas dadas por desaparecidas hasta el momento son:

Cauca con 127, seguido de Antioquia (65), Meta (60), Putumayo (56), Guaviare (43), Nariño (43) y Caldas (36). En la mayoría de los departamentos, se han registrado entre 24 y 1 persona indígena dada por desaparecida, mientras que los departamentos de Santander y Guainía, a la fecha, no presentan solicitudes de búsqueda de personas indígenas dadas por desaparecidas. (UBPD, 2022, p. 13)

El reto que tiene la UBPD es encontrar a los desaparecidos, más aún donde persiste el conflicto armado interno, por riesgos de que no se puedan encontrar finalmente; la horrible noche no termina y las familias de las víctimas, día y noche,

<sup>1</sup> Juan Edgardo Pai (18 de junio de 2022), comunicación personal.

al igual que sus muertos, no tienen descanso. A esto se le suma que los comparientes, “estás personas que pertenecieron a los grupos, quienes asesinaron, no están dando una versión muy exacta de las fosas, han manifestado las atrocidades de todo lo que hicieron ellos, los daños, pero poco avance hay de lugares en donde han dejados o desaparecido los cuerpos”.<sup>2</sup>

Entonces, con la UBPD sentimos que hay mucho por hacer, esperamos mucho de la voluntad política de ellos para que a nuestros desaparecidos al menos se los encuentre, y si no se los encuentra, al menos se tengan razones o por lo menos nos conste a las víctimas indígenas de que el Estado colombiano dispuso de todas sus capacidades políticas, institucionales, operativas, logísticas, presupuestales, que se interesó por buscar a un compañero.<sup>3</sup>

Reto que se manifiesta de igual manera en el tema presupuestal. Los comisionados de Derechos Humanos de los pueblos indígenas en reiteradas ocasiones han denunciado la falta de presupuesto suficiente de la UBPD para atender la búsqueda de los desaparecidos en los pueblos indígenas de Colombia. El comisionado Jhon Jairo Tapie, de AICO, es muy contundente en su llamado a la entidad, donde él, además, es parte del Consejo Asesor como delegado de los pueblos indígenas desde el 2021 “en cumplimiento con el art. 11 del Protocolo de Relacionamento” (UBPD, 2022, p. 11).

Lastimosamente, la institución tampoco ha tenido las inversiones necesarias o las distribuciones presupuestales por parte del gobierno central, y ahí una de las dificultades de nosotros no poder todavía desplegar unos procesos amplios garantistas en la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en los territorios indígenas, o que sean personas indígenas desaparecidas en el marco o en razón del conflicto.<sup>4</sup>

La Instancia Especial de Alto Nivel de los Pueblos Étnicos (IEANPE) también llama la atención a la UBPD y a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) para mayores esfuerzos presupuestales para cumplir con las víctimas de los pueblos indígenas, “especialmente en los procesos que adelanta la JEP y las complejas búsquedas de desaparecidos que deberá realizar la UBPD en los territorios étnicos, sembrados de cadáveres, al igual que sus ríos y costas” (Coordinación Étnica Nacional de Paz-CENPAZ, diciembre de 2021, p. 135).

Se requieren recursos suficientes para que las familias, pueblos y organizaciones participen en el proceso de búsqueda de sus desaparecidos, así lo estipula la entidad misma:

Garantizar la participación de los familiares, comunidades, pueblos y organizaciones indígenas en los procesos de investigación, análisis, planeación, búsqueda, localización y reencuentro con personas dadas por desaparecidas que se encuentren vivas; la

---

2 Juan Edgardo Pai (18 de junio de 2022), comunicación personal.

3 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

4 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

prospección, recuperación e identificación de las personas halladas muertas y la entrega culturalmente pertinente y digna de sus cuerpos a las familias y sus comunidades o la entrega simbólica de sus territorios ancestrales afectados de acuerdo con los parámetros establecidos en este protocolo. (UBPD, 2022, p. 11)

De igual manera, la UBPD debe tener como centro de partida y en todo el proceso de búsqueda la espiritualidad de los pueblos indígenas para armonizar y sanar sus cuerpos y territorios.

## **2. Protocolo de Relacionamento y Coordinación entre la UBPD y los pueblos indígenas de Colombia: Órgano de Interlocución con y Coordinación**

Buscar a los desaparecidos de los pueblos indígenas no es posible si no se hace de manera conjunta con las autoridades de los pueblos y sus organizaciones o estructuras de gobierno. Además de que les compete por derecho, son ellos las víctimas colectivas de este flagelo de lesa humanidad que no permite la tranquilidad de la vida de sus familias. Es así que, en el marco de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, se instó a la creación de un espacio de diálogo e interlocución de los pueblos indígenas y la UBPD, que se logró materializar en el 2019 cuando se instaló formalmente el Órgano de Interlocución y Coordinación con el Movimiento Indígena de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (OICMI).

A través del Protocolo de Relacionamento y Coordinación entre la UBPD y los pueblos indígenas de Colombia se dio origen a un espacio de diálogo, interlocución y coordinación permanente, denominado Órgano de Interlocución y Coordinación con el Movimiento Indígena (OICMI). La creación de este escenario, mediante el Art. 12 del mencionado instrumento, establece que la Unidad de Búsqueda deberá coordinar todos los procesos y procedimientos que realice con el movimiento indígena, definido en este Protocolo con los cinco comisionados de las organizaciones nacionales, la secretaría operativa y los ex-constituyentes indígenas que tienen asiento en la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (CDDHPI). (UBPD, 2022, p. 5)

Un espacio político de alto nivel en donde, a partir de un diálogo horizontal de gobierno a gobierno, se definen las políticas y acciones para emprender en la búsqueda de los miembros de los pueblos indígenas dados por desaparecidos. Allí participan todas las organizaciones indígenas a nivel nacional con sus respectivos comisionados y delegados. Es en este espacio en donde los pueblos indígenas exponen, denuncian y dan cuenta de las situaciones de desaparición en sus territorios. Un ejemplo de esto es el testimonio de Juan Edgardo Pai, donde relata lo que su comunidad ha realizado para buscar a sus desaparecidos.

No tengo un registro exacto, pero más o menos, en nuestras comunidades debe haber unos 15 desaparecidos, eso porque no los hemos podido encontrar, porque nosotros hemos hecho la búsqueda, nosotros hemos intentado, y donde ya conocemos que están enterrados los hemos ido a desenterrar. Muchos de estos cuerpos, inclusive, hemos entregado a la fiscalía para que los identifiquen, más o menos 4 personas entregamos

hace unos 7 años y hasta el momento no nos los han regresado; por eso no hay muchas personas desaparecidas, porque la organización también se ha encargado de encontrarlos, de buscar sus cuerpos. En el pueblo awá hay muchos asesinatos y algunos los han desaparecido, pero nosotros los hemos ido a recuperar, creo que en el pueblo habrá más de 15 personas desaparecidas, es un número muy alto.<sup>5</sup>

Su relato demuestra la gravedad de la situación y, además, las dificultades que hay con las entidades a cargo de identificar los cuerpos de las personas dadas por desaparecidas en Colombia, las cuales hacen una doble desaparición de los cuerpos. Denuncias como estas son las que ponen en alerta al Órgano de Interlocución para mejorar su accionar y buscar estrategias de fortalecimiento del espacio para darle respuesta a las familias víctimas de este flagelo.

### 3. Plan de búsqueda: Pilotaje indígena

El accionar de la UBPD y su consulta con los pueblos indígenas dejaron varios acuerdos planteados, todos encaminados hacia la búsqueda de los indígenas desaparecidos como prioridad. Es así que, en el marco de sus acciones, que se iniciaron con el armado de varios planes de búsqueda, unos nacionales y otros regionales, acorde con la magnitud de la situación de desaparecidos en Colombia, ha manifestado que “se garantizó la participación de las organizaciones indígenas que hacen parte de este escenario de articulación para la construcción del Plan Nacional de Búsqueda (PNB), logrando la inclusión de un capítulo indígena en el componente étnico del Plan Nacional de Búsqueda” (UBPD, 2022, p. 6).

Por tanto, los planes regionales de búsqueda:

Es un instrumento de planeación de carácter participativo orientado al diseño de las estrategias que faciliten y agilicen el desarrollo de acciones humanitarias de búsqueda (recolección de información, ubicación, prospección, recuperación, entrega digna y localización y reencuentro de personas encontradas con vida) en una región geográfica delimitada y diferenciada, para abordar la búsqueda de todas las personas dadas por desaparecidas en dicho territorio. (UBPD, 2022, p. 21)

Si bien ha habido encuentros e interlocuciones constantes, las autoridades indígenas y los pueblos no ven allí resultados tangibles en la búsqueda de indígenas dados por desaparecidos. Muchos manifiestan que están trabajando en los territorios, pero no tienen en cuenta a los pueblos indígenas y sus procesos organizativos para articular acciones, como lo estipula el Protocolo de Relacionamientos, por ejemplo:

Por lo menos, en Putumayo hay un plan regional, lo mismo sucede en Caquetá, pero son acciones que han venido realizando sin tener en cuenta los pueblos indígenas. Una de las cosas que uno más pide es que se tenga en cuenta a los pueblos indígenas, ya que es una de las poblaciones más afectadas por el conflicto armado. Si bien hay que reconocer que es una institución que ha intentado hacer el ejercicio de acercarse le hace falta todavía.<sup>6</sup>

5 Juan Edgardo Pai (18 de junio de 2022), comunicación personal.

6 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

Esta situación, como pasa en la Amazonía, también se presenta en la Orinoquía, con el agravante de que los funcionarios que han llegado al territorio no tienen nada claro qué es el enfoque étnico indígena. Es el caso del departamento del Vichada:

La Unidad de Búsqueda de Personas dadas como Desaparecidas, hablo específicamente por Vichada, estaba un poco descontextualizado hasta que empezó hasta ahora el trabajo. El año pasado llegó al territorio en Semana Santa; eran personas que no conocían el territorio, no conocían la dinámica, nunca habían ido a un territorio ni siquiera como Puerto Carreño, mucho menos se imaginan cómo es la dinámica en Cumaribo. Pueblos indígenas como que no conocían tampoco, descontextualizados totalmente. Entonces el enfoque diferencial en la Unidad de Búsqueda no lo vi y hay cosas que ayudaban muchísimo a los procesos y a los trabajos de cada misionalidad de cada entidad. Creo que ese es el enfoque indígena que se le puede dar a la misionalidad de cada entidad.<sup>7</sup>

Mientras tanto, en Caldas, en el resguardo indígena de San Lorenzo, se han venido dando unos avances, pero que responden al cumplimiento de una sentencia judicial de la JEP, debido a que en el territorio se ha podido identificar “fosas, sitios de sepultura ilegales o tumbas” (JEP, 2019, p. 74). Es aquí en donde el total de “acciones humanitarias en territorio indígena 2020-2021: 23 acciones donde se ha recuperado 2 cuerpos que están en proceso de identificación, que pueden ser o no indígenas, en territorios de Bagadó, Chocó y resguardo indígena de San Lorenzo, Caldas” (UBPD, 2022, p. 18). Arbey Gañan, líder y dirigente del pueblo embera chamí, de Caldas, y habitante de este territorio, explica cómo ha sido este proceso:

Con la unidad sentimos que el proceso va muy lento, va muy despacio, nos preocupa que el tiempo va corriendo; esta unidad también tiene el tiempo limitado para hacer el trabajo, pero no se ven las garantías económicas de poder agilizar el proceso. Entonces uno diría que allí en Caldas se viene avanzando porque la JEP los viene acosando también, esto es una orden judicial, y que por lo tanto tienen que mostrar resultados. A uno sí le preocupa los otros lugares, que uno ve que no avanza el proceso, que no están siendo claros con la consulta de los planes de búsqueda.<sup>8</sup>

Las organizaciones indígenas, sus pueblos y autoridades sienten que no hay voluntad política por parte de la UBPD para poder avanzar en la búsqueda de los indígenas dados por desaparecidos. Una de las principales preocupaciones o barreras que se da es el tema presupuestal, en donde no ven reflejados los suficientes recursos para poder desarrollar labores a cabalidad relacionadas con la búsqueda, que para el caso de los territorios indígenas suelen ser más costoso, dado que están muy alejados de los centros urbanos. A esto se le suma la falta de esfuerzos por parte de la UBPD, que ha fraccionado la confianza con los pueblos indígenas en Colombia, como ha venido sucediendo con los acuerdos adelantados en el marco del Órgano de Interlocución, que “han tenido hasta el momento una destinación presupuestal ejecutada de \$109.161.402 millones de pesos” (UBPD, 2022, p. 12). A pesar de los espacios de reuniones políticas, en palabras de Gañan, los comisionados han manifestado que han

7 Elizabeth Apolinar (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

8 Arbey Gañan (19 de mayo de 2022), comunicación personal.

tenido varios encontrones. Por ejemplo, el año pasado se habían consultado, e incluso dejado por acta, de que para los pueblos indígenas se irían a invertir 3 mil millones de pesos para las 6 organizaciones y poder hacer un trabajo de planes de búsqueda, y cómo incorporarlos y poder avanzar, y en este año lo que encontramos es que nos dicen que ya solamente tenemos 2 mil millones y no hay muchas explicaciones de por qué nos quitan esos mil millones, o bueno, las explicaciones no son justificables, y cosas como esas nos tiene en un limbo que no nos ha dejado contratar o avanzar en este año.<sup>9</sup>

La situación se ha complejizado un poco más, dado que el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) ha dejado de asistir a los órganos de interlocución y en gran medida ha sido porque no ven en la UBPD voluntades para poder avanzar. Manifiestan que no hay operatividad en la práctica de buscar a los desaparecidos y coinciden con el resto de organizaciones en el país en que “no tiene financiación y eso es demasiado grave porque el Cauca, nosotros tenemos caracterización de puntos donde las comunidades saben que existen fosas comunes pero que realmente no existen las garantías”.<sup>10</sup>

Para el desarrollo de estos pilotajes en el 2020, la UBPD dispuso de algunos presupuestos para el desarrollo e implementación en 6 territorios definidos por los pueblos indígenas en Colombia:

1. Vereda El Bravo, resguardo Tortugaña Telembí, Nariño.
2. Resguardo Yarinal, municipio San Miguel, Putumayo.
3. Vereda San Martín y Miraflores, Cumbal, Nariño.
4. Cuatro centros del resguardo Arhuaco: Nabusimake, Simonorwa, Jeurwa y Gunaruwun. Sierra Nevada de Santa Marta.
5. Zona nororiente, territorio ancestral Sa'th Tama Kiwe del pueblo nasa, resguardo San Lorenzo, Vereda Plan de Zúñiga, municipio de Caldon, Cauca.
6. Parcialidades Candlejas, Paraíso, municipio La Uribe, Meta. (UBPD, 2022, p. 9)

Territorios definidos por las respectivas organizaciones indígenas del nivel nacional acorde con la demanda de personas indígenas dadas por desaparecidas que se encuentran en su territorio. Para esto la UBPD:

De conformidad con el numeral 11 del artículo 17 del Decreto Ley 589 de 2017, a través de una resolución de la Dirección General de la UBPD, establecerá un grupo interno de trabajo que desarrollará herramientas metodológicas, comunicativas y pedagógicas que faciliten el desarrollo de las funciones de la UBPD, entre otras funciones que se asignen de forma concertada, incorporando las cosmovisiones de los pueblos indígenas, en el marco de la estructura de la UBPD. (JEP, 2019, p. 77)

Si bien el grupo está definido y ha venido avanzando en sus trabajos, los funcionarios que allí laboran no fueron delegados o consultados a las autoridades indígenas en el marco del Órgano de Interlocución, el cual se debía hacer en el marco de la articulación y relacionamiento.

Aun así, en el desarrollo de acciones para materializar el enfoque diferencial indígena hay que reconocer que la UBPD ha venido adelantando los siguientes procesos:

9 Arbey Gañan (19 de mayo de 2022), comunicación personal.

10 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.



Traducciones del Protocolo de Relacionamiento y Coordinación entre la UBPD y los pueblos indígenas, en 12 idiomas: huitoto, coreguaje, siona, inga, nasa, awá, embera katio, achagua, piapoco, embera dovida, wounaan e ikú (arhuaco). · Diseño e impresión de fichas pedagógicas y guiones metodológicos para la realización de diálogos colectivos y espacios de pedagogía con personas, familias y comunidades indígenas. · Traducciones de 5 cuñas institucionales para difusión radial, en 12 idiomas: huitoto, coreguaje, siona, inga, nasa, awá, embera katio, achagua, piapoco, embera dovida, wounaan e ikú (arhuaco). (UBPD, 2022, p. 9)

Procesos que poco a poco van interculturalizando el accionar de la entidad y comprendiendo la diversidad y riqueza que tienen los pueblos indígenas en Colombia.

#### **4. Búsqueda en medio de la pandemia de COVID-19**

En el 2020 la pandemia fue cogiendo tanta fuerza que colocó al mundo en cuarentena; pareció que el mundo se había paralizado. En Colombia la situación no fue distinta, pero se sumó el agravio de que el conflicto armado de igual manera cogía fuerza en los territorios. Esta situación afectó fuertemente la búsqueda de personas dadas por desaparecidas, de igual manera que afectó los debates y encuentros para construir rutas de búsqueda en terreno, que fueron postergadas, situación que “implicó varios escenarios virtuales de diálogo (aproximadamente 6 espacios) que, atendiendo a la realidad territorial en la que se encuentran los pueblos indígenas y sus líderes, se tuvieron que postergar, reiniciar y replantear de manera continua” (UBPD, 2022, p. 8).

La pandemia de COVID-19 postergó la angustiada búsqueda que las familias víctimas de este hecho venían realizando; las cuarentenas no permitían la búsqueda de sus seres desaparecidos.

#### **5. Búsqueda en medio del conflicto**

El conflicto armado está más vigente que nunca, en muchos territorios no se fue, incluso se fortaleció, es el caso del departamento de Nariño, donde se lleva a cabo un proceso de pilotaje con el pueblo indígena awá, en el municipio de Barbacoas, resguardo indígena de Tortugaña Telembí. Allí, después de la masacre del 2009 aún hay cuerpos indígenas desaparecidos, que no se han podido rescatar, entre otros motivos, por la presencia de actores armados en el territorio, como las disidencias de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP), en donde además han minado el territorio con Minas antipersonas (MAP) y munición sin explotar (MUSE). Así lo denuncia Juan Edgardo Pai al referirse a “la siembra, o los artefactos explosivos como minas antipersona, que han agudizado la vida en los territorios, en los caminos, en los lugares montañosos, o sea, la guerra acá ha surgido con mayor fuerza”.<sup>11</sup>

Antes las autoridades y sus respectivas organizaciones y comunidades, le exigían a los armados el cese al fuego o gestos humanitarios, pero de igual manera como

---

11 Juan Edgardo Pai (18 de junio de 2022), comunicación personal.

expresa Juan Edgardo en su testimonio, hay tanta proliferación de grupos que no se sabe con quién hablar, no se sabe quién es la cabeza o quién es que manda, y mientras tanto las desapariciones siguen creciendo y obedecen en muchos casos por el control territorial que estos actores ejercen en sus territorios ancestrales. “Al respecto, Mastrogiovanni (2014) defiende la tesis de que las desapariciones forzadas en ciertas zonas del país están directamente relacionadas con la extracción de recursos naturales, como una estrategia para eliminar la resistencia” (Robledo Silvestre, 2016, p. 104).

Esta situación de minado al territorio complejiza la búsqueda de los desaparecidos. Una de las demandas de los pueblos indígenas en todo el país es sanear el territorio tanto de minas como de restos de cuerpos enterrados en él, lo que ha sido difícil por la vigencia del conflicto que no permite avanzar. Por ejemplo, “el pueblo indígena korébajü perdió indígenas, aún hay desaparecidos y que no hemos encontrado. Acá vivimos con la guerra y esto no ha sido fácil porque hemos perdido mucho”.<sup>12</sup>

En el caso del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), se viene adelantando procesos de búsqueda de personas dadas por desaparecidas, pero de igual manera denuncian que en medio del conflicto la búsqueda se hace más compleja. Así lo testimonia Aldemar Bolaños:

Estamos ya avanzando en temas de búsqueda de las personas, el tema del contexto ha dificultado esa situación porque pues donde están estas fosas es zona de control de las disidencias, son zonas de conflicto entre disidencias y la Nueva Marquetalia, y bueno, otras estructuras que se generaron después del acuerdo.<sup>13</sup>

A pesar de las adversidades que plantea el conflicto armado en Colombia, un significativo número de personas se dedican a la búsqueda de personas dadas por desaparecidas. Se estima que “al 15 de mayo del 2022, reflejan que existen 840 personas buscadoras de pueblos indígenas, de las cuales 206 se reconocen del pueblo indígena nasa, 112 señalaron ser indígena sin determinar el nombre del pueblo” (UBPD, 2022, p. 17), y “según el Registro de Solicitudes, el 63,81% de las personas buscadoras son mujeres y el 35,24% son hombres. Desde la perspectiva interseccional de los enfoques diferenciales de la UBPD, la búsqueda es una labor feminizada” (UBPD, 2022, p. 18), labor que “en el caso específico de la desaparición de personas, son principalmente los familiares quienes inician la tarea de construir campos de disputa en torno a la representación de las personas desaparecidas” (Robledo Silvestre, 2016, p. 96), en últimas de sus familiares, de sus desaparecidos.

---

12 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

13 Aldemar Bolaños (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

## VOLVER AL ORIGEN

¡Que la paz no nos cueste la vida, démosle la oportunidad a que las semillas de vida puedan restablecer el equilibrio y la armonía de la humanidad! ¡Sigamos contando con nosotros para la paz, nunca para la guerra!

Óscar David Montero de la Rosa, “Genocidio indígena en Colombia: Tiempos de vida y muerte”

¡Volvamos al origen! Pongamos la palabra y silenciamos las armas. Volver al origen es una filosofía de los pueblos indígenas en Colombia. La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) ha sido la abanderada al plantear la necesidad de los pueblos indígenas de volver al origen, y esto no significa vestir en “taparrabos o desnudos”, como muchos han malinterpretado; volver al origen es tener conciencia de lo que se es como indígena y su responsabilidad en la vida comunitaria, organizativa y territorial. Volver al origen es poder estar en armonía y equilibrio con la Madre Tierra como la dejaron los padres y madres espirituales desde el origen.

Es así que es fundamental entender qué es paz para los pueblos indígenas. Por ejemplo: “para el pueblo uitoto, la paz es tener tranquilidad familiar y una tranquilidad territorial, que eso permite el buen relacionamiento cósmico entre la naturaleza y la sabiduría de los abuelos”.<sup>1</sup> Esa paz de igual manera es posible con la ritualización tanto de la vida misma de las personas como del territorio, tanto de sus sitios masculinos como femeninos, como ha manifestado Dunen Muelas, secretaria técnica de la Comisión Nacional de Mujeres Indígenas de Colombia (CNMIC):<sup>2</sup> “hay muchos sitios sagrados femeninos donde se les hace pagamento a las mujeres que han sido profanados, y que nos interesa como mujeres trabajar allí, nos interesa ser fortalecidas, reparadas desde allí”.<sup>3</sup> Volver al origen es restablecer los derechos de las víctimas indígenas en el país.

---

1 Carlos Garay (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

2 “Es una comisión conformada por las coordinaciones y/o consejerías de mujer, familia y generación de las 5 organizaciones indígenas de carácter nacional: ONIC, Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), Confederación Indígena Tayrona (CIT), Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama (AICO) y Gobierno Mayor. Es la instancia que hace seguimiento a todo lo que tiene que ver con políticas públicas relacionadas con mujeres, familias y generaciones indígenas” (Dunen Muelas, 5 de mayo de 2022, comunicación personal).

3 Dunen Muelas (5 de mayo de 2022), comunicación personal.

## 1. De gobierno a gobierno: instancias de diálogo y concertación

Restablecer la armonía y el equilibrio a las víctimas de los pueblos indígenas en Colombia desde lo colectivo es fortalecer sus procesos políticos y organizativos, sus dinámicas y procesos en clave de pervivencia cultural y de buen vivir.

Para la organización y para de donde uno viene, sería que tengamos esos mecanismos de coordinación y articulación de autoridad (autoridad y gobierno). Ya en lo otro, en lo procedimental, lo que son las políticas, los presupuestos, creemos que los podemos, si hay voluntad de parte del Estado colombiano y su institucionalidad, los podemos llevar adelante. Yo creo que eso sería una gran medida de reparación, porque es devolverles la dignidad que ha sido mancillada históricamente a las autoridades, a los gobiernos, los territorios y las comunidades que integramos los pueblos indígenas del país, en este caso de AICO.<sup>4</sup>

## 2. Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas de Colombia

Históricamente, los pueblos indígenas de Colombia han venido haciendo el ejercicio colectivo de tejer, entretejer y destejer a partir del diálogo y la concertación de acciones que les garanticen el buen vivir-vivir bien, ejercicio que se ha traducido en políticas públicas interculturales desde y para la gente indígena.

La cacica Gaitana, Juan Tama, Carlos Tamabioy y Quintín Lame, por ejemplo, han sido quienes, con la palabra, la lucha, la resistencia, el trueque y las leyes, lograron concertar acciones para el equilibrio y la armonía de sus pueblos y por hacerlo han sido exterminados. Hoy, las organizaciones indígenas: ONIC, Organización Nacional Indígena de la Amazonía Colombiana (OPIAC), Confederación Indígena Tayrona (CIT), Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama (AICO), Autoridades Indígenas de Colombia-Gobierno Mayor, Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y Autoridades Indígenas del Suroccidente (AISO), han heredado y revitalizado el ejercicio de autoridad, de gobierno a gobierno.

De acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley 21 de 1991, son muchas las formas de concertar, pero todas tienen como principio la unidad, la autonomía, la cultura y el territorio, además de la garantía del derecho fundamental a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado. Se defiende el derecho fundamental a la consulta para lograr tener participación de los pueblos indígenas en la transformación del Estado, en este caso, políticas públicas que, desde los pueblos indígenas, entienden como un sistema de tejidos que entrelazan y conectan los sistemas de vida de los pueblos desde una perspectiva integral, entendiendo los mundos indígenas como un todo que en espiral van y vuelven al origen.

Los pueblos indígenas han dialogado desde todos los tiempos con el Estado colombiano, a veces en desventaja (antes de 1991, con la Constitución de 1886, menores de edad y salvajes), pero, desde una lógica vertical. Después, con la

4 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

Constitución Política del mismo año, se logró cambiar esa situación, por lo menos en el papel, y los pueblos empezaron a tener “igualdad” de derechos desde una visión horizontal, es decir, fueron considerados ciudadanos y sujetos políticos de derechos. Con la Asamblea Nacional Constituyente y posteriormente la Carta Magna, el país reconoció la diversidad y la multiculturalidad de la nación. Se abrió y llegó el nuevo tiempo del “reconocimiento de los pueblos indígenas” como actores y sujetos participantes de la adecuación y transformación del Estado social de derecho, reconocido en el artículo 7 de la Constitución Política.

Un nuevo rumbo tiene Colombia, y también un nuevo desafío, que aperturó la Constitución de 1991: entender la diversidad étnica, cultural, territorial y lingüística, es decir, lo que hoy folclóricamente muchas instituciones llaman el “enfoque diferencial”, sin saber en qué se traduce eso. Muchos se atreven a colocarle el apellido de indígena o propio, pero no deja de ser simplemente una mención, y mas no una acción que realmente reconoce a los pueblos como sujetos. Esta falta de entendimiento, pero además de agudización de la violencia en el país entre 1991 a 1996, llevó a los pueblos indígenas a movilizarse para exigir respeto en 3 puntos específicos: derecho a la vida, derecho al territorio y derecho a la participación, situación que se materializó en la expedición de los Decretos 1396 y 1397, de 1996, respectivamente, al constituirse 3 instituciones interculturales de diálogo y concertación para cada uno de los derechos anteriores, todo producto de la toma al Episcopado en Colombia en junio de 1996.

Desde allí se viene concertando para vivir, desde lo propio, lo intercultural y lo conveniente, cada vez de manera más propia y “técnica”, con pedagogías y metodologías como el diálogo y el acuerdo. Es en la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas de Colombia (MPC) donde se pactan todas las acciones administrativas o legislativas que afectan directa o indirectamente a los pueblos indígenas en Colombia. Es así que la consulta y el consentimiento previo, libre e informado del Sistema Integral de Paz pasa por este escenario, fortalecerlo es restablecer los derechos políticos de los pueblos indígenas violentados en el marco del conflicto armado y del hostigamiento racista de la institucionalidad colombiana hacia sus ciudadanos, hijos de todos los tiempos de este territorio, los pueblos indígenas.

### **3. Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia**

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia (CNDDHPI) es un espacio de participación para los pueblos indígenas que buscan, o que velan por, la garantía de sus derechos a nivel nacional y fue creada mediante el Decreto 1396 de 1996.

La Comisión de Derechos Humanos está conformada por el gobierno, pues del gobierno solamente está el Ministerio del Interior, que es el que recibe las sesiones de la comisión, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Defensa, la fiscalía general de la nación, la Procuraduría General, la Defensoría del Pueblo, y los delegados indígenas por las

organizaciones nacionales, que es uno por cada organización nacional, son los que conforman la Comisión Nacional de Derechos Humanos.<sup>5</sup>

La comisión se encarga de hacer seguimiento a todos los acuerdos que se pacten en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia, entre esos, el Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz. Fortalecer el proceso de concertación y consultivo de la comisión es poder lograr la exigibilidad de derechos que tienen los pueblos indígenas, es poder contribuir desde el diálogo político a la paz del país.

#### **4. El Sistema Integral como garantía de reparación integral y no repetición de las violencias**

Para los pueblos indígenas, “paz es vivir en equilibrio y armonía con nuestra Madre Tierra” (Montero de la Rosa, 2017, p. 74). Concepto que no es ajeno a la concepción amplia de los pueblos indígenas, dado que concibe que los humanos no son los únicos en tener derechos. La tierra como madre también tiene derechos, es decir que los derechos humanos se deben entender e interpretar desde una perspectiva multidisciplinaria, como lo plantean Estévez y Vázquez (Estévez y Vázquez, 2019).

Los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos han venido insistiendo en que los derechos humanos no deben quedarse solo en el individuo, sino pensarse en el colectivo, pero, además, recuerdan e insisten en que el territorio también es sujeto de derechos. Ante esto se han venido dando algunos avances y “recién entonces reconocemos en la violencia de los derechos humanos un ataque no solo contra el individuo, sino contra la sociedad misma” (Lechner, 1983). Estos avances se ven reflejados, en Colombia, por ejemplo, en el Decreto Ley 4633 de 2011, donde se reconoce el territorio como víctima del conflicto armado, y como tal, también tiene derecho a su reparación, revitalización y garantías de no repetición. Este mismo Decreto Ley presenta una serie de garantías en derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las violencias para los individuos, los colectivos y el territorio, es decir, para las comunidades, los pueblos indígenas y sus territorios. En lo que tiene que ver con

la reparación transformadora implica el restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos, su cultura, sus territorios y su espiritualidad, vulnerados históricamente en sus dimensiones material e inmaterial. Por lo tanto, la reparación debe integrar un conjunto de medidas y acciones transformadoras, justas y adecuadas, dirigidas a fortalecer la autodeterminación de los pueblos y eliminar los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser causa de los hechos victimizantes. La JEP deberá reconocer de manera interdependiente los daños individuales, individuales con efecto colectivo, colectivos, al territorio, a la autonomía, así como a la integridad cultural, política y organizativa de los pueblos indígenas de Colombia. (JEP, 2019, p. 12)

---

<sup>5</sup> Carlos Garay (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

De todo esto, la principal demanda de las víctimas de los pueblos indígenas es “volver al territorio que pertenecen, poder tener su sitio donde vivir tranquilos, donde puedan tener sus siembras, tener sus animales y poder moverse en el territorio sin ningún temor, situación que no se puede garantizar al 100%”.<sup>6</sup> Esto debe ser una prioridad para la no repetición de las violencias en los territorios de origen, por eso,

la no repetición implica que estos grupos ya no existan en el territorio, porque si están ahí eso se va a seguir repitiendo, y es muy importante que en estos espacios donde estuvo ya la guerra, haya un espacio de sanación, porque las heridas son muchas, o sea, nosotros, dentro de nuestra cultura, somos, tenemos una relación directa con el territorio, con los ríos, con las montañas, con las aves, con todo lo que existe dentro del territorio, y el daño que hace asesinar a un líder, a una persona allá dentro de su territorio, pues termina de desarmonizar todo el contexto espiritual, animal, de aves y de todo lo que existe allá, inclusive el viento o el aire, porque mire que nosotros somos gente de viento también por eso dice *Piawa*: “gente de río”, gente de loma, o sea, tenemos esa relación, y *Pawa*, por ejemplo “gente del trueno”. Entonces toda esa relación implica, y eso significa una sanción, y sanar todas esas heridas implica que no haya, no vuelvan a existir esos grupos armados que hacen daño dentro del territorio.<sup>7</sup>

En el trabajo citado de Echavarría Álvarez et al. (2022, p. 64), los indicadores de “Implementación del enfoque étnico por punto del Acuerdo Final: noviembre de 2021” da cuenta de las anteriores afirmaciones, pues, en el punto del fin del conflicto, hasta el momento no lleva nada completado, mientras que el punto de las víctimas, es el que tiene mayores avances de cumplimiento en comparación con el resto. Por tal motivo, desde este sistema de tejido, se sigue insistiendo en que todos los puntos del Acuerdo Final de Paz deben materializarse en su conjunto para lograr la paz total, la paz completa.

En relación con la reparación y las garantías de no repetición de las violencias, el secretario técnico de la Comisión Nacional de Derechos Humanos reitera:

Las medidas de reparación para los pueblos indígenas son, primero, tiene que haber una reparación del territorio, el Estado colombiano siempre nos ha vulnerado el derecho al territorio, el derecho a la tierra, porque los pueblos indígenas estamos como en un ecosistema ¿no? Hemos pueblos indígenas en la sierra, pueblos indígenas del desierto, pueblos indígenas de la selva y pueblos indígenas que aún todavía continúan en aislamiento y sin ser contactados. Entonces, como ese ecosistema de los pueblos nos permite a nosotros también, nos permite que, en la parte territorial, pues tengamos el buen goce y el disfrute de lo que nosotros ancestralmente tenemos, que es la libertad del territorio, pero aquí, en este principio constitucional al que nos llevaron los Estados después de la “conquista”, que nos “resguardaron” a nosotros, pues nos limitaron la libre determinación de nuestro espacio territorial.<sup>8</sup>

La reparación a los pueblos indígenas por las diferentes situaciones de violencia vividas en el conflicto armado interno es una responsabilidad exclusivamente

6 Victoria Neuta (14 de mayo de 2022), comunicación personal.

7 Juan Edgardo Pai, comunicación personal (18 de junio de 2022).

8 Carlos Garay, comunicación personal (12 de mayo de 2022).

del Estado y de las instituciones que lo dinamizan, como el Sistema Integral, pero también de las entidades que se han designado para tal fin, por ejemplo:

El Plan Marco de Implementación (PMI), en su Capítulo Étnico en relación con el punto 5, introduce 7 metas trazadoras y 13 indicadores, 3 de responsabilidad de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 1 del Ministerio de Salud y Protección Social, y los 9 restantes de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV). Con respecto al balance que realiza el Gobierno Nacional sobre el avance de su trabajo en el cumplimiento de estos indicadores con corte a julio de 2021, la Instancia Especial de Alto Nivel de los Pueblos Étnicos (IEANPE) expresa con grave preocupación las siguientes consideraciones técnicas y sustantivas: ninguno de los llamados reportes de los indicadores responde al cuadro indicativo concertado en el PMI; los reportes se circunscriben a citar el nombre del indicador y la entidad responsable, pero omiten la referencia a la respectiva meta trazadora y omiten sistemáticamente reportar de conformidad con las fórmulas de cálculo acordadas, a pesar de que fue el método fijado en el PMI para medir efectivamente el avance del respectivo indicador. (CENPAZ, diciembre de 2021, p.145)

Tabla 2. Principales indicadores pendientes y en proceso de implementación del PMI para el Punto 5

Nombre del Indicador PMI	Responsable	Avance según SIIPO	Año inicio	Año fin	Código
Planes nacionales de reparación colectiva fortalecidos	UARV	56.7%	2018	2031	E.316
Sujetos de reparación colectiva con Plan de Reparación Colectiva implementado	UARIV	27,08%	2018	2031	E.315
Porcentaje de sujetos de reparación colectivos con PIRC étnicos concertados, consultados e implementados	UARIV	60.00%	2017	2031	E.E.2
Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos fortalecido	Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales	51,38%	2017	2031	E.336

Fuente: Echavarría Álvarez et al. (2022, p.189).

Es así que, para que podamos vivir en paz, el Estado en su conjunto debe garantizar que todas las entidades puedan hacer su mayor esfuerzo para avanzar en la construcción y consolidación de la paz en el país. Lo único que quieren los pueblos indígenas en Colombia es:

Vivir en paz, queremos que se implemente el Acuerdo Final de Paz. Basta ya de esta guerra que nos tiene muertos en vida. Solo pedimos que le demos la oportunidad a nuestros hijos e hijas a que sueñen con vivir en paz. Qué reto grande tiene el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición creado en el Acuerdo de Paz. Siguen buscando la paz en medio de la desidia del gobierno con su política de muerte, de acabar con la paz. (Montero de la Rosa, 9 de abril de 2022)



#### 4.1. Enfoque de mujer, familia y generación en las víctimas indígenas

Una de las salvaguardas más importantes que se dejó en el Capítulo Étnico del Acuerdo Final de Paz fue el enfoque de mujer, familia y generación de las víctimas indígenas, un enfoque que da garantías para la pervivencia de los pueblos.

Es un reto su implementación, porque este enfoque busca proteger a la familia indígena en su integralidad, y no a individuos de manera separada. Si bien se reconoció el enfoque, la secretaria técnica de la Comisión Nacional de Mujeres Indígenas indica lo siguiente: “Yo creo que hacen falta garantías para lograr una implementación real. Quedaron enunciados, pero todavía sigue siendo un reto para la institucionalidad”.<sup>9</sup> Un reto por la falta de entendimiento y adecuación de las otras configuraciones y concepciones de la familia, en este caso, desde lo indígena. De la misma manera, Victoria Neuta, delegada indígena ante la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación del Acuerdo Final (CSIVI) manifiesta: “En ese sentido hemos tenido inconvenientes, junto con estos movimientos de mujeres, ya que se hace difícil que ellas comprendan que las mujeres hablamos de todo, de las mujeres, de los niños, de los líderes, etcétera, mas no únicamente de las mujeres”.<sup>10</sup>

#### 4.2. Mujeres indígenas: el tejido de origen

Las mujeres indígenas son tejido, origen y semilla que germinan de la tierra con la fuerza de la palabra y el pensamiento dulce para armonizar la humanidad.

En Colombia, los pueblos indígenas consideran a la Tierra como una mujer, como la madre que debe ser cuidada, protegida y salvaguardada. Así como se cuida a la Tierra como madre, se cuida a las mujeres indígenas en los pueblos y territorios, dado que son ellas las que permiten la pervivencia de la cultura, no solo en lo biológico, sino en lo político, social y territorial; las mujeres indígenas son el complemento, son la dualidad y el equilibrio de todo lo que existe desde la concepción de la Ley de Origen de los pueblos indígenas en Colombia. Esto, sin caer en un esencialismo de lo indígena y las mujeres, en donde es importante revisar el lugar de enunciación de ellas o la imposición de lógicas que aún siguen siendo producto del patriarcado, con apellido de originario. Es así que,

designadas por la heteronorma cosmogónica, las mujeres indígenas asumimos el rol de cuidadoras de la cultura, protectoras, reproductoras y guardianas ancestrales de ese patriarcado originario, y reafirmamos en nuestros cuerpos la heterosexualidad, la maternidad obligatoria, y el pacto ancestral masculino de que las mujeres en *continuum*, seamos tributarias para la supremacía patriarcal ancestral. (Cabnal, 2019, p. 127)

Estas son reflexiones que deben darse en los procesos políticos organizativos de los pueblos, dado que actualmente las mujeres indígenas son el 50,1% de la población indígena en el país, es decir, son la mitad, 954.402 mujeres indígenas, un poco más que la población masculina en Colombia, pertenecientes a los

9 Dunen Muelas (5 de mayo de 2022), comunicación personal.

10 Victoria Neuta (14 de mayo de 2022), comunicación personal.

115 pueblos indígenas, acorde con el último censo del Departamento Nacional Administrativo de Estadísticas (DANE) del 2018. Ellas son las herederas de las cacicas que desde la supuesta “conquista” se enfrentaron al colonialismo y al patriarcado impuesto en Abya Yala (mal conocido como América), estas mujeres son las hijas de la cacica Gaitana, de Guyumus, de Seynekun, de Manexca y de otras más que se mantienen vivas en la memoria y en el territorio ancestral de los pueblos.

Hay que leer el conflicto armado en los pueblos indígenas en Colombia desde una perspectiva de la larga duración de las violencias, violencias que se han ensañado históricamente en contra de las mujeres indígenas. Muchas fueron violadas y esclavizadas por los españoles en la época de la “conquista”, porque eran consideradas un objeto que podía ser usado, manipulado e instrumentalizado. Por ejemplo, en esa época, y todavía hoy, la Iglesia católica no concebía la participación de la mujer en los espacios de gobierno y de representación, por lo que el rol de las mujeres en los escenarios de gobierno indígena se fue desvaneciendo hasta el punto de eliminar cualquier cacicazgo o forma de autoridad femenina, situación que provocó el desequilibrio no sólo civil, sino también cultural y espiritual de muchos pueblos indígenas, ya que se fue perdiendo la dualidad y la complementariedad para ejercer gobierno propio dentro de los territorios. Sin embargo, es pertinente cuestionar estos conceptos desde el planteamiento de “la hetero-realidad cosmogónica originaria”, de Lorena Cabnal, en donde establece que “desde el esencialismo étnico que todas las relaciones de la humanidad y de esta con el cosmos, está basada en principios y valores como la complementariedad y dualidad heterosexual para la armonización de la vida” (Cabnal, 2019, pp.122-123), excluyendo así a otras expresiones existentes de la diversidad sexual. Cabe agregar que el rol de la mujer se fue relegando solo a los oficios de la casa, situación que debilitó los procesos espirituales, políticos y organizativos del ordenamiento dejado desde el origen de los pueblos. La Iglesia permeó tanto la cultura de los pueblos indígenas, que la participación de la mujer en los espacios y escenarios de decisión llegaron a ser nulos, se impusieron modelos patriarcales y se rompió con la armonía y el equilibrio de la integralidad de la familia en los procesos comunitarios y territoriales.

Somos hijos e hijas de esas mujeres que se resistieron a desaparecer, de esas mujeres que desde el vientre lograron mantener la sabiduría indígena por más de 530 años. Hoy, esa lucha sigue vigente y con más fuerza en medio de las balas y el derramamiento de sangre en Colombia, donde las mujeres indígenas siguen siendo el botín de guerra para todos los actores armados. Han sido ellas las que, con los confinamientos y desplazamientos de sus territorios, se han encargado de los hogares porque sus esposos fueron asesinados. Desplazadas en la ciudad, les ha tocado cambiar de roles y buscar empleo para poder sobrevivir, y en muchos casos han sido sometidas a explotación laboral, sexual y discriminación, producto de la violencia estructural que se ha manifestado en la continuidad del colonialismo, el patriarcado y el racismo hacia los pueblos indígenas, siendo las mujeres indígenas triplemente victimizadas. Así lo ha documentado y denunciado la Corte Constitucional de Colombia, mediante el auto de seguimiento 092 de 2008:

Las mujeres indígenas y afrocolombianas padecen discriminación múltiple e intersectorial por motivos de sexo, raza, color y origen étnico y por condición de desplazadas. Con el conflicto se reproduce y se incrementa la discriminación entre los distintos grupos, y las mujeres padecen discriminación en distintas vertientes.

Estas discriminaciones múltiples “operan de distintas maneras para reducir la capacidad de los sujetos estereotipados de gozar plenamente de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (Cook y Cusack, 2010, p. 17).

En las grandes ciudades, las mujeres indígenas, además, viven situaciones de esclavitud, el ejemplo más común es cuando son empleadas en servicios domésticos, obligadas a trabajar hasta altas horas de la noche y sin ningún tipo de descanso; se les hace creer que es una “ayuda”, pero no reciben salarios dignos y menos seguridad social. Muchos se aprovechan porque no saben hablar ni escribir en español, porque son, en su mayoría, menores de edad y porque no tienen conocimiento de sus derechos laborales. En el peor de los casos, muchas son violadas en el contexto del conflicto armado, a muchas les toca “vender sus cuerpos”, prostituirse o caer en redes de proxenetas en las periferias de las ciudades para sobrevivir. Así se pudo evidenciar en los múltiples reportes recopilados por la Corte Constitucional mediante el Auto 092 de 2008.

Esta situación de violencia que ha sido utilizada en todos los conflictos armados como una forma clara de exterminio físico y cultural contra las mujeres indígenas es consecuencia de la desproporcionalidad del conflicto armado en los pueblos y territorios indígenas, situación que no es de ahora, sino que viene desde la “conquista”. Así:

Primero, la vinculación entre conquista, racismo y sexualidad, desde lo cual se explica la invasión de los cuerpos de las mujeres, fundamentalmente a través de actos de violación sexual cometidas por hombres españoles sobre mujeres indígenas o negras o, en algunos casos, en el marco de relaciones efímeras. (Curiel, 2013, p. 145)

Actualmente, a pesar de tener normas internacionales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como “Convención de Belém do Pará”, de 1994, estas siguen siendo insuficientes. Aun así, la Convención, en su artículo 9, llama a los Estados Parte a tener en cuenta

la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad. (OEA, 1994, art.9)

Todas estas violencias fueron revividas en la lucha para llegar al Acuerdo Final de Paz, especialmente al Capítulo Étnico, en el que las mujeres indígenas lograron incluir el reconocimiento de sus derechos históricamente desarmonizados, una lucha hacia adentro con sus mismos pueblos, y hacia afuera con el resto de

la sociedad colombiana, que se negaba a reconocer la importancia de la mujer en el acuerdo, más allá de ser solo víctima. Finalmente, sus principales demandas se tradujeron en derechos, gracias a su lucha y persistencia, donde fueron vitales instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979).

Es así que la reivindicación de los derechos de las mujeres indígenas, las familias y las generaciones como un enfoque en lo diferencial no es un “capricho”: es y debe entenderse como una reparación simbólica e histórica hacia estos grupos poblacionales, donde

procesos de revalorización de la identidad étnica, de la mano de la recuperación de la memoria histórica –incluidos la esclavitud y los exterminios–, las mujeres han contribuido a iluminar modos de resistencia (simbólica y performativa) y de adaptación en aras de la sobrevivencia, y de sitios de emergencia de lo novedoso a partir de confluencias tan ricas como variadas. (Femenías, 2010, p. 215)

Es así que, desde la creación del Sistema Integral de Paz, las mujeres han visto la oportunidad de colocar en la agenda pública sus demandas y exigencias de sus derechos, logrando la articulación y adecuación de normatividades a favor de sus dinámicas. Por ejemplo:

El mismo 22 de diciembre de 2020, la Comisión Étnica y la Comisión de Género expiden la Directriz N° 1, para la implementación de la “Ruta entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Comisión Nacional de Mujeres Indígenas”. En esta directriz se describe el paso a paso para que los servidores y servidoras de la JEP implementen la ruta. (JEP, 2022, p. 30)

De igual manera con esta directriz, en relación con hechos y conductas cometidas contra las mujeres indígenas, la JEP:

garantizará la verdad y la justicia sobre casos de violencia sexual, trata de personas, esclavización, trabajo forzado, reclutamiento forzado de hijos e hijas, asesinato de quien les brindaba el apoyo económico familiar, discriminación acentuada, desplazamiento forzado entre otras graves violaciones ejercidas contra las mujeres indígenas y que impidieron desempeñar su rol como garante de la existencia espiritual, cultural y territorial de los pueblos indígenas. (JEP, 2019, p. 16)

Esto está ratificado mediante el artículo 16 de la Ley N° 1957 de 2019, “Derecho de las víctimas en casos de violencia sexual”, parágrafo 1: “Las víctimas de violencia sexual pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas contarán con las debidas garantías procesales en los términos del artículo 39 de la presente Ley, y contarán con un enfoque diferencial étnico que evite su revictimización”. Por esto es necesario, y en efecto se vienen implementando, metodologías con enfoque de género y étnico: “los hechos y afectaciones diferenciales contra mujeres, personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), así como a niños, niñas, jóvenes, personas mayores y personas con discapacidad que pertenecen a grupos étnicos serán visibilizados de manera específica en el Capítulo Étnico y el informe final”

(JEP, 2019, p. 30). Esto es clave para el caso de la diversidad sexual indígena, ya que “aún es un tabú, que refuerza la relación entre el régimen heterosexual y el multiculturalismo por medio de la autenticidad cultural” (Curiel, 2013, p. 166). Es así que:

al interior de la Comisión se hicieron como varios espacios de diálogos virtuales y de grupos focales para hablar con las mujeres y poder tener por lo menos unas líneas que permitan hacer la construcción del informe y la comprensión de este enfoque. Y también se generó un espacio de reconocimiento de las mujeres indígenas, eso fue, yo no recuerdo si el año pasado o este año que se dio, creo que fue este año. Ese encuentro del reconocimiento de mujeres indígenas, entonces esos han sido los espacios con los que se ha podido socializar con ellas, también se han dado muchas entrevistas a sujeto colectivo, pero en las entrevistas a sujeto colectivo cuando solo están mujeres, el diálogo es más fluido, pero cuando ya están hombres y mujeres, si hay como ciertas prevenciones.<sup>11</sup>

Si hay paz para las mujeres indígenas, hay paz para los pueblos, hay paz para los territorios y hay equilibrio y armonía entre la Madre Tierra y la humanidad.

#### **4.3. Resistir para existir. La violencia que no acaba**

Abya Yala, lo que mal denominaron los españoles “América” al llegar a este continente, es un libro abierto de memorias vivas de territorios y pueblos que de generación en generación han dejado un legado único, la tradición oral de múltiples historias y memorias de lo que fuimos, somos y seremos.

En tiempos de paz se incrementa la crisis humanitaria en Colombia y la agudización del conflicto armado es cada día más fuerte, es una guerra en contra de las vidas y territorios de los pueblos indígenas por todos los actores, sin importar las alianzas entre “legales e ilegales”. El fin es común, exterminar la vida de los que piensan distinto, de los que defienden hasta con su vida la Madre Tierra. Cuando nosotros empezamos a denunciar todo este tema de esa convivencia, de esas alianzas que hay entre la fuerza pública y el narcotráfico, pues el tema se agudiza y se acompleja un poco más, y pues fruto de eso vienen amenazas de un lado y de otro.<sup>12</sup>

Con el testimonio descrito anteriormente por Jhoe Sauca, es claro que el departamento del Cauca y el pacífico colombiano sigue siendo una de las regiones en el país con mayores índices de violencia, sumado a la corrupción y el narcotráfico; situación de la cual no se aleja el departamento del Vichada, donde “hay que tener presente que hay un frente que no quiso hacer parte del Acuerdo Final de Paz”.<sup>13</sup>

Las condiciones allá siguen siendo iguales, bueno no tanto iguales, hay unos sectores que sí hicieron parte. En el Vichada, uno de los sectores que más se vio afectado fue el municipio de Cumaribo, tanto sector casco urbano como zona rural, hubo una parte que sí hicieron parte del acuerdo y que sí se vio, pero hay otra parte que no se evidenció y todavía siguen vigentes los corredores del narcotráfico, pero ya no están fuerte como antes, eso sí se puede evidenciar.

11 Lisbeth Bastidas (13 de mayo de 2022), comunicación personal.

12 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

13 Elizabeth Apolinar (23 de mayo de 2022), comunicación personal.



## PUNTADAS FINALES

Todos a las calles a defender la vida, que la dignidad heredada traiga los rastros y rostros de los que nos dejaron ya el camino trochado.

Oscar David Montero de la Rosa, "La Minga: la fuerza y la organización para confrontar la violencia"

En Colombia, la paz es un derecho constitucional de todos los colombianos y colombianas. Así lo establece el artículo 22 de la Constitución Política de 1991: "La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento". A pesar de la situación crítica en la que vive el país, los pueblos indígenas le siguen apostando a la paz, le siguen apostando a la construcción de un país que respete la diversidad. Siguen con la palabra y los bastones cuidando el territorio, siguen demostrándoles a los armados que, ante el fusil, la fuerza del bastón y la palabra; ante los armados, la guardia indígena como actores de paz que con la fuerza espiritual y el bastón de mando demuestran que sí se puede vivir en un país sin armas. Es así que la guardia indígena es la que protege el territorio y las vidas de lo que existe, son ellos con la fuerza de la cultura, el idioma y la espiritualidad los que protegen y salvaguardan la vida.

Para el emberá, el sueño es soñar. Dormir y soñar es lo más sagrado que existe, pero cuando ya usted hoy duerme hasta cierta hora de la noche perdió la tranquilidad en el territorio, pierde totalmente. El sueño está escrito en dos cosas, el sueño de dormir y el sueño de morir. A nosotros, los emberá, usted morir es dormir y soñar, pasa a otro mundo de la ancestralidad.<sup>1</sup>

La paz para Colombia es un asunto de Estado, un derecho fundamental que ha sido postergado por más de 60 años de conflicto armado interno que no acaba y que desangra la vida de sus ciudadanos y sus territorios, y como plantean Oszlak y O'Donnell (2007): "El Estado es el ancla indispensable de los derechos de la ciudadanía" (p. 555), es decir, el Estado como solución y como problema, pero como actor responsable de la paz del país.

---

<sup>1</sup> Anónimo (11 de mayo de 2022), comunicación personal.

El país sigue ahogándose en las largas noches donde las balas no dejan de cesar, en el pacífico los jóvenes y la niñez siguen siendo asesinados y reclutados a mano de los grupos armados que se disputan el territorio, no es un secreto a manos del Ejército de Liberación Nacional (ELN), de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC) y las disidencias de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC); en el Caribe, la Orinoquía y Amazonía colombiana, la política voraz del “desarrollo” sigue convirtiendo el territorio en una víctima más. Además, el narcotráfico se impone a sangre y fuego, con carteles que lo han internacionalizado. (Montero de la Rosa, 9 de abril de 2022)

La paz en Colombia es un tema de agenda pública, de política pública y de observancia nacional e internacional, que, para ser efectivas, deben, entre otras cosas, volcarse a la sociedad, a las instituciones y al Estado en su totalidad para lograr el objetivo: la paz completa, integral, estable y duradera.

La comunidad internacional ha manifestado, acompañado y apoyado de manera férrea la búsqueda y construcción de paz en Colombia, desde Cuba, Venezuela, Ecuador y Chile, hasta Noruega, Estados Unidos y la Unión Europea. Proceso que ha tenido dos recorridos en distintos sentidos: hacia fuera, con la búsqueda del respaldo internacional, y hacia dentro, con la búsqueda de la cohesión del tejido social de la sociedad colombiana, es decir, “aptitud de los entes estatales para alcanzar los fines que le han sido asignados interna o externamente” (Bertranou, 2015, p. 39).

Llegar a un acuerdo de paz como el de Colombia no ha sido fácil, son muchos los actores a favor y en contra; paradójico pero cierto, en el país están los amigos de la paz y los amigos de la guerra. Igualmente, hay que manifestar que en el país se hizo un acuerdo con solo un actor armado, con la guerrilla más antigua del hemisferio occidental, la extinta guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). Si bien fue un avance, aún falta dialogar con el ELN y con las disidencias de las FARC-EP y la proliferación de las bandas criminales, los narcoparamilitares y los mismos paramilitares, que nunca se desmovilizaron.

Son seis puntos los que recoge el Acuerdo Final de Paz, y es en el quinto donde las víctimas de los pueblos indígenas hemos podido incidir de manera más directa y eficaz. Es así que se han logrado posicionar los temas indígenas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición de Colombia (SIVJRNR). Aquí es fundamental reiterar que la construcción de paz en el país es posible si se cumple con la integralidad del Acuerdo Final de Paz, de nada sirve avanzar en un solo punto si los otros que están conectados no avanzan.

Es de resaltar que este ha sido el punto del Acuerdo con mayores niveles de cumplimiento y participación política de los pueblos étnicos, del cual ha sido clave la participación, conocimiento y reconocimiento que tienen los magistrados, magistradas y comisionadas étnicas para los avances en la protocolización de los documentos de política pública que ayudarán a la implementación real y efectiva del punto quinto del Acuerdo relacionado con las víctimas del conflicto armado, en este caso las víctimas étnicas. (Montero de la Rosa y Sabogal Venegas, 2021, p. 65)



Al igual que el Sistema Integral de Paz con sus tres instituciones que tienen la misión de restablecer los derechos de las víctimas indígenas en el país, hay que decir “que de las tres instituciones creadas con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Comisión de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD), con la UBPD todavía tenemos que generar más canales de entendimiento para poder avanzar en estos procesos”.<sup>2</sup> Esto mismo lo ratifica la secretaria técnica de la Comisión de Mujeres Indígenas: “De hecho, con las instituciones con las que más se ha trabajado ha sido la Comisión de la Verdad, y la JEP, con la Unidad de Búsqueda no ha habido ningún avance”.<sup>3</sup> A esto se le suma la denuncia en contra de la UBPD mediante un comunicado firmado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia (CNDDHHPI):

La desidia, el irrespeto y la dilación por parte de la UBPD ha constituido demoras innecesarias en la posibilidad de que los pueblos indígenas hagan parte de los planes regionales de búsqueda y de la construcción de los planes operativos de búsqueda, siendo esto una vulneración sistemática a los derechos de las víctimas indígenas. (Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia, 12 de mayo de 2022)

Es decir, si colocamos a las tres instituciones ante un semáforo que represente el proceder de cada una de ellas en estos cinco años de implementación del Acuerdo Final de Paz, la UBPD estaría en rojo, la JEP en amarillo con avances significativos, pero donde igual hay que seguir monitoreando dado que aún tiene 10 años de implementación de su misionalidad al igual que la UBPD, muy distinta situación vivió la CEV, que solamente fueron 3 años y 7 meses, y aun así se puede catalogar en verde, a pesar de que no llegó a todos los Pueblos y territorios Indígenas en Colombia. En ese sentido, los pueblos y las organizaciones indígenas representadas en la CNDDHHPI manifiestan ante las tres entidades:

Cumplir con su mandato misional, así como con lo dispuesto en la consulta previa del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, así como el Protocolo de Relacionamento y Coordinación, cumplimiento que ayudará a detener el genocidio indígena en Colombia. (Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia, 12 de mayo de 2022)

Lastimosamente, cinco años después de la firma del Acuerdo Final de Paz, la situación del conflicto armado interno es muy crítica y la desproporcionalidad de la violencia hacia las mujeres indígenas, principalmente hacia las que ejercen el cargo de autoridad y de gobierno, han sido asesinadas. Pero como manifestó Cristina Bautista, gobernadora indígena, antes de ser asesinada en Tacueyó, Cauca, el 29 de octubre de 2019: “Si nos quedamos callados, nos matan, y si hablamos, también. Entonces: ¡Hablamos!” (Noticias Caracol, 30 de octubre de 2019).

2 Jhon Jairo Tapie (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

3 Dunen Muelas (5 de mayo de 2022), comunicación personal.

Todos los pueblos indígenas en Colombia seguiremos alzando la voz en alto para defender nuestras vidas y nuestros territorios. A nosotros nos está matando todo el mundo por cuidar nuestro tejido vital, por los derechos ancestrales que nos dejaron nuestros padres y madres espirituales; nos matan a bala, pero también nos matan con las políticas asencialistas del Estado y con la indiferencia y olvido de la misma sociedad colombiana en su conjunto, que le cuesta reconocer que lleva en sus genes sangre de los que hoy son asesinados por defender la Madre Tierra. (Montero de la Rosa, 14 de agosto de 2019)

El clamor de los pueblos indígenas en Colombia es poder vivir en paz, poder vivir tranquilos en sus territorios, así lo reafirma claramente Óscar Daza, coordinador de Derechos Humanos de la Organización Nacional Indígena de la Amazonía Colombiana (OPIAC), cuando manifiesta: “que nos dejen tranquilos, yo creo que eso es lo que uno pide, es decir, déjenos tranquilos en nuestros territorios, déjenos salir a pescar, déjenos con nuestras vidas, respeten nuestras vidas, no nos discriminen, no ocupen nuestras tierras, déjenos vivir tranquilamente”.<sup>4</sup>

Nosotros queremos la paz, le apostamos a la paz, pero si defender la paz y apostarle a la paz implica organizarnos para seguirnos movilizandoy defender los derechos, tiene que seguir siendo la fórmula que no puede declinar frente a esa apuesta que siempre hemos tenido del principio fundamental de la unidad.<sup>5</sup>

“Vemos una serie de vacíos, debilidades y retrasos, esto tal vez, por el régimen que tenemos actualmente”<sup>6</sup> con el gobierno de Iván Duque, que hizo trizas el Acuerdo Final de Paz. Por eso, los nuevos retos del nuevo gobierno que entra deben tener como misión una gobernanza para la paz, la materialización del buen vivir-vivir bien de los pueblos: “los próximos años deberá actuar para cerrar estas brechas que no solo niegan la vida, sino que matan” (Durango, 2022, p. 46). sino con todo el genocidio indígena en Colombia, este es quizás “uno de los desafíos del Acuerdo y en particular del SIVJRNR es, sin duda, la reparación integral diferenciada, no solo individual, sino colectiva y también territorial” (Mutiz et al., 2020, p. 167).

Mientras no haya un presidente comprometido con la implementación del Acuerdo Final de Paz, es muy difícil y va a ser muy complejo la situación de que realmente este Acuerdo Final de Paz avance. Además, hemos visto que han querido desarticular y debilitar instituciones que las creó el acuerdo y que se requieren para este proceso. A pesar de que son de obligatorio cumplimiento por ley que se deben hacer todos estos procesos y no lo hacen, este tema del enfoque de género y étnico va a ser mucho más lento de lo que ya es. Y todo esto es consecuencia de eso, de un presidente con poca voluntad para la realización y el proceso de paz con unos funcionarios en esa misma línea de pensamiento, ya que esto es lo que requerimos, que la ciudadanía en general conozca, que se informe y se forme para la paz.<sup>7</sup>

---

4 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

5 Jhoe Sauca (23 de mayo de 2022), comunicación personal.

6 Óscar Daza (12 de mayo de 2022), comunicación personal.

7 Victoria Neuta (14 de mayo de 2022), comunicación personal.

Por fortuna de Colombia, de las víctimas y de los pueblos indígenas, los actuales electos presidente y vicepresidenta han manifestado con contundencia que implementarán el Acuerdo Final de Paz. Así lo manifestó Gustavo Petro en su primer discurso como presidente electo de la República de Colombia el 19 de junio de 2022: “No tendría sentido un gobierno de la vida, si no llevamos a la sociedad colombiana a la paz”.

Día y noche se nos va la esperanza de la vida, aun así, estamos convencidos de que nuestras luchas, reivindicaciones y resistencias deben seguir por esos que se llevó la mala muerte, por los que estamos sobreviviendo y por los que vienen como esa semilla de la vida y de la fuerza para continuar el legado. (Montero de la Rosa, 27 de agosto de 2020)

Que estas palabras escritas con la profundidad del dolor y de la esperanza ayuden a insistir que en Colombia es necesaria la paz integral y completa, la paz total. Que este sea el mejor legado que le podamos dejar a nuestras semillas de vida que están y vienen en camino. Un legado que nos cuestiona y nos convoca a las siguientes preguntas: ¿cómo educamos, desde los pueblos indígenas, a la sociedad colombiana para una paz completa? Y ¿cómo territorializamos e interculturalizamos la paz en Colombia? Entre muchas más que ayudarán a este gran propósito, la paz completa para Colombia, para la Madre Tierra y para la humanidad en su conjunto.

Somos vida que camina tejiendo esperanza, somos agua que riega la tierra para que mojada renazca la semilla, esa de la vida y de la paz.



## BIBLIOGRAFÍA

- Benavides Mora, C.A. y Montero de la Rosa, Ó.D. (2019). *Tiempos de vida y muerte: Memorias y luchas de los pueblos*, CNMH-ONIC.
- Beristain, C.M. (2007). *Las comisiones de verdad en América Latina una valoración de su impacto*. Escola de Cultura de Pau.
- Bertranou, J. (2015). Capacidad estatal: Revisión del concepto y algunos ejes de análisis y debate. *Estado y Políticas Públicas*, 37. [www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/julian\\_bertranou.%20Capacidad%20Estatad%202015.pdf](http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/julian_bertranou.%20Capacidad%20Estatad%202015.pdf)
- Bolaños Díaz, Y.F. (2020), *Desarmonía de la vida: Aportes etnográficos para la comprensión de conflictos actuales en San Andrés de Pisimbalá, Cauca* [Tesis de Maestría]. Universidad Nacional de Colombia
- Cabnal, L. (2019), Acercamiento a la construcción de la propuesta de pensamiento epistémico de las mujeres indígenas feministas comunitarias de Abya Yala, en *Momento de paro. Tiempo de rebelión: Miradas feministas para reinventar la lucha*. Minervas Ediciones.
- Colomer, Á (8 de junio de 2020). *Judith Butler: 'Solo reconocemos ciertas vidas como humanas y reales'*. El Mundo. [www.elmundo.es/yodona/2010/06/08/actualidad/1276002169.html](http://www.elmundo.es/yodona/2010/06/08/actualidad/1276002169.html)
- Comisión de la Verdad (2022). *Si hay verdad llegarán días buenos*. Comisión de la Verdad [www.comisiondelaverdad.co/sites/default/files/2022-06/hp-c5-af-pueblos-etnicos.pdf](http://www.comisiondelaverdad.co/sites/default/files/2022-06/hp-c5-af-pueblos-etnicos.pdf)
- (22 de abril de 2021). *Los relatos del pueblo indígena kankuamo llegaron a la Comisión de la Verdad*. Comisión de la Verdad <https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/relatos-pueblo-kankuamo-llegaron-comision-verdad>.
- Contagio Radio (9 de agosto de 2018). *'Cuenten con nosotros para la paz, nunca para la guerra': ONIC*. Contagio Radio <https://archivo.contagioradio.com/cuenten-con-nosotros-para-la-paz-onic.html>
- CNDDHHPI (12 de mayo de 2022). *Comunicado del movimiento indígena colombiano en el marco de la sesión del Órgano de Interlocución y Coordinación entre la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas y los pueblos indígenas*. [https://comisionddhpi.com/images/boletin/Comunicado\\_OI.pdf](https://comisionddhpi.com/images/boletin/Comunicado_OI.pdf)
- Cook, R.J. y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género: Perspectivas legales transnacionales*. University of Toronto, Faculty of Law.

- Cronicón (27 de enero de 2019). Justicia transicional en América Latina. Cronicón <<https://cronicon.net/wp/justicia-transicional-en-america-latina/#:~:text=La%20justicia%20transicional%20constituye%20herramienta,y%20aplicar%20políticas%20de%20reparación>>
- Curiel, O. (2013). *La Nación Heterosexual: Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Brecha Lésbica.
- DANE (16 de septiembre de 2019). *Población indígena de Colombia: Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018*. [www.minsalud.gov.co/proteccion-social/promocion-social/Paginas/grupos-etnicos.aspx#:~:text=Según%20el%20censo%20nacional%20de,el%20boletín%20de%20población%20indígena](http://www.minsalud.gov.co/proteccion-social/promocion-social/Paginas/grupos-etnicos.aspx#:~:text=Según%20el%20censo%20nacional%20de,el%20boletín%20de%20población%20indígena)
- Das, V. y Ortega F (2008). *Sujetos del dolor, agentes de dignidad*. Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Diani, M. (2015), Revisando el concepto de movimiento social. *Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales*.
- Durango, D. (2022). Los viciados matices de la desigualdad en Colombia. *Revista Cien Días*, 37.
- Echavarría Álvarez, J. et al. (2022). *Cinco años después de la firma del Acuerdo Final: Reflexiones desde el monitoreo a la implementación*. Notre Dame, IN: Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz/ Escuela Keough de Asuntos Globales.
- El Espectador (12 de abril de 2022). Crisis humanitaria y las curules de paz en el balance del Acuerdo de Paz en la ONU. El Espectador. [www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/presentacion-del-informe-trimestral-sobre-la-implementacion-de-la-paz-de-colombia-de-la-mision-de-verificacion-de-la-onu-abril-2022/](http://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/presentacion-del-informe-trimestral-sobre-la-implementacion-de-la-paz-de-colombia-de-la-mision-de-verificacion-de-la-onu-abril-2022/)
- Estévez, A. y Vázquez, D. (comps.) (2019). *Los derechos humanos en las ciencias sociales: Una perspectiva multidisciplinaria*. FLACSO-UNAM-CISAN.
- Femenías, M.L. (2010). Notas acerca de un debate en América del Sur sobre la dicotomía ‘feminismo: ¿igualdad o diferencia?’. *Feminismo/s* 193 <https://doi.org/10.14198/fem.2010.15.10>
- Garzón Real, B. (2015). *Operación Cóndor: 40 años después*. Infojus.
- Gómez, D. (2011). “Reseña ‘Marcos de guerra. Las vidas lloradas’, de Judith Butler. *Política y Sociedad*, 48(3), p.625
- Guber, R. (2001). *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Grupo Editorial Norma.
- Guilis, G. et al. (2007). La reparación: acto jurídico y simbólico, *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio Aportes psicosociales*. IIDH.
- Gutiérrez Aguilar, R. (2017). *Horizontes comunitario-populares: Producción de lo común más allá de las políticas estado-céntricas*. Traficantes de Sueños.
- Hayner, P. (2006), *Comisiones de la verdad: Resumen esquemático*. International Committee of the Red Cross.
- IEANPE (diciembre de 2021). *Informe de seguimiento, impulso y verificación a la implementación del Capítulo Étnico del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Coordinación Étnica Nacional de Paz-CENPAZ.

- IEANPE-CONPA (Indepaz 11 de abril de 2022). *Carta a Embajadora Woodward, Representante Permanente de la Misión del Reino Unido ante las Naciones Unidas en Nueva York*. Presidente, Consejo de Seguridad <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2022/04/Carta-del-Secretario-G.-de-IEANPE-al-embajador-de-UK-en-la-ONU.pdf>
- JEP (diciembre de 2020). *Lineamientos del enfoque diferencial étnico racial en la Jurisdicción Especial para la Paz*. <https://www.jep.gov.co/Control%20interno/Pregunta%20129/129.06%20Anexo%206.%20Lineamientos%20Enfoque%20Etnico%20Racial%20en%20la%20JEP%2011122020.pdf>
- (febrero de 2021). *Lineamientos para la implementación del enfoque étnico racial en la Jurisdicción Especial para la Paz*. <https://www.jep.gov.co/Políticas%20y%20Lineamientos/Lineamientos%20para%20la%20implementación%20del%20enfoque%20étnico%20racial%20en%20la%20Jurisdicción%20Especial%20para%20la%20Paz.pdf>
- JEP (2019). *Diversidad étnica y cultural, pluralismo jurídico y consulta previa: Instrumentos de coordinación y articulación entre los pueblos indígenas y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Reparación (SIVJRNR)*.
- Lechner, N. (diciembre de 1983). *Los derechos humanos como categoría política*. FLACSO Chile. <https://www.worldcat.org/title/derechos-humanos-como-categoria-politica/oclc/94842881>
- Montero de la Rosa, Ó.D. (10 de agosto de 2019). *Genocidio indígena en Colombia: Tiempos de vida y muerte*. El Espectador. <https://www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/genocidio-indigena-en-colombia-tiempos-de-vida-y-muerte-articulo-875237/>
- (14 de agosto de 2019). *Genocidio indígena en Colombia: Tiempos de vida y muerte*. ONIC. <https://www.onic.org.co/comunicados-onic/3122-genocidio-indigena-en-colombia-tiempos-de-vida-y-muerte>
- (27 de agosto de 2020). *'Día y noche se nos va la esperanza de la vida'*, Óscar Montero, líder social colombiano. Open Democracy. [www.opendemocracy.net/es/asesinatos-en-colombia](http://www.opendemocracy.net/es/asesinatos-en-colombia).
- (12 de septiembre de 2020). *Indígenas y afros*. Diáspora. [https://diaspora.com.co/la-idea-colonialista-esta-mas-vigente-que-nunca-el-orden-racial-y-cultural/#\\_edn1](https://diaspora.com.co/la-idea-colonialista-esta-mas-vigente-que-nunca-el-orden-racial-y-cultural/#_edn1)
- (10 de octubre de 2020). *La Minga: la fuerza y la organización para confrontar la violencia*. Diáspora. <https://diaspora.com.co/la-minga-indigena-la-fuerza-y-la-organizacion-para-confrontar-la-violencia/>
- (5 de mayo de 2022). *Llegaran nuevos tiempos, llegará la paz para Colombia*. DiagonalCiep. <https://diagonalciep.org/llegaran-nuevos-tiempos-llegara-la-paz-para-colombia/>
- (9 de abril de 2022). *Un grito desesperado por la paz de Colombia*. El Espectador. <https://www.elespectador.com/colombia-20/analistas/9-de-abril-las-victimas-piden-que-se-implemente-el-acuerdo-de-paz/>
- Mezzaroba, G. (2007). Entrevista con Juan Méndez, presidente del International Center for Transitional Justice - ICTJ (Centro Internacional para la Justicia Transicional). *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* 4(7).
- Montero de la Rosa, Ó.D. y Bolaños Díaz, Y.F. (2020). *Pueblos indígenas en Colombia entre pandemias: COVID-19 y la violencia estructural*.

- Vukápanavo: Revista Terena*, 37 (3).
- Montero de la Rosa, Ó.D. y Sabogal Venegas, J.E. (2021). Las luchas de los pueblos étnicos en la construcción de paz: Entre resistencias, participación e incumplimientos estatales. *Trabajo Social*, 23(2).
- Montero de la Rosa, Ó.D. (2017). Paz es vivir en equilibrio y armonía con nuestra Madre Tierra. *Revista Conmemora* 5, Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH).
- Mutiz, P. L. A., Medina, Y. L. S., de la Rosa, Ó. M., Vargas, N. C. F., Pulido, W. T. C., Agudelo, V. M., Nieto, J. P. G., y Peña, D. A. C. (2020). *Reparación integral y diferencial de pueblos indígenas en Colombia: avances y propuestas*. Editorial Los Libertadores. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1vbd1tg>
- Noticias Caracol (30 de octubre de 2019). 'Si callamos, nos matan, y si hablamos, también': palabras de líder indígena antes de ser asesinada. <https://noticias.caracoltv.com/valle/si-callamos-nos-matan-y-si-hablamos-tambien-palabras-de-lider-indigena-antes-de-ser-asesinada>
- OEA (12 de abril de 2022). *La Comisión llama al Estado de Colombia a investigar casos de violencia contra grupos étnico-raciales y comunidades campesinas*. OEA <[www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/079.asp](http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/079.asp)
- Presidencia de la República de Colombia (2019). *La población indígena en Colombia es de 1.905.617 personas, según Censo del Dane* <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2019/La-poblacion-indigena-en-Colombia-es-de-1905617-personas-segun-Censo-del-Dane-190916.aspx>
- Oszlak O y O'Donnell G, Estado y políticas estatales en América Latina: Hacia una estrategia de investigación, *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*. Proyecto de Modernización del Estado Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación 2007.
- Pulido, J.R. (2 de marzo de 2019). ¿Qué perdemos cuando un líder social es asesinado?. Radio Nacional de Colombia. [www.radionacional.co/cultura/que-perdemos-cuando-un-lider-social-es-asesinado#:~:text=Cuando%20un%20líder%20social%20es,líder%20indígena%20del%20pueblo%20kankuamo](http://www.radionacional.co/cultura/que-perdemos-cuando-un-lider-social-es-asesinado#:~:text=Cuando%20un%20líder%20social%20es,líder%20indígena%20del%20pueblo%20kankuamo).
- Revilla Blanco, M. (2005). Propuesta para un análisis del movimiento indígena como movimiento social. *Política y Sociedad* 42(2).
- Rivera, S. (2010). *Violencias (re)encubiertas en Bolivia*. Piedra Rota.
- Robledo Silvestre, C. (2016). Genealogía e historia no resuelta de la desaparición forzada en México. *Íconos* 93 (55).
- Sánchez, N. y Uprimmy, R. (2011). ¿Justicia transicional sin transición? La experiencia colombiana en la implementación de medidas de transición, *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*, IIDH.
- Tarrow, S. (2012), *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Alianza Editorial.
- Teitel, R. (2011). Genealogía de la justicia transicional, *Justicia transicional: Manual para América Latina*. Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Todorov, T (2000). *Los abusos de la memoria*. Paidós Ibérica.
- Valencia-Angulo, L.E. (2020). El florecimiento de los "indisciplinados, *CS 307* (30).



- Vargas Perdomo, S.C. y Salazar Gallego, J. (2022). El (des)enfoque étnico en el gobierno de Iván Duque. *Revista Cien Días* 82 (104).
- Vega, C. (2020). El otro lado de la huelga del 8M: Visualizando la interrupción social desde el feminismo. *Momento de paro: Tiempo de rebelión* 23.
- Zibechi R, *Movimientos sociales en América Latina. El "mundo otro" en movimiento*. Zambra-Baladre.

### Documentos inéditos

- Arboleda Quiñonez, S. (2011). *Le han florecido nuevas estrellas al cielo: Suficiencias íntimas y clandestinización del pensamiento afrocolombiano*. [Resumen extendido de tesis doctoral]. Universidad Andina Simón Bolívar 2011.
- Comisión de la Verdad (2022). *Balance acciones Dirección de Pueblos étnicos-Pueblos indígenas*.
- JEP (2022). *Informe de avances en el cumplimiento de los acuerdos de consulta previa con los pueblos indígenas*.
- UBPD (2022). *Informe para la Mesa Ampliada Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas*.

### Entrevistas

- Apolinar, Elizabeth (23 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Bastidas, Lisbeth (13 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Bolaños, Aldemar (13 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Caballero Culma, Nohora (13 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Daza, Óscar (12 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Gañan, Arbey (19 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Garay, Carlos (12 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- González, Gisel (21 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Jacanamijoy, Natalia (23 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Martínez, Rocío (13 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Muelas, Dunen (5 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Neuta, Victoria (14 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Niaza, Yuli Marcela (16 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Pai, Juan Edgardo (18 de junio de 2022). Comunicación personal.
- Rivas, Luz Elena (12 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Sauca, Jhoe (23 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Tapie, Jhon Jairo (12 de mayo de 2022). Comunicación personal.
- Wouriyu, Armando (18 de mayo de 2022). Comunicación personal.

### Normativanacional

- Constitución Política [Const]. 6 de julio de 1991 (Colombia) <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>
- Corte Constitucional, Auto 004 del 26 de enero de 2009, Sentencia, 26 de enero

de 2009 (Colombia). [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm)

Corte Constitucional, Auto 092 del 14 de abril de 2008, Sentencia, 14 de abril de 2008 (Colombia) [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm)

Decreto Ley N° 1393, 2 de agosto de 2018 (Colombia) <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201393%20DEL%2002%20DE%20AGOSTO%20DE%202018.pdf>

Decreto Ley N° 4633, 9 de diciembre de 2011 (Colombia) [www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_4633\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4633_2011.html)

Decreto Ley N° 588, 5 de abril de 2017 (Colombia) <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20588%20DEL%2005%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>

Ley N° 1381, 25 de enero de 2010 (Colombia) [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1381\\_2010.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1381_2010.html)

Ley N° 1922, 18 de julio de 2018 (Colombia) [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1922\\_2018.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html)

Ley N° 1957, 6 de junio de 2019 (Colombia) [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1957\\_2019.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html)

Ley N° 21, 4 de marzo de 1991 (Colombia) <https://interno.funcionpublica.gov.co/#:~:text=Los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20y%20tribales%20deber%C3%A1n%20gozar%20plenamente%20de%20los,y%20mujeres%20de%20esos%20pueblos>

## **Normatividad internacional**

OEA, “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (aprobada el 9 de junio de 1994)

ONU, “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (aprobada el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981)

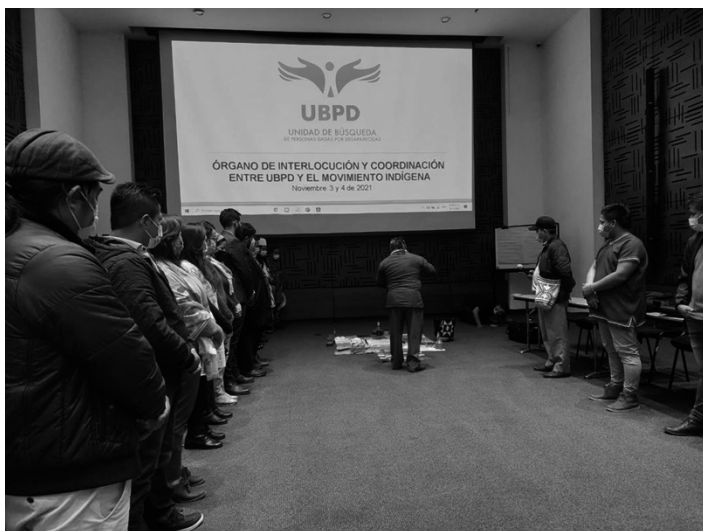
## **Videos**

Comisión de la Verdad (27 de agosto de 2020). *Somos amazonía somos verdad* YouTube. <https://youtu.be/F5F-Pd0hoH8>.

## ANEXOS

### Fotos de recorridos territoriales en los pueblos indígenas de Colombia

Evento 1. Órgano de Interlocución UBPD y Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDDHPI. Bogotá. 3-4 de noviembre de 2021.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2021).

Óscar David Montero De La Rosa

Evento 2. Encuentro con el pueblo indígena awá, de Nariño, con la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas. Región Pacífico, macro región Occidente. Pueblo indígena awá. Resguardo indígena Tortugaña Telembí. Barbaocoas, Nariño. 12-13 de noviembre de 2021.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2021).

## Entretejando el capítulo étnico del Acuerdo Final de Paz

Evento 3. Región Orinoquía. Departamento del Meta, municipio de Puerto Gaitán. Pueblos indígenas sikuni, kubeo, piaroa, u'wa y tikuna. 28 de noviembre-1 de diciembre de 2021. Organización indígena UNUMA.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2021).

Evento 4. Región macro norte. Pueblos indígenas mokaná, kankuamo, zenú, wiwa, wayuu yukpa. Lugar: Departamento del Atlántico, municipio de Puerto Colombia. 21-22 de enero de 2022. Construcción de propuesta de decreto para el reconocimiento de los sistemas de protección propio de los pueblos indígenas de Colombia con la Unidad Nacional de Protección-UNP.





Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Evento 5. Región macro occidente. Departamento de Risaralda, municipio de Pereira. Nación embera chamí, eyabida, dóbida, pueblo nasa y wounaan. Organización indígena: Consejo Regional Indígena de Risaralda (CRIR). 24-25 de enero de 2022.





Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Evento 6. Región macro centro-oriente. Pueblos indígenas pijao, muisca e inga, Natagaina, Tolima, Resguardo indígena Yacomolana. 27-28 de enero de 2022.





Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Evento 7. Macro región Orinoquía. Pueblos indígenas: sikuani, u'wa y kúbeo. UNUMA, Puerto Gaitán, Meta. Organización: UNUMA. 10-11-12 de febrero de 2022.





Entretejando el capítulo étnico del Acuerdo Final de Paz



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Evento 8. Región macro Amazonía. Cabildo inga de Santiago, Putumayo. Pueblos indígenas: inga, kamënta, bora, murui muina y tikuna. 15-16-17 de febrero de 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Óscar David Montero De La Rosa

Evento 9. Región macro occidente. Pueblos indígenas: nasa, misak, yanakuna y eperara siapidara. Universidad Autónoma Indígena Intercultural (UAIIN), Popayán. Conmemoración del Día Nacional de las Lenguas Nativas por parte de la CEV y la UAIIN-CRIC. 21 de febrero de 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Entretejando el capítulo étnico del Acuerdo Final de Paz

Evento 10. Asamblea Nacional de Autoridades Indígenas-ONIC. Centro de pensamiento-Silvania, Cundinamarca. 4-5 de marzo de 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Óscar David Montero De La Rosa

Evento 11. Órgano de Interlocución de los pueblos indígenas de Colombia con asiento en la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia. Autoridades, comisionados y equipo técnico en Derechos Humanos de los pueblos indígenas de Colombia. Bogotá. 28-29 de marzo de 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

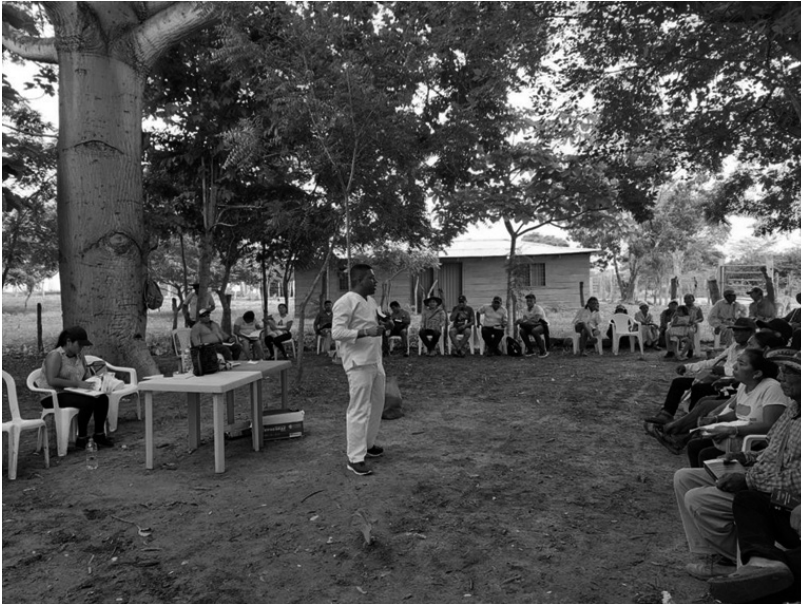
## Entretejando el capítulo étnico del Acuerdo Final de Paz

Evento 12. Órgano de Interlocución de los pueblos indígenas de Colombia con asiento en la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia. Autoridades, comisionados y equipo técnico en Derechos Humanos de los pueblos indígenas de Colombia. Bogotá. 28-29 de marzo de 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Evento 13. Pueblos indígenas del Caribe colombiano: ette enaka. Departamento de Magdalena. Resguardo Indígena Issa Oristuna. 27-28 de abril de 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Evento 14. Órgano de Interlocución de los pueblos indígenas de Colombia con asiento en la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Colombia. Autoridades, comisionados y equipo técnico en Derechos Humanos de los pueblos indígenas de Colombia. Bogotá. 11 de mayo 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).

Evento 15. Pueblos indígenas de la Orinoquía colombiana: sikuani, makaguan, betoy, ingas, hitnú y u'was. Departamento de Arauca, Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del Departamento de Arauca (ASCATIDAR). 10-14 de junio de 2022.



Fuente: Óscar David Montero de la Rosa. Archivo personal (2022).



**EL IMPACTO DEL *LAWFARE*  
EN LA DEMOCRACIA LIBERAL  
REPRESENTATIVA**

**Estrategia de control geopolítico  
desde los casos en Brasil, Ecuador  
y Argentina**

**Adriana Salvatierra Arriaza**

**Director: Marcelo Christian Vespertino Koenig**



# INTRODUCCIÓN

La relación entre América Latina y Estados Unidos (EE.UU.) se encuentra atravesada por intereses geopolíticos, latentes desde el proceso de independencia a la actualidad, y que definieron la orientación de la política exterior norteamericana desde sus primeros años a través de doctrinas que consolidaron su hegemonía en la región y el mundo. Así, el continente tiene una prioridad estratégica debido a los recursos naturales que posee en su vasto territorio; su continuidad geográfica con Estados Unidos –constituyéndose en una frontera con el Tercer Mundo o el subdesarrollo–, y su extensa superficie considerada un área de seguridad militar o hinterland<sup>1</sup> (Borón, 2012).

Bajo estas características, la política exterior estadounidense marcó claramente sus intereses a través de la Doctrina Monroe en 1823, lo que da cuenta de la importancia y significado de la región. Mientras las repúblicas independientes sortearon el desafío de una construcción estatal que consolidó e institucionalizó el dominio y reproducción de privilegios de clase, coloniales y patriarcales en un proceso considerado por el historiador cubano Sergio Guerra Vilaboy como transición del régimen feudal-colonial al capitalismo dependiente (1997, p. 21).

Los antecedentes históricos muestran una contradicción permanente entre los principios que indica defender Estados Unidos y sus acciones en materia de política exterior y seguridad nacional. Por ejemplo, la iniciativa de impulsar un organismo regional de integración como la Unión de Repúblicas Americanas –origen de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a la luz del panamericanismo–,<sup>2</sup> contrasta con la emergencia de Estados Unidos como potencia colonial tras la invasión a Cuba, Puerto Rico, Guam y Filipinas luego de la firma del

---

1 El espacio Intermedio (Hinterland) es definido por el Crnl. Sp. Galo Cruz Cárdenas como “el espacio de protección del núcleo vital que se encuentra entre el Heartland y las fronteras; este espacio de crecimiento comprende núcleos secundarios regionales y con su amplitud y riqueza asegura el desarrollo y bienestar de la población” (2017, p. 65).

2 Refiere un esfuerzo común de los países del continente americano; sin embargo, los debates críticos señalan que es la propuesta norteamericana para proyectar su hegemonía en la región. “El panamericanismo, por un lado, ha sido el proyecto estratégico utilizado por los EE.UU. para dominar todas las relaciones hemisféricas bajo sus formas de entender la economía, la política, la cultura y la seguridad” (Correa Henao, 2021, p. 59).

Tratado de París y, posteriormente, las invasiones militares en las repúblicas latinoamericanas en nombre de la defensa de sus ciudadanos y los capitales norteamericanos en el exterior fundamentado en el Corolario de Roosevelt.<sup>3</sup> También puede citarse la contradicción entre promover la democracia representativa en la OEA como condicionante del reconocimiento de los Estados ante la comunidad internacional en la región, y la Doctrina de Seguridad Nacional que, a través de golpes de Estado, instauró dictaduras cívico-militares que funcionaron como mecanismo de control expandido de la lucha contra el comunismo impulsada por Estados Unidos en el contexto de la Guerra Fría.

En ese marco de contradicciones, al emerger como potencia mundial y consolidar su hegemonía, se evidencia que desde 1944 hasta finales de siglo XX, Estados Unidos construyó una arquitectura institucional de Dominación de Espectro completo como figura en sus informes *Joint Chiefs of Staff, 1998 y 2000* provenientes del Pentágono.

El despliegue estadounidense en la región sudamericana post Guerra Fría, implicó la construcción de una hegemonía basada en el control y dominio territorial a través de la militarización de la política exterior con el establecimiento de bases militares; el condicionamiento de la cooperación económica y financiera a cambio de medidas de ajuste estructural; el desplazamiento diplomático y político; y, sobre todo, la modulación de la opinión pública y los sentidos comunes para fijar posiciones afines a sus intereses e interiorizar las buenas prácticas estadounidenses como modelo rector que estandariza los órganos e instituciones de los Estados en América Latina.

El siglo XXI deslumbró con la emergencia de nuevos procesos políticos en la región que interpelaron los intereses norteamericanos que afectaban el crecimiento soberano de las economías latinoamericanas. Sudamérica en particular, expresó a través de múltiples movilizaciones las reivindicaciones del movimiento indígena por el reconocimiento de su identidad y autodeterminación. El rechazo a la contracción de la participación del Estado en la economía a través de las privatizaciones y la injusta distribución de la riqueza se expresó en marchas y concentraciones que reclamaban la recuperación de la soberanía sobre los recursos naturales estratégicos como paso previo para reactivar la industria nacional, democratizar el excedente y salir de la pobreza. En los movimientos de mujeres, se demandó la igualdad como principio rector de la representación y la construcción de políticas públicas desde un enfoque que desmonte el sistema de reproducción de privilegios patriarcales. Estas movilizaciones condujeron bajo la misma democracia liberal y representativa a la victoria electoral de Hugo Chávez en Venezuela (1999), Lula Da Silva en Brasil, Néstor Kirchner en Argentina (2003), Tabaré Vázquez en Uruguay (2004), Evo Morales en Bolivia (2005) y Rafael Correa en Ecuador (2007), líderes cuyas prácticas políticas, 30 años atrás, habrían sido tildadas de comunistas.

---

3 Mensajes anuales del Presidente Theodore Roosevelt ante el Congreso Nacional (1904 y 1905) que impusieron el papel de EE.UU. como policía internacional frente a posibles intentos de recolonización de las potencias europeas. Afirma que EE.UU. tenía la responsabilidad de preservar el orden, proteger la vida y la propiedad en esos países.

La nueva tensión en el siglo XXI se reflejó entre el proyecto de libre comercio impulsado por Estados Unidos y la defensa de la soberanía nacional del progresismo latinoamericano en la Cumbre de las Américas en Mar del Plata (2005), donde los mandatarios de Argentina, Venezuela, Brasil y Uruguay rechazaron la propuesta encabezada por el presidente George Bush de abrir paso al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Los gobiernos progresistas de la región en múltiples ocasiones acusaron a Estados Unidos de estar tras procesos de desestabilización e intentos de golpe de Estado en Venezuela (2002), Bolivia (2008) y Ecuador (2010) y, basado en ello, definieron la ruptura de las relaciones diplomáticas a través de la expulsión de embajadores estadounidenses en sus Estados y la suspensión de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID) y la agencia de Administración del Control de Drogas (DEA).

Ciertamente, las intervenciones militares estadounidenses que en el siglo XIX y XX fueron la expresión más clara del intento de dominación fueron depuestas. Pero, ¿la ausencia de intervenciones militares es sinónimo de respeto a la soberanía de los Estados? Incluso sería prudente consultar si Estados Unidos renunció a casi dos siglos de injerencia e influencia geopolítica en la región en nombre de la democracia. Probablemente ambas respuestas sean negativas. Entonces ¿cómo opera hoy Estados Unidos sus intereses en la región?

Cabe mencionar que, en el siglo XXI, los aprendizajes en las intervenciones militares y guerras libradas permitieron construir un nuevo marco teórico en el campo bélico denominado Guerras Híbridas, que toma como base las discusiones respecto a las nuevas modalidades de guerra que, sin ser declaradas, se basan en mecanismos no convencionales. Es decir, que no necesariamente se apela al uso de la fuerza armada para conseguir objetivos militares como en el siglo pasado, sino que se utilizan otro tipo de medios (políticos, comunicacionales, económicos, financieros diplomáticos) para promover el cambio de determinados regímenes.

La discusión sobre las guerras híbridas está puesta sobre la mesa en el Parlamento y la Comisión de la Unión Europea (UE), también en distintas publicaciones de la OTAN como *The Three Swords Magazine* o *Legal Gazette* particularmente desde 2014, cuando la Cumbre de Gales abordó la temática. Asimismo, para hablar de *lawfare* como un elemento de la guerra híbrida, se pueden apreciar producciones intelectuales de militares estadounidenses que abordan la temática de forma evolutiva, transitando de un modo de explicar el uso del derecho internacional contra Estados Unidos e Israel, a neutralizar el concepto en términos axiológicos y hasta motivar su uso como alternativa no violenta para obtener objetivos militares.

La discusión sobre el *lawfare* en América Latina y particularmente en Sudamérica luego de los casos de Brasil, Ecuador y Argentina, coincide con la publicación de la Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos en diciembre de 2017, donde asume como acciones prioritarias la lucha contra la corrupción en el extranjero apuntando a funcionarios foráneos corruptos, y también, mejorando la capacidad de los países en la lucha contra la corrupción para que las empresas estadounidenses puedan competir en climas comerciales transparentes.

Asimismo, en junio del 2021, fue publicado el *Memorandum sobre el establecimiento de la lucha contra la corrupción como un tema de interés fundamental para la seguridad nacional de los Estados Unidos*. En él, se afirma que la corrupción se constituye en una amenaza para la seguridad nacional estadounidense y los esfuerzos globales de lucha contra la pobreza e, incluso, para la misma democracia.

El *lawfare* –o guerra jurídica– puede ofrecer algunas respuestas en torno a los nuevos mecanismos de control y dominio regional y por ese motivo se constituye en el objeto de estudio de esta investigación.

Se presenta como una táctica de dominación y control geopolítico de Estados Unidos sobre América Latina condicionando el Estado de Derecho y la democracia liberal representativa promovida a través de la OEA.

El último quinquenio puso sobre la mesa la discusión del *lawfare* luego del encarcelamiento del presidente Luiz Inácio Lula Da Silva en Brasil y los procesos judiciales contra el presidente Rafael Correa en Ecuador y la actual vicepresidenta de la República Argentina, Cristina Fernández de Kirchner. También múltiples líderes y servidores públicos enfrentaron juicios, fueron inhabilitados al presentarse como candidatos en elecciones nacionales e incluso sufrieron la suspensión de las siglas partidarias. Si bien aún es difícil determinar los efectos del *lawfare* en todas sus dimensiones, estudios realizados por el Departamento Intersindical de Estadística e Estudos Socioeconômicos en Brasil (DIEESE) indican cifras impactantes de afectación al aparato productivo estatal brasileño, al producto interno bruto y la generación de empleos. Por tanto, se habla de un fenómeno cuyo resultado está en proceso de estudio y requiere adentrarse en la discusión académica para comprender cómo en el siglo XXI, desde la esfera de la geopolítica, puede condicionarse la democracia y los derechos humanos a partir de las guerras jurídicas en nuestra región pese a los instrumentos internacionales desarrollados para la protección de los mismos.

Para comprender el alcance del problema es necesario estudiar la temática a través de las siguientes preguntas de investigación: ¿Cómo se construyó la arquitectura institucional con la cual Estados Unidos reproduce su hegemonía? ¿Cuál es la relación entre los intereses geopolíticos y la democracia liberal promovida por EE.UU.? ¿Cómo puede el *lawfare* contribuir a la reproducción hegemónica estadounidense? ¿Qué impactos tiene el *lawfare* en la democracia latinoamericana de acuerdo a los principios establecidos en la OEA?

Estas interrogantes orientan el presente trabajo y contribuyen a explorar una de las nuevas formas de dominación sobre América Latina en un contexto de censura sobre acciones bélicas desproporcionadas.

La hipótesis de investigación tiene como punto de partida la trayectoria dominante de Estados Unidos sobre América Latina que, en múltiples episodios históricos, subordinó la democracia promovida en la OEA a sus intereses geopolíticos. Así, luego de promover la lucha contra el comunismo, el narcotráfico y el terrorismo como agenda conjunta y despliegue de la dominación de espectro completo, en el presente apela al *lawfare* y la lucha contra la corrupción, condicionando nuevamente la democracia liberal y representativa en América Latina.

En ese sentido se plantea como objetivo general describir cómo el *lawfare* –entendido como estrategia de control y dominio geopolítico en América Latina– ha condicionado la democracia liberal y procedimental en Brasil, Ecuador y Argentina.

Como objetivos específicos busca:

Primero, analizar cómo la democracia liberal y procedimental se constituyó como valor social normativo y prescriptivo de los poderes públicos de América Latina en el siglo XX y cómo los principios de aquella democracia, promovidos a la luz del panamericanismo en la OEA, fueron supeditados a intereses geopolíticos estadounidenses en el marco de la Guerra Fría.

El segundo objetivo específico es explicar cómo el *lawfare* se inscribe entre las nuevas formas de dominación de Estados Unidos sobre América Latina en el siglo XXI y las estructuras institucionales que la operan.

El tercer objetivo específico es identificar los elementos y experiencias comunes en Brasil, Ecuador y Argentina, para describir los impactos del *lawfare* –como estrategia de control y dominio geopolítico– en la democracia liberal y representativa promovida por la OEA.

Para alcanzar estos objetivos se asume una investigación de tipo cualitativo a partir de la revisión bibliográfica, la recopilación de documentos y el análisis crítico de la información. Esta revisión bibliográfica, ordena y sistematiza la información de forma cronológica, permitiendo construir un hilo histórico del vínculo entre determinados acontecimientos históricos del siglo XX y la actualidad. Recurre también a entrevistas estructuradas y semiestructuradas a académicos y personajes claves que han contribuido en la investigación del objeto de estudio o cuyo quehacer político, jurídico o académico está relacionado con el tema de la investigación.

Un breve desarrollo de los capítulos permite observar que el primero analiza el recorrido histórico de la democracia liberal y procedimental en los siglos XIX y XX y construye la trayectoria histórica del dominio hegemónico mundial de Estados Unidos visualizando aquellos momentos en los que prescindió de la democracia liberal y representativa en nombre de la Seguridad Nacional.

El segundo capítulo avanza en torno a las definiciones del *lawfare* y sus principales características desde el ámbito judicial, comunicacional y los servicios de inteligencia. Además, explora las condiciones en las cuales se construyó la arquitectura institucional que utiliza.

Finalmente, el tercer capítulo describe las características de los casos de Brasil, Ecuador y Argentina, contrapone sus elementos, examina similitudes y contrasta con los mecanismos de lucha contra la corrupción y los instrumentos regionales usados como marco de la democracia liberal y representativa.





## Capítulo 1

# SOBRE LA DEMOCRACIA

Este capítulo toma dos vertientes necesarias para sentar las bases de la tesis: la democracia liberal y representativa (procedimental) y el control geopolítico de EE.UU sobre América Latina.

Si bien la investigación tiene como principal objeto de estudio el *lawfare* y su impacto en la democracia, es necesario definir qué tipo de democracia se ve afectada. A los efectos de la presente investigación, la democracia liberal y representativa (procedimental), como modelo hegemónico promovido desde la OEA, no obedece a una construcción lineal, sino a un proceso histórico que debe ser desentrañado para comprender por qué hoy se convierte en el sistema que rige la coexistencia pacífica de la sociedad y el reconocimiento de los Estados en la comunidad internacional y si enfrenta riesgos en el marco de las tensiones geopolíticas por el control de América Latina.

Además, para analizar cómo el *lawfare* puede condicionar la democracia, es necesario hacer énfasis en cómo se construye el control geopolítico en la región, cuál es el rol de América Latina y en particular Sudamérica en la política exterior de Estados Unidos y si existen antecedentes que puedan señalar el interés actual de sostener el control regional.

### **1. Democracia como valor social normativo y prescriptivo de los poderes públicos**

En la sociedad occidental, la enunciación de la palabra democracia refiere para el individuo un derecho conquistado a la participación y decisión, para las sociedades un parámetro de evaluación, y para muchos Estados, un principio que rige su pertenencia a la comunidad internacional, pues a partir de ella se mide el progreso material, social y político de nuestras sociedades.

Al revisar las constituciones de los Estados Americanos, –incluso aquellas que llevaron adelante procesos constituyentes en el siglo XXI (Venezuela, Ecuador y Bolivia)– encontramos que la democracia es la base fundamental de los sistemas de gobierno; es decir que el Estado normó el establecimiento de las relaciones sociales y la resolución de los conflictos a partir ella. Pero, ¿pudo haber

sido distinto? Dificilmente. De acuerdo al ex vicepresidente de Bolivia y escritor, Álvaro García Linera, “La palabra democracia, ha adquirido el rango de valor social normativo y prescriptivo en la constitución de los poderes públicos en todos los Estados modernos” (2020, p.271).

Al culminar la Segunda Guerra Mundial, el nacimiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU) como sistema internacional de protección de la paz y los derechos humanos fue incorporando progresivamente distintos tratados fundacionales que sirvieron como pilares de la democracia: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). A nivel regional, los documentos fundacionales del Sistema Interamericano fueron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948). Esta última indica en su preámbulo que la democracia es un elemento condicionante de la coexistencia regional pacífica: “*Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región*”(Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948, preámbulo). Posteriormente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta Democrática Interamericana en 2001.

Por tanto, hoy entendemos que la democracia es la piedra angular de sociedades, Estados, instituciones y del sistema internacional en la actual civilización occidental y particularmente en el continente americano. Pero, ¿cómo se llegó a aquel punto?

Su etimología indiscutiblemente evoca un principio rector: poder del pueblo; cuya matriz debe ser entendida de forma transversal al momento de conceptualizarla:

Las palabras tienen una historia muy efectiva, ignorar la razón para su acuñación, variaciones y subsiguientes desviaciones de los significados originarios, equivale renunciar a la brújula en una navegación peligrosa. Cuando acudimos a la raíz etimológica estamos seguros de empezar sobre fundamentos genuinos. (Sartori, 2000, p. 41)

Pese a ello, su conceptualización se encuentra en permanente disputa y construcción debido a una tensión dialéctica entre idea y realidad (Sartori, 1992).

Al finalizar el siglo XX, gran parte de las ideas dominantes en relación a qué era la democracia se circunscribían al espectro liberal y occidental; cuestionadas por su concepción de carácter procedimental, reflejaban la victoria de Estados Unidos tras la caída del muro de Berlín y el desmoronamiento de la URSS. Esta concepción fue predominante en los debates académicos y se constituyó en marco rector de los documentos fundacionales de la OEA y la Carta Democrática Interamericana. Autores como Joseph Schumpeter, Giovanni Sartori, Robert Dahl, Samuel Huntington, y a principios de siglo XXI Arendt Lijphart, David Collier y Steven Levitsky entre otros, fueron las figuras académicas influyentes para su definición, delimitación y estandarización.

Para entender el desarrollo histórico, el politólogo estadounidense Samuel Huntington identificó un proceso dialéctico de avances y retrocesos, conquistas y regresiones, denominadas olas y contraolas de democratización (Huntington, 1992). Esta definición se asienta en la expansión de sistemas de gobierno con formas de democracia representativa y tiene una lectura que califica los periodos de tiempo con un enfoque cuyo centro gravitacional son los acontecimientos de las economías centrales. Sin embargo, contribuye a comprender que la historia de la democracia no es un proceso lineal y ascendente, sino más bien dialéctico en la medida en que se contraponen correlaciones de fuerza de forma permanente y, resultado de aquella contraposición de fuerzas, se originan avances o retrocesos de la democracia.

De la misma forma, Sartori identifica cuatro periodos en el desarrollo de la democracia desde su origen hasta su consolidación a finales de siglo XX bajo el enfoque liberal: el primer periodo de eclipse durante las edades antigua, media y moderna (siglo III a.C.- siglo XIX) donde la palabra democracia no gozaba de una valoración positiva debido a experiencias que el autor califica como breves y degenerativas, y cuya contraposición era la república; el segundo periodo es de auge (desde segunda mitad del siglo XIX hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial), caracterizado por cambiar su sentido y lograr expandirse al momento de consolidar las repúblicas independientes; el tercer periodo corresponde a la Guerra Fría y contrapone el modelo de democracia liberal del bloque occidental capitalista al modelo de democracia sustancial del bloque del este socialista; y finalmente, a principios de la década de 1990, la consolidación de la democracia liberal y la economía de mercado como modelo hegemónico (Sartori: 1992). La propuesta del autor permite identificar con mayor claridad la disputa por el sentido de la democracia, pues la misma claramente adquiere significados distintos de acuerdo a las ideas representadas en un proyecto político y refleja las tensiones ideológicas tras el significado de las palabras.

Sin embargo, es importante comprender la democracia como un proceso histórico de construcción de significados, donde las sociedades en determinados tiempos o bloques históricos le dotaron contenido y contribuyeron a reforzar las ideas predominantes en la actualidad. Por tanto, si dividimos la construcción de los sentidos de la actual democracia liberal representativa en periodos, nos encontramos con los siguientes:

- ▶ Origen y expansión a América Latina en su forma utilitarista.
- ▶ Ampliación de la democracia en su forma procedimental.
- ▶ Estandarización en el sistema interamericano.

## **2. Origen y expansión de la democracia**

Desde el enfoque liberal y predominante, se suele indicar que el origen de la democracia moderna se produjo en Atenas en el siglo III a.C. a través del Parlamento de los Hombres Libres. Dicha instancia estableció mecanismos de representación territorial a los ciudadanos de aquella polis (el criterio de ciudadanía excluyó a mujeres, esclavos y extranjeros). A la luz de los avances se observa

que las restricciones de clase, género y nación, no significaron únicamente el impedimento del acceso a la participación política desde el derecho a elegir y ser elegido o elegida, sino a la condición de ciudadano o ciudadana como sujeto de derechos; por tanto, el origen de la democracia lleva en su interior el sistema de reproducción de privilegios patriarcales, de clase y coloniales.

Asimismo, los estudios de autores liberales de la democracia no suelen reflexionar en torno a un origen alternativo en las naciones y pueblos indígenas, sino que se ratifica la oficialidad de una historia que encubre la colonialidad del poder y el conocimiento en torno al relato autorizado de la civilización occidental cuyo inicio es la Grecia clásica y su culminación la modernidad (Quijano, 2000):

El hecho de que los europeos occidentales imaginaran ser la culminación de una trayectoria civilizatoria desde un estado de naturaleza, les llevó también a pensarse como los modernos de la humanidad y de su historia, esto es, como lo nuevo y al mismo tiempo lo más avanzado de la especie. Pero puesto que al mismo tiempo atribuían al resto de la especie la pertenencia a una categoría, por naturaleza, inferior y por eso anterior, esto es, el pasado en el proceso de la especie, los europeos imaginaron también ser no solamente los portadores exclusivos de tal modernidad, sino igualmente sus exclusivos creadores y protagonistas. Lo notable de eso no es que los europeos se imaginaran y pensaran a sí mismos y al resto de la especie de ese modo —eso no es un privilegio de los europeos—, sino el hecho de que fueran capaces de difundir y de establecer esa perspectiva histórica como hegemónica dentro del nuevo universo intersubjetivo del patrón mundial de poder. (Quijano, 2000, pp. 874-875)

Sin embargo, más allá de citar el origen europeo de la democracia, el relato liberal corta la historia resumiendo todo como un período de eclipse (Sartori, 1992) hasta enlazar con la construcción de las repúblicas en América Latina omitiendo las contradicciones en torno al modelo republicano y la democracia.

Por ejemplo, el contexto de desarrollo del sistema republicano en Europa inicia en el marco del despliegue del capitalismo mercantil en el siglo XVI y el absolutismo monárquico los siglos XVII y XVIII. En Europa emerge el renacimiento y el desarrollo de la ciencia a través del método experimental como fuente del conocimiento poniendo en duda el dogmatismo religioso a través de dos corrientes filosóficas: el racionalismo predominante a nivel continental y el empirismo en Inglaterra; este último encuentra entre sus máximos exponentes al filósofo inglés John Locke quien, a través de su obra *Tratados sobre el Gobierno Civil* de 1689, sentó las bases de la división de poderes ejecutivo, federativo y legislativo (donde recae la soberanía), estableció que era deber del Estado reconocer el derecho a la vida, la libertad y la propiedad privada como un contrato social emergente, y además, planteó la separación entre Estado y religión. En esta misma corriente liberal se adscribe el pensamiento de Montesquieu, quien profundizó la teoría de separación de poderes en *El espíritu de las leyes* de 1748 diseñando un Estado de tres poderes en contraposición al absolutismo: ejecutivo, legislativo y judicial.

Al presentar una lectura crítica de la corriente liberal reflejada en Locke y Montesquieu, el escritor argentino y profesor universitario Marcelo Koenig, plantea que aquella visión surge como un freno a la democracia por temor a su potencialidad transformadora:

La división de poderes tal como la plantean Locke y, sobre todo, Montesquieu es en realidad un gobierno mixto entre la democracia y la aristocracia (oligarquía). [...] El miedo a las masas ignorantes y potencialmente revolucionarias está en la raíz de la democracia representativa. (Koenig, 2019, p.23)

También en el marco del liberalismo, Jean-Jacques Rousseau, autor del *Contrato Social* en 1762, plantea que la república es la expresión de voluntad de los ciudadanos que se unen bajo una ley común que emana de la razón; esta reflexión, unida a otras construcciones teóricas, influyeron en la independencia de Estados Unidos, la Revolución Francesa y los procesos de independencia en América Latina.

### 3. Expansión de la democracia en América Latina

El proceso de construcción republicana no fue inmediato. Las nacientes repúblicas organizaron Juntas de Gobierno que debatían los elementos fundacionales de los nuevos Estados en medio de mucha inestabilidad política. Las vertientes ideológicas independentistas tenían como base el liberalismo inglés y/o francés, pero también, Koenig detecta influencias desde la academia española que contribuyeron a enriquecer el pensamiento latinoamericano:

Fue el sistema de ideas de Europa, las más modernas (como las liberales revolucionarias roussonianas) y las más tradicionales (como las de los filósofos de la alta escolástica de Salamanca), las que arrancaron el proceso. La obra bolivariana y sanmartiniana fue poner sobre la situación de colonia la idea de libertad europea; las consecuencias fueron un proceso liberador que niega la dominación europea. (2017, p. 218)

Sin embargo, las ideas contrastaron con la realidad. Las transformaciones emergentes del proceso independentista se encontraron con limitaciones propias de las tensiones coloniales y de clase. El jurista y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Gros Espiell, señala que es necesario observar tres elementos en las transformaciones emergentes del proceso independentista: la primera muestra que si bien la fórmula republicana fue mayoritaria, no fue unánime ni enfrentó los mismos desafíos en los diferentes territorios; por ejemplo, Brasil continuó bajo el sistema monárquico imperial hasta 1889, pese a que Portugal y Gran Bretaña reconocieron su independencia en 1825. Esto muestra que algunas corrientes monárquicas subsistieron en la época republicana dando contenido a las tendencias políticas conservadoras y limitando el alcance de las transformaciones. Segundo: las transformaciones en la sociedad republicana, pese a la independencia y la adopción de un nuevo sistema de gobierno, en gran parte no significaron una ruptura con la sociedad anterior; es decir, la sociedad colonial agraria y rural continuó siendo predominante, las clases privilegiadas por la monarquía continuaron siendo ricas y los pobres continuaron siendo pobres. Tercero: las repúblicas adoptaron una democracia restringida basada en la representación a través del sufragio calificado (excluyendo mujeres, indígenas,

analfabetos y pobres), y no podían ser gobiernos plenamente democráticos por la esencia profesional de los Estados. Por tanto, la república no era democrática, sino representativa y presidencialista (Gros Espiell, 2002).

Una vez alcanzada la independencia en el sur del continente; la anhelada democracia contrastó sus principios con una realidad donde aún prevalecían la colonialidad, la discriminación, el esclavismo, la acumulación de la riqueza y los privilegios. Las limitaciones a los principios de igualdad y libertad provenían de dos conflictos principales: concesiones a las oligarquías – antes alineadas con los intereses de las monarquías- que acompañaron el proceso de construcción de las nuevas repúblicas y la importación de modelos constitucionales europeos que no tenían relación con la realidad local:

El pensamiento progresista europeo instó a muchos de los hombres que militaban en la fuerza de la profundización a acelerar los tiempos con un instrumento jurídico que otorgara derechos a todos o, por lo menos, a lo que ellos consideraban el pueblo. Muchas veces, esto chocaba con la realidad de la correlación real de fuerzas o bien era lisa y llanamente la importación de legislaciones europeas pero que en estas tierras carecían de los actores sociales que las sustentaban, le daban corporeidad y sentido a su ejercicio. (Koenig, 2017, p.544)

Detrás de esa importación de modelos constitucionales también se expresó la tensión entre clases dominantes y movimientos revolucionarios. Lo que permite entender el Estado, las normas y políticas públicas como productos de una correlación de fuerzas en un momento histórico determinado:

El Estado definitivamente es un proceso, un conglomerado de relaciones sociales que se institucionalizan, se regularizan y se estabilizan (por eso ‘Estado’, que tiene que ver con estabilidad), pero con la siguiente particularidad: se trata de relaciones y procesos sociales que institucionalizan relaciones de dominación político-económica-cultural-simbólica para la dominación política-económica- cultural-simbólica. (García Linera, 2020, p. 334)

Al institucionalizar las relaciones de dominación para reproducir los privilegios del poder hegemónico existentes en aquel periodo; los productos estatales posteriores a la organización constitucional de las nuevas repúblicas también se vieron atravesados por estas tensiones. Un ejemplo de aquéllas se refleja en el proceso de codificación<sup>1</sup> a la luz de la ideología –liberal– dominante:

Los Códigos constituyen la cristalización jurídica de la unidad del Estado y de la necesaria aplicación del Derecho a todo el ámbito espacial y personal cubierto por el poder del Estado. Pero la codificación latinoamericana es, asimismo, expresión de los cambios sociales –no traumáticos ni radicales, pero sí existentes– producidos luego de la adopción de las primeras constituciones que siguieron a la independencia y de la nueva realidad en proceso de nacimiento y desarrollo. (Gros Espiell, 2002, pp. 164-165)

---

<sup>1</sup> El concepto de codificación refiere a una sistematización legal, ordenada, con vocación de globalidad e integralidad, de una materia determinada. En el proceso de codificación posterior al primer constitucionalismo latinoamericano se abordó materia civil, procesal, comercial y penal (Gros Espiell, 2002).

Las constituciones y los códigos civiles regularizaron y legalizaron la concentración de tierra en pocas manos, equivalente a la concentración de los medios de producción; al mismo tiempo establecen regímenes de propiedad privada basados en un sistema patriarcal que vinculan su acceso al estado civil de la mujer consagrando una inferioridad jurídica que repercutió en otros ámbitos, como la condición de ciudadanía y por tanto la participación democrática.

En Sudamérica los regímenes realmente democráticos y no meramente republicanos emergen tímidamente a la sombra de los grandes caudillos independentistas.

El caudillo es expresión de la democracia bárbara, demasiado turbulenta y poco prolija como para ser aceptada aun hoy por los amantes del formalismo democrático, más que de la sustancia de la voluntad popular. (Koenig, 2017, p. 458)

El periodo siguiente a la construcción constitucional y posterior codificación fue bastante inestable debido a constantes golpes de Estado; sin embargo, hacia 1870 en la mayoría de los países se consolidó el voto restringido como mecanismo de elección presidencial y parlamentaria.

El siguiente desafío para quienes pretendían poner un freno a la potencia transformadora, sería construir un sistema de partidos que permitiera la identificación de las corrientes a través de una entidad partidaria y no exclusivamente nombres de caudillos que tenían por tarea continuar la lucha por la libertad e igualdad. Esta implantación de la representación a través de partidos como mecanismos institucionales y formales se expandió progresivamente en distintos países como un factor de medición civilizatorio para el enfoque liberal; así lo manifiesta Maurice Duverger al analizar un siglo de vida partidaria:

En 1850, ningún país del mundo (con excepción de los Estados Unidos) conocía partidos políticos en el sentido moderno de la palabra: había tendencias de opiniones, clubes populares, asociaciones de pensamiento, grupos parlamentarios, pero no partidos propiamente dichos. En 1950, éstos funcionan en la mayoría de las naciones civilizadas, esforzándose las demás por imitarlas. (Duverger, 1951, p. 15)<sup>2</sup>

El economista liberal Joseph Schumpeter en su obra *Capitalismo, socialismo y democracia* (1961), realiza una crítica a la teoría clásica de la democracia desde la escuela utilitarista definida como un “sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común dejando al pueblo decidir las cuestiones en litigio mediante la elección de individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad” (1996, p. 335). Schumpeter observa que no existe un bien común unívocamente determinado en el que todos estén de acuerdo conforme

---

<sup>2</sup> La afirmación de Duverger no debe entenderse como una ausencia histórica, pues el mismo autor menciona que los antecedentes de los partidos podrían remitirse a la constituyente Francesa de 1789 y el club bretón, o de forma análoga, el club de los Girondinos. En ambos casos, la representación parlamentaria trascendió la identidad territorial y encontró una comunidad de opiniones sobre cuestiones fundamentales de la política.

una argumentación racional; pues el bien común puede significar distintas cosas para todas las personas y aun cuando signifique lo mismo, existen diferencias en cómo alcanzar aquel ideal. Por tanto, considera que la teoría clásica de la democracia se prestó a legitimar gobiernos que no podrían calificarse como democráticos y que, en aquel sentido, la democracia procedimental implica un avance cualitativo:

la voluntad como el bien del pueblo pueden ser servidos, y lo han sido en muchos ejemplos históricos, tan bien o mejor por gobiernos que no pueden calificarse de democráticos, con arreglo a cualquier uso aceptado de este término. Ahora estamos en una posición en cierto modo mejor, porque hemos decidido lanzar como piedra de toque un *modus procedendi* cuya existencia o cuya ausencia es fácil de comprobar en la mayoría de los casos. (Schumpeter, 1961, p. 359)

La diferencia entre la teoría clásica de la democracia y la democracia procedimental no es la matriz liberal, sino el énfasis en el acto electoral como proceso legitimador del acceso al poder del Estado.

#### **4. Ampliación de la democracia en su forma procedimental**

La democracia procedimental trajo consigo nuevas agendas, pues los procesos electorales –más allá de sus aciertos y errores, avances y limitaciones– se convertían en un acto generalizado de ejercicio de ciudadanía y, por tanto, el voto censitario sería la traducción objetiva de las desigualdades subsistentes de clase, género e identidad institucionalizadas en el Estado. Para ilustrar la dimensión de la reivindicación por el derecho a la ciudadanía, en su investigación del periodo de construcción democrática en Bolivia (1880-1899), la investigadora española Marta Irurozqui señala:

Esa percepción de la sociedad boliviana formada por grupos desiguales y jerárquicos en la que la ciudadanía era un privilegio sólo destinado a individuos con «honra y fama», conocidos socialmente, no sujetos a servidumbre y representantes de la educación y la moralidad suscitó una competencia social en la que la ciudadanía fue ambicionada tanto porque posibilitaba movilidad y oportunidad sociales, como porque generaba poder y preservaba derechos adquiridos. (2000, p. 406)

Sin lugar a dudas, el derecho al voto –como representación del ejercicio de derechos atribuidos a la condición de ciudadanía– se convertiría en la gran bandera de democratización de la sociedad respecto a derechos políticos, económicos y sociales, destacando la masificación del movimiento sufragista de mujeres. Por supuesto, esto transversalizaba el régimen de propiedad, los derechos civiles y otros también restringidos.

En Sudamérica, algunas repúblicas como Chile avanzaron de forma progresiva pasando del sufragio universal masculino para mayores de 21 años, que sepan leer y escribir en 1888, a autorizar el sufragio a hombres y mujeres mayores de 21 años, que sepan leer y escribir en 1949 y finalmente, habilitar el voto universal para mayores de 18 años en 1958. Otras, como Bolivia, que establecen el voto censitario, habilitaron provisionalmente la participación de la mujer en un proceso de



alcance municipal (1949) y luego, bajo el impulso de la Revolución Nacional en la década de 1950, se conquistó el voto universal incluyendo a mujeres, indígenas y analfabetos. Sin embargo, la brecha de desigualdad en la construcción, acceso, ejercicio y reproducción del poder político habían inclinado la mesa de forma favorable a las oligarquías republicanas y al patriarcado.

Las consideraciones emergentes luego de alcanzar el voto universal se circunscribieron a la necesidad de normar mecanismos para alcanzar estabilidad a través de un sistema representativo que ponga límites al despotismo bajo el principio de alternabilidad. Así mismo, los nacientes partidos políticos necesitaban condiciones de desarrollo y participación vinculado a los principios de libertad de opinión, reunión y asociación –incluidos ciudadanas y ciudadanos, medios de construcción de la opinión pública–, además de también asumir la libertad de prensa y el respeto de la correspondencia como garantías constitucionales (Iruozqui, 2000).

Al culminar la Segunda Guerra Mundial, la Guerra Fría expresó las tensiones de dos bloques emergentes: el bloque soviético y el bloque occidental encabezado por Estados Unidos. Los antagonismos se expresaron no sólo en los modelos económicos de libre mercado vs. economía socialmente planificada, sino también en la democracia liberal y la democracia sustancial socialista. Desde el enfoque liberal, se considera que en la democracia liberal-occidental la esfera de la política se limita a la esfera de la autoridad pública, en el ideal de un Estado reducido a garantizar la legalidad burguesa y un marco para el esfuerzo individual donde media la libre competencia basada en condiciones como: la disposición de una burocracia capacitada, apoyada en una sólida tradición, miembros del partido con una formación de calidad elevada, y un electorado que respete la división de trabajo entre ellos y los políticos que eligen (Schumpeter, 1961). Estos elementos fueron cuestionados por prestarse a una interpretación que restringe la democracia a una alternancia de élites en el poder: “Posiciones ultraliberales, como la teoría del austro-estadounidense Joseph Schumpeter, restringen aún más la democracia a la lógica procedimental, entendiéndola directamente como ‘gobierno de los políticos’, es decir, una mera competencia entre elites por el favor electoral” (Koenig, 2019, p. 29).

## 5. Estandarización en el sistema interamericano

En el marco de la Guerra Fría, a raíz de la contraposición de dos proyectos políticos y socioeconómicos encabezados por el bloque occidental y el bloque del este; la IX Conferencia Internacional Americana de 1948 aprobó la *Declaración de Defensa y Preservación de la Democracia en América*, manifestando que el comunismo es un instrumento de agresión a las instituciones libres, democráticas y republicanas del continente, a la soberanía e independencia de los Estados, y por tanto, se comprometía a adoptar medidas para impedir las actividades que puedan realizar en sus territorios. En esa misma conferencia el organismo dio un paso decisivo al establecer en el sistema internacional la democracia –en su modelo representativo– como una condición indispensable para la interacción entre Estados en la región y su pertenencia a la comunidad internacional. Además, fijó como propósito esencial lo siguiente: Artículo 2.b. “Promover y consolidar la democracia representativa dentro

del respeto al principio de no intervención”. Reafirmó como principio: Artículo 3.d. “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”; y finalmente, estableció la posibilidad de suspender la participación de un Estado miembro si se aleja del ejercicio de la democracia representativa: Artículo 9. “Un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido<sup>3</sup> del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado” (Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948).

Por tanto, los principios de la democracia liberal y representativa habían alcanzado un rango de principio supranacional en el continente. Sin embargo, aquel periodo de expansión de la democracia se vio interrumpido por la irrupción de fuerzas conservadoras. En Sudamérica, en el marco de la Doctrina de Seguridad Nacional estadounidense, múltiples golpes de Estado derrocaron gobiernos populares, en la mayoría de los casos disolvieron los parlamentos, proscribieron los partidos, impidieron la celebración de elecciones, la libertad de expresión, reunión, asociación y otras durante más de dos décadas, interrumpiendo el proceso de expansión democrática. Sólo dos países de la región sudamericana continuaron llevando adelante procesos electorales: Venezuela y Colombia, a costa de estrechar las relaciones con Estados Unidos en el marco de la Guerra Fría a través del programa Alianza para el Progreso. Sin embargo, ninguna de las dictaduras cívico militares fue siquiera observada por la OEA, pese a no respetar el principio democrático procedimental; mientras que la República de Cuba fue expulsada de este organismo en 1962 luego de la crisis de los misiles, que tuvo como antecedente el triunfo de la Revolución el año 1959 y la proclamación de Fidel Castro sobre el carácter socialista de la revolución cubana.

En aquel contexto de forzada polarización, la OEA aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, cuya primera parte refuerza el sentido de la democracia estableciendo que es deber del Estado proteger libertades y derechos sin discriminación como el derecho a la vida, la integridad y libertad personal, a garantías judiciales en el debido proceso, la protección de la honra y dignidad, a la libertad de conciencia, religión, pensamiento y expresión, libertad de reunión, asociación, derechos políticos, igualdad ante la ley entre otros. Sin embargo, en los países sudamericanos, especialmente aquéllos donde se desarrolló la Operación Cóndor, transcurrieron dos décadas de golpes de Estado y gobiernos militares antes de volver a ejercer en plenitud aquellos derechos reconocidos.

El retorno a la democracia procedimental en Sudamérica inició en la década de los 80 y hacia la década de 1990 nuevamente se celebraron elecciones, pero los efectos de las dictaduras perduraban y habían destruido las organizaciones políticas de izquierda –consideradas comunistas– afectando el tejido social

---

3 Este condicionamiento sería normado o regulado en la OEA a través de la Carta Democrática Interamericana (2001)

organizativo de sindicatos de trabajadores y trabajadoras, estudiantiles, campesinos y otros. Aquel momento coincidía con el proceso de desintegración de la URSS y la proclamación del fin de la historia y las ideologías:

Lo que podríamos estar presenciando no sólo es el fin de la guerra fría, o la culminación de un período específico de la historia de la posguerra, sino el fin de la historia como tal: esto es, el punto final de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal occidental como la forma final de gobierno humano. (Fukuyama, 1988, p. 7)

Las dictaduras militares, especialmente en Chile, sentaron las bases para el establecimiento del neoliberalismo como un nuevo ciclo político y económico en la región. Las primeras privatizaciones de empresas estatales se realizaron durante la dictadura del Gral. Augusto Pinochet (1973-1990) y fueron el principio de una ola privatizadora en la región que entre 1980 y 2000 derivó en el desmantelamiento de los aparatos productivos estatales sudamericanos. En aquel contexto se plantea la transición democrática<sup>4</sup> de las décadas de 1980 y 1990, al forzar la sumisa aceptación al nuevo modelo económico liberal bajo la premisa del fin de las ideologías postulado por Fukuyama. Por lo tanto, al no existir alternativas políticas que abran paso a la transformación del Estado y la sociedad, la democracia liberal y representativa se volvía un instrumento para el cambio de élites de gobierno y no para la construcción de procesos políticos.

Liberalismo económico y democracia liberal eran las dos caras de la misma moneda, ambos elementos constituían los pilares de la transición hacia Estados débiles y funcionales a los intereses geopolíticos estadounidenses. El jurista francés Maurice Duverger indicaba lo siguiente:

El capitalismo liberal implica un gobierno débil, confinado en menesteres militares y policíacos, incapaz de turbar con sus intervenciones el juego del 'laissez faire, laissez passer'. Liberalismo político y liberalismo económico se unen en circunstancias normales para promover la debilidad del ejecutivo: el primero teme que un gobierno fuerte sea opresor; el segundo, que sea planificador. (1961, p. 81)

Sin embargo, la transición democrática no era sinónimo de estabilidad política, pues aún imperaba la sombra del mando militar que debía sujetarse al mando civil cuando sus lealtades estaban claramente identificadas con la figura de quienes presidieron en dictadura. Por ejemplo, el Gral. Pinochet en Chile tenía la opción de convertirse en senador vitalicio y continuó gozando de una relación próxima con los jefes militares.

---

4 "Las transiciones están delimitadas, de un lado, por el inicio del proceso de disolución del régimen autoritario, y del otro, por el establecimiento de alguna forma de democracia, el retorno a algún tipo de régimen autoritario o el surgimiento de una alternativa revolucionaria. Lo característico de la transición es que en su transcurso las reglas del juego político no están definidas. No sólo se hallan en flujo permanente sino que, además, por lo general son objeto de una ardua contienda; los actores luchan no sólo por satisfacer sus intereses inmediatos y/o los de aquéllos que dicen representar, sino también por definir las reglas y procedimientos cuya configuración determinará probablemente quiénes serán en el futuro los perdedores y los ganadores" (O'Donnell & Schmitter, 1991, p. 247).

Si bien las transiciones fueron el primer paso hacia la estabilización democrática desplazando las dictaduras y conteniendo las tensiones sociales, no ofrecían una solución de fondo a la crisis social y económica de aquel periodo, pues la evaluación de sus resultados estaba condicionada o subordinada a la consolidación de la reforma neoliberal. En contraparte, cabe resaltar que las opciones democráticas antagónicas a los regímenes militares no pudieron articular una propuesta institucional que contribuya al desplazamiento de los poderes militares en favor de una posición de carácter progresista.

Los procesos de transición democrática arrastraron cuatro principales conflictos propios de su naturaleza luego de décadas de destrucción de las bases democráticas): Primero, la subsistencia de enclaves autoritarios en el nuevo régimen democrático<sup>5</sup> (miembros de las Fuerzas Armadas, tipo de Justicia y Tribunales heredados, sistema electoral) y todo el andamiaje constitucional y legal que impedía acceder a justicia en casos de violación de derechos humanos en dictadura militar. Segundo, el bloque opositor a la dictadura y los ejes de centro e izquierda no comprendían ni interpretaban la plenitud de las nuevas problemáticas y visiones de la sociedad. Por lo tanto, la vida política estaba huérfana de representación de aquello que no refería la transición y quienes podrían representarlos eran más bien actores de ruptura que tenían como única respuesta política la expresión del descontento. El tercer problema era la ausencia de debate sobre los grandes temas que definen la sociedad y el Estado (economía, bases fundacionales de la democracia). Entonces, en nombre de la estabilidad, como consecuencia se generó la ilusión de un consenso que en realidad sólo existió para poner fin a la dictadura. Finalmente, como efecto de la ausencia de debate y la falta de capacidad en la dirigencia estatal para comprender los nuevos problemas sociales, se generó una pérdida de legitimidad y la ruptura entre la clase política y los espacios de construcción social.

Pese a lo señalado anteriormente, la imagen de la democracia como eje civilizatorio, siguió sumando eventos electorales como sinónimo de estabilidad y persistencia consensuada en todos los ámbitos:

Independientemente del punto de vista que se tenga, más conservador o reformador, más académico o administrativo, la enunciación discursiva para adquirir el rango de legitimidad y para acceder al circuito de reconocimiento social debe referirse de alguna manera a la 'democracia' como bien sustantivo de la interacción colectiva. (García Linera, 2020, p. 271).

Sin embargo, pese a constituirse como bien sustantivo de interacción colectiva o valor social normativo y prescriptivo de los poderes públicos, definir la democracia es un acto complejo puesto que la afirmación puede excluir elementos que la sostienen, enriquecen y cualifican. Los debates en torno a la definición de democracia, sus

---

5 "Las instituciones nacen de luchas pasadas y con el tiempo olvidadas y petrificadas; en sí mismas son luchas objetivadas, pero además sirven a esas luchas, expresan la correlación de fuerzas dominante de esas luchas pasadas y que ahora, con el olvido funcionan como estructuras de dominación sin aparecer como tales estructuras de dominación. Se trata de una doble eficacia de dominación: son fruto de la dominación para la dominación; pero dominan, con el tiempo, sin aparecer como tales estructuras de dominación" (García Linera, 2020, p. 335).

elementos, características y condiciones obedecen a interpretaciones que conjugan el pensamiento de un tiempo atravesado por circunstancias históricas específicas. Por ejemplo, a principios del siglo XX, hablar de democracia implicaba un modelo de representación basado en la elección; a mediados de siglo la democracia entendió que la participación era insuficiente si no se garantizaba igualdad de oportunidades para aquella elección avanzando hacia el voto universal; al finalizar el siglo XX el debate en torno a la democracia entendió que aún con el voto universal y la igualdad de oportunidades para ejercerlo, su materialización no era objetiva en la medida que no se brinden igualdad de condiciones para elegir y ser elegido. Por tanto, con el entendimiento de las múltiples definiciones, para efectos de la presente investigación tomaremos desde una perspectiva crítica aquellas que quedaron inscritas en el Sistema Interamericano al iniciar el siglo XXI en la Carta Democrática Interamericana.

La democracia representativa es el sistema político de los Estados de la OEA, en el que se sustentan sus regímenes constitucionales y el Estado de derecho. Sus elementos esenciales son la celebración de elecciones libres y justas como expresión de la soberanía popular, el acceso al poder por medios constitucionales, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Finalmente, es necesario manifestar que, si bien la democracia representativa se convirtió en el estándar de la concepción democrática del siglo XX, esto no obedece a un acto de buena fe, ni a una reafirmación soberana, sino al conjunto de tensiones e intereses geopolíticos que dieron como producto una definición que para algunos es de carácter conservador y procedimental y, para otros, recupera el orden, la paz y el equilibrio político.

Cada concepto es la escenificación provisional de un campo de fuerzas donde continuamente se dirimen múltiples potencialidades de su significado habilitadas, gatilladas, por el contexto. Detrás de cada palabra y de cada discurso hay un flujo de fuerzas materiales y discursivas que pugna por el monopolio de las formas dominantes de la significación del mundo y de los modos legítimos de interpretar y entender los conceptos sobre el mundo. (García Linera, 2020, p. 276)

## **6. América Latina y Sudamérica en la política exterior de Estados Unidos en el siglo XX**

En el apartado anterior, se realizó un análisis del proceso histórico a través del cual la democracia representativa logró consolidarse como valor social normativo y prescriptivo de los poderes públicos). Sin embargo, al precisar el análisis se observa que la tensión vigente en el periodo de Guerra Fría implicó una contradicción entre su consolidación en el sistema interamericano y los intereses geopolíticos que, aun defendiendo el carácter representativo, subsumieron los principios básicos (participación, elecciones libres y libertad de organización) a la agenda de la seguridad nacional estadounidense.

Para analizar cómo el *lawfare* —en tanto herramienta de control geopolítico— puede condicionar la democracia, es necesario conocer previamente cómo

Estados Unidos construyó y ejerció su hegemonía global y regional, qué rol juega América Latina y en particular Sudamérica en la política exterior de EE.UU., y qué herramientas de proyección hegemónica continúan vigentes.

Para entender la hegemonía de Estados Unidos en el mundo y el rol que juega América Latina en los intereses estadounidenses, se plantea una división de cuatro periodos históricos que identifican un viraje de su política exterior hasta finales de siglo XX:

- ▶ Expansionismo y dominación hegemónica regional (1823-1917)
- ▶ Emergencia y desplazamiento del Reino Unido en el liderazgo mundial (1917-1946)
- ▶ Guerra Fría y diseño de arquitectura de control y dominio geopolítico (1946-1990)
- ▶ Unipolarismo y consolidación de hegemonía global (1990- Actualidad)

Cada uno de estos periodos cuenta con múltiples reafirmaciones de la construcción hegemónica estadounidense desde diferentes ámbitos: doctrinario, militar, diplomático y económico. Sin embargo, existe un elemento central y transversal en la construcción de la proyección hegemónica de EE.UU.: la relación con América Latina. Ésta es la fuente primigenia del despliegue de su poder y sobre ella reproduce con mayor detalle la estructura de dominación.

De acuerdo al profesor de Geografía de la Universidad de California, John Agnew: “El uso del concepto de hegemonía proviene de una palabra griega que significa dominación o liderazgo, particularmente de un Estado o nación en una liga o confederación, pero sin un claro consenso sobre si es el resultado de la coacción, el consenso o una combinación de ambos” (2005, p.54). En el marco de la construcción de la hegemonía global, América Latina es la región más importante del mundo para Estados Unidos por motivos de carácter estratégico territorial que describe el politólogo argentino Atilio Borón:

En primer lugar, es su vecina atravesada por profundas injusticias y en permanente fermento pre revolucionario...Es además su frontera con el Tercer Mundo, con el subdesarrollo. Es también su hinterland, su área de seguridad militar, la zona con la que comparte la ocupación de la gran isla americana...separada de las demás masas geográficas terrestres y, más todavía, depósito de inmensos recursos naturales. (2012, p. 68)

En el marco del control territorial, lo principal deviene de su área de influencia regional.

En el acceso a recursos naturales, es necesario destacar que en el siglo XX los recursos naturales existentes en el continente americano fueron un componente importante del desarrollo industrial estadounidense. Así se puede observar de acuerdo a estudios de la época:

Según el reporte de la Oficina de Asuntos Interamericanos, en 1950 América Latina había exportado a Estados Unidos 2.8 mil millones de dólares en bienes, el 35% de las importaciones totales de Estados Unidos, incluyendo alimentos básicos como café y azúcar. América Latina proveía el 25% del total de las importaciones de Estados Unidos de metal y manufacturas; el 46% de la importación de lana; el 61% del petróleo y más del 50% de las importaciones de cobre, plomo, nitrato y fibra de henequén. (Romano, 2012, p. 225)

En el caso de minerales estratégicos y energía hidrocarburífera, la concentración de las exportaciones de América Latina hacia Estados Unidos Estados Unidos es cada vez más creciente:

La importación de petróleo por parte de ese país del 28% en 1973, a cerca del 55% en 2003 y se calcula que para el 2025 será de un 70%. Los principales países exportadores de crudo y sus derivados hacia Estados Unidos (según datos de 2007) son Canadá (con 19%), México (15%), Arabia Saudita (14%), y Venezuela (13%). Esto implica que, en total, Canadá y AL suman el 50% de los cerca de 10 millones de barriles diarios que importa. Para dar una idea del ritmo de transferencia de crudo, el caso de México es más que manifiesto pues ha transferido más del 80% del crudo que exporta a EUA. Algo similar sucede con los minerales: en 1980 Estados Unidos dependía al 100% de cuatro minerales y de 16 más en el orden de un 30% - 99%. En 1992 tal dependencia era de 8 y 22 minerales respectivamente y, para 2009, de 19 y 26. (Romano, 2012, p. 235)

Las ventajas de América Latina no obedecen exclusivamente a la innumerable cantidad de recursos naturales estratégicos como minerales, petróleo, casi la mitad de biodiversidad y agua dulce del planeta), sino también a su proximidad geográfica que contribuye a disminuir los gastos logísticos de traslado y ofrece una ruta más segura para el abastecimiento:

El petróleo venezolano puede llegar a Houston en cuatro o a lo sumo cinco días de navegación, transitando por el Caribe –que el Pentágono y los estrategas del imperio definen como un ‘mar interior’ de Estados Unidos– completamente monitoreado y controlado por un rosario de bases navales que lo convierten en la ruta marina más segura del planeta. El proveniente del Medio Oriente, en cambio, emplea más de treinta, casi siempre unos treinta y cinco días para llegar a destino, y debe sortear obstáculos de todo tipo (por ejemplo, atravesar el Estrecho de Ormuz o, al dar la vuelta por el Cuerno de África, enfrentarse a los piratas somalíes) y transitar por una ruta mucho más larga y de fletes más costosos que la que se origina en Venezuela. (Borón, 2012, p. 128)

Al carácter estratégico del territorio y los recursos naturales, es necesario incorporar lo económico desde la perspectiva de los mercados; puesto que, desde finales del siglo XIX hasta la actualidad, la agenda de relación de Estados Unidos con el mundo se basa en la promoción del libre comercio; así se puede apreciar en la I Conferencia Panamericana de 1889, el discurso del presidente Wilson ante el Congreso Nacional en 1918 (al finalizar la Primera Guerra Mundial), o los acuerdos de Bretton Woods y el Consenso de Washington al concluir la Segunda Guerra Mundial.

Entonces, si se quiere entender el carácter estratégico de América Latina para Estados Unidos, es necesario imaginarla en tres dimensiones: Primero el control territorial que garantiza estabilidad y seguridad física en su área de influencia respecto a las potencias antagónicas; segundo la importancia de los recursos naturales necesarios para la industria norteamericana y tercero, la accesibilidad a nuevos mercados que permitan la expansión de empresas de capital estadounidense.

## 7. Antecedentes

Desde la independencia de las 13 Colonias de Estados Unidos (1776), su primera constitución entró en vigor en 1789 –año de la Revolución Francesa– inspirada en los ideales liberales de John Locke y Montesquieu, consolidando una república federal cuyo sistema de gobierno se basó posteriormente en la democracia representativa y la separación de poderes. En este periodo, el interés de Estados Unidos se basó fundamentalmente en afianzar la independencia y sentar las bases de la naciente república desde el ámbito territorial y la planificación económica de la siderurgia como base del desarrollo industrial, la conexión de los territorios para expandir el comercio y conectar la producción agrícola a través del ferrocarril. En ese sentido, la política exterior estadounidense tomó la decisión de mantener una equidistancia con las potencias coloniales europeas que continuaban presentes en el continente. Esta posición la manifestó el presidente George Washington en sesión del Congreso Nacional:

La gran regla de conducta para nosotros con respecto a las naciones extranjeras es extender nuestras relaciones comerciales, para tener con ellas la menor conexión política posible. En la medida que hayamos suscrito compromisos, debemos cumplirlos de buena fe. Pero detengámonos aquí. Europa tiene un conjunto de intereses primordiales que tienen muy poca relación con nosotros. Por tanto, frecuentemente debe estar envuelta en controversias que son esencialmente ajenas a nuestras preocupaciones. (Washington, 1796)

El discurso expresaba el sentido y motivo de la suscripción de dos tratados que delimitaron y regularizaron las relaciones con Gran Bretaña y España después de la Guerra de la Independencia en la búsqueda de estabilidad política: Tratado de Jay (1794)<sup>6</sup> y Tratado de Pinckney (1795).<sup>7</sup>

## 8. Expansionismo y dominación hegemónica regional (1823-1917)

Este período explica cómo Estados Unidos construyó su hegemonía regional a través del expansionismo y la dominación representados en la Doctrina Monroe (1823) y el Corolario Roosevelt (1905). Además, explica cómo Estados Unidos neutralizó la presencia de Reino Unido en América Latina progresivamente. La expansión territorial se expresa a través de invasiones militares registradas en la época para expandir su territorio o ampliar su influencia; las acciones diplomáticas se manifiestan a través del panamericanismo y tratados internacionales; y finalmente, en el ámbito económico, el crecimiento progresivo producto del desarrollo industrial y comercial.

El primer giro de la política exterior estadounidense ocurre el 2 de diciembre de 1823, cuando en su mensaje anual al Congreso, el presidente James Monroe desarrolla la primera doctrina de la política exterior estadounidense: “América para los americanos”. Su discurso no sólo expresa la posición de Estados Unidos en

6 Tratado suscrito entre el reino de Gran Bretaña y EE.UU. a través del cual se reconoce su independencia.

7 Tratado suscrito entre España y EE.UU. con el objetivo de delimitar la frontera entre EE.UU. y las colonias españolas contiguas al sur, además de la libre navegación y el compromiso mutuo de represión a indígenas de la zona.



el proceso de independencia hispanoamericana respecto a las potencias coloniales europeas, también manifiesta el interés en América Latina como área de influencia conforme a sus intereses geopolíticos. Hasta ese momento, habían transcurrido exactamente 10 años desde que Bolívar inició la gesta heroica desde Cúcuta por la liberación latinoamericana.

La primera invasión expansionista de Estados Unidos fue entre 1846 y 1848, cuando a través de una guerra anexó más del 50% del territorio mexicano. Luego, con el fin de consolidar su predominio regional y como estrategia para limitar la incidencia del Imperio Británico en la región, Estados Unidos consiguió la neutralidad del Reino Unido respecto a la apertura del canal interoceánico en Centroamérica a través del tratado de Clayton-Bulwer<sup>8</sup> en 1850. Una década después, se consagró como la segunda potencia industrial del mundo gracias a un quinquenio de crecimiento acelerado que rodeaba el 68% y de comprar el actual territorio de Alaska a Rusia en 1867.<sup>9</sup>

Es necesario precisar que el despegue industrial de Estados Unidos tiene como punto de expansión la Guerra de Secesión estadounidense (1861-1865), la cual tuvo como principal disputa el despliegue del desarrollo industrial estadounidense impulsado por Lincoln que requería mayor mano de obra en los estados del norte y el sur esclavista que buscaba sostener su modo de producción feudal basado en el esclavismo.

En mayo de 1888, mediante ley del Congreso Nacional de Estados Unidos se resuelve convocar a los Gobiernos de las Repúblicas de México, Centro y Sudamérica, Haití, Santo Domingo, y el Imperio del Brasil, a celebrar la I Conferencia Interamericana (origen de la OEA). El orden de temas a tratar incluía la adopción de un plan de arbitraje, el incremento del tráfico comercial, la unión aduanera y monetaria.<sup>10</sup> Las conferencias interamericanas tenían como matriz ideológica el panamericanismo basado en el determinismo geográfico, los principios de solidaridad continental y la comunidad de intereses; sin embargo; las constantes intervenciones militares de Estados Unidos en la región pusieron en duda la honestidad de aquellos principios:

En realidad, la práctica ha demostrado que el Panamericanismo no es sino el desarrollo ulterior de la doctrina Monroe y de las ideas de la República norteamericana sobre el papel dirigente de Estados Unidos en los asuntos del hemisferio occidental adaptado a las condiciones de la época del imperialismo. (Morales Manzur, 2002)

El cambio cualitativo de Estados Unidos se da a partir de la firma del Tratado de París de 1898, que pone fin a la guerra hispano-norteamericana. Las islas Guam y Puerto Rico pasaron a ser propiedad estadounidense y Filipinas es

8 Disponible en: <https://www.oas.org/sap/peacefund/belizeandguatemala/timelinedocuments/April%2019%201850%20Clayton-Bulwer%20Treaty%20copy.pdf>

9 Información obtenida a través de la Enciclopedia de Historia Universal (2003, p. 54).

10 <https://www.dipublico.org/12236/ley-del-congreso-de-1888-ley-autorizando-al-presidente-de-los-estados-unidos-para-arreglar-la-celebracion-de-una-conferencia-entre-los-estados-unidos-de-america-y-las-republicas-de-mexico-centro-y-s/>

entregado a cambio de 20 millones de dólares; España evacua Cuba y EE.UU., a través de la Enmienda Platt de 1901, establece un protectorado sobre la isla después de 30 años de lucha por la independencia. A partir de allí Estados Unidos se incorpora al escenario mundial como potencia colonial y se hace de su primera base militar en Guantánamo, Cuba en el año 1903.

Su principal interés estratégico para garantizar las condiciones logísticas necesarias de su comercio, era el desarrollo del Canal de Panamá como paso de conexión interoceánica. Durante la presidencia de Theodore Roosevelt, a inicios de 1903 tras el fracaso de la suscripción de un convenio entre Estados Unidos y Colombia para la construcción de dicha infraestructura, en noviembre del mismo año, Panamá se independiza de Colombia y suscribe el Tratado Hay-Bunau Varilla que viabilizó la construcción del canal interoceánico cediendo los derechos de perpetuidad a Estados Unidos y una zona de 8 kilómetros por lado a cambio de 10 millones de dólares, una renta anual de 250 mil dólares y protección militar respecto a Colombia.

En 1904, el presidente Theodore Roosevelt se dirige al Congreso Nacional y pronuncia un discurso que busca complementar la Doctrina Monroe respecto a la preeminencia de los intereses estadounidenses en la región, puesto que no sólo limitaba las acciones europeas en el continente, sino que además constituía a Estados Unidos como policía internacional para preservar el orden, proteger la vida y la propiedad privada en la región, especialmente si se comprometían los intereses de empresas o ciudadanos estadounidenses.

La maldad crónica, o una impotencia que resulta en una flexibilización general de los lazos de la sociedad civil civilizada, puede en América, como en otros lugares, requerir en última instancia la intervención de alguna nación civilizada, y en el hemisferio occidental, la adhesión de los Estados Unidos a la Doctrina Monroe puede obligar a los Estados Unidos, aunque sea de mala gana, en casos flagrantes de tales irregularidades, al ejercicio de un poder policial internacional (Roosevelt T. , 1904).

Hablar suavemente y cargar un gran garrote. Si bien esta posición fue muy cuestionada al ser manifestada, diferentes estudios muestran múltiples listados de invasiones estadounidenses en América Latina y el mundo. Uno de los más recientes, fue publicado por el Centro de Investigaciones Sociales de Bolivia recopilando un total de 30 intervenciones de Estados Unidos en América Latina en los siglos XIX y XX (Tellería y Gonzáles, 2012).

En 1910, la IV Conferencia Interamericana decidió denominar el espacio de articulación internacional continental como Unión Panamericana. Finalmente, en este periodo se puede destacar la creación del Buró Federal de Investigaciones (FBI) en 1908, como una organización de seguridad nacional, investigación e interpretación de información cuya finalidad es proteger a Estados Unidos de amenazas terroristas e inteligencia extranjera y también la creación mediante ley de la Reserva Federal de Estados Unidos en 1913, instancia que combina entidades públicas y privadas en el control del sistema de banca central de Estados Unidos y goza de autoridad legal para emitir billetes de dólar que, desde el acuerdo de Bretton Woods en 1944, son referencia internacional.

## 9. Emergencia y desplazamiento de Gran Bretaña del liderazgo mundial (1917-1944)

Hasta principios del siglo XX, los esfuerzos de Estados Unidos estaban concentrados en expandir su dominio diplomático, comercial, político y militar en el continente a través de la Doctrina Monroe y el Corolario de Roosevelt, lo que sostenía una política de equidistancia con las potencias europeas y neutralidad en conflictos bélicos. Sin embargo, el estallido de la Primera Guerra Mundial evidenció un segundo viraje en política exterior con el ingreso de Estados Unidos en la gran guerra.

El presidente Thomas Wilson dirigió un mensaje al Congreso Nacional en 1917 con la exposición de los motivos por los cuales consideraba que las acciones alemanas dirigidas a México eran una declaración de guerra contra el gobierno y el pueblo de EE.UU.: “No tenemos nada en contra del pueblo alemán. Nuestros únicos sentimientos hacia ellos son de simpatía y amistad, pero el mundo debe ser un lugar seguro para que exista la democracia”).

Ese mismo año triunfó la Revolución Rusa y cinco años después consolidó la URSS como el bloque territorial más grande que se convertiría en la alternativa polarizante de Occidente.

Culminada la Primera Guerra Mundial, a través de un discurso dirigido ante el Congreso Nacional, el presidente Wilson plantea 14 puntos. Entre ellos destaca realizar los tratados internacionales de forma abierta, pública y transparente; la libertad de navegación en los mares y la eliminación de las barreras económicas; el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos para consolidar Estados en las naciones de Europa del Este y la desocupación de las invasiones emergentes de la guerra, la independencia de Polonia; la reducción de armamento de guerra y la conformación de la Asociación General de Naciones.<sup>11</sup> Pese a ser rechazado por el senado estadounidense, muchas de las propuestas fueron asumidas en el Tratado de Versalles, especialmente la conformación de la Sociedad de Naciones.

Un elemento importante a destacar es el viraje de la política exterior de Estados Unidos respecto a América Latina a partir de la Política del Buen Vecino impulsada por el presidente Franklin D. Roosevelt en la VII Conferencia Interamericana de 1933; con la cual se compromete a replegar las fuerzas militares estadounidenses en la cuenca del Caribe y el cese de las intervenciones en los Estados latinoamericanos en la perspectiva de construir la solidaridad hemisférica como marco de cohesión regional ante la inminencia de conflictos bélicos. Esta política estaba acompañada de la progresiva sustitución de Reino Unido como principal inversor en América Latina:

Hasta 1890, Estados Unidos apenas había hecho inversiones en el subcontinente. Sin embargo, cuando estalló la Primera Guerra Mundial, la nación nortea ya había invertido 1.500 millones de dólares en América Latina y hacia 1929 sus inversiones sumaban 4.050 millones de dólares; cifra similar a las inversiones británicas.<sup>12</sup>

11 Disponible en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=62&page=transcript>

12 Información obtenida a través de la Enciclopedia de Historia Universal (2003, p. 62).

Sin lugar a dudas, ese nivel de inversión es reflejo de la expansión y crecimiento económico estadounidense que desplazó la bolsa de valores de Londres en 1918 y fue fundamental a principios de siglo XX para arrebatarle al Reino Unido el primer lugar en términos económicos convirtiéndose en el país con mayor renta per cápita:

A fines del siglo XIX la renta per cápita americana superó a la inglesa, mientras que también en valor absoluto la economía americana se convirtió en la más grande y potente del mundo. Será la primera guerra mundial la que cambiará el panorama, pues dará a Estados Unidos la conciencia de su poder y romperá el ciclo de crecimiento de Alemania. (Universidad de Cantabria, s.f.)

La crisis financiera de 1929 trajo serias consecuencias sociales: hasta 1932, “la renta per cápita del estadounidense era la mitad de la de 1929, habían cerrado 90.000 empresas, quebraron 6.000 bancos y el país soportaba una carga de 15 millones de parados”.<sup>13</sup> A partir de aquella crisis, el Presidente Roosevelt, presentó un conjunto de medidas a las que denominó New Deal (Nuevo acuerdo) que consistían en reformar los mercados financieros y dinamizar la economía. Una de las instancias nacientes que destaca entre la reorganización institucional es la Comisión de Bolsa de Valores de Estados Unidos (Securities and Exchange Commission, SEC), creada en 1934 con el fin de proteger los inversionistas y mantener la integridad de los mercados.

Durante los inicios de la Segunda Guerra Mundial, Roosevelt mantuvo la política de neutralidad comprometida en su campaña y reflejada en las leyes de 1935 y 1936 que prohibieron la venta de armas a países involucrados en conflictos bélicos. El año 1940, Estados Unidos y Reino Unido suscriben el Acuerdo de Destruyores por Bases, el mismo que proveía a la Marina Real Británica y Canadiense 50 destructores a cambio de la instalación de bases militares norteamericanas en territorios de dominio británico como Terranova, Nueva Escocia, Islas Bermudas, Islas Bahamas, Isla de Trinidad, Guyana y otros en el Caribe. Este elemento es importante porque incluye a la arquitectura institucional militar desplegada en América Latina a través de bases militares.

En 1941, en un discurso ante el Congreso Nacional, el presidente Roosevelt, pidió a la gente que en el marco de la Segunda Guerra Mundial se hagan sacrificios como el aumento del pago de impuestos y la producción de armas de guerra con el fin de abastecer al Reino Unido y los Aliados a cambio de pagos posteriores:

Le pido al Congreso autoridad y recursos suficientes para fabricar municiones adicionales y suministros de guerra de muchos tipos que se entregaran a las naciones que están en guerra con los agresores. Nuestro papel más útil e inmediato es actuar como un arsenal para ellos y nosotros mismos. No necesitan fuerza de trabajo, pero necesitan miles de millones de dólares en armas de defensa. Pronto no podrán pagarnos en efectivo. No podemos decirles que deben rendirse simplemente por la imposibilidad actual de pagar las armas que sabemos que deben tener. No recomiendo que les hagamos un préstamo en dólares para pagar estas armas. Recomiendo que hagamos posible que esas naciones continúen obteniendo material de

---

<sup>13</sup> Información obtenida a través de la Enciclopedia de Historia Universal (2003, p. 51).

guerra en los Estados Unidos, ajustando sus pedidos a nuestro propio programa. Casi todo su material, si llegara el momento, sería útil para nuestra propia defensa (Roosevelt F., 1941).

De acuerdo a la investigación de la politóloga Silvina Romano (2012), este aumento de la producción de arsenal bélico construyó un complejo militar industrial que contribuyó a la reactivación económica estadounidense y se constituyó en la locomotora del crecimiento económico norteamericano y eje de la expansión del capitalismo monopólico de posguerra:

En los tres primeros trimestres de 1969, aproximadamente 8.3 millones de personas tenían empleo como consecuencia del programa militar: 3.5 millones en las fuerzas armadas, 1.3 millones de empleados civiles del Departamento de Defensa y 3.5 millones participando en la producción y el transporte de artículos adquiridos por las fuerzas militares (Romano, 2012, p. 218).

En julio de 1941, mediante una ley, aprueban el programa Lend-Lease que consistía en prestar o arrendar armas u otros suministros necesarios a países en guerra que tuvieran una relación con la seguridad vital estadounidense; y finalmente, en diciembre del mismo año, luego del ataque a la base de Pearl Harbor, Estados Unidos se incorpora a la Segunda Guerra Mundial.

En la región, la política de buena vecindad toleró muy poco tiempo la emergencia de gobiernos nacional populares en Argentina, Bolivia, Brasil y México, puesto que los grandes avances como el voto universal, la soberanía sobre recursos naturales estratégicos, el nacimiento de industrias nacionales, la organización sindical de trabajadores y trabajadoras, las reformas agrarias para dotar de tierras a campesinos productores; tenían al Estado como actor determinante en la economía y la democratización de la riqueza a través del proteccionismo que ponía en riesgo los capitales estadounidenses en la región.

## **10. Guerra Fría y diseño de arquitectura institucional (1944- 2000)**

El periodo de Guerra Fría es el más importante en términos del diseño de la arquitectura institucional de control geopolítico internacional y regional sobre la cual Estados Unidos asienta hoy el ejercicio de su hegemonía, pues ésta no sólo se sustenta en el PIB, la centralidad de las instituciones económicas mundiales, el gasto militar desproporcionado, el avance tecnológico y científico, sino fundamentalmente en el conjunto de instituciones y planes que desde la Guerra Fría, hasta el día de hoy se convierten en la correa de transmisión de su proyección e influencia económica, política y militar.

Este proceso inició en 1944, cuando los Estados aliados discuten sobre el impacto de la guerra en las economías nacionales y convocan a la Conferencia Monetaria y Financiera de la ONU en Bretton Woods acordando:

- ▶ Crear autoridades internacionales que promuevan el comercio internacional y la armonía económica;
- ▶ Fijar la tasa de cambio entre las diversas monedas del mundo;

- La convertibilidad entre el oro y el dólar estadounidense, de tal forma que esta moneda se convierta en la reserva monetaria mundial)

Las autoridades internacionales creadas para promover el comercio y la armonía económica fueron el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)<sup>14</sup> que es parte del actual Grupo del Banco Mundial, creadas ambas en 1944. Al mismo tiempo, el dólar se afianzó como moneda de cambio a nivel global estableciendo la centralidad de la moneda y la economía estadounidense hasta el día de hoy.

La Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y la paz, realizada en México en febrero de 1945, contemplaba como primer punto las medidas complementarias para intensificar la cooperación en el esfuerzo bélico, además de la cooperación económica durante la guerra y el período de transición en la post-guerra.<sup>15</sup> Esto tuvo una íntima relación con los inicios de la Doctrina de Defensa Hemisférica y las políticas de asistencia que conforman la Doctrina Truman, pues mencionan entre sus documentos principales la conformación de un organismo que persiga la articulación y asistencia militar:

**RECOMIENDA:** 1º. Que los Gobiernos consideren la constitución, a la mayor brevedad posible, de un organismo permanente formado por representantes de cada uno de los Estados Mayores de las Repúblicas americanas, con el fin de proponer a dichos Gobiernos las medidas tendientes a la mejor colaboración militar entre todos los Gobiernos y a la defensa del Hemisferio Occidental". (Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, 1945).

Además, la conferencia emitió una resolución impulsando a que los Estados miembro "consagren como delito en su legislación penal interna, los actos cometidos, individual o colectivamente, que favorezcan a un Estado extracontinental en guerra contra un país americano agredido" (Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, 1945).

Este principio de cohesión o defensa hemisférica fue la base de los posteriores pronunciamientos surgidos en el marco de la Guerra Fría.

## 11. Corrientes teóricas predominantes en la Guerra Fría

Existen variadas versiones sobre los sucesos que dieron origen a la Guerra Fría, así como múltiples corrientes teóricas de interpretación de los acontecimientos y las tensiones políticas. Sin embargo, la importancia del nuevo conflicto tomó relevancia cuando el embajador estadounidense en Moscú, George Frost Kennan, envió un telegrama al Departamento de Estado en 1946 exponiendo los motivos por los cuales consideraba que la Seguridad Nacional de Estados Unidos estaba comprometida por el avance del comunismo. Además, Kennan publica un

---

14 "El BIRF es el punto de arranque de lo que hoy se conoce como Banco Mundial, aunque este, en rigor de verdad, está constituido por un conjunto de instituciones. Tiene cuatro agencias: Asociación Internacional de Fomento, Corporación Financiera Internacional, Centro Internacional para la Resolución de disputas sobre inversiones y la Agencia de garantía de inversiones multilateral" (Koenig M., 2010, p. 453).

15 <https://www.dipublico.org/104864/programa-de-la-conferencia-conferencia-interamericana-sobre-problemas-de-la-guerra-y-de-la-paz-ciudad-de-mexico-1945/>

artículo en la revista *Foreign Affairs* de 1947, que sería paradigmático en términos de configurar el mundo en torno a la bipolaridad y la construcción de la Guerra Fría a partir de la visión realista de las relaciones internacionales.

En los hechos, ambos países y sus aliados principales desarrollaron estrategias de seguridad pensadas en relación a su rival y definieron sus concepciones y sus prácticas a partir de la existencia del enemigo que permitía la cohesión del campo propio. Sin embargo, bajo esa polarización ideológica, política y económica, intentaron absorber las tensiones anticoloniales en lo que entonces se definió como Tercer Mundo, considerándolos territorios en disputa por el establecimiento de democracias liberales capitalistas o repúblicas populares comunistas.

Pero también, más allá de los intentos de control y subordinación permanente, aparecen los intereses de los pueblos, que tienen su vida propia y sus aspiraciones emancipatorias. Aquel Tercer Mundo buscó la descolonización en Asia y África a través de la Conferencia de Bandung en 1955 y la conformación del Movimiento de Países No Alineados (MPNA) en 1961. Cabe destacar que luego de la experiencia de lucha armada en Cuba -miembro del MPNA-, otras fuerzas políticas anticolonialistas adoptaron aquella vía.

Esto genera un tipo de enfrentamiento distinto llamado guerra revolucionaria; una guerra asimétrica librada por las naciones en proceso de constituirse como tales, en confrontación con el imperialismo o en afirmación de su soberanía, enfrentadas a las fuerzas militares de ocupación dispuestas a sostener la rémora del colonialismo. En esta contienda, el ejército francés sería derrotado en Indochina (Vietnam, Laos y Camboya) y Argelia. Las lecciones aprendidas en estos fracasos militares por parte de los ejércitos colonialistas contribuyeron a construir la guerra contrarrevolucionaria, que da sustento operacional a la concepción de la Doctrina de Seguridad Nacional y la Doctrina de Contrainsurgencia cuyas acciones no eran eminentemente militares sino además políticas tomando en cuenta el contexto de cada territorio.

## 12. Doctrinas marco del período de Guerra Fría aplicadas a América Latina

Las doctrinas suelen ser asociadas al conjunto de conocimientos sistematizados y organizados que permiten constituirse en un *know how* o marco interpretativo ante circunstancias determinadas. En el ámbito militar, es considerada un soporte de conocimientos que va de la realidad a lo conceptual y de lo conceptual a la abstracción (Cebollero Martínez, 2019).

Desde el campo institucional militar latinoamericano, podría mencionarse lo siguiente:

La doctrina es el conjunto de principios fundamentales con sus correspondientes tácticas, técnicas, procedimientos, términos y símbolos empleados para la conducción de las operaciones y mediante los cuales el ejército de combate y los elementos del ejército generador de fuerza, que apoyan directamente las operaciones, guían sus acciones en cumplimiento de los objetivos nacionales. Así mismo, es una guía sobre cómo (no qué) pensar, preparar y ejecutar las operaciones y los entrenamientos. En consecuencia, es adaptativa a las circunstancias particulares del momento de su aplicación y en muy pocas ocasiones es impositiva. Es autoritativa pero requiere juicio en su aplicación. (Centro de Doctrina del Ejército Colombiano)

Como se menciona con anterioridad, la Doctrina Monroe y el Corolario de Roosevelt son transversales en el análisis de la política exterior estadounidense respecto a América Latina. Ambas ponen énfasis en la relevancia del continente para los intereses geopolíticos norteamericanos; y particularmente en el caso del Corolario de Roosevelt, plantea el rol de policía internacional de Estados Unidos en razón de los principios de la democracia liberal, la economía de mercado y la defensa de sus ciudadanos y capitales en el exterior.

Durante la Guerra Fría, la confrontación entre dos modelos diferenciados de democracia y economía llevaba a Estados Unidos a subsumir cualquier tensión en la polarización con la URSS. Así lo refleja el investigador argentino Esteban Pontoriero: “En el marco de este bloque de ideas, se afirmaba que la llamada “guerra revolucionaria” era el método a través del cual el comunismo buscaba triunfar en las naciones aliadas con el bloque occidental” (2015, p. 160). Sin embargo, la guerra revolucionaria fue llevada adelante por movimientos de diversas corrientes entre las cuales también destacaban las de liberación nacional.

Para ampliar la influencia del movimiento, la Guerra Revolucionaria incorporaba a la sociedad en su estrategia de acción política y desarrollaba desde la clandestinidad sus acciones militares:

Desde este enfoque, dicho enfrentamiento armado se caracterizaba por desarrollar una serie de actividades no declaradas dentro de un país. A su vez, la ‘guerra revolucionaria’ se extendía más allá del espacio estrictamente militar para pasar a abarcar todos los ámbitos de la vida nacional y era llevada adelante recurriendo a todos los medios a su alcance, ya sean estos políticos, económicos, psicológicos, culturales, etc. (Pontoriero, 2015, p. 161)

El profesor colombiano Francisco Leal Buitrago plantea que, para combatir la Guerra Revolucionaria, Estados Unidos apela a la seguridad nacional como elemento transversal de la protección de su *hinterland*:

La seguridad nacional se consolidó como categoría política durante la Guerra Fría, especialmente en las zonas de influencia de Estados Unidos. Después de la Segunda Guerra Mundial, este país rescató el uso político que la palabra seguridad ha tenido desde la antigüedad, para elaborar el concepto de 'Estado de seguridad nacional'. Este concepto se utilizó para designar la defensa militar y la seguridad interna, frente a las amenazas de revolución, la inestabilidad del capitalismo y la capacidad destructora de los armamentos nucleares. (2003, p. 74)

Siendo la seguridad el elemento central de la estrategia de contención geopolítica contra el avance soviético, el adoctrinamiento en seguridad tiene tres corrientes: La Doctrina Geopolítica Alemana (teoría de la guerra total del general Erich Von Ludendorff (1935), cuyo interés prestaba atención al estado anímico del pueblo y al trabajo psicológico para legitimar la aniquilación del enemigo; la Doctrina de la Guerra Revolucionaria (DGR) y las técnicas de contrainsurgencia francesa (1945-1962), extraídas de experiencias en Indochina y Argelia, enfocadas en la represión mediante el uso de la tortura para aniquilar física y psicológicamente al enemigo, además del uso de métodos no convencionales. Finalmente,



la tercera corriente es el Estado de Seguridad Nacional estructurado desde Estados Unidos como elemento articulador de la dominación mundial mediante una intervención directa, aunque velada, en América del Sur a través del control ideológico y político de los altos mandos de las FFAA (Echeverría, 2020).

Para efectos de la presente investigación, el estudio se concentra en la Doctrina de Seguridad Nacional y la Doctrina de Contrainsurgencia.

### **13. Doctrina de seguridad nacional**

La categoría de seguridad nacional logró convertirse en un cuerpo doctrinario aplicado en América Latina aun sin ser pronunciada ante el Congreso Nacional. Su origen se encuentra en el Acta de Seguridad Nacional –promulgada en 1947– y la estrategia de contención frente a la Unión Soviética –puesta en práctica a partir de ese mismo año, convirtiéndose en una macroteoría militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, cuya aplicación inició con el golpe militar de 1964 en Brasil). Más allá de no ser pronunciada en un discurso presidencial, toma como base la defensa de los intereses estadounidenses en el hemisferio bajo el mando militar; por tanto, podría entonces considerarse como “una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la 'ocupación' de las instituciones estatales por parte de los militares. Por ello sirvió para legitimar el nuevo militarismo surgido en los años sesenta en América Latina” (Leal Buitrago, 2003, p. 75).

La Doctrina de Seguridad Nacional establece un cambio importante en las doctrinas militares puesto que las Fuerzas Armadas, custodias de la defensa del Estado (entendido como población, territorio y gobierno), dejan de concebir las fronteras físicas en la defensa de la seguridad nacional e instauran el criterio de frontera ideológica. Entonces, la prevención del comunismo, la vigilancia y control, no se hace en los límites físicos del Estado o sus fronteras, sino en los propios ciudadanos identificando en cada país un enemigo interno como: partidos de izquierda, partidos de arraigo popular, organizaciones sindicales o estudiantiles y sus respectivos militantes.

El teólogo belga Joseph Comblin, cita como elementos de la Doctrina de Seguridad Nacional los siguientes: “la obsesión por perseguir al enemigo comunista, fuerzas armadas dedicadas a proteger el orden interno, violaciones a derechos humanos, sumisión a principios económicos y postulados de EE.UU.” (1979, p. 47). En su misma obra, sostiene que con la Doctrina de Seguridad Nacional Estados Unidos restringe su accionar directo a las tareas de disuasión nuclear mientras los estados del Tercer Mundo, especialmente en América Latina, se encargan de luchar contra la subversión:

Los Estados Unidos iban a enseñar a todos sus satélites que la seguridad colectiva del mundo libre descansa en una cierta división del trabajo: los Estados Unidos asumen sólo la tarea de la disuasión nuclear; pero los satélites deben encargarse -con ayuda americana- de luchar contra la guerra revolucionaria al interior de sus fronteras. Porque de ahí en adelante, las fronteras del mundo libre pasan por el interior de cada uno de los Estados del Tercer Mundo. De esta manera la seguridad nacional de cada país pasa a ser parte de

la seguridad colectiva del Tercer Mundo y pasa a ser una responsabilidad de cada Estado. (Comblin, 1979, p. 83)

Para finalizar, un elemento importante es el religioso, pues desde su perspectiva filosófica, la Doctrina de Seguridad Nacional dividió el mundo entre el bien y el mal: el Occidente cristiano y la barbarie atea marxista: “Es importante tener en cuenta que a la DSN se le incorporó el componente mesiánico para darle un sentido trascendental y fundamentalista a cada una de sus acciones, ante la temeridad de considerar la posibilidad de otras formas de gobierno, de actuar y de pensar” (Velásquez Rivera, 2002, p. 13).

El enfoque de la guerra mesiánica repercutía en la deshumanización del enemigo, y por tanto, en la privación de sus derechos humanos esenciales:

mostraba una clara voluntad de deshumanizar a las personas vinculadas al campo revolucionario. En este sentido, quienes negaban y atacaban al orden natural fundado en Dios se volvían indignos de ser considerados seres humanos portadores de una serie de derechos básicos, incluido el de la vida. (Pontoriero, 2014, p.6)

#### **14. Doctrina de contrainsurgencia**

La Doctrina de Contrainsurgencia tiene un rol operativo en el marco de la Doctrina de Seguridad Nacional. Nace con un componente histórico-contextual de la guerra contra el colonialismo, donde las potencias centrales disputan continuar con la opresión sobre los territorios del Tercer Mundo e impedir la penetración soviética. Toma las experiencias bélicas de la Guerra de Indochina de 1945-1954 y la Guerra en Argelia 1954-1962, asociada a la Doctrina de Guerra Revolucionaria y continúa actualizando su definición hasta la Doctrina de Guerras de Baja Intensidad en un proceso evolutivo que incorpora las experiencias norteamericana e inglesa.

La doctrina de Contrainsurgencia es un método operativo de combate contra la guerrilla a través del manejo de la información (obtenido de la tortura si es necesario), donde la velocidad de la información se constituye en un elemento clave para combatir un ejército).

A diferencia de la Doctrina de Guerra Revolucionaria, cuya esencia es fundamentalmente militar, la Doctrina de Guerras de Baja Intensidad propuso combinar la política con el ámbito militar, es decir incidir buscando apoyo en la población y ejercer diferentes medidas y acciones que se complementan con las experiencias actualizadas o incorporando elementos conforme a las características de las poblaciones objetivo:

En octubre de 1985, el Comando de Entrenamiento Doctrinario del Ejército, en Fort Monroe Virginia, actualizó la doctrina del conflicto de baja intensidad donde manifiesta el papel del ejército de los Estados Unidos. Se consideró que una lucha político-militar limitada, tendiente a lograr objetivos políticos, sociales, económicos o psicológicos, puede ser con frecuencia prolongada y extendida desde la presión diplomática, económica, social, psicológica, hasta el terrorismo e insurgencia, y que el conflicto de baja intensidad está

generalmente contenido dentro de una región geográfica determinada y se caracteriza por sus limitaciones en cuanto al tipo de armas, tácticas y nivel de violencia". (Velásquez Rivera, 2002, p. 25)

#### **14. Políticas de asistencia en el marco de la seguridad nacional**

Un elemento transversal al periodo de construcción de la arquitectura de proyección hegemónica estadounidense en América Latina, es la asistencia a través de planes o iniciativas aprobadas por los gobiernos latinoamericanos. Estas políticas de asistencia atravesaron la Guerra Fría y se convirtieron en un elemento predominante en el establecimiento de las relaciones estadounidenses con los Estados latinoamericanos:

Las doctrinas interpretaban que el comunismo crecía por las tensiones generadas por los procesos económicos y sociales del Tercer Mundo donde existía hambre, pobreza y subdesarrollo, por lo cual la cuestión social era observada con atención y con el énfasis puesto en la articulación de la seguridad con el Desarrollo. (Echeverría, 2020, p. 43)

Como se observa anteriormente, en lucha contra el comunismo Estados Unidos creó la Escuela de las Américas dirigida a formar militares latinoamericanos e impulsó la articulación de instancias regionales como el TIAR. En el marco de las políticas de asistencia para la seguridad, de acuerdo a los documentos desclasificados por el Departamento de Estado, en 1945 el presidente Truman apoyó los lineamientos orientados al entrenamiento y equipamiento de las fuerzas armadas de otras repúblicas americanas consistente en: establecer misiones de entrenamiento militar en otras repúblicas americanas; proveer entrenamiento en los Estados Unidos para personal militar americano; participar en la elaboración conjunta de planes para la defensa hemisférica; y proveer equipamiento militar a otras repúblicas americanas (Romano, 2012).

En el mismo periodo presidencial se promulga la Ley de Asistencia para la Defensa Mutua (1950) que busca garantizar las condiciones técnicas y materiales para que los Estados, particularmente en América Latina, puedan hacerse cargo de la seguridad hemisférica a través de la lucha interna contra objetivos calificados por Estados Unidos como subversivos, y además garantizar la protección de las fuentes de materiales estratégicos y vías de comunicación. Sin embargo, se alude que la propuesta de estandarizar los sistemas de defensa, tenía como objetivo de segundo plano "vender a otras repúblicas americanas equipos compatibles con sus condiciones económicas y con las necesidades de la defensa hemisférica". (Romano, 2012, p. 223).

Uno de los ejemplos más importantes de asistencia en el plano económico para América Latina fue la Alianza para el Progreso, anunciada por el presidente Kennedy en 1961. Esta se constituye en el marco político-económico de la asistencia para el consiguiente formateo de las políticas militares en Latinoamérica. En su presupuesto dispuso alrededor de 20.000 millones de dólares, destinados al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, impulsó el desarrollo económico y social con programas de reforma agraria en las zonas rurales y vivienda en

zonas urbanas, comprometiendo finalmente mejoras en las condiciones laborales de los trabajadores, erradicar el analfabetismo y disminuir la pobreza extrema. Este enfoque estructural parte de la idea de que la inexistencia de condiciones materiales para vivir, el hambre y la pobreza, son caldo de cultivo para la subversión y las fuerzas antidemocráticas: “de este modo, los programas de asistencia económica y técnica eran una de las alternativas para garantizar la “estabilización” de los países menos desarrollados (que podían amenazar la seguridad interna de Estados Unidos)” (Romano, 2012, p. 231).

Sin embargo, deben tomarse en cuenta dos elementos importantes: primero, que el enfoque consistía fundamentalmente en mejorar las condiciones de consumo de la población insertándola en el mercado y garantizando el flujo de capitales; segundo, que el enfoque de desarrollo productivo –en algunos países– sostenía la condición primario exportadora:

La asistencia para el desarrollo no estaría orientada a una rápida industrialización en América Latina, sino a incrementar la producción agrícola y generar las condiciones para el flujo de recursos energéticos y minerales, planteo coherente con el rol geopolítico y geoeconómico que Estados Unidos había asignado a América Latina. (Romano, 2012, p. 227)

Sin embargo, en otros casos, el marco teórico de la Alianza para el Progreso fue el desarrollismo a través de la instalación de multinacionales norteamericanas en los países que ya habían impulsado su propio mercado interno al calor de gobiernos proteccionistas. Por ejemplo, en el caso de Argentina, se promovieron procesos de industrialización dependiente a través del desarrollo de la industria automotriz; por tanto, lo que necesitaba Estados Unidos en aquel país, era aprovechar los mercados internos existentes desde la gestión de Perón.

Si bien el programa no tuvo el resultado esperado, el enfoque de asistencia continuó en el gobierno del presidente Nixon, quien en 1969 plantea la *Acción para el Progreso*, enfocada en la revisión de las deudas de países latinoamericanos y restricciones a las exportaciones.

El componente de la asistencia marca una agenda fundamental respecto a los intereses que defiende Estados Unidos en la región, pues tanto en la lucha contra la expansión soviética, como en la lucha contra el narcotráfico, el enfoque estuvo vinculado con el resguardo de los intereses geopolíticos y la seguridad nacional estadounidense. Además, la estandarización de las prácticas y técnicas militares basan su criterio en el deber ser estadounidense; es decir que los modelos institucionales de Estados Unidos son los modelos estándar de funcionamiento.

Tanto la lucha contra el comunismo, como la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, parten de un enfoque militarizado; por tanto, la presencia territorial es fundamental para la consecución de objetivos.

## 15. Proceso de construcción de la arquitectura institucional

Como mencionamos en el análisis de los anteriores periodos, la construcción de la hegemonía estadounidense tiene elementos doctrinarios que se constituyen en

la guía de la política exterior y cuyas acciones desde la perspectiva económica, diplomática y militar expresan los objetivos geopolíticos. Por eso, es necesario prestar atención a las instituciones constituidas en el periodo de la Guerra Fría que continuaban funcionando y actualizando su operatividad a nuevas circunstancias.

Como se mencionó con anterioridad, la construcción de la ONU tuvo como antecesor los acuerdos de Bretton Woods que contribuyeron a crear el FMI y el BM además de establecer el dólar americano como moneda de transacción respaldada por el patrón oro (acuerdo que Estados Unidos abandona en 1971, para luego atar las transacciones de compra y venta de petróleo en dólares). En el ámbito militar, en 1946 el presidente Truman aprobó el Plan de Comando Unificado que dispuso la conformación de siete comandos militares en diferentes regiones del mundo, en 1947 instaló el primer comando en la región del pacífico para proteger su área de influencia y en 1949 se conforma la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) como alianza militar intergubernamental de Occidente.

Las tensiones con la URSS cobraban territorialidad en Europa contribuyendo a construir el telón de acero que separaba los proyectos antagónicos y dividía Alemania. La disputa por Grecia y Turquía, países que significaban la puerta del Medio Oriente, dieron origen a la Doctrina Truman en 1947. Ese mismo año, la Ley de Seguridad Nacional de Estados Unidos daría vida a la Agencia Central de Inteligencia (CIA) como servicio de inteligencia exterior para el resguardo de la seguridad nacional.

En América Latina, la búsqueda de cohesión hemisférica al salir de la Segunda Guerra Mundial y la tensión por la Guerra Fría también construyeron un conjunto de instancias regionales e instituciones permanentes. Por ejemplo, en 1946 se crea la Escuela de las Américas<sup>16</sup> con el fin de estandarizar los procedimientos militares de la lucha antisubversiva en América Latina,<sup>17</sup> en 1947 la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y Seguridad del Continente, celebrada consolidó el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) con el objetivo de promover la defensa mutua en caso de una agresión extracontinental.

En 1948, en Bogotá se lleva adelante la IX Conferencia Interamericana que reorganizó, consolidó y fortaleció el sistema interamericano a través de la creación de la OEA. Sin embargo, dicha conferencia incorporó en su programa un conjunto de declaraciones que expresaban un posicionamiento ante el avance del socialismo internacional. Tal es el caso de la *Declaración de Defensa y Preservación de la Democracia en América*, cuyo contenido indica que para salvaguardar la paz y mantener el mutuo respeto entre los Estados es necesario tomar medidas urgentes que proscriban las tácticas de hegemonía totalitaria y que desvirtúen la libre

---

16 En 1996 estallaron las denuncias llevadas adelante por el congresista Joseph Kennedy respecto a la existencia de manuales de contrainsurgencia que evidenciaban tortura, mecanismos de delación y neutralización o desaparición de enemigos (Caño, 1996).

17 En septiembre de 1975 se habían graduado 33.147 alumnos en la USARSA, muchos de ellos ocuparon altos cargos gubernamentales. En octubre de 1973, más de 170 graduados eran jefes de gobierno, ministros, comandantes, generales o directores de los departamentos de inteligencia de sus respectivos países (Velásquez Rivera, 2002).

voluntad de los pueblos del Continente. Así establece en su parte resolutive lo siguiente:

2. Condenar los métodos de todo sistema que tienda a suprimir los derechos y libertades políticos y civiles, especialmente la acción del comunismo internacional o de cualquier totalitarismo.
3. Adoptar, dentro de sus territorios respectivos y de acuerdo con los preceptos constitucionales de cada Estado, las medidas necesarias para desarraigar e impedir actividades dirigidas, asistidas o instigadas por gobiernos, organizaciones o individuos extranjeros, que tiendan a subvertir, por la violencia, las instituciones de dichas Repúblicas, a fomentar el desorden en su vida política interna, o a perturbar por presión, propaganda subversiva, amenazas o en cualquier otra forma, el derecho libre y soberano de sus pueblos a gobernarse por sí mismos de acuerdo con las aspiraciones democráticas.
4. Proceder a un amplio intercambio de informaciones acerca de las mencionadas actividades que se desarrollen en sus jurisdicciones respectivas. (Declaración de Defensa y Preservación de la Democracia en América, 1948)

En ese mismo sentido, el año 1951, Estados Unidos convocó en Washington a la primera Reunión de Consulta conforme el artículo 40 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos para considerar problemas de carácter urgente (aunque por la correlación, la denominaron Cuarta Reunión de Consulta). La nota de solicitud de los Estados Unidos expresaba los siguientes motivos:

La política de agresión del comunismo internacional, llevada a cabo por intermedio de sus satélites, ha traído consigo una situación que pone en peligro a todas las naciones libres [...] Los Estados Unidos, que han emprendido una movilización urgente de todos sus recursos para la defensa común, desean consultar a los demás Miembros de la Organización de los Estados Americanos con respecto a la situación universal que todos confrontamos y a la coordinación de esfuerzos colectivos que se requiere para hacerle frente.<sup>18</sup>

El programa de la reunión consistió fundamentalmente en medidas de cooperación militar interamericana, la conscripción militar de estudiantes, el fortalecimiento de la seguridad interna y la democracia.

El mismo tono cobró la X Conferencia Interamericana, y última que se realizaría antes del inicio de trabajo de la OEA en la *Declaración de solidaridad para la preservación de la integridad política de los Estados Americanos contra la intervención del comunismo internacional* que en su contenido recomienda:

1. Medidas que requieran la declaración de la identidad, actividades y procedencias de los fondos de que disponen las personas que hagan propaganda del movimiento comunista internacional o que viajen en interés de dicho movimiento, y, asimismo; de las personas que actúen como agentes o en beneficio del mismo movimiento.
2. El intercambio de información entre los gobiernos para facilitar el cumplimiento de los propósitos de las resoluciones adoptadas por las Conferencias Interamericanas y las

---

18 <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencias-inter-americanas/conf-inter-amer-1945-1954/>

Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en relación con el comunismo internacional. (Declaración de Solidaridad para la preservación de la integridad política de los Estados Americanos contra la intervención del comunismo internacional, 1954)

Estas tres declaraciones del organismo evidencian que existía una acción directa de EE.UU., valiéndose del sistema interamericano, para lograr -a través del mismo- un posicionamiento regional contrario a la participación política de los movimientos y partidos de izquierda en aquel periodo, acusándolos de interrumpir la paz y la seguridad hemisférica. También, que, ante esas declaraciones, se desplegaron un conjunto de acciones diplomáticas, políticas y militares que buscaban la cohesión hemisférica y el despliegue de mecanismos de contención desde los Estados latinoamericanos a través de la intervención militar.

En resumen, el Sistema Interamericano es usado como una herramienta de amplificación de los lineamientos de la política exterior estadounidense de acuerdo a la agenda que establece en el marco de su seguridad nacional.

En el ámbito económico, en 1959 la OEA creó el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y en 1961 impulsó la Alianza para el Progreso con el fin de contribuir al financiamiento de proyectos de desarrollo en la región. A nivel mundial, ese mismo año se creó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que hoy, con 38 Estados, se constituye en un organismo de cooperación internacional para articular políticas económicas y sociales. Cabe destacar que dicha instancia genera convenciones de cumplimiento para sus miembros que terminan regulando la convivencia del mundo.

A nivel institucional, para adaptarse a la Guerra Fría, Estados Unidos fue construyendo un conjunto de instancias enfocadas en la defensa de la seguridad nacional: en 1961 crea la Agencia de Inteligencia de Defensa (DIA) y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), en 1963 el Comando Sur y en 1968 la Administración de Control de Drogas (DEA).

Este esquema desde el ámbito diplomático, institucional, militar, político y económico fue construido para contener y destruir el avance de los movimientos de izquierda en América en nombre de la lucha antiterrorista y se consolidó en la medida en que ajustaba su accionar conforme las circunstancias políticas del continente. Se expresó a través del Golpe de Estado a Jacobo Arbenz en Guatemala (1954) luego de que expropiara 80.000 hectáreas a United Fruit (empresa de capitales estadounidenses); también en Cuba, cuya participación en la OEA fuera anulada luego del triunfo de la Revolución Cubana en 1959 y la crisis de los misiles en 1962; y para finalizar en República Dominicana cuyo territorio fuera intervenido militarmente por Estados Unidos cuando las revueltas sociales reclamaban que Juan Bosch, presidente derrocado a través de un golpe de Estado, retorne al poder en 1965.

En el caso específico de Sudamérica, la articulación se realizó a través de gobiernos militares ya establecidos como Paraguay (1954) y golpes de Estado encabezados por militares como Bolivia (1971), Uruguay (1973), o como Brasil (1964), Chile (1973) y Argentina (1976) donde se interrumpieron gobiernos constitucionalmente electos bajo el argumento de la Seguridad Nacional y la lucha contra el comunismo.

Las acciones ejecutadas producto de la doctrina de Contrainsurgencia no sólo buscaban anular objetivos militares, sino también transmitir mensajes ejemplificadores en la población para que esta no se involucre en la disputa. La figura del desaparecido no sólo implicó la ejecución física del enemigo, sino que también transmitía un mensaje al entorno como un disciplinador social e instrumento máximo del terrorismo de Estado. Las desapariciones de personas, las torturas, los asesinatos y las violaciones no fueron excesos ni daños colaterales, sino una acción premeditada y con un propósito de inteligencia estratégica: debilitar al enemigo psicológicamente.

En Sudamérica, las desapariciones, asesinatos y torturas tienen su capítulo especial en el relato de la internacionalización de la violación de los derechos humanos a través de la Operación Cóndor:

La Operación Cóndor fue un acuerdo multilateral entre las dictaduras de seguridad nacional del Cono Sur dentro del sistema continental de contrainsurgencia promovido por los Estados Unidos. En noviembre de 1975, Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay firmaron un pacto que permitía a sus fuerzas de seguridad coordinar la represión contra los exiliados políticos del Cono Sur por fuera de sus fronteras nacionales y atentar contra destacados dirigentes con influencia en la opinión pública internacional, incluso en Europa y Estados Unidos. (Garzón Real, 2016, p. 133)

No era la primera vez que esta articulación internacional se organizaba para contener el avance del comunismo. Así como la contrainsurgencia tomó la experiencia de la lucha anticolonial en Vietnam y Argelia, la Operación Cóndor, también contaba con antecedentes que permiten validar su existencia y comprobar otras operaciones de contrainsurgencia:

Algunos periodistas estadounidenses prefieren no citar la Operación Phoenix –o Fénix– como antecedente, pero Cóndor es una réplica de la misma, como se verá. Y también de la Operación Gladio en Italia, sembrando terrorismo en Europa occidental en los años setenta bajo el comando de la OTAN. (Calloni, 2016, p. 24)

De acuerdo a las investigaciones desarrolladas a partir de los *Archivos del Terror*<sup>19</sup> (1992), se pudo identificar la ejecución de acciones estructuradas que cuentan con tres fases: primero el intercambio de información y cooperación entre los servicios de inteligencia, policiales y militares, para formar un banco de datos y coordinar la vigilancia sobre los militantes políticos de izquierda. Segundo, definía las acciones encubiertas, operaciones transfronterizas, detenciones, secuestros, traslados, interrogatorios conjuntos con países miembros. Tercero, formación de equipos especiales para viajar a cualquier parte del mundo y realizar secuestros o asesinatos contra determinados objetivos (Calloni, 2016).

La década de 1980 fue central para la recuperación de la democracia con la celebración de los primeros comicios y la instalación de gobiernos transitorios:

---

19 Denominación de los documentos hallados por Martín Almada en Paraguay que contenían comunicaciones entre policías, militares y servicios de inteligencia sobre detenciones ilegales, tortura, desapariciones y ejecuciones sumarias en el marco de la Operación Cóndor.



en 1980 Perú, 1983 Argentina, en 1985 Brasil, Bolivia y Uruguay, en 1989 Chile y Paraguay. Sin embargo, el miedo instalado en décadas de terror había calado el alma de los pueblos.

A nivel internacional, la fase final de la Guerra Fría fue guiada por la Doctrina Reagan y Margaret Thatcher en Reino Unido, lo que condicionó la transición al restablecimiento de democracias liberales e impone el modelo neoliberal de acumulación capitalista en el continente. En ese entonces, tres acontecimientos históricos marcaron la época y se convirtieron en sinónimo de victoria para EE.UU.: la caída del Muro de Berlín (1989), la desintegración de la URSS y la victoria de la OTAN liderada por Estados Unidos en la Guerra del Golfo. Luego de más de 40 años, Estados Unidos cerraba el siglo XX consolidando su hegemonía en un nuevo orden mundial unipolar bajo su liderazgo.

El resultado no sólo debía interpretarse desde aquel nuevo orden del tablero geopolítico mundial, sino también desde el triunfo ideológico que era portador de un orden civilizatorio hegemónico basado en el libre mercado y la democracia liberal, por este motivo, la consigna instalada desde el Departamento de Estado rápidamente tituló el fin de la historia:

Pero el siglo que comenzó lleno de confianza en el triunfo que al final obtendría la democracia liberal occidental parece, al concluir, volver en un círculo a su punto de origen: no a un 'fin de la ideología' o a una convergencia entre capitalismo y socialismo, como se predijo antes, sino a la impertérrita victoria del liberalismo económico y político. (Fukuyama, 1988, p. 1)

La expresión referencia la ausencia de alternativas, la resignación a la derrota y el cumplimiento de aquel destino inevitable e irreversible de la humanidad. Su impacto después de décadas de terror fue fundamentalmente moral para las generaciones de luchadores sociales que resistieron la dictadura.

En medio de ese desánimo, las estrategias de control y dominio empezaron a desplegarse en el ámbito económico. La dictadura del General Pinochet en Chile había iniciado el desmantelamiento de las industrias nacionales y el aparato productivo estatal con las privatizaciones. Aquello que en la década de 1970 se tomó como un impulso frente a las nacionalizaciones del presidente Allende, resultó ser una fórmula en la gran ecuación neoliberal que empezó a propagarse en la década de 1980 en Bolivia y Argentina y se desplegó casi por completo en la década de 1990. Los estudios mencionan tres olas privatizadoras cuya referencia obedece al sector económico de acción estatal: La primera ola se enfoca fundamentalmente en los sectores de industria y telecomunicaciones, los que, al ser de alto valor, fueron privatizados en casi todos los países de Sudamérica. La segunda ola se enfocó en sectores vinculados a la infraestructura como carreteras, puertos, electricidad, aguas. Finalmente, la tercera ola implicó servicios del estado como salud y educación donde sólo Colombia y Perú habrían realizado privatizaciones importantes (Torrez, 1997).

Aquella gran ecuación neoliberal fue delineada en el Consenso de Washington; aunque la palabra consenso no refería acuerdos de Estados, ni a posiciones comunes en torno a la reactivación económica, sino lineamientos y recomendaciones planteados por el FMI, el BM y el Departamento del Tesoro de los

Estados Unidos reunidos por John Williamson. La agenda de trabajo consistió en el disciplinamiento fiscal, disminución de presión tributaria, desregulación de los mercados, liberación del tipo de cambio, privatización de empresas estatales, liberación del comercio, seguridad jurídica y otras.

Hacia finales de siglo, la nueva estrategia de dominio y control geopolítico buscó reforzar la economía de libre mercado. Estados Unidos suscribió su primer tratado de libre comercio con Israel en 1985. Luego avanzó a sus vecinos inmediatos con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994, el primero de carácter regional. Mientras, en América Latina germinaba la tensión social por la pobreza y las injusticias ahondadas por la desposesión, discriminación y desigualdad y se gestaba la siguiente tensión que se convertiría en un revés para la política exterior norteamericana.

Para finalizar, es importante aclarar que, con la explicación desarrollada sobre las doctrinas de política exterior estadounidense, doctrinas militares, definiciones geopolíticas en el contexto histórico y la cronología de los acontecimientos, no se pretende profundizar necesariamente en el debate militar doctrinario o ideológico. Sino brindar elementos que expliquen las acciones que desarrolló Estados Unidos en nuestra región:

- ▶ Control territorial de área de influencia continental y la accesibilidad de vías de comercio internacional en el marco de la seguridad nacional.
- ▶ Acceso a los mercados latinoamericanos.
- ▶ Garantía del acceso a recursos naturales estratégicos.

Pese a ser promotor de la democracia representativa como forma de gobierno, Estados Unidos no duda en renunciar a los principios que la caracterizan con el fin de garantizar su seguridad nacional.

La arquitectura institucional de reproducción hegemónica continúa trabajando desde el ámbito militar, diplomático y económico. Si bien puede cambiar de objetivo (de la contención del comunismo a la lucha contra el narcotráfico, terrorismo o corrupción), la perspectiva de seguridad nacional como marco rector de la política exterior continúa vigente.

## ***LAWFARE* COMO TÁCTICA DE CONTROL GEOPOLÍTICO EN SUDAMÉRICA**

El primer capítulo analizó desde una perspectiva histórica cómo Estados Unidos construyó su hegemonía regional y global; la misma que tiene como objetivo el control territorial, el acceso a recursos naturales estratégicos y mercados. Además, evidenció la dicotomía entre el fortalecimiento de la democracia liberal representativa promovida en la OEA y la Doctrina de Seguridad Nacional como estrategia de control geopolítico en la región a través de la promoción de gobiernos militares que ingresaron por golpes de Estado, ensombreciendo los caminos democráticos en nombre de la seguridad hemisférica y la lucha contra el comunismo.

El periodo de la Guerra Fría fue central en la construcción de la arquitectura institucional de dominación a nivel global y regional en el ámbito militar, político-diplomático y económico, pues dichas instituciones continúan operando hasta el día de hoy en la reproducción hegemónica aun cuando enfrenten nuevos desafíos en las agendas de la política exterior estadounidense como el terrorismo, el narcotráfico y la corrupción.

### **1. Contexto del *lawfare*. dominación de espectro completo**

En el Observatorio Latinoamericano de Geopolítica, la profesora Ana Esther Ceceña realizó una investigación de los asuntos militares en las últimas cinco décadas, reflejadas por el Pentágono en los informes *Joint Chiefs of Staff, 1998 y 2000*. Producto de esta pesquisa, identificó que el Comando Conjunto de Estados Unidos evaluó sus experiencias, objetivos, riesgos, capacidades y saberes para diseñar rutas que consoliden a esta nación como potencia hegemónica a partir de la dominación de espectro completo:

Sin guerra fría, sin poderes equivalentes que confrontar, aunque con una conflictiva general sumamente compleja y generalizada, Estados Unidos rediseña sus metas, sus espacios, modifica o adecúa sus mecanismos, genera exigencias tecnológicas, recompone los equilibrios entre trabajos de inteligencia, de persuasión y de combate, redefine los puntos críticos y explora los esquemas de aproximación pero sin renunciar en ninguna medida a lo que desde ese momento denomina la 'dominación de espectro completo'. (Ceceña, 2014, p. 127)

Para Tellería y Gonzáles, el informe del Pentágono trata fundamentalmente de lo siguiente:

el dominio del espectro completo (geográfico, espacial cultural, político y social) a nivel mundial por parte de Estados Unidos. Pretende que este país tenga la capacidad de enfrentar simultáneamente toda una gama de conflictos, tanto de alta como de baja intensidad, sustentado en una red mundial de información que coadyuve en la toma de decisiones, bajo una estrategia de guerra preventiva que busca eliminar al enemigo potencial antes que este se convierta en una amenaza verdadera. (2015, p. 45)

Ceceña señala que la geografía de la estrategia de disciplinamiento es global, sin embargo, tiene como territorio base América Latina al ser un área estratégica de la cual surge la concepción de seguridad hemisférica. Además, explica que la hegemonía se construye en un espectro lleno de pliegues que se superponen y se desdobl原因 constituyendo nuevas topografías del poder. En el caso particular de América Latina, señala que los tres pliegues principales son el económico, el territorial y el militar, los cuales están organizados de la siguiente manera:

- ▶ El pliegue económico reflejado en dos elementos: la constitución de áreas de libre comercio como el TLCAN en 1995 o el fracaso circunstancial del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) en 2005; y por otro lado, las nuevas normativas para el tránsito de los capitales con la protección adicional del BM a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado en 1966, en el que en casi todos los casos, los Estados son derrotados por las empresas particulares anulando cualquier pretensión de soberanía o resguardo del patrimonio nacional.
- ▶ El pliegue territorial a través de dos proyectos de reorganización: el Plan Puebla Panamá (PPP), ahora Proyecto Mesoamericano y la Iniciativa de Integración de la Infraestructura Regional de Sudamérica (IIRSA), ahora COSIPLAN-IIRSA. Ambos, proyectos de construcción que buscan garantizar el flujo de la exportación de commodities, en gran medida producidos por las grandes transnacionales y canales de comunicación y generación de energía.
- ▶ El pliegue militar se articula a través de una amplia red de bases militares bajo la guía del Comando Sur; se desata con el Plan Colombia, que presentado como una estrategia de lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, habilitó la presencia militar de Estados Unidos en el centro de Latinoamérica. Esta presencia fue naturalizada a través de la realización de ejercicios de fuerzas conjuntas, la reconstitución de la IV Flota en 2008 y una generalización de códigos civiles criminalizantes y leyes antiterroristas que introducen la figura del sospechoso y tolerancia cero).

Estos elementos coinciden con lo señalado por Tellería y González:

Para Estados Unidos, la suma de las estrategias geopolíticas económicas y militares buscan un solo objetivo: la ocupación del espacio geopolítico latinoamericano. Esto corresponde directamente con la estrategia del espectro completo (full spectrum) que el Pentágono dio a conocer el año 2000 (*Joint Chiefs of Staff, 1998 y 2000*). (2015, p. 45)

Finalmente, esta arquitectura institucional refleja una articulación que tiene el objetivo fundamental de garantizar la seguridad nacional y la hegemonía global como eje rector de toda la política exterior estadounidense en el siglo XXI. Para Tellería y Gonzáles, esta arquitectura institucional se refleja en un conjunto de actores principales ordenados a la cabeza del Presidente y la Casa Blanca, identificando en un segundo nivel la Agencia Central de Inteligencia (CIA), el Departamento de Defensa, el Departamento de Justicia y el Departamento de Estado; de los dos primeros dependen el Comando de Combate Unificado, dentro del cual yace el Comando Sur, las Misiones militares y la DEA. Finalmente, del Departamento de Estado dependen no sólo las misiones diplomáticas sino también USAID, los Cuerpos de Paz y la Sección Antinarcóticos (NAS).

Un elemento importante, que no debe ser obviado, es el aprendizaje más significativo para las fuerzas armadas estadounidenses en la guerra contra Vietnam: el valor de la opinión pública. Al respecto Arantxa Tirado, politóloga y doctora en Relaciones Internacionales y Estudios Latinoamericanos, plantea:

La dominación de espectro completo, teorizada por los militares estadounidenses bajo la administración Obama, engloba estos aspectos de dominación política, económica, social y cultural mediante el énfasis de los aspectos psicológicos y mediáticos, que son parte destacada en su despliegue a través de la guerra híbrida. (2021, p. 90)

Fuera del contexto de guerra, la dominación debe ser sutilmente ejercida a través de mecanismos que justifiquen su existencia o incluso logren que sea deseada como elemento organizador de la sociedad o aspiración social:

No basta un resguardo militar si no se abren las compuertas económicas y nada de esto es posible sin la instalación de un imaginario posibilitante. El primer peldaño de la hegemonía consiste en universalizar la visión del mundo, el american way of life, para permitir fluir de manera relativamente ágil las políticas económicas que favorecen la integración hemisférica bajo este manto y los acervos de las más poderosas empresas instaladas sobre el continente. (Ceceña, 2014, p.129)

Ser persuasivo en la paz y decisivo en la guerra (Korybko, 2018, p. 20).

## **2. Contexto militar del lawfare en el marco de la dominación de espectro completo**

La dominación de espectro completo opera como mecanismo de control y dominación permanente procurando un contexto regional o hemisférico favorable. Se establece en tiempos de paz y procura sostener el orden a través del cual Estados Unidos proyecta su hegemonía; sin embargo, cuando un Estado se aparta de los límites establecidos en el deber ser del libre mercado y la democracia liberal, o ejerce soberanía sobre sus recursos naturales y empresas estratégicas, los mecanismos de dominación pasan a la ofensiva a través de diferentes tácticas.

En la década de los setenta, emerge la Doctrina de Contrainsurgencia como aprendizaje de las fuerzas armadas de los Estados coloniales. Como se mencionó

con anterioridad, lo primero que cambió fue la caracterización del adversario principal, pues ya no era el ejército de la nación enemiga, sino cualquier persona de acuerdo a su posición política, pues sus acciones podían constituirse en un peligro para la seguridad de Estados Unidos. En su proceso evolutivo, esta doctrina se reflejó en la Guerra de Baja Intensidad, que combina la política con el instrumento militar para ganar la mente y el corazón de las masas populares donde la insurrección busca su apoyo logístico y moral (Koenig, 2021). Este aprendizaje relevante contribuyó a comprender, como menciona el militar estadounidense Charles J. Dunlap Jr. que “las percepciones públicas de cómo se están librando los conflictos, moldeados por imágenes en bruto, afectan significativamente las intervenciones militares” (2001, p. 4). Desde esta perspectiva se puede entender que el *lawfare* se inscriba como una etapa más de una contrainsurgencia de largo aliento), enmarcada en un paraguas de aplicación de guerra psicológica dirigida a conquistar o recuperar el poder perdido convenciendo mentes y corazones.

Sin embargo, en la actualidad América Latina enfrenta un escenario distinto. Mientras en el siglo XX, la aplicación de Doctrina de Contrainsurgencia completó el campo militar con el campo político y cambió el enemigo militar por un enemigo civil e individual, sin prescindir para su defensa del elemento castrense, hoy no se visibilizan escenarios de violencia militar en la disputa política o geopolítica en el continente americano (desde la caída de las Torres Gemelas, los enfrentamientos militares convencionales se concentraron en Irak, Afganistán y Siria, en nombre de la lucha contra el terrorismo). Esto no debe llevarnos a creer que la ausencia de conflictos militares convencionales implica ausencia de guerras; primero porque una parte muy importante de la planificación estratégica de la geopolítica estadounidense se desarrolla desde el Departamento de Defensa, donde se resguarda la seguridad nacional con un sentido de proyección hegemónica, y también porque como menciona Foucault invirtiendo a Clausewitz: “La política es la guerra por otros medios”.

La ausencia de violencia militar no es sinónimo de paz. Por el contrario, los mecanismos de opresión, dominación y control geopolítico constituyen formas de violencia sobre las cuales es necesario reflexionar:

La guerra no se abandona porque la violencia política no se ha agotado, ni tampoco las causas que le dan origen, pero se transforma y adopta caras diversas, no siempre identificables a primera vista porque, en la actualidad, a diferencia de en otros momentos históricos, asistimos al desarrollo de conflictos bélicos que no han sido declarados como tales. La misma conceptualización del *lawfare* por los estrategas militares permite entender que este es un fenómeno militar que presupone una guerra subyacente entre partes en conflicto, aunque no siempre esté explicitada. (Tirado, 2021, p. 73)

### 3. Guerras híbridas

Aunque no existan referencias precisas del origen, el uso del término Guerras Híbridas se va popularizando en los estudios militares y de ciencias sociales debido a la elasticidad del concepto, pues tiene la capacidad de combinar tipologías y éstas a su vez interpretar los conflictos actuales que difícilmente pueden ser

encajados o adaptados a categorías conceptuales rígidas usadas desde el siglo XX. Normalmente el punto de inicio para hablar de Guerras Híbridas es el desplazamiento del campo militar convencional hacia las Guerras No Convencionales.

El año 1999 en Beijing, el general Qiao Liang y el coronel Wang Xiangsui presentaron su obra *Unrestricted Warfare (Guerra sin restricciones)*, cuyo contenido explica que las guerras futuras se caracterizarán por ser llevadas, en un sentido amplio, como “un cóctel de guerras llevadas a través de la fuerza de las armas y otras guerras que son llevadas por medios distintos a la fuerza de las armas” (1999, p. 56). De acuerdo a los antecedentes bibliográficos de Oxford, las obras que puedan entenderse como punto de partida de la definición conceptual de una guerra híbrida pueden ser muchas: *A Hybrid War: The Indonesian Confrontation* de Thomas R. Mockaitis en 1995, la tesis de Robert G. Walker de 1998 que describe operaciones de baja intensidad realizadas por Marines de EE.UU., el artículo titulado *Future Warfare: The Rise of Hybrid Wars* de James D. Mattis y Frank G. Hoffmann publicado en la Revista *Proceedings* del Instituto Naval de los Estados Unidos en 2005 y finalmente el artículo de Frank G. Hoffman en 2006 titulado *Complex Irregular Warfare: The Next Revolution in Military Affairs*. A partir de este recuento bibliográfico, existe una proximidad conceptual entre las guerras híbridas y las operaciones de baja intensidad; sin embargo, una de las características de esta lista de autores es que buscan abordar la percepción de que la guerra híbrida ha sido llevada a cabo principalmente por adversarios a Occidente, mientras que los gobiernos de occidente usan tácticas híbridas para repeler operaciones de Contrainsurgencia.

Para Frank G. Hoffman, ex militar e investigador destacado de la Universidad de Defensa Nacional en Washington, a partir de la Estrategia Nacional de Defensa publicada en marzo de 2005, Estados Unidos entiende que su capacidad militar influye en sus adversarios, sin embargo, estos pasan de oponerse de manera convencional a confrontar a través de capacidades y métodos más asimétricos o no tradicionales; es decir que el componente disruptivo de las guerras híbridas no proviene de la tecnología revolucionaria o de alta gama, sino de la criminalidad: “las guerras incorporan una gama de diferentes modos de guerra, incluidas capacidades convencionales, tácticas y formaciones irregulares, actos terroristas que incluyen violencia indiscriminada, coerción y desorden criminal” (2007, p. 29).

El debate no se restringe al ámbito académico, sino que fue puesto en la mesa de las decisiones estatales tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea (UE). El profesor de Ciencia Política de la Universidad Pablo de Olavide, Guillem Colom, indica que las guerras híbridas fueron planteadas oficialmente por primera vez el año 2005 en la Estrategia Nacional de Defensa del Departamento de Defensa de Estados Unidos para explicar la combinación de dos o más amenazas de tipo tradicional, irregular, catastrófico o disruptivo. Su desarrollo se encuentra posteriormente en múltiples documentos oficiales como los sucesivos “libros blancos” del ejército que podemos encontrar desde el año 2008, el Concepto Cardinal para las Operaciones Conjuntas de 2009, el Entorno Operativo Futuro, la Estrategia de Seguridad Nacional y la Revisión Cuadrienal de la Defensa de 2010 o la Guía Estratégica de la Defensa de 2012.

Desde el ámbito legislativo estadounidense, esta concepción se trabajó en un informe dirigido al Comité del Senado para las Fuerzas Armadas el 2010, donde se afirma que los conceptos de guerra y amenaza híbrida están siendo utilizados por el Pentágono para explicar la naturaleza de los conflictos actuales y alertar de la creciente complejidad de la guerra irregular, pero no para definir una nueva forma de guerra (Colom, 2012). Asimismo, los abogados Cristiano Zanin, Rafael Valim y la abogada Valeska Teixeira, señalan que la definición se encuentra presente en el Manual de Guerra no convencional de Estados Unidos (*Special Forces Unconventional Warfare de 2010*), conocido también como TC 18-01. Cabe señalar que muchos de estos materiales son de difícil acceso por la confidencialidad de los documentos.

En el caso de la UE, la Comisión Europea emitió una comunicación conjunta al Parlamento y al Consejo europeo sobre la lucha contra las amenazas híbridas indicando lo siguiente:

el objeto de este concepto es subrayar la mezcla de actividades coercitivas y subversivas, de métodos convencionales y no convencionales (es decir, diplomáticos, militares, económicos y tecnológicos), que pueden ser utilizados de forma coordinada por agentes estatales o no estatales para lograr objetivos específicos, manteniéndose por debajo del umbral de una guerra declarada oficialmente (Comisión Europea, 2016).

En el desarrollo del comunicado proponen un total de 22 medidas para combatir las guerras híbridas entre las cuales destacan aquéllas que aspiran a mejorar la cooperación UE-OTAN donde se plantea la viabilidad de la aplicación de la cláusula de solidaridad ante la posibilidad de un evento similar que pudiera afectar la seguridad de los Estados miembros de la UE.

Desde la OTAN, diferentes autores coinciden en señalar que dicha organización trabajó sobre el concepto de amenaza híbrida en la Cumbre de Gales en septiembre de 2014:

Nos aseguraremos que la OTAN sea capaz de abordar eficazmente los desafíos planteados por las amenazas de guerra híbrida, donde una amplia gama de medidas militares, paramilitares y civiles encubiertos se emplean en un diseño altamente integrado. Es esencial que la Alianza posea las herramientas y procedimientos necesarios para disuadir y responder eficazmente a la guerra híbrida y reforzar las capacidades de las fuerzas nacionales. (OTAN, Declaración de Cumbre de Gales, 2014)

El Teniente Coronel John Moore, miembro de las fuerzas armadas estadounidenses y asesor legal de Joint Warfare Center de la OTAN, mencionó al referirse a las guerras híbridas que esta instancia no reconoce su uso como táctica de ataque sino de defensa y disuasión “En la actualidad, la OTAN utiliza principalmente la guerra híbrida de forma reactiva y defensiva, prefiriendo el término Enfoque Integral” (2017, p. 39).

Sascha Dov Bachmann y Andrés Muñoz Mosquera, asesor legal senior de la OTAN, consideran que la guerra híbrida contiene cuatro métodos y categorías existentes de guerra de espectro completo:



- ▶ guerra convencional;
- ▶ guerra irregular (como el terrorismo y la contrainsurgencia);
- ▶ guerra asimétrica relacionada (guerra no convencional, como la guerra partidista); y
- ▶ guerra compuesta (fuerzas irregulares se utilizan simultáneamente contra un oponente mientras son empleadas por actores estatales para aumentar su enfoque de guerra convencional). (2015, p. 1)

Pese a que las primeras definiciones se realizaban como una conceptualización descriptiva de las acciones de los adversarios de occidente u OTAN, especialmente en el conflicto en Ucrania por la península de Crimea, luego pasó a explicar un uso defensivo que persigue los siguientes objetivos:

1. Forzar el fin de las hostilidades antes de que se alcancen los objetivos políticos;
2. Consolidación de situaciones estancadas, convirtiéndolas en incidentes insolubles o 'simples'
3. Erosionar y deslegitimar la reputación interna y externa, el prestigio, apoyo de una fuerza militar superior, aparato estatal, Estado u Organizaciones Internacionales;
4. Crear confusión general al cuestionar acuerdos políticos, religiosos o territoriales del *statu quo*;
5. Construir nuevas dependencias y estructuras sobre recursos esenciales para apoyar cambios políticos, religiosos o territoriales consolidados o impuestos. (Dov Bachmann y Muñoz Mosquera, 2016, p. 9).

En contraparte, en el espectro de Estados que en el siglo XXI interpelan la hegemonía estadounidense, se encuentra Rusia, desde donde también se trabaja un enfoque de las guerras híbridas que, para la OTAN es equivalente a la Guerra No lineal o la doctrina Gerasimov. Valeri Vasilievich Gerasimov es el actual jefe de las Fuerzas Armadas del Estado de Rusia, quien en 2013 escribió un artículo titulado “El valor de la ciencia está en la capacidad de prever lo que sucederá o podría suceder en el futuro”. Para muchos autores vinculados a la OTAN, este artículo y su posterior ponencia en la Conferencia de Moscú sobre Seguridad Internacional de mayo de 2014 reflejan la planificación militar rusa. Gerasimov habla de cómo un Estado floreciente puede llegar al caos en pocos meses y convertirse en víctima de la intervención extranjera y de cómo las consecuencias de los conflictos aparentemente no militares son comparables con los de cualquier guerra real: “Las «mismas leyes de guerra» han cambiado. El papel que desempeñan los medios no militares para lograr metas políticas y estratégicas ha aumentado y, en muchos casos, ha superado en efectividad el poder de fuerza de las armas” (2016, p. 48).

Andrew Korybko, analista ruso, publicó en 2015 su obra *Guerras Híbridas: de las revoluciones de colores a los golpes*. En ella, señala que las guerras híbridas son un nuevo método de guerra indirecta perpetrada por Estados Unidos que encuentra su origen en las revoluciones de colores<sup>1</sup> y la guerra no convencional, dirigidas

---

1 “Las revoluciones de color pueden ser generalmente concebidas como 'protestas populares' externamente organizadas o desencadenadas desde el extranjero que apuntan a derrocar al gobierno a través de medios supuestamente 'pacíficos'” (Korybko, 2019). Korybko indica que estos procesos se llevaron a cabo en el marco de la balcanización de los países de la ex URSS, así como Georgia, Kirguistán y otros.

contra Siria y Ucrania donde se aplicó un enfoque estandarizado con miras al cambio de régimen (Korybko, 2018). En su obra, concentra la primera parte en el desarrollo de las teorías clásicas de geopolítica, destacando en el prometeísmo estratégico de Józef Piłsudski, líder polaco de entreguerra, la idea de la desestabilización estratégica desarrollada posteriormente por Zbigniew Brzezinsky en el proceso de balcanización de Eurasia para debilitar a Rusia. Como marco teórico, relaciona un conjunto de teorías militares como las guerras de IV generación del militar norteamericano William Lind (1989), enfocando su apreciación en guerras más fluidas, descentralizadas y asimétricas y con un fuerte componente de operaciones psicológicas:

Las operaciones psicológicas pueden convertirse en el arma operacional y estratégica dominante asumiendo la forma de intervención mediática/informativa [...] El principal objetivo a atacar será el apoyo de la población del enemigo al propio gobierno y la guerra. Las noticias televisadas se convertirán en un arma operativa más poderosa que las divisiones armadas. (Lind, 1989, en Korybko, 2018)

También toma del coronel de la Fuerza Aérea, John Warden, el concepto estratégico de los cinco anillos (liderazgo, conceptos o valores básicos del sistema, infraestructura, población y despliegue militar); el abordaje indirecto de B.H. Lidell Hart, que propone acercarse al blanco por métodos indirectos e inesperados; la teoría del caos de Steven Mann, asegurando que “en esencia, la guerra híbrida es el caos administrado” y afirmando que la revolución de colores más guerra no convencional (guerra híbrida) es el caos sistémico. Finalmente, expone la teoría del liderazgo velado como respuesta a las restricciones internacionales que imponen límites a la aplicación de la fuerza estadounidense en el exterior y consiste en la asistencia militar discreta de Estados Unidos con otras entidades haciendo el trabajo sucio (Korybko, 2018).

Las revoluciones de colores, entendidas como la diseminación de un mensaje desestabilizador, para manchar la autoridad de gobierno objetivo, toman cuerpo en la psique de un individuo para motivarlo a luchar junto a otros; por tanto, son la base sobre la cual se asienta una guerra no convencional para coaccionar, sacudir o derribar un gobierno por medio de una fuerza clandestina. Ambos elementos, que constituyen la guerra híbrida, estarían accionados con el fin de contribuir al cambio de régimen en aquellos Estados donde Estados Unidos no puede intervenir directamente (Korybko, 2018).

#### **4. Vínculo entre guerras híbridas y *lawfare***

Los enfoques latinoamericanos que trabajaron la conceptualización del *lawfare* desde una perspectiva crítica, suelen asociarlo a las guerras de baja intensidad, las guerras no convencionales, guerras asimétricas y las guerras híbridas. Pero en general, todas las definiciones se enmarcan dentro del espectro militar cuando se percibe que existe un trasfondo de disputa geopolítica. La perspectiva estadounidense como enfoque dominante considera que el *lawfare* implica el uso de la ley

como un arma usada por los Estados débiles ante el poderío militar de EE.UU.; esto se acercaría a una definición de guerra asimétrica donde los adversarios de Estados Unidos encuentran una alternativa para la confrontación geopolítica. Desde esta perspectiva, Silvina Romano, Aranza Tirado y Giordana García argumentan la conveniencia de que Estados Unidos recurra de modo organizado y sistemático al *lawfare* para superar la asimetría en favor de sus intereses:

Se esgrime que se trata de una alternativa menos costosa, menos violenta, muchas veces más eficiente y que produce menos daños colaterales. A su vez, la guerra asimétrica es sólo uno de los métodos que adopta la guerra híbrida que, para algunos autores, es la nueva categoría que está cobrando fuerza para designar las operaciones de espectro completo de un nuevo tipo de guerra. (2019, p.158)

Además, las autoras consideran que, desde la perspectiva militar, guerra híbrida es una definición en la cual convergen múltiples conceptos militares:

El *lawfare* es una herramienta más de una guerra de amplio espectro que incluye estrategias típicas de la guerra psicológica, las guerras limitadas, guerras asimétricas y guerras no convencionales, guerras de cuarta generación, cuyos componentes pueden confluir en la denominada “guerra híbrida”. (2019, p.161)

Los abogados brasileños Cristiano Zanin, Rafael Valim y la abogada Valeska Teixeira consideran que el concepto de guerra híbrida emerge en su temporalidad con mayor nitidez “en el contexto de las protestas del 2010 del mundo árabe, para luego transitar hacia Europa y América Latina a través de banderas como democracia, libertad y combate a la corrupción” (2019, p. 52).

Sin embargo, es necesario puntualizar que el *lawfare* se inscribe dentro de las guerras híbridas para erosionar o deslegitimar un liderazgo y promover un cambio de régimen:

El hecho de que la mayoría de procesos judiciales, sentencias, denuncias o insinuaciones por casos de corrupción, se concentren en exmandatarios o mandatarios latinoamericanos de Gobiernos progresistas (aunque no exclusivamente), da pistas de que nos encontramos ante una novedosa estrategia de disputa geopolítica. (Tirado, 2021, p.75)

## 5. *Lawfare*: aproximación conceptual, origen del concepto

Si bien el término está compuesto por la unión y contracción de dos palabras en inglés: *law* y *warfare* (ley y guerra), el origen del *lawfare* como concepto, más allá de la afirmación de su existencia empírica, no encuentra una vertiente uniforme. Por ejemplo, al buscar la mención más antigua del término en la base de datos de la Biblioteca de Revistas de Derecho HeinOnline, el ejemplo más antiguo es un artículo de 1957 donde indica que: “un cantón es un estado con capacidad en los tribunales para librar alguna guerra legal en nombre de su pueblo, y con responsabilidad por algún comportamiento de su gente” (Sadat y Geng, 2010, p. 157);

sin embargo, las siguientes menciones no revisten mayor relevancia. Por su parte, la politóloga noruega Siri Gloppen plantea que, en 1975, John Carlson y Neville Yeomans, en su publicación *Whither Goes the Law – Humanity or Barbarity*, usaron el término para describir con desdén el concepto utilitarista del derecho, fundamental para el sistema acusatorio de juicios donde “el problema no es buscar la verdad sino ganar con palabras en lugar de espadas” (2017, p. 4).

*Unrestricted Warfare*, obra del General Qiao Liang y el Coronel Wang Xiangsui habla de quince tipos de guerras entre las cuales menciona la guerra del derecho internacional (Liang y Xiangsui, 1999, p. 12).

Sin embargo, en el siglo XXI las dos corrientes más importantes que destacan en el campo geopolítico fueron trabajadas en sus primeros años por el General de División de la Fuerza Aérea estadounidense Charles J. Dunlap Jr. y por Jean y John Comaroff, profesores de la Universidad de Harvard, ambas desde el 2001. Estas corrientes son caracterizadas por Freya Irani, doctora en Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de NYU, como dominante y crítica respectivamente.

En el caso de la corriente literaria dominante del *lawfare*, Irani identifica que el trabajo y la producción académica de la misma refleja y reproduce ampliamente supuestos hegemónicos acerca de la necesidad y conveniencia de proteger a Estados Unidos e Israel; además de la existencia de conexiones gubernamentales e influencia cultural de los autores relevantes, debido a que en su mayoría, son abogados militares o abogados gubernamentales, profesores de derecho y miembros de grupos de defensa conservadores, antiguos o actuales –generalmente en los Estados Unidos o en contacto con los gobiernos de Estados Unidos e Israel–. En la corriente literaria crítica, sitúa a Jean Comaroff y John Comaroff, ambos docentes de la universidad de Harvard en estudios africanos, afroamericanos y antropología; cuya iniciativa es tomada por quienes desean describir las imbricaciones históricas y contemporáneas del derecho liberal y la guerra liberal desde un enfoque poscolonial (Irani, 2017).

El marco ofrecido por Irani permite identificar la correlación de fuerzas que existe en la conceptualización, sin renunciar a otros enfoques que contribuyen a visibilizar las tensiones geopolíticas desde el marxismo, la biopolítica y la visión liberal. Para caracterizar ambos enfoques se desarrollan con mayor profundidad los aportes teóricos de Dunlap y Comaroff.

## 6. Enfoque dominante del *lawfare* basado en Dunlap

Como se menciona con anterioridad, Charles J. Dunlap Jr. Major General de la fuerza aérea estadounidense, actualmente profesor en la Facultad de Derecho de Duke, es uno de los principales exponentes del enfoque dominante del *lawfare*. En esta mirada, iraní, también identifica al profesor de derecho de la Universidad Estatal de Arizona Orde Kittrie y al profesor emérito de la Universidad de Tel Aviv, especialista en derecho internacional y derecho de la guerra, ex cónsul de Israel en EE.UU., Yoram Dinstein.

A los autores de este enfoque se les atribuye una transición o evolución conceptual del *lawfare* que en su inicio usó el término de una forma negativa para referirse a

las denuncias contra Estados Unidos e Israel sobre violaciones a Derechos Humanos y el derecho internacional, para luego otorgarle un rango de neutralidad axiológica y hasta recomendar su uso por economía bélica; es decir, por convertirse en una alternativa en términos de costos, vidas e imagen electoral e internacional.

En el caso Dunlap, la bibliografía consultada muestra una evolución teórica entre 2001 y 2017 de la conceptualización y uso estratégico del *lawfare*. En su conferencia titulada *Intervenciones legales y militares: preservando los valores humanitarios en los conflictos del siglo XXI*, el militar estadounidense analiza el surgimiento del derecho como característica principal de las intervenciones militares modernas, explicando que el *lawfare* – uso de ley como arma de guerra– es la característica de combate más reciente en el siglo XXI:

creo que los eventos del 11 de septiembre tendrán un profundo impacto en el papel de la ley en las intervenciones militares. Los estadounidenses están mucho más preocupados por encontrar y detener a los perpetradores de violencia que en las sutilezas del derecho internacional. ¿Se convertirá el derecho internacional, y específicamente la LOAC,<sup>2</sup> como Riviken y Casey predicen, en ¿una de las armas más potentes jamás desplegadas contra los Estados Unidos? (2001, p. 18)

Sin embargo, el abordaje con el cual Dunlap valora el impacto de la ley en los conflictos militares parte de una crítica a cómo, desde la Guerra de Vietnam, se generó en el electorado estadounidense la impresión de que la guerra se estaba llevando a cabo de una manera injusta e inhumana, debido a que sus adversarios capitalizaron políticamente lo que él denomina daños colaterales (muertes, desapariciones y otros), presentando a las fuerzas estadounidenses como insensibles y vaciando el respaldo público ante el incumplimiento de la ley de conflicto armado y la violación de derechos humanos. Esto se refuerza con su apreciación de lo que el General Wesley Clark explica respecto al impacto de las nuevas tecnologías a nivel político, especialmente la posibilidad de que el flujo instantáneo de noticias e imágenes podrían abrumar la capacidad de los gobiernos para explicar, investigar, coordinar y confirmar un hecho. Ante esta realidad estratégica, calificada como *lawfare*, Estados Unidos se encontraría vulnerable.

En palabras de Dunlap, la notable trinidad que conduce a la victoria según Carl Von Clausewitz (pueblo, gobierno y fuerzas armadas) estaría siendo atacada en el elemento pueblo, para disminuir el apoyo al esfuerzo militar:

el apoyo del pueblo es claramente un 'centro de gravedad' en las intervenciones militares contemporáneas, y las tecnologías de la era de la información como la radio y la televisión son fundamentales para dar forma a ese apoyo. Parece que los abogados internacionales no se dan cuenta de que, incluso en los regímenes represivos con una poderosa seguridad interna, los mecanismos caerán si el apoyo político se vuelve en su contra. (2001, p. 15)

Finalmente, Dunlap define al *lawfare* como “un método de guerra donde la ley se usa como un medio de realización de un objetivo militar” (2001, p. 4) que

---

2 Ley de Conflicto Armado

usan los oponentes de Estados Unidos para una manipulación cínica del estado de derecho y los valores humanitarios.

Esta primera aproximación teórica del *lawfare* marca una posición abiertamente crítica a las denuncias de violación del derecho internacional de los derechos humanos cuya responsabilidad fue endilgada a Estados Unidos e Israel. Esto implicaría que las peticiones de hábeas corpus de los privados de libertad en la bahía de Guantánamo que denunciaron torturas o las acusaciones de ataques israelíes masivos en Gaza en 2008-2014 (incluido el Informe Goldstone),<sup>3</sup> sean presentados como una obstaculización a la capacidad de las democracias para defenderse del terrorismo; y que, además, ponen al mismo nivel una demanda ante foros internacionales y un ataque violento y sangriento contra civiles (Sadat y Geng, 2010).

Para el enfoque dominante del *lawfare*, los adversarios que invocan el derecho lo hacen como tecnología violenta, por tanto, no son ley en absoluto, sino tecnologías marciales o herramientas de guerra. Así, consideran que sus adversarios usan la ley –debido a su inferioridad en la guerra convencional– para limitar los ataques militares al enemigo; por ejemplo, miembros de Talibanes y Hamas, que, según EE.UU., usan hogares y hospitales para esconder armas o utilizan a seres humanos como escudos. Bajo esa caracterización, las invocaciones a ley por parte de los adversarios no occidentales podrían conducir a la violencia al socavar el respeto por la aplicación y el cumplimiento del derecho humanitario entre los ejércitos respetuosos de la ley; además plantea una distinción entre civilizados y bárbaros, donde los europeos debatían si las naciones del resto del mundo tenían capacidad de ley en sí mismos (Irani, 2017).

Es preciso también indicar que el origen del *lawfare* desde Dunlap, nunca quedó restringido al ámbito judicial y castrense, sino que parte de una apreciación sobre la importancia de la guerra comunicacional basada en la experiencia estadounidense en Vietnam y sus primeras manifestaciones luego de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en la lucha contra el terrorismo.

Hacia el 2008, Dunlap replanteó abiertamente su posición y definición del *lawfare* en el ámbito de la estrategia militar a través de su obra *Lawfare hoy: una perspectiva*:

Aunque he modificado la definición a lo largo de los años, ahora defino la 'guerra de la ley' como la estrategia de usar, o abusar, de la ley como sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo operativo. Como tal, veo la ley en este contexto como un arma. Es un medio que se puede utilizar para buenos o malos propósitos. (2008, p. 146)

Este viraje que busca la neutralidad axiológica del *lawfare* se debe fundamentalmente a los cambios en las Fuerzas Armadas estadounidenses y la Ley

---

3 Informe de la Misión de Investigación de las ONU sobre el Conflicto de Gaza, establecido por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU durante la Guerra de Gaza el 2009 para investigar las supuestas violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en los territorios palestinos, en particular la Faja de Gaza. El informe atribuyó a Israel la responsabilidad sobre bombardeos a mezquitas, escuelas, el uso de fósforo blanco en zonas urbanas, cuestionó el bloqueo de Gaza y acusó a militares israelíes de usar a palestinos como escudos humanos ante la posible presencia de explosivos.

de Autorización de Defensa Nacional de 2005, la misma que aseguró asesoría legal independiente y no partidista de abogados militares a comandantes y altos líderes civiles para sostener el apoyo de la opinión pública en las operaciones militares:

Las operaciones basadas en efectos y orientadas a la ley se han convertido en una pieza fundamental de nuestra estrategia de contrainsurgencia en Irak. En las democracias populares modernas, incluso un conflicto armado limitado, requiere una base sustancial de apoyo público. Ese soporte puede erosionarse, o incluso se invierte rápidamente, sin importar cuán valioso sea el objetivo político, si la gente cree que la guerra se está llevando a cabo de una manera injusta, inhumana o inicua. (Dunlap Jr., 2008, p. 147)

En esta lectura, la ley como arma puede usarse correctamente conforme las virtudes superiores del estado de derecho o no, dependiendo de quién la maneja, cómo y por qué (Dunlap Jr., 2008, p. 149); lo que permite observar que el nuevo abordaje concibe a la ley de manera instrumental para reafirmar la neutralidad axiológica de su uso.

En 2010, a través de su publicación *¿Necesita el Lawfare una apología?*, Dunlap definió al *lawfare* como “una estrategia de uso o uso indebido de la ley como sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo operativo” (2010, p. 122) y un elemento fundamental de la contrainsurgencia para proteger a la población en territorios como Irak y Afganistán, invadidos en nombre de la lucha contra el terrorismo luego de los ataques del 11 de septiembre:

En situaciones de contrainsurgencia (COIN) como Irak y Afganistán, los comandantes superiores insisten en que mejorar el estado de derecho es fundamental para proteger a la población de los insurgentes. Sería una condición fundamental para el éxito de la Contrainsurgencia. (Dunlap Jr., 2010, p. 124)

Así, consideran la adhesión al Estado de derecho como fundamental para el éxito de los ejércitos y las democracias, pues el *lawfare* es mucho mejor que las formas de guerra sangrientas, costosas y destructivas del siglo XX (Dunlap Jr., 2010).

Los cuestionamientos a Dunlap señalan la preocupación que tiene como base la guerra del derecho liberal, pues plantea que el *lawfare* es una forma no violenta de sustituir las armas convencionales como alternativa a la sangrienta guerra tradicional, la violencia física o la fuerza, pero sus efectos pueden llegar a ser similarmente devastadores (Irani, 2017).

Para finalizar, entre sus publicaciones recientes destaca en 2017 el artículo *Introducción al Lawfare*, publicado en la Revista Profesional del Ejército de Estados Unidos donde lo define como “el uso de la ley como un medio para conseguir lo que de otra manera tendría que conseguirse con la aplicación de la fuerza militar tradicional” (Dunlap Jr., 2017, p.9). Sin embargo, el mismo autor plantea que no actúan de forma aislada, sino que, con mucha frecuencia formará parte de una estrategia más amplia que probablemente implicará capacidades militares tradicionales y cinéticas (letales):

La ley juega un papel muy significativo en las operaciones de contrainsurgencia. Aunque el término guerra jurídica no se usa, el Manual de Campaña (Field Manual) *Insurgencia y contrainsurgencia*, está lleno de ejemplos sobre cómo la ley es un elemento clave del enfoque integral necesario para tener éxito en esos tipos de conflictos. En particular, señala que establecer el Estado de derecho es un objetivo clave y deseado en la contrainsurgencia. (Dunlap Jr., 2017, p. 10)

De esta forma, puede verse un profundo cambio o evolución en la conceptualización del *lawfare* desde el enfoque dominante. Pero este cambio no es producto exclusivo de una agenda investigativa, sino también de un enfoque liberal del derecho internacional y la conducción militar de los procesos y campañas que lleva adelante Estados Unidos. Ésta es la principal evidencia de que los académicos orgánicos transitaron de considerar el *lawfare* como una herramienta dispuesta para devaluar a EE.UU., a otorgarle una neutralidad axiológica y promover su uso por motivos de economía bélica.

De hecho, tal neutralidad es la que inspira a las corrientes liberales del *lawfare*, cuyo esfuerzo analítico se centra en la separación de una connotación negativa o positiva, sosteniendo el sentido marcial de la palabra. En este espectro ideológico se puede identificar a Siri Gløppen, quien define el *lawfare* como “el uso estratégico de los derechos, la ley y el litigio por parte de actores de diferentes razas para promover objetivos políticos y sociales controvertidos”).

## 7. Enfoque crítico basado en Jean y John Comaroff

Cabe destacar que Jean Comaroff y John Comaroff, ambos profesores de la Universidad de Harvard, empezaron a trabajar la conceptualización del *lawfare* desde el año 2001, casi al mismo tiempo en el que se registran las primeras publicaciones de Dunlap. El enfoque desde el cual trabajan, debido a su formación académica, es una crítica a la colonialidad del derecho no sólo como forma de dominación sino también como forma de reproducción de poder.

En su obra *Colonialism, Culture, and the Law: A Foreword*, define el *lawfare* como “el esfuerzo por conquistar y controlar a los pueblos indígenas mediante el uso coercitivo de medios legales” (Comaroff J., 2006, p. 306). Esta conceptualización la trabaja a partir de la referencia que los pueblos indígenas de Sudáfrica tenían de los tribunales coloniales ingleses en el siglo XVIII: “los pueblos de habla tswana famosos por sus imágenes de la invalidación, se referían a las pertenencias de los tribunales, documentos, contratos, agentes, como 'el modo de guerra inglés’” (Comaroff J., 2006, p.306). A través de este artículo, Comaroff hace énfasis en la construcción normativa desde la perspectiva de la dominación colonial, pero además evidencia que existía una tensión en el uso de esta definición que reflejaba una correlación de fuerzas que no puede ser ignorada en la construcción conceptual.

En *Law and disorder in the postcolony*, Jean Comaroff y John Comaroff definen el *lawfare* como “el recurrir a los instrumentos legales, gracias a la violencia inherente a la ley, para cometer actos de coacción política, incluso supresión” (2007, p. 144). Sobre esta discusión además señala una imposición normativa de carácter imperial:



Lo que se imputa al imperialismo, sobre todo, es su comisión de *lawfare*: el uso de sus propios códigos penales, sus procedimientos administrativos, sus estados de emergencia, sus estatutos y mandatos y autorizaciones, para disciplinar a sus súbditos mediante la violencia hecha legible y legal por su propia palabra soberana. (Comaroff y Comaroff, 2007, p. 144)

Sin embargo, pese a esta clara identificación del ejercicio de poder colonial e imperial, ambos, consideran que los intereses, identidades o derechos también se saturaron de legalidad, y que también la política misma está migrando a los tribunales, pues las protestas en sus múltiples formas van llegando al poder judicial y se van convirtiendo en personas jurídicas en la medida en que sus quejas comunes se transforman en demandantes, pues el *lawfare* también podría ser un arma de los débiles, volviendo la autoridad sobre sí misma comisionando a los tribunales para hacer reclamos de recursos, reconocimiento, voz, integridad, soberanía. A esta estrategia de conexión entre los medios políticos con los fines políticos se la denomina de abajo hacia arriba o estrategia lilliputiense (Comaroff y Comaroff, 2007). Sin embargo, desliza las limitaciones de dicha estrategia pese a su notable atractivo: “La corte se ha convertido en una utopía institucional, un sitio al que la agencia humana puede recurrir en busca de un medio en el que lograr sus fines, aunque a veces en vano, dada la desproporción del acceso a sus medios” (Comaroff y Comaroff, 2007, p. 145). Esta limitación será desarrollada con mayor contundencia en *Etnicidad S.A.*, donde se define a la guerra jurídica como “la utilización de instrumentos jurídicos con fines políticos y económicos” (2012, p. 92) y sería considerada un elemento endémico de la gobernanza moderna, puesto que, en diferentes contextos, tanto estados democráticos como autoritarios, usaron la violencia inherente a la ley para disciplinar a la ciudadanía).

Finalmente, aquello que describió como estrategia de abajo hacia arriba, lilliputiense o guerra jurídica subversiva, halló un momento histórico a fines del siglo XX de forma conjunta con la defensa de los derechos humanos; sin embargo, se ve limitada por condiciones objetivas de correlación de fuerzas en distintos niveles: “La guerra jurídica subversiva no siempre da los frutos que se esperan. No es necesario repetir aquí que, en general, los litigios favorecen a los que más poder y recursos tienen” (Comaroff y Comaroff, 2012, p. 95).

A modo de conclusión, lo más importante en los trabajos de Dunlap, Jean Comaroff y John Comaroff, es evidenciar que el uso del término fue evolucionando a través del tiempo y esa evolución responde al uso de la ley en términos de estrategia de dominación colonial y geopolítica, llegando incluso a reflejar su importancia en los documentos del Departamento de Defensa de los Estados Unidos como Estrategia Nacional.

La siguiente característica relevante es que, aún en los planteamientos del enfoque dominante, cuando se conduce a pensar el *lawfare* desde la neutralidad axiológica, continúa presente el uso de esta táctica como amplificador del ejercicio de la dominación.

## 8. Construcciones conceptuales del *lawfare* desde una perspectiva crítica

Las perspectivas críticas se nutren fundamentalmente de corrientes que cuestionan el sistema de dominación colonial e imperial que rige el concierto

internacional. Una de ellas es trabajada por Silvina Romano, doctora en ciencias políticas de la Universidad Nacional de Córdoba, que en sus trabajos académicos, publicaciones y libros, indica “retomar la noción negativa de *lawfare*, pero desde una perspectiva crítica que afirma exactamente lo contrario a la postura de Dunlap: el *lawfare*, como abuso de la ley, materializa la asimetría, la colonialidad y la dependencia inscritas en las relaciones internacionales” (2019, p. 22).

Esta perspectiva se acerca a los enfoques del Tercer Mundo al Derecho Internacional trabajados precisamente por el movimiento político y social Third World Approches to International Law (TWAIL), cuyo análisis denuncia las asimetrías y colonialidad inscritas en la ley internacional en perjuicio de los países periféricos (Romano, 2019).

Desde el Movimiento Twail se afirma una crítica profunda al derecho internacional, al cual consideran necesario e importante, pero asentado en una matriz europea que reproduce el dominio colonial en los países del Tercer Mundo. Se considera que el régimen actual de derecho internacional es ilegítimo porque se basa casi por completo en las experiencias intelectuales, históricas y culturales de una región del mundo, privilegiando Europa y el conocimiento europeo. Gran parte del derecho internacional, si no todo, ha sido impulsado por complejos de superioridad; el derecho internacional clásico se basó en la supremacía de los pueblos blancos europeos sobre los no europeos, y el deber de los primeros de civilizar y controlar a los segundos (Mutua, 2000).

Desde aquella apreciación coinciden con Liang y Xiangsui, al considerar que el reconocimiento de las reglas del derecho internacional está condicionado a los intereses que expresan la correlación de las fuerzas dominantes:

Cada nación reconoce que las reglas a menudo dependen de si son beneficiosas para ellos mismos o no. Las naciones pequeñas esperan usar las reglas para proteger sus propios intereses, mientras que las naciones grandes intentan utilizar las reglas para controlar otras naciones. Cuando las reglas no están de acuerdo con los intereses de la nación, en términos generales, la ruptura de las reglas por parte de naciones pequeñas puede ser corregida por grandes naciones en nombre de los encargados de hacer cumplir la ley (1999, p. 130).

## 9. Debate sobre el *lawfare*, una aproximación desde América Latina

Para pensar una aproximación conceptual estratégica desde América Latina, más allá del origen de sus autores, es necesario valorar los análisis que se realizan en el marco de los principales procesos cuyo desarrollo transcurre en el continente y cómo estos conflictos construyen líneas conceptuales en los diferentes autores.

Por ejemplo, en el caso de los abogados brasileños Cristiano Zanin Martins, Rafael Valim, y la abogada Valeska Teixeira, parte del equipo jurídico del presidente Luiz Inácio Lula Da Silva, sus publicaciones *Lawfare: O caso Lula* y *Lawfare: Uma introdução* construyen una conceptualización que se centra en el derecho y realizan una caracterización basada en el proceso judicial y mediático que tuvo el *lawfare* en Brasil a través del juicio Lava Jato. En su primera publicación, reflejo del seguimiento del caso Lula, la aproximación teórica inicial

definió el *lawfare* de la siguiente manera: “un proceso que puede entenderse como la manipulación del sistema legal para perseguir a un enemigo, deslegitimarlo y, además, sacarlo de su área de especialización” (2017, p. 29). Este enfoque individualiza el impacto del *lawfare* y limita la lectura del campo geopolítico; sin embargo, en el desarrollo de la obra permite identificar con precisión elementos de la guerra jurídica desde el litigio penal y la articulación mediática a través de operaciones comunicacionales.

En su siguiente libro, definirían al *lawfare* como “el uso estratégico del derecho para fines de deslegitimar, perjudicar o aniquilar un enemigo” (2019, p.26). Es importante destacar que cuando los autores hablan de derecho, se refieren a normas jurídicas, actos legislativos, judiciales o administrativos; por tanto, sus ejecutores pueden ser órganos judiciales, legislativos y ejecutivos. Más que una evolución, esta definición contiene precisiones conceptuales que cargan en el derecho el centro gravitacional de la operación, manteniendo el espíritu del impacto individual desconectado del campo geopolítico. Al desarrollar la definición, los autores consideran que el uso estratégico del derecho es central, puesto que infiere inmediatamente que las normas legales se convierten en armas para alcanzar objetivos. Además, discuten la abierta contradicción de la neutralidad axiológica del *lawfare* planteada por Dunlap, pues consideran que siempre tendrá un carácter negativo que entierra al derecho y se traduce en un vaciado completo de la ley:

El derecho es la organización de la fuerza. El objetivo del derecho es regular y limitar el uso de la fuerza, constituyendo una técnica para la solución pacífica de controversias. En síntesis, para Luigi Ferrajoli, el derecho es un instrumento al servicio de la paz. Por tanto, la gestión de la violencia de la ley como medio para imponer la voluntad a un enemigo en particular es la negación misma de la ley y los derechos. (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 27)

Este elemento, es compartido por Caroline Proner, profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro y doctora en Derechos Humanos, quien califica al *lawfare* como antiderecho desde el punto de vista jurídico. Proner, enfatiza en su definición el carácter geopolítico al mencionar lo siguiente:

El *lawfare* (guerra jurídica) no debe entenderse como un proceso legal limitado a los Estados nacionales, sino que a menudo involucra la relación entre Estados y, por lo tanto, la misma geopolítica. No es casualidad que, en cierta medida, procesos similares, con protagonismo de sectores del poder judicial, hayan ocurrido en varios países de América Latina, como Argentina, Chile, Perú, Paraguay, Ecuador, Bolivia y Brasil. En todos estos casos se combinan la desestabilización y la judicialización selectiva contra líderes y movimientos progresistas. (Proner, 2021)

Proner y el ex canciller de Brasil Celso Amorim, definen el *lawfare* como “el uso de los aparatos jurídicos como estrategia no convencional para desestabilizar y alcanzar a oponentes y adversarios políticos” (2021, p. 2). Esta definición coloca el acento en el campo geopolítico y plantea ampliar la visión en torno a los alcances de las guerras jurídicas que no sólo se centran la persecución selectiva de líderes y partidos, sino en los objetivos de interés geoestratégico en América

Latina –y el mundo– enmarcados en una relación de dominación hegemónica que Estados Unidos tradicionalmente estableció en la región.

Para Arantxa Tirado, Silvina Romano y Giordana García, desde la perspectiva de la estrategia militar y la guerra, predominante en el enfoque dominante y hegemónico “el *lawfare* es una herramienta de poder blando,<sup>4</sup> propiciando la guerra por otros medios” (2019, p. 28), con la potencialidad de generar resultados de gran impacto político y violencia (asfixia económica y financiera, golpes de estado, persecución de líderes y sectores políticos, prisiones preventivas, exilio político, criminalización de sectores políticos, y otros). Forma parte de estrategias de guerra psicológica que en la actualidad se asocian a procesos de guerra híbridas:

El *lawfare* se inscribe directamente en la guerra psicológica por los objetivos que persigue y los medios que utiliza: se dirige expresamente a ‘desmoralizar o deslegitimar’ al adversario político por la vía jurídica, pero requiere de una combinación con otros factores para tener impacto, destacando el uso de los medios de comunicación y los tribunales, sumado a otras herramientas de desestabilización económica (sanciones económicas) y política (aislamiento diplomático). (2019, p. 160)

## 10. Definición central del *lawfare*

Finalmente, luego de una extensa revisión bibliográfica de las diferentes definiciones que puedan existir, desde distintos enfoques y para efectos del presente estudio, se plantea el uso del siguiente concepto:

El *lawfare* es una táctica de guerra, encuadrada en una estrategia bélica multifactorial y de amplio espectro, denominada guerra híbrida, que busca mediante la combinación de operaciones judiciales, mediáticas, políticas o económicas, la reconfiguración geopolítica en el sistema internacional post Guerra Fría.

El planteamiento comprende los siguientes elementos:

El marco estratégico general de desarrollo es la guerra híbrida. Al interior de la misma, se desarrollan tácticas y operaciones específicas. Una de esas tácticas, entendida desde el ámbito militar es la guerra jurídica y toma como base la conceptualización planteada por Arantxa Tirado: “es una táctica de guerra, inserta en una estrategia bélica multifactorial y de amplio espectro, como es la guerra híbrida, que utiliza la ley para neutralizar o eliminar al enemigo político en aras de una reconfiguración geopolítica” (2021, p. 41).

Sin embargo, aun cuando Zanin Martins, Teixeira y Valim coinciden en otorgar centralidad conceptual al ámbito jurídico, éste no tendría los efectos políticos sin una operación mediática que amplíe el alcance de la guerra jurídica a través de operaciones psicológicas y políticas. Este elemento es complementado por

---

4 El poder blando, a su vez, al menos desde la época de la Guerra Fría, integra el universo de la denominada guerra psicológica. El objetivo último de esta batalla por ‘los corazones y las mentes’ es convencer sobre lo correcto, lo justo o deseable de un sistema (en este caso, el capitalismo en su etapa neoliberal) y las falencias, errores y aspectos negativos de cualquier alternativa viable al sistema imperante (Romano, Tirado, y García Sojo, 2019, p. 159)

Pascual Serrano cuando presenta la obra de Tirado y menciona que el *lawfare* busca mediante la combinación de operaciones judiciales, mediáticas, políticas o económicas, la reconfiguración de la geopolítica hemisférica (Serrano, 2021).

En coincidencia con Tirado, Proner, Romano y García, se plantea que el objetivo de dicha táctica no se circunscribe al ataque a un enemigo en términos individuales, sino fundamentalmente en términos geopolíticos; puesto que los efectos de las guerras jurídicas contribuyeron a la reconfiguración de la correlación de fuerzas a nivel regional con impacto directo en los resultados electorales de las elecciones presidenciales. Esta reconfiguración de fuerzas a nivel regional es impulsada por Estados Unidos en su condición de potencia hegemónica regional.

Finalmente, una delimitación de temporalidad: el *lawfare*, como táctica militar de reconfiguración geopolítica, impulsada por Estados Unidos se circunscribe al periodo post guerra fría; es decir al periodo en el que existe una clara hegemonía estadounidense en el mundo y se traduce en el control geopolítico regional.

## 11. Dimensiones del *lawfare*

De acuerdo a múltiples autores que trabajan el proceso de conceptualización y definición del *lawfare*, existen muchas diferencias en torno a si hay distintos tipos de *lawfare* de acuerdo a sus finalidades: político, geopolítico, empresarial u otras clasificaciones del *lawfare*: electoral, económico, corporativo). Sin embargo, a efectos de la presente tesis, se asume el enfoque geopolítico desde una perspectiva crítica. Entendiendo que las relaciones de control y dominación que reproducen la hegemonía estadounidense continúan existiendo a través de una arquitectura institucional diseñada para aquello. Esto nos lleva a comprender que existe una tensión política que, aunque no se vea reflejada en un enfrentamiento militar, se mimetiza a través de otro tipo de acciones (quizás una de las más visibles sea las sanciones económicas a los estados).

Entender el enfoque geopolítico del *lawfare* es comprender, como se explicará más adelante, que las guerras jurídicas y la lucha contra la corrupción son parte de la agenda de Estados Unidos al momento de discutir la política exterior, su relación con América Latina y los ejes de la seguridad nacional estadounidense. Y que el mismo, aun enfrentando un largo proceso de construcción y delimitación conceptual, se ha vuelto operativo con características similares en muchos países.

Al momento de construir la forma en la que opera el *lawfare*, de qué mecanismos se vale, quiénes son los operadores directos, cómo trabajan y cómo construyen el consenso social respecto a un caso determinado, Silvina Romano habla de ámbitos y dinámicas del *lawfare* en el contexto latinoamericano (ámbito judicial, ámbito de opinión pública, ámbito político y económico, ámbito geopolítico) (Romano, 2020, p. 206).

Sin embargo, John Comaroff – cuyo criterio ratifican Cristiano Zanin, Valeska Teixeira y Rafael Valim– sostiene la perspectiva bélica de *lawfare* y por tanto considera que, así como las grandes teorías de la guerra, el *lawfare* también tiene tres dimensiones estratégicas: geografía, armamento y externalidades (Comaroff, 2016). La geografía estaría compuesta por los órganos públicos

responsables de aplicar el derecho, dependiendo las inclinaciones de quién usa las armas, éstas tendrán más o menos fuerza. El armamento estaría representado en el acto normativo (ley o norma jurídica extraída indebidamente) usado por el intérprete para estructurar el *lawfare*:

Entre los recursos legales más utilizados por los profesionales de la abogacía se destacan los de anticorrupción, antiterrorismo y relacionados con la seguridad nacional. Esto se debe a que tales leyes, por regla general, transmiten conceptos vagos: fáciles de manipular, cuentan con violentas medidas de precaución e investigación y dañan gravemente la imagen del enemigo (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 38).

Finalmente, las externalidades que, para Zanin, Teixeira y Valim, son estratégicas externas a las batallas que ayudan en la victoria contra el enemigo; entre estas están “las técnicas de manipulación de información para generar un ambiente favorable o aceptable para el uso de armas y disposiciones legales contra el enemigo” (2019, p. 51).

Sin embargo, esta percepción del ámbito comunicacional o de la opinión pública como un elemento externo a las batallas, recae nuevamente en un elemento señalado con anterioridad, y es que la guerra jurídica en sí misma no genera el impacto político y geopolítico, sino que necesariamente está inmerso dentro de una estrategia integral; caso contrario estaríamos hablando de una judicialización de la política. De hecho, tal es la importancia del elemento comunicacional en el *lawfare* que algunos autores como Pedro Santander Molina, hablan del *media-lawfare* puesto que es un binomio: “La acción operativa a la que nos referimos es un binomio, “*media-lawfare*”, con su cara comunicacional y su contracara jurídica; operan juntos y se necesitan mutuamente para que la acción contraofensiva surta efecto” (2020, p. 61).

A efectos de explicar cómo funciona una vez se activan los mecanismos del *lawfare*, se tomarán las siguientes dimensiones operativas: Dimensión Legal y Dimensión Comunicacional.

## 12. Dimensión legal

Como se mencionó con anterioridad, el Estado y sus productos (instituciones, normas, políticas públicas) son el resultado de una determinada correlación de fuerzas que busca a través de la institucionalidad validar, universalizar y obligar determinadas prácticas:

El Estado es un conglomerado de instituciones paradójales. En primer lugar, representa relaciones materiales e ideales; en segundo lugar, es un proceso de monopolización y de universalización. Y en esta relación paradójal es donde anida el secreto y el misterio efectivo de la relación de dominación. (García Linera, 2020, p. 335)

De ahí que las normas, la administración de justicia y las sanciones a su incumplimiento emanan de un sistema de valores e intereses triunfante en determinado periodo histórico. Por supuesto, también existen comunes universales o universalizados: el derecho a la vida, la libertad, al trabajo, la educación, la no

discriminación u otros, conforme el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras la Segunda Guerra Mundial.

Desde el marxismo se cuestiona la idealización del derecho como mecanismo de solución de conflictos, cuando el origen de la legalidad es precisamente la reafirmación de la desigualdad. Es decir, cómo el Estado se organiza en la afirmación de la defensa de la propiedad privada individual –tal cual se observó en los procesos de construcción republicana– y un conjunto de valores que condensan la expresión de la correlación de fuerzas y la dominación. En ese sentido, la justicia no escapa a aquella naturaleza y se organiza como un poder cuya composición no atraviesa normalmente un proceso de democratización en su acceso y reproduce la legalidad originada en la desigualdad.

Más allá de aquella primera observación, también existen críticas que se sustentan en considerar que el derecho, tal cual es conocido hoy como sistema de organización de la sociedad y administración de justicia, se basa en la colonialidad del poder para reproducir formas de dominación inherentes a las prácticas coloniales. El derecho no sólo administra las relaciones sociales en base a la materialización de la correlación de fuerzas, sino que además atraviesa los cuerpos disponiendo de la libertad e incluso la vida, como bien jurídico superior. Sin embargo, aquella legalidad constituyó reglas de coexistencia de la comunidad internacional, de los Estados, las sociedades y las personas, desde una perspectiva liberal que, con una valoración positiva del derecho, consideran que la ley es en sí es un hecho de justicia.

Esta visión de la justicia conduce a que gran parte de los autores vinculados a las ciencias jurídicas planteen que el conflicto del *lawfare*, entendido como la utilización estratégica de la ley, se convierta en una distorsión de la norma en un marco del uso benigno o maligno del derecho. En consonancia con esta lectura, diversos autores de este ámbito plantean que la ley penal, obedece fundamentalmente a la necesidad de poner límites a la coerción del poder punitivo del Estado.

### 13. *Lawfare* como distorsión del derecho

Las perspectivas fundamentales desde las ciencias jurídicas en una visión liberal de la justicia asientan la lógica de que el Estado de derecho es, por definición el límite del poder punitivo del Estado, convertido así en un conjunto de normas a las cuales toda instancia pública debe sujeción:

Estado de derecho, al menos en su versión tradicional, impone restricciones a la autoridad estatal, particularmente en aquella área donde, por la naturaleza de su actividad, goza de un mayor ámbito de discrecionalidad. Ello porque en dichos espacios, o la discrecionalidad es limitada por la disciplina impuesta por el Estado de derecho, o bien esa discrecionalidad es absoluta. De allí que este concepto sea clave para el recto entendimiento de las potestades de las que dispone, por ejemplo, el poder ejecutivo y el juez. En efecto, el ejercicio de una discrecionalidad sin sujeción a ningún tipo de disciplina institucional repugna al Estado de derecho. (Candia Falcón, 2015, p. 232)

En el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, la definición de Estado de Derecho fue descrita por el propio Secretario General de la

ONU, enfocada en los contextos de transición en sociedades que sufren o han sufrido conflictos:

Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal. (Annan, 2004)

En el Sistema Interamericano no se construyó una definición precisa del Estado de Derecho, sin embargo, sí existe desarrollo en la Corte Interamericana respecto a los componentes principales que lo definen:

La Corte IDH no ha referido con profusión el significado y las implicancias de la noción de Estado de derecho. Sin embargo, las pocas veces en que la Corte se ha referido directamente a la misma, lo ha hecho reforzando tres aspectos o ideas centrales: legalidad, irretroactividad y debido proceso. (Candía Falcón, 2015, p. 235)

El debido proceso no implica sólo la legalidad, sino también se constituye como un elemento central de la democracia. Por tanto, aquellos componentes mencionados con anterioridad (legalidad, irretroactividad y debido proceso), constituyen a su vez conceptos fundamentales en la composición de la democracia liberal representativa.

La legalidad, de acuerdo con la Corte IDH en su opinión consultiva 6/86, es entendida como un principio “en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte” (1986, párr. 32); está conectado al principio de legitimidad, y por tanto, de ahí su vínculo con la democracia liberal representativa. Lo mismo sucede con la irretroactividad desde el ámbito sancionatorio presente también en la CADH como elementos vinculados:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso, como tercer elemento fundamental del Estado de Derecho, se fundamenta la misma CADH conforme la opinión consultiva 9/87 de la CIDH: “Este artículo 8 reconoce el llamado 'debido proceso legal', que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u



obligaciones están bajo consideración judicial” (1987, párr. 28). El artículo 8 de la CADH indica:

#### Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
  - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El debido proceso es el principal elemento vulnerado en los casos de *lawfare*, pues fundamentalmente se producen un conjunto de violaciones a las garantías jurisdiccionales propias del Estado de Derecho que gozan las personas conforme convencionalidad, aproximando las prácticas judiciales al derecho penal del enemigo a partir de la excepcionalidad). La definición del derecho penal del enemigo es trabajada por Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá para conceptualizar una distorsión del derecho donde la pena se fundamenta en el autor y no en la conducta delictiva. Destaca –a diferencia del derecho penal del ciudadano donde quien comete un delito continúa siendo sujeto de derechos–, por despojar de su humanidad al considerar a quien comete un delito como enemigo de la sociedad y el Estado. Los elementos del derecho penal del enemigo son los siguientes:

en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el

hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. (Jakobs y Cancio Meliá, 2003, pp. 79-81)

De acuerdo con Carlés, el derecho penal del enemigo “es un derecho de excepción que habilita a tratar como *no personas* a aquellos individuos que representan un peligro para la sociedad: el subversivo, el terrorista, el corrupto” (2018, p. 5). La excepcionalidad incorporada en el análisis del componente jurídico del *lawfare* tuvo mayor difusión en los ambientes académicos del derecho a partir de los acontecimientos de septiembre de 2001 en Europa y Estados Unidos abriendo un periodo de la lucha contra el terrorismo:

En los Estados Unidos y Europa, sobre todo a partir del 11 de septiembre de 2001, la idea fue ampliamente difundida para explicar la adopción, a modo de lucha contra el terrorismo, de medidas de emergencia, francamente atentatorias a los derechos fundamentales y a las zonas de 'no-derecho', de las cuales es ejemplo elocuente Guantánamo. (Valim, 2018, p. 438)

En Brasil, la excepcionalidad en los casos de *lawfare* se teorizó a partir de la representación de Juez Federal de Segunda Instancia Rômulo Pizzollatti contra el Juez Federal Sergio Moro:

Ahora, se sabe que los procesos e investigaciones penales derivados de la denominada 'Operación Lava-Jato', bajo la dirección del magistrado representado, constituyen un caso inédito (único, excepcional), en el derecho brasileño. En tales condiciones, habrá situaciones inéditas, en ellos que escaparán a la regla general, destinada a casos comunes. Así, dado que el levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas de los investigados en el referido operativo sirvió para preservarlo de sucesivos y notorios intentos de obstrucción, por parte de aquellos, asegurando así la futura aplicación del derecho penal, es correcto entender que el secreto de las comunicaciones telefónicas (Constitución, art. 5, XII) podrán, en casos excepcionales, ser suplantadas por el interés general de la administración de justicia y en la aplicación del derecho penal. La amenaza permanente a la continuación de las investigaciones sobre la operación Lava-Jato, incluso a través de sugerencias de cambios en la legislación, constituye, sin duda, una situación sin precedentes, que merecen tratamiento excepcional.<sup>5</sup>

El Estado de excepción aplicado en casos de *lawfare* fue estudiado por Valim, quien sostiene que: “algunas medidas del Estado, basadas en una anormalidad, inciden sobre una situación de hecho en contraposición de la solución normativa para ella prevista” (2018, p.444). Las definiciones clásicas del Estado de excepción consisten en “el tiempo durante el cual las normas legales establecidas para períodos de calma son violadas o suspendidas para hacer frente a un determinado peligro” (Valim, 2018, p. 439). Sin embargo, también en el ámbito académico del derecho, la excepcionalidad es estudiada por quienes creen que el *lawfare* se convierte en la aplicación de medidas de excepción (Serrano, 2020). En todo caso la excepcionalidad se abre a un conjunto

---

5 P. A. N. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Corte Especial. (Citado en Valim, 2018; Zanin, Teixeira y Valim, 2017)

de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, el Estado de derecho y finalmente la democracia liberal y representativa.

En el *lawfare*, la excepcionalidad opera frente a un enemigo social común –puede ser terrorista, narcotraficante o corrupto– que pone en riesgo la paz de la sociedad y la legalidad del Estado; por tanto, este último, en nombre del bien común y a través del órgano judicial como responsable de administrar el poder punitivo, se encumbra por encima de los otros poderes para restablecer el orden e impartir justicia:

Opera 'desde arriba', por medio de un aparato judicial que se 'eleva' por encima del Poder Legislativo y del Ejecutivo, ampliando el margen de maniobra y poder para los jueces, en detrimento de la pérdida de equilibrio entre poderes. Así se allana el terreno para una juristocracia en ascenso, que tiende a reemplazar (y amputar) las instancias representativas y deliberativas de la democracia, otorgando rol protagónico a los tribunales. (Romano, 2019, p. 20)

Para Tirado, no sólo se afecta el equilibrio y división de poderes, sino finalmente el Estado de derecho: “Esta abierta injerencia del poder judicial en los asuntos políticos –la expresa judicialización de la política– supone la anulación de la independencia judicial, lo que a su vez implica la desaparición de la división de poderes que sustenta el Estado de derecho” (2021, p. 16).

Claramente el *lawfare*, a través de las acciones articuladas entre el aparato judicial y la prensa hegemónica (Romano, 2020) se convierte en una vulneración al Estado de Derecho, al debido proceso contemplado en el artículo 8 de la Convención Americana en lo referido fundamentalmente al tribunal competente, independiente e imparcial, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa.

En el caso del tribunal competente, independiente e imparcial, una de las principales violaciones se presenta en la inobservancia –poco casual– del principio del juez natural. En el caso brasileño y argentino, las causas contra los líderes políticos se concentraron en determinados juzgados aun cuando se realiza el sorteo correspondiente de los procesos. Esta casual recurrencia de determinados juzgados cuyas causas no tienen otra relación que no sea el mismo investigado, es bautizada como *forum shopping*:

En el ámbito judicial nos encontramos ante el llamado foro de compras, es decir, la elección del foro o jurisdicción donde se presentará una reclamación. En esta práctica, el objetivo es elegir la ley (armas) y el órgano de juzgamiento (geografía) más favorable a las tesis del autor. (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 72)

El mecanismo de juzgados selectivos vulnera el sorteo de las salas que busca garantizar la imparcialidad y el principio del juez natural y competente que lleve adelante los casos:

Para algunos estrategias de la guerra legal, la victoria sólo es posible si la guerra es encerrada en un campo en particular, fuera del cual no habría ninguna posibilidad de éxito. En estos casos, utilizándose de mala fe, es decir, abusando de las leyes y principios

consagrados como el juez natural y la imparcialidad, manipulación de las reglas de competencia. (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 74)

Cabe destacar que la violación de ambos principios como el juez imparcial y juez natural se dan al seleccionar un caso como proceso penal del espectáculo:

En el proceso penal del espectáculo no hay espacio para el principio de juez natural. Esto se debe a que el respeto a los derechos y garantías fundamentales, incluidas las reglas de jurisdicción que aseguran un juicio imparcial, resultan ser obstáculos para los medios y propósitos políticos típicos de una era posdemocrática en la que el proceso penal se ha convertido en una mercancía para ser consumida por un público autoritario. (Casara, 2017, p. 210)

Al vulnerar estos principios y basar el proceso penal en el espectáculo fortaleciendo la imagen del juez, lo que se hace es generar un conjunto de impunidades en la administración de la justicia, siendo uno de los elementos más evidentes el doble rasero de la ley, cuando algunos casos se presentan como más graves o escandalosos que otros, por los intereses políticos en pugna (Romano, 2019).

Los acciones establecidas a partir de la mediatización de un proceso penal con fines políticos son definidos por Carol Proner como activismo mediático del poder judicial, es decir, un mecanismo donde los administradores de justicia vinculan su labor con los medios de comunicación para reafirmar su liderazgo y protagonismo en el proceso, ratificar en el imaginario colectivo sus decisiones y construir una ruta del espectáculo aproximándose al populismo punitivo para satisfacción del consumo mediático.

La presunción de inocencia se vulnera desde que la operación comienza a instalar en los medios de comunicación la certeza de la culpabilidad, trasladándose al juicio a través de la inversión de la carga probatoria con elementos como la cooperación eficaz o delación premiada (Caso Lula, Caso Correa y Jorge Glas) que se utilizaron como prueba para sentenciar a determinados dirigentes o autoridades, sustituyendo la función investigativa del ministerio público; es decir, que se tomó como prueba absoluta la declaración de una persona cuyos intereses estaban vinculados al proceso penal al convertirse en un medio para la disminución de la pena o disponer la eliminación de la acción penal cargándose todo el proceso sobre los hombros del servidor público acusado.

El instituto de la delación premiada debe analizarse con mucha cautela. Primero, la práctica de 'buscar' beneficios es una 'prueba' muy frágil en los procesos penales, ya que anima al denunciante a decir cualquier cosa a cambio de ventajas. En segundo lugar, desde la perspectiva del palo y zanahoria, el instituto del laudo se tergiversa fácilmente al buscar la condena de un enemigo. Es por eso que la delación premiada es una gran táctica legal para atacar a alguien en un proceso penal y buscar su condena, especialmente cuando se tiene un enemigo definido. En este sentido, desde el momento en que una autoridad negocia derechos de personas a través de la expectativa de escuchar una supuesta práctica inmoral realizada por otro lado, configura un preciado chantaje y no una denuncia espontánea. Todavía peor aún, la autoridad puede decidir no cerrar el trato si entiende que la narrativa no fue interesante para el propósito que busca. (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 81)

El abuso de la prisión preventiva como medida cautelar para impedir la obstrucción en la investigación no sólo tuvo el conflicto frecuente de convertirse en una sentencia adelantada (puesto que una persona encarcelada es la imagen de un culpable), sino que además se inventaron mecanismos para proceder con la detención preventiva de ex servidores públicos en razón de la supuesta existencia de vínculos residuales (Doctrina Irurzun).<sup>6</sup>

Las cárceles, especialmente las de carácter preventivo, deben reservarse para casos concretos en los que exista prueba fehaciente de que la libertad de la jurisdicción puede poner en peligro la empresa o de la fiscalía. Lo que se puede ver, sin embargo, es que el carácter excepcional de la prisión se está dejando de lado en Brasil para usarlo como un método para vaciar el derecho de defensa y obligar al imputado a adoptar una postura de 'colaborador'. (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 78)

Un tercer elemento que se convirtió en la punta de lanza para sentenciar públicamente a las víctimas de *lawfare* fue el exceso de acusaciones sobre las cuales se construyó mediáticamente la imagen de *sentenciados mediáticos* cuyos múltiples procesos ratificaban los motivos por los cuales están siendo investigados.

En los procesos penales, la acusación puede basarse en un *overcharging* (exceso de enjuiciamiento) como táctica para asegurar la incriminación del acusado. La doctrina criminalista, tanto brasileña como extranjera, dictamina el exceso de persecución en dos direcciones: vertical y horizontal. El exceso vertical ocurre cuando se aumenta el nivel de enjuiciamiento por una situación más grave que la sucedida, por ejemplo, cuando se busca aumentar el quantum de la pena más allá de los elementos de hecho. El exceso horizontal, a su vez, representa la inclusión de muchos hechos a un incidente, por ejemplo, una pluralidad de conductas. (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 83)

Finalmente, una herramienta utilizada para vulnerar la presunción de inocencia y también el derecho a la defensa, fue el levantamiento del secreto de las comunicaciones y la difusión de las mismas cuyas víctimas fueron exmandatarios como el caso de Cristina Fernández, Lula Da Silva y en el ejercicio de la presidencia Dilma Rousseff. Este tipo de acciones llegó incluso a afectar el ejercicio profesional de la abogacía y vulneró el derecho a la defensa al habilitar las escuchas de los estudios de abogados que atendían casos de procesados.

#### 14. Dimensión comunicacional

La dimensión comunicacional es un elemento sin el cual una guerra jurídica no cobra relevancia desde el enfoque geopolítico. Como explicaba Dunlap, en la guerra de Vietnam las fuerzas estadounidenses sufrieron una verdadera derrota mítica

6 "el juez Martin Irurzun, presidente de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, quizás sin la pretensión de instituirlo en doctrina dominante, sustenta algo así como una categoría de precepto según el cual resulta especialmente relevante, a la hora de dictar la prisión preventiva, considerar o razonablemente presumir que los lazos funcionales o los otrora entramados de que dispuso el ahora ex funcionario, tejidos al amparo del acuerdo criminal, se encuentran todavía vigentes al punto de que podría seguir utilizándolos en perjuicio de la investigación penal". Smolianski. Disponible en: [https://www.eldial.com/nuevo/nuevo\\_diseno/v2/doctrina2.asp?id=10429&base=50&t=j](https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?id=10429&base=50&t=j)

cuya lección deja hoy el precedente que tuvo claras consecuencias militares, ratificadas en la Guerra del Golfo: la preocupación por la opinión pública: “En las democracias populares modernas, incluso un conflicto armado limitado requiere una base sustancial de apoyo público”. (Reisman y Antonio, 1994, en Dunlap, 2001).

Por tanto, un proceso judicial sin una estrategia comunicacional que impacte en la opinión pública o busque su modulación se circunscribe en una disputa judicial o legal. De ahí la relevancia en la combinación de ambos elementos:

No debemos olvidar nunca que la opinión pública es maleable. Por esta sola razón, no podemos permitirnos pensar ingenuamente y argumentar que el lawfare tiene que apoyarse exclusivamente en sus paradigmas legales. La legalidad y legitimidad de la acción [militar] están ante todo sujetas al escrutinio de la opinión pública. En consecuencia, cualquier acción contra el lawfare exitosa, o el uso zeusiano del lawfare, contra los 'bumeranes' no debe tener un alcance limitado sino ser integral y holístico, ya que tendrá que apuntar a establecer las percepciones correctas entre las opiniones públicas internas y externas. (Dov Bachmann y Muñoz Mosquera, 2016, p. 17)

De acuerdo a Tirado al analizar las guerras híbridas y los aprendizajes de la contrainsurgencia, “lo psicológico es el centro de gravedad de las guerras híbridas. De ahí la importancia de persuadir al otro a través de bombardeos de los medios de comunicación o de las industrias culturales” (2021, p. 90). La misma autora señala que un conjunto de medios de comunicación, instalan relatos a través de un consenso que se impone o manufactura. En esto también coincide con Silvina Romano, quien señala lo siguiente:

Al encumbramiento del aparato judicial se suman los medios de comunicación y redes sociales, que operan manufacturando consenso en contra o a favor de determinadas personalidades, grupos o sectores políticos, recurriendo a voces expertas y contribuyendo a la reproducción de la ideología hegemónica. (2020, p. 205)

La idea de manufacturar o fabricar el consenso, está presente en la obra de Noam Chomsky y Edward Herman *Los guardianes de la libertad: propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas*. En la misma explica el modelo de propaganda aplicado por los medios de comunicación estadounidenses, al que califica como un modelo de indignantes campañas y supresiones, de matizaciones y de énfasis, de selección del contexto, donde las premisas y el orden del día general, resulta altamente funcional para el poder establecido (1988, p.19). Su investigación aún se enmarca en los finales del contexto de la guerra fría y su análisis se basaba en la articulación de la industria cultural y propagandística de Estados Unidos en los procesos electorales de aquel periodo en Nicaragua, El Salvador y Guatemala y las guerras en Laos y Camboya.

También se encuentra presente en su libro *Fabricando el Consenso*, donde relata que existen dos formas de democracia contrapuestas:

Una es la que nos lleva a afirmar que, en una sociedad democrática, por un lado, la gente tiene a su alcance los recursos para participar de manera significativa en la gestión de sus

asuntos particulares, y, por otro, los medios de información son libres e imparciales. [...] Una idea alternativa de democracia es la de que no debe permitirse que la gente se haga cargo de sus propios asuntos, a la vez que los medios de información deben estar fuerte y rígidamente controlados. (Chomsky, 1993, pp. 5-6)

En ese sentido Chomsky toma de Walter Lippman (figura liberal e importante del periodismo norteamericano) lo que considera un nuevo arte en el método de la democracia, *la manufactura del consenso*:

Al manufacturar el consenso, puedes superar el hecho de que formalmente mucha gente tenga derecho a votar. Podemos hacerlo irrelevante, porque podemos manufacturar el consenso y asegurarnos de que sus opciones y actitudes estén estructuradas de tal forma que siempre hagan lo que les digamos, incluso si tienen un modo formal de participar. (2005, p. 3)

Entendemos entonces, como manufactura o fabricación del consenso, el mecanismo a través del cual los medios de comunicación, en sus diferentes formas, van estructurando una narrativa que es suministrada y aprehendida por las personas en una determinada sociedad en consonancia con los poderes hegemónicos. Ese proceso de manufacturación del consenso tiene objetivos específicos en torno a las guerras jurídicas, para el cumplimiento de los fines geopolíticos.

Los autores coinciden en que la dimensión operativa comunicacional del *lawfare* tiene el objetivo de destruir la autoridad moral de determinada persona, sigla o proyecto ante la sociedad a través del seguimiento mediático de un proceso judicial, puesto que, la instalación de la sentencia moral en la opinión pública se adelanta a la sentencia en sede judicial. Pero también, al constituirse la culpabilidad como un primer resultado asentado en el sentido común, los administradores de justicia perciben una presión social que podría condicionar sus fallos y, en el caso de jueces cuyas acciones jurisdiccionales puedan ser consideradas parciales, legitimar el uso de medidas excepcionales fuera del estado de derecho.

Si a partir de las guerras híbridas tomamos la teoría de los cinco anillos de Warden, encontramos que, como cita Korybko, el adversario es como un sistema en el cual, hasta cierto punto todas las partes están interconectadas; por tanto, un ataque es más poderoso mientras más cerca del núcleo se realiza – y el núcleo es el liderazgo– (2018, p. 14).

El *lawfare* tiene la característica de perpetrar un ataque en el liderazgo de los proyectos políticos y las bases esenciales de los mismos (democracia, redistribución, transparencia y honestidad). Es decir, siguiendo las indicaciones de Warden, golpea en el centro del sistema pues, como podemos apreciar más adelante, el *lawfare* contra ex presidentes representantes de proyectos políticos populares significó tratar de manchar de corrupción a toda una estructura política que se movilizaba en torno a un proyecto político. De la misma forma, al llevar adelante un proceso por corrupción en las empresas estatales, se afectan las bases del sistema en aquellos países donde la presencia del estado es rectora de la organización económica.

Al establecer los objetivos de ataque, el *lawfare* genera en el liderazgo lo que de forma metafórica Tirado califica como asesinato moral de imagen pública (2021, p. 59), pues los liderazgos tienen como características imprescindibles la credibilidad y la honra como fuente del respaldo público y atacar esos elementos constituye una aniquilación de sus posibilidades de dedicarse a la gestión de los intereses colectivos o al ejercicio de la política. Cristina Fernández de Kirchner menciona “lo novedoso es que actualmente no es el poder judicial el que condena el poder judicial válido a través de una sentencia un proceso que se inicia e incentiva en los medios de comunicación. Los medios instalan e inventan denuncias y luego la justicia valida ese relato mediático”). Esta validación del relato mediático de corrupción, de acuerdo a los abogados Zanin, Teixeira y Valim, tiene un impacto mucho mayor de repercusión y capacidad de generar apoyo mediático y popular: “las leyes anticorrupción y sus investigaciones crean verdaderos espectáculos a través de los medios que fragilizan a los acusados y crean un escenario perfecto para el *lawfare*” (2019, p. 91).

De la misma forma, las empresas del estado tienen la expectativa social de generar los ingresos que permitirán la ampliación del aparato productivo nacional y la democratización de la riqueza, sin embargo, un caso de *lawfare*, más allá de si pueda constituirse o no un acto de corrupción, alimenta la idea de la eficiencia del aparato privado en la gestión de los bienes estatales, lo que reposiciona el marco neoliberal de la reducción de la participación del estado en la economía.

Sin embargo, el *lawfare* según Tirado tiene dos víctimas: “la persona objeto del *lawfare* y las poblaciones que reciben la información, que son manipuladas para inducir las a tener determinada imagen de los líderes políticos en cuestión” (2021, p. 59).

En la construcción de la dimensión mediática del *lawfare*, Valeria Vegh Weis, abogada criminóloga, sugiere incluir el elemento del pánico moral trabajado por Stanley Cohen en su obra *Demonios populares y pánicos morales*. En esta categoría, investigada y trabajada por Cohen explica cómo los medios, a través de titulares atractivos y sugestivos, y también quienes están al frente del gobierno o que gozan de poder político, definen una condición o grupo como un riesgo o amenaza para los valores e intereses sociales; llevándolo a la marginación y el descrédito en el imaginario colectivo. Vegh Weis, valiéndose de la definición de Cohen cita:

Aparece una condición, un episodio, una persona, un grupo de personas y se lo define como una amenaza a los valores e intereses de la sociedad; en los medios de comunicación masiva se presenta su naturaleza de manera estilizada y estereotípica; editores, obispos, políticos y demás personas *bienpensantes* se encargan de erigir barreras morales; se consulta a expertos que emiten su diagnóstico y soluciones; se elabora o (con más frecuencia) se recurre a formas de encarar la situación. Luego la condición inicial desaparece, se sumerge o deteriora y se vuelve más visible. A veces el pánico pasa y cae en el olvido, salvo en la memoria popular y colectiva; otras, tiene repercusiones más graves y perdurables y puede llegar a producir cambios en las políticas legales y sociales o incluso en la forma en que la sociedad se concibe a sí misma. (2015, p. 51)

En referencia a lo que ahora, en el marco del *lawfare* se ha constituido como pánico moral, Vegh Weis, toma la definición aplicada por Cohen para delitos de calle y lo lleva a las acusaciones a los funcionarios citando:



El mecanismo es el mismo. ¿Qué ciudadano de bien no se siente ultrajado en su moral al oír sobre el mal destino de sus impuestos? Se sobredimensionan las acusaciones y la extensión del peligro [...] hasta el punto de crear una alarma social que horroriza y paraliza a la población habilitando las compuertas del poder punitivo. (2020, p. 117)

Y es que la corrupción es vista como una de las desviaciones morales inherentes a la política, pero que despierta en la sociedad un profundo rechazo debido a que desvirtúa la administración de los bienes colectivos que requiere, ante todo, honestidad y credibilidad. La lucha contra este mal, llega incluso a convertirse en un principio constitutivo de los poderes del Estado cuando, al estructurar los órganos del poder ejecutivo, normalmente se crean instituciones que se encargan específicamente de la lucha contra la corrupción y deben presumir de idoneidad e imparcialidad.

Los casos de *lawfare* tienen la característica de operar por la vía judicial y a través de medios de comunicación y redes sociales en el linchamiento mediático (Romano, 2019: 20) que amplía la cobertura de los casos vinculados al objetivo. Tanto Vegh Weis, como el Dr. Raúl Zaffaroni, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coinciden en que muchos de los elementos desde la dimensión comunicacional, se construyen en cumplimiento de los *11 Principios de propaganda de Goebbels* de Leonard W. Doob, profesor de psicología de la Universidad de Yale, quien organizó y sistematizó manuscritos aparentemente dictados por el Ministro para la Ilustración Pública y Propaganda del Tercer Reich, Joseph Goebbels:

- ▶ Principio de simplificación y del enemigo único: adoptar una única idea, un único símbolo, individualizar al adversario en un único enemigo.
- ▶ Principio del método de contagio: reunir diversos adversarios en una sola categoría o individuo
- ▶ Principio de la transposición: cargar sobre el adversario los propios errores o defectos, respondiendo el ataque con el ataque.
- ▶ Principio de la exageración y desfiguración: convertir cualquier anécdota en amenaza grave.
- ▶ Principio de la vulgarización: toda propaganda debe ser popular, adaptando su nivel al menos inteligente de los individuos a los que va dirigida. Cuanto más grande sea la masa a convencer, más pequeño ha de ser el esfuerzo mental a realizar.
- ▶ Principio de orquestación: la propaganda debe limitarse a un número pequeño de ideas y repetirlas incansablemente, presentadas una y otra vez desde diferentes perspectivas, pero siempre convergiendo sobre el mismo concepto.
- ▶ Principio de renovación. Hay que emitir constantemente informaciones y argumentos nuevos a un ritmo tal que cuando el adversario responda el público esté ya interesado en otra cosa. Las respuestas del adversario nunca han de poder contrarrestar el nivel creciente de acusaciones.
- ▶ Principio de la verosimilitud: construir argumentos a partir de fuentes diversas, a través de los llamados globos sondas o de informaciones fragmentarias.
- ▶ Principio de la silenciación: callar sobre las cuestiones sobre las que no se

tienen argumentos y disimular las noticias que favorecen el adversario, contraprogramando con la ayuda de medios de comunicación afines.

- ▶ Principio de la transfusión: la propaganda opera siempre a partir de un sustrato preexistente, una mitología nacional o un complejo de odios y prejuicios tradicionales.
- ▶ Principio de la unanimidad: convencer a mucha gente que se piensa “como todo el mundo”, creando impresión de unanimidad).

Se observa que cada uno de estos principios aplicados en la dimensión comunicacional coinciden con aspectos operativos en los diferentes medios de comunicación que, en términos generales obedecen a una planificación organizada que se realiza midiendo los tiempos políticos-electorales, afectando la capacidad de despliegue electoral de una fuerza política o de un liderazgo involucrado con un proyecto político y asentando la idea de que el *timing político* es un elemento constitutivo del *lawfare*. Es así que el *timing político* se convierte en uno de los elementos constitutivos del *lawfare* (Calderón, 2019).

En los medios de comunicación tradicionales, de amplia trayectoria periodística, muchos de los cuales han dado muestras de parcialidad motivada por intereses económicos y políticos, operan dos mecanismos importantes: El nado sincronizado (Brieger, 2021) y las voces expertas (Romano, 2020).

El primero responde a una coordinación precisa entre medios oficiales de tapas, titulares, editoriales y sentidos en el contenido de las notas, que responde a una sincronización no sólo de momentos sino de ideas y posiciones en relación a temas de una coyuntura determinada.

Las voces expertas son aquellas que desde los grandes medios de comunicación y *think tanks*, contribuyen a la legitimación del pensamiento hegemónico y además de validar a su posición cada una de las acciones o decisiones que asumen los administradores de justicia en casos de *lawfare*: “Esta *joint-venture* entre voces expertas y medios, contribuyó a construir y/o consolidar y difundir una perspectiva, en general, negativa sobre dichos procesos, calificados como corruptos, ineficientes, autoritarios, antidemocráticos, etc.” (Romano, García y Lajtman, 2020, p. 68).

Sin embargo, las redes sociales cumplen, así como los medios de comunicación tradicionales, un rol fundamental en el proceso de amplificación del mensaje y manufacturación del consenso, con la agravante de que en los medios de comunicación tradicionales existe una clara identificación de quién escribe, controla o pública; mientras que en las redes sociales se desborda otro tipo de mensajes que no tienen los filtros tradicionales y abiertamente denigran a las personas, las siglas o los proyectos en el absoluto anonimato con el fin de generar una tendencia y una condena pública operando como espacio de catarsis emocional.

En materia de comunicación política, existen ciertas tácticas que deben ser mencionadas y que contribuyen a organizar la guerra en redes. Por ejemplo, los abogados Zanin, Teixeira y Valim mencionan en su publicación la articulación de Operaciones Psicológicas (PSYOPS), que finalmente son “operaciones diseñadas para transmitir información con el objetivo de influir en las emociones, decepciones, motivaciones, razonamientos y, finalmente, en el comportamiento de gobiernos, organizaciones, grupos e individuos” (2019, p. 66).

Marcelo García Almaguer, actual diputado mexicano y docente de comunicación política, plantea que, siguiendo la definición de Daniel Kahneman, premio Nobel de economía, “el ser humano mueve su espectro emocional sobre dos ejes centrales: el placer y la alteración” (2017, p. 42). Entre los distintos conjuntos del espectro emocional, tenemos los siguientes:

Quando el ser humano se mueve hacia menor placer y mayor alteración, surgen emociones como la tristeza, depresión fatiga o aburrimiento. Cuando hay más placer, pero menos alteración, las sensaciones son tranquilidad, relajación calma y satisfacción. Cuando nos desplazamos hacia el cuadrante donde hay más excitación y más placer, nos hallamos frente a manifestaciones de felicidad, entusiasmo, emoción y alivio. Finalmente, si nos situamos en el estrato donde hay más alteración, pero menos placer, nos encontramos emociones negativas como alerta, miedo, tensión, ansiedad, incomodidad, insatisfacción y desmotivación. Son justamente estas últimas emociones las que movilizan a más gente. Entre más nos alejamos de la comodidad, mayor es la sensación de peligro. Esto motiva a que los ciudadanos tomen decisiones de protesta contra sus condiciones actuales y sean más proclives a expresar su descontento. (2017, pp. 43-44)

Las emociones negativas del espectro emocional usualmente se asocian al sarcasmo, que aprovecha la indirecta para establecer comparativas que afecten a un mensaje y cambien su percepción pública; al hartazgo, que hace a un ciudadano o ciudadana proclive a reproducir mensajes negativos para ensalzar una situación y llevar a los ciudadanos a tomar determinadas acciones; al asco, que se representa como un fuerte desagrado ante una situación, puede incluir las reacciones físicas del individuo y devenir en morbo afectando la vida de terceros involucrados que ven mellada su integridad y dignidad personal; a la burla, que como expresión del descontento, recurre al estereotipo, la discriminación y el insulto. Y finalmente al miedo y al odio, que en el caso de esta última como manifestación intensa de aversión no sólo llega a la expulsión sino también al deseo de destrucción (García Almaguer, 2017).

Un último elemento señalado por el autor es cómo el conjunto de emociones negativas desbordadas en las redes sociales —obviamente acompañadas de otros elementos de desestabilización— pueden tener un costo político elevado y llegar a poner en riesgo la integridad de un individuo o su estigmatización. “En consecuencia, la combinación de indignación, ira y odio generan una auténtica bomba en términos de viralidad. Al apelar a las emociones más viscerales del ser humano y su parte más irracional, existen consecuencias en el cuerpo” (2017, p. 51).

Las emociones negativas son administradas a través de una *guerra social en red*, concepto originalmente trabajado por John Arquilla y David Ronfeldt en sus libros *The Advent of Netwar (El advenimiento de la guerra en red)* en 1996 y *Networks and Netwars (Redes y guerras en red)* en 2001, señalando en su generalidad lo siguiente:

Se refiere a un modo emergente de conflicto (y crimen) en los niveles sociales, salvo guerras militares tradicionales, en que los protagonistas usan formas de organización en red y doctrinas, estrategias y tecnologías relacionadas afinadas con la era de la información. Estos protagonistas probablemente serán organizaciones dispersas, pequeños grupos e individuos que se comunicarán, coordinarán y conducirán sus campañas de una manera conectada vía Internet, generalmente sin mando central preciso. (Arquilla y Ronfeldt, 2001, en Korybko, 2018)

Las guerras en red se enfocan en el poder suave, en especial operaciones de información y administración de las percepciones, ubicadas en el espectro menos militar, de baja intensidad y de espectro social (Korybko, 2018). Estas redes (Facebook, Twitter, Instagram, TikTok o Whatsapp), de acuerdo al mayor uso de las personas en cada país, se constituyen en herramientas de operaciones psicológicas. En el caso particular de América Latina, el primer factor es la conectividad y el acceso a Internet; de acuerdo al Informe Especial de la CEPAL de 26 de agosto de 2020:

La conectividad, entendida como el servicio de banda ancha con una velocidad adecuada y la tenencia de dispositivos de acceso, condiciona el derecho a la salud, la educación y el trabajo, al tiempo que puede aumentar las desigualdades socioeconómica [...] En 2019, el 66,7% de los habitantes de la región tenían conexión a Internet. El tercio restante tiene un acceso limitado o no tiene acceso a las tecnologías digitales debido a su condición económica y social, en particular su edad y localización. (CEPAL, 2020, p. 2)

Pero más allá de la conectividad y el derecho del acceso a internet, es importante entender que muchas personas pasan frente a sus pantallas y redes sociales gran parte del día no sólo consumiendo contenido de entretenimiento, sino que también lo consideran como fuente de información. De acuerdo a un informe publicado en BBC Mundo en septiembre de 2019:

La firma de investigación con sede en Londres GlobalWebIndex analizó datos de 45 de los mercados de internet más grandes del mundo y estimó que el tiempo que cada persona dedica a los sitios o aplicaciones de redes sociales pasó de unos 90 minutos por día en 2012 a 143 minutos en los primeros tres meses de 2019. Pero existen grandes variaciones de uso a nivel regional y nacional; en América Latina, por ejemplo, donde están los mayores usuarios de redes sociales del mundo, la media de tiempo de pantalla diario es de 212 minutos (BBC Mundo, 2019).

De acuerdo a este mismo medio, el uso de redes sociales y la participación de las mismas en eventos electorales condicionando a los ciudadanos y las ciudadanas, tuvo un duro impacto incluso en la cotización de Facebook en la bolsa de valores “En tan solo 24 horas, el valor de Facebook cayó 37.000 millones de dólares por un escándalo que comenzó con un aparentemente inocente test de personalidad en la red social y derivó en acusaciones de robo de datos e interferencia política”. Este escándalo es el caso de Cambridge Analytica, empresa que de acuerdo a este mismo medio, consultando entonces el portal oficial, se describía como una empresa con sede en Londres “que usa el análisis de datos para desarrollar campañas para marcas y políticos que buscan cambiar el comportamiento de la audiencia”, además la firma “lleva más de 25 años trabajado en más de 100 campañas políticas a lo largo de los cinco continentes, incluyendo países de América Latina como Argentina, Brasil, Colombia y México” (BBC Mundo, 2018).

En líneas generales, de acuerdo a las notas de prensa del informe de Marck Zuckerberg ante el Parlamento Europeo, el creador y actual Director Ejecutivo de Facebook,

admitió el mes pasado haber compartido de forma inadecuada datos personales de 87 millones de usuarios con la firma de análisis británica Cambridge Analytica, entre ellos 2,7 millones de la Unión Europea [...] Cambridge Analytica había utilizado la información de millones de usuarios sin consentimiento. Estos datos se utilizaron para ejercer influencia en la campaña presidencial estadounidense a favor de Donald Trump, así como la campaña a favor del brexit.

El problema de este caso, no es necesariamente la excepcionalidad, sino sus alcances en países latinoamericanos cuyos procesos electorales se vieron interferidos y condicionados por actividades privadas. Este tipo de acciones tiene un ejemplo local en Brasil donde de acuerdo a investigaciones desarrolladas por el periódico brasileño Folha de São Paulo “WhatsApp admite por primera vez el envío masivo ilegal de mensajes en Brasil durante las elecciones de 2018”). Cabe destacar que la herramienta seleccionada en el caso brasileño fue Whatsapp, la misma que el año 2014 fue comprada por Facebook y que en Brasil se constituye en la red social de mayor uso:

En Brasil, 93 millones de personas –cerca de un 40% de la población– usan Facebook, mientras el empleo de Whatsapp es mucho más intenso y extenso, y llega al 70% de sus habitantes. De los poco más de 208 millones, unos 170 millones poseen celulares, y el 90% de esos usuarios son parte de uno o más grupos en esta red social, lo que dinamiza la difusión de mensajes por medio de esta vía. (Santander Molina, 2020, p. 67)

Facebook es una herramienta útil para las guerras y operaciones psicológicas (Korybko, 2018), pues a través de estas redes se puede acceder a información valiosa acerca de posibles objetivos a través de perfiles de usuarios, sus gustos y preferencias; estos datos se manejan a través del Big Data para construir el perfil macro social en los lugares o países objetivo con el fin de mejorar la propaganda dirigida a la desestabilización de líderes políticos o incidir en los resultados de los procesos electorales a través del uso de propaganda con la intención deliberada y sistemática de moldear las percepciones, manipular los razonamientos y direccionar el comportamiento para obtener una respuesta que favorezca a la intención del propagandista (Zanin, Teixeira y Valim, 2019, p. 66).

Finalmente, es importante destacar la carga patriarcal y violenta del uso de redes sociales que se convierten también en espacios de ataque machista sobre mujeres que participan en la política y que recurrentemente son víctimas de acoso y violencia en la búsqueda de aumentar la carga estigmatizadora sobre ellas debido a su participación en proyectos políticos.

Si bien, como indica el Informe sobre Corrupción y Derechos Humanos de la CIDH, se reconoce que en materia de lucha contra la corrupción “el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la publicación de información por la prensa y el trabajo de los periodistas constituyen instrumentos eficaces para el control ciudadano de las autoridades” (2019, párrafo 8); además de estar protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, también es necesario tomar en cuenta que –como el informe indica– “Si bien el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, se encuentra sujeto a un sistema estricto de restricciones

legítimas de acuerdo con el artículo 13.2 de la CADH” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, párrafo 186) cuyo contenido indica:

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

Esta protección guarda relación con el derecho a la protección de la Honra y la Dignidad, establecidas en el mismo tratado:

#### Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. (OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

De la misma forma, cualquier persona cuya honra, reputación o dignidad hubieran sido melladas, tiene el derecho de rectificación o respuesta:

#### Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. (OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

# *LAWFARE* APLICADO EN AMÉRICA LATINA

Pareciera muy difícil vincular la geopolítica, las estrategias de desestabilización que buscan promover el cambio de regímenes no alineados a los intereses estratégicos de Estados Unidos en la región, y la legítima y genuina lucha contra la corrupción; sobre todo porque esta última consigna evoca valores morales que componen la sociedad y se convierten en elemento condicionante de la salud democrática y la legitimidad política.

Sin embargo, los casos recurrentes en la región que vinculan a mandatarios cuyas relaciones con Estados Unidos tuvieron episodios polémicos por el ejercicio de la soberanía, dan una primera impresión sobre los acontecimientos. El recuento es complejo, puesto que atraviesa la discusión del fin de los procesos investigativos, algunos de ellos casi concluidos como el de Lula Da Silva, donde las decisiones jurisdiccionales fueron observadas por una abierta parcialidad de las autoridades judiciales evidenciada a través de filtraciones de conversaciones entre jueces e investigadores o el directo sobreseimiento por demostrada parcialidad de fiscales y jueces. Sin embargo, otros casos continúan en investigación o tienen una sentencia pendiente de cumplimiento.

Es importante analizar qué elementos pueden hoy inducir a creer que Estados Unidos tiene algún interés específico en el control geopolítico en la región. Si estos intereses pueden sobreponerse a la democracia liberal y representativa como en el siglo XX, donde se promovieron dictaduras militares en el marco de la disputa política de la guerra fría a través de la Doctrina de Seguridad Nacional.

### **1. Agenda de Estados Unidos en la región**

Al comenzar el siglo XXI, América del Sur vivió un momento de sincronización en la proyección estratégica de la región. La acumulación de luchas de los pueblos indígenas, los colectivos de mujeres, movimientos populares y sindicales pareciera haberse sincronizado en la victoria de un conjunto de gobiernos de corte progresista en la región: Hugo Chávez en Venezuela (1999), Lula Da Silva en Brasil y Néstor Kirchner en Argentina (2003), Tabaré Vázquez en Uruguay (2004), Evo Morales en Bolivia (2005), Rafael Correa en Ecuador (2007). Estos proyectos nacen cuestionando las políticas neoliberales que impulsaron la contracción de la presencia del Estado

en materia económica, la desregulación de la economía, la privatización de las empresas estatales, la flexibilización laboral y la apertura de los mercados; convirtiendo aquella postura en un centro gravitacional a nivel regional que influyó en el resto de los mandatarios para construir espacios como la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) o incluso, en un nivel de mayor proximidad ideológica la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP) como alternativa al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

El 2005, los presidentes que cumplían mandato en aquella ola progresista, marcaron un hito fundamental en la Cumbre de las Américas realizada en Mar del Plata, cuando luego de extensas negociaciones y presiones diplomáticas por parte de Estados Unidos y otros Estados para aprobar el ALCA, concretaron un importante revés diplomático para éstos últimos rechazando aquel tratado y además obligando a Estados Unidos a cambiar su estrategia de acuerdos regionales por acuerdos bilaterales.

En una entrevista realizada al entonces vicedecano Jorge Taiana, se relata que los países del Mercado Común del Sur (Mercosur), no consentían aquella propuesta, puesto que implicaba la invasión de los mercados locales gracias a la penetración de la industria norteamericana, pero además la destrucción de las industrias nacionales imposibilitadas de competir, en términos de costo de producción, con la industria estadounidense. “La posición del Mercosur fue sólida, sobre todo a partir de marzo, cuando sube Tabaré Vázquez en Uruguay. Nicanor Duarte Frutos de Paraguay también jugó fuerte. Y estaban Lula y Néstor. A eso se suma Venezuela, que había estado en solitario”. Sin embargo, en los entretelones de la Cumbre, el argumento real iba más allá de la apertura de un mercado de más de 360 millones de habitantes (para ese entonces). En realidad, obedecía a la trascendencia de una disputa geopolítica global que buscaba contener la influencia China:

Después de que habla Néstor y queda claro que no va a haber acuerdo, Bush toma la palabra, no estaba contento, y lo que dice es: 'al final no entiendo por qué tanto problema con un acuerdo de libre comercio si de lo que se trata es de ver cómo nos defendemos todos de China'. Lo cierto es que si uno mira los países que tienen más complementariedad con China y que más han exportado a China en buena medida han sido los del Mercosur y fueron los que más se opusieron al ALCA. (Taiana, 2020)

¿Qué riesgos implicaba China en la proyección geopolítica de Estados Unidos sobre la región? China, como proyecto antagónico a EE.UU., experimentó una tasa de crecimiento que rápidamente lo llevó a escalar al segundo lugar en las principales diez economías del mundo. Su crecimiento comparativo es asombroso:

El gigante asiático inició un crecimiento exponencial a mediados de la década de los 90, cuya base se asentó en el desarrollo industrial y la manufactura en serie demandando gran cantidad de materias primas y fortaleciendo el intercambio comercial con la región; situación que, de acuerdo a la General Laura J. Richardson, Jefa del Comando Sur<sup>1</sup> significa que actualmente EE.UU. tiene una competencia

<sup>1</sup> Entrevista disponible en: <https://youtu.be/S2ry5X17AhM>



Tabla comparativa de crecimiento PIB

País	1960	1980	2000	2020
Reino Unido	\$US73.234 millones	\$US 603.983 millones	\$US 1,66 billones	\$US 2,71 billones
Estados Unidos	\$US 542.400 millones	\$US 2,85 billones	\$US 10,25 billones	\$US 20,89 billones
URSS – Rusia		\$US 554.714 millones*	\$US 278.264 millones	\$US 1,47 billones
China	\$US 59.717 millones	\$US 303.027 millones	\$US 1,20 billones	\$US 14,72 billones

Fuente: datosmacro.com. \*Corresponde a 1988, cuando aún existía la URSS. En 1993 el PIB de Rusia llegó a USD 91.670 millones en el contexto de la *Perestroika*.

que no había tenido antes: la presencia china en la región. En su intervención en 2023 ante el *think tank* Atlantic Council, manifestó preocupación debido al creciente flujo comercial sino-latinoamericano que pasó de 18.000 millones de dólares en 2002 a 450.000 millones de dólares en la actualidad y se proyecta a 750.000 millones de dólares en un futuro cercano.

El aumento de la demanda y el crecimiento del intercambio comercial entre China y América Latina se vieron acompañados del arribo de un conglomerado de firmas y empresas que también continuó en aumento:

al finalizar el 2005 la presencia en Latinoamérica de las empresas o corporaciones de capital procedente de China o mixto no era significativa. Las inversiones realizadas hasta finales de 2003 en 379 firmas rondaban los 800 millones de dólares; en lo fundamental, establecidas en Brasil, Venezuela, México, Perú y Cuba. (Díaz Vázquez, 2006, p. 102)

Este arribo también se expresó en el establecimiento de relaciones con organismos e instituciones multilaterales latinoamericanas como ser el Grupo de Río, la Comunidad Andina de Naciones (CAN), con el Mercosur, e instituyó en 2004 el Foro de Cooperación Económica y Comercial China-Caribe. El Banco del Pueblo de China ingresó formalmente en el Banco de Desarrollo del Caribe en 1998, se estableció como observadora en las reuniones anuales del BID, en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); y en la Comisión Económica para América Latina de la ONU (CEPAL).

Este conjunto de elementos consistente en el aumento del intercambio comercial, arribo de firmas y empresas privadas y el establecimiento de relaciones con instancias multilaterales latinoamericanas, expresa el inicio de una relación cada vez más intensa entre China y América Latina que implica riesgos geopolíticos para EE.UU:

La cooperación económica de China con América Latina crece debido a la expansión de la demanda interna del país y la reestructuración económica de la región, América Latina es un mercado vibrante prometedor. El enorme mercado doméstico de China tiene un gran futuro, mientras que los países latinoamericanos perfeccionan sus economías e impulsan la creación de infraestructuras. Esta base no solo es importante para seguir ampliando la cooperación económica de China con Latinoamérica. Los vínculos

económicos bilaterales se han desarrollado rápidamente desde que China fue admitida en la Organización Mundial del Comercio (OMC) y se han potencializado mucho en los últimos años. China es el socio comercial más importante de América Latina, después de los Estados Unidos y la Unión Europea, mientras que la región ocupa el séptimo puesto dentro del comercio exterior chino. (Daza, 2016, p. 67)

Según el Secretario Ejecutivo Adjunto de la CEPAL, Mario Cimoli, China habría ascendido en el escalafón de principales socios comerciales de la región, superando a la Unión Europea:

La creciente cooperación entre China y la región de América Latina y el Caribe, que ha llevado a que en 2018 el comercio entre ambas partes superara los 307.000 millones de dólares. Hoy el país asiático es el segundo principal socio comercial de América Latina y el Caribe detrás de Estados Unidos, representando en 2017 el 11% de las exportaciones regionales y el 18% de sus importaciones. De hecho, desde 2015 China ya es el principal socio comercial de América del Sur. (Cimoli, 2019)

Las proyecciones de intercambio comercial entre ambas regiones auguran, de acuerdo a un escenario esbozado por el Atlantic Council, que hacia el 2035 China superará a EE.UU., como principal socio comercial de América Latina y el Caribe (Debusmann, 2021), así como ya sucedió en la Unión Europea el 2021).

Al evaluar las relaciones entre China y América Latina debe tomarse en cuenta el ámbito de la cooperación y asistencia para el desarrollo; política con la que frecuentemente EE.UU., Europa y –con mayor énfasis en los últimos años– China han fortalecido las relaciones bilaterales. Cabe destacar que los principales cinco países que tienen el mayor flujo de asistencia y préstamos bilaterales son precisamente aquellos que han expresado tensiones geopolíticas con Estados Unidos como Venezuela, Ecuador o Bolivia, o aquellos que, como Brasil y Argentina, jugaron un rol fundamental en poner un freno al ALCA el 2005. Pero una característica que no pasa desapercibida, es que son aquellos que han enfrentado procesos de *lawfare* o desestabilización.

A través de los datos proporcionados por el portal Diálogo Interamericano, trabajados por Kevin Gallagher y Margaret Myers, podemos evidenciar que los préstamos bilaterales y la asistencia para el desarrollo ha cobrado una importante trascendencia, muestra del interés del gigante asiático en la región: “Desde 2005, China Development Bank y China-Export Import Bank han proporcionado más de 137 mil millones de dólares en compromisos de préstamos a países de América Latina y el Caribe (ALC) y empresas estatales” (Gallagher y Myers, 2021).

Al revisar la naturaleza de los proyectos, se muestra que la mayor parte de ellos –en este orden de prelación de los 5 países con mayor suscripción de préstamos bilaterales– están dirigidos a proyectos energéticos (31 de 66) y la segunda mayor proporción se concentra en infraestructura (14 de 66).

La preocupación latente de Estados Unidos fue manifestada en un documento trabajado por el Comando Sur a través de su ex Jefe, el Almirante Craig Faller indicando:

La República Popular China está avanzando rápidamente hacia su objetivo de dominio

Base de datos de finanzas entre China y América Latina. Préstamos de China en Latinoamérica.

País	Nro. de préstamos	Monto	Observaciones
Venezuela	17	\$US 62,2 mil millones	Predominan proyectos del sector energético (12 de 17)
Brasil	12	\$US 29,7 mil millones	Predominan proyectos del sector energético (8 de 12)
Ecuador	15	\$US 18,4 mil millones	Mayoría de proyectos de distinta naturaleza
Argentina	12	\$US 17,1 mil millones	Mayoría de proyectos energéticos e infraestructura (8 de 12)
Bolivia	10	\$US 3,4 mil millones	Mayoría de proyectos de distinta naturaleza

Fuente: Diálogo Interamericano

económico en la región. En 2019, la República Popular China superó a Estados Unidos como el principal socio comercial con Brasil, Chile, Perú y Uruguay y ahora es el segundo socio comercial más grande de la región detrás de Estados Unidos. De 2002 a 2019, el comercio de la RPC con América Latina se disparó de \$ 17 mil millones a más de \$ 315 mil millones, con planes de alcanzar los \$ 500 mil millones en comercio para 2025. (Faller, 2021, p. 6)

Lo cierto es que, vistas las cifras de intercambio económico, asistencia para el desarrollo, préstamos bilaterales y el diálogo de China con organismos multilaterales implican el despliegue de China en la región. Elemento que Estados Unidos ve con poco agrado, llegando incluso a relacionar la presencia de China con los niveles de corrupción:

Las empresas estatales y privadas de la República Popular China a menudo explotan la corrupción generalizada en la región para socavar las prácticas de contratación justa y eludir el cumplimiento ambiental. Una táctica común que utilizan es proporcionar beneficios lucrativos a los funcionarios locales a cambio de acuerdos favorables (Faller, 2021).

En la declaración dirigida a Comité de Servicios Armados del Senado advirtió lo siguiente:

Arrojamos luz sobre las acciones depredadoras y corruptas de la RPC para que nuestros socios puedan reconocer las actividades malignas de la RPC y tomar decisiones bien informadas sobre la participación de Beijing. Continuamos transmitiendo a nuestros socios y aliados que Beijing y Moscú buscan socavar su soberanía nacional y fomentan la inestabilidad que permite a las TCO<sup>2</sup> un punto de apoyo dentro de sus fronteras. También destacamos que asociarse con la República Popular China requiere hacer la vista gorda ante el comportamiento maligno que va desde la corrupción y los abusos de los derechos humanos hasta la degradación ambiental y el agotamiento de los recursos naturales. (Faller, 2021, p. 11)

Esta declaración realizada por el ex Jefe del Comando Sur no es la única referencia institucional. El 2017, la Estrategia de Seguridad Nacional estadounidense de igual forma vincula a China con prácticas que atentan a la soberanía de los

2 Organizaciones Criminales Transnacionales

Estados, denuncia labores de inteligencia, prácticas no democráticas y corruptas: “China expandió su poder a expensas de la soberanía de otros. China reúne y explota datos en una escala sin igual y difunde las características de su sistema autoritario, incluida la corrupción y el uso de la vigilancia” (Estrategia de Seguridad Nacional de EE.UU., 2017, p. 25).

Ese mismo documento manifiesta que la lucha contra la corrupción, obedece a fines estratégicos vinculados al clima en el cual se desenvuelve la competitividad de las empresas estadounidenses en la región:

CONTRARRESTAR LA CORRUPCIÓN EXTRANJERA: Usando nuestra economía y herramientas diplomáticas, Estados Unidos continuará atacando a funcionarios extranjeros corruptos y trabajará con los países para mejorar su capacidad de lucha contra la corrupción para que las empresas estadounidenses puedan competir de manera justa en climas de negocios transparentes. (Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos, 2017, p. 20)

Aquella vocación de emprender acciones fuera del territorio nacional con el fin de garantizar un clima favorable a las inversiones y capitales empresariales estadounidenses, trae a la memoria los mismos argumentos con los cuales Estados Unidos se declaró policía internacional con el Corolario de Roosevelt de 1904 y justificó la intervención en los Estados soberanos de América Latina. Esta visión fue ratificada en la Guía provisional de Seguridad Nacional estratégica del 2021:

Nuestro trabajo en defensa de la democracia no termina en nuestras costas. El autoritarismo está marchando en el mundo, y debemos unirnos a aliados y socios de ideas afines para revitalizar la democracia en todo el mundo. Trabajaremos junto a otras democracias de todo el mundo para disuadir y defendernos de la agresión de adversarios hostiles. Apoyaremos a nuestros aliados y socios para combatir las nuevas amenazas dirigidas a nuestras democracias, que van desde la agresión transfronteriza, ciberataques, desinformación y autoritarismo digital a infraestructura y energía. Apuntaremos especialmente a enfrentar la corrupción que pudre la democracia por el interior y está cada vez más armado por estados autoritarios para socavar las instituciones democráticas. (Biden, 2021)

Cabe destacar que, desde junio del 2021, el presidente de Estados Unidos Joe Biden, emitió el Memorándum sobre el Establecimiento de la Lucha contra la Corrupción como un Interés Fundamental para la Seguridad Nacional de los Estados Unidos estableciendo que: “La corrupción amenaza la seguridad nacional de los Estados Unidos, la equidad económica, los esfuerzos globales de lucha contra la pobreza y el desarrollo, y la propia democracia”. El documento define una estrategia que llevará a cabo un proceso de revisión interinstitucional tomando en cuenta los siguientes elementos: modernizar la capacidad de los departamentos ejecutivos y agencias para promover buena gobernanza y combatir la corrupción; combatir todas las formas de financiación ilícita, reducir el secreto financiero extraterritorial y mejorar el intercambio de información; hacer que los individuos corruptos y organizaciones criminales transnacionales rindan cuentas, congelar y recuperar activos robados, acciones penales, civiles y otras; reforzar el establecimiento de normas globales de lucha contra la corrupción; apoyar y

fortalecer la capacidad de la sociedad civil, los medios de comunicación y otros agentes de supervisión para investigar y descubrir la corrupción, exigir responsabilidades a los líderes e informar; trabajar con socios internacionales para contrarrestar la corrupción estratégica de líderes extranjeros, empresas estatales extranjeras o afiliadas, organizaciones criminales transnacionales en Estados Unidos y en el extranjero; intensificar los esfuerzos para aumentar de manera rápida y flexible los recursos de los Estados Unidos y sus socios de asistencia investigativa; ayudar a fortalecer la capacidad de autoridades nacionales y gobiernos asociados para implementar medidas de transparencia, supervisión y rendición de cuentas; y promover alianzas con el sector privado y la sociedad civil).

Este memorándum se encuentra en línea con lo establecido el 2017, donde se incorpora el apoyo interinstitucional en el extranjero:

MILITAR Y SEGURIDAD: Construiremos esfuerzos locales y fomentaremos culturas de legalidad para reducir la delincuencia y la corrupción, incluso mediante el apoyo esfuerzos locales para profesionalizar la policía y otras fuerzas de seguridad; fortalecer el estado de derecho y emprender una reforma judicial; y mejorar los mecanismos de compartir información para atacar a delincuentes y corruptos líderes y desbaratar el tráfico ilícito. (Estrategia de Seguridad Nacional de EE.UU., 2017, p. 51)

Cabe destacar que desde la década de los 60, aparentemente Estados Unidos habría renunciado a las intervenciones directas en los Estados Latinoamericanos propuestas en el Corolario de Roosevelt a la Doctrina Monroe; sin embargo, el cese de las intervenciones no es sinónimo de respeto a la soberanía o las decisiones democráticas de los pueblos. La concesión es abandonar la vía del uso de la fuerza militar en el continente, pero se ha demostrado que en distintas circunstancias en el siglo XX, a través de un liderazgo velado, Estados Unidos ha promovido cambios de regímenes que contrariaban los principios de su política exterior, especialmente en momentos de confrontación polarizada como la Guerra Fría. Aplicando la lógica del riesgo de una potencia antagónica, hoy el nuevo riesgo es China:

Tabla comparativa de crecimiento PIB

Año	EE.UU.	China
2020	20.893.700 M.\$	14.866.740 M.\$
2010	15.049.000 M.\$	6.033.830 M.\$
2000	10.251.000 M.\$	1.205.530 M.\$
1990	5.963.100 M.\$	396.590 M.\$
Crecimiento	3,5	37,4

Fuente: Datosmacro.com

Es posible que desde 2030, China termine desplazando a Estados Unidos como la economía más grande del mundo; y, como en el siglo XX, ello llevará a una tensión geopolítica por las bolsas de valores, la inversión externa, el intercambio

comercial, la seguridad, el acceso a los recursos naturales y otros. China no sólo disputa el primer lugar como la economía de mayor crecimiento, sino que también su presencia se expandió a todos los mercados mundiales y se consolidó con el acceso a las vacunas COVID a través de lo que el Comando Sur denomina 'geopolítica de la medicina', especialmente en un continente que acumula con el Estado chino una deuda de 165.000 millones de dólares (Faller, 2021).

La lucha contra la corrupción en el siglo XXI tiene similitudes con la lucha contra el comunismo en el siglo XX. El comunismo como práctica que afecta los valores de la democracia representativa y liberal, especialmente cuando se acusa a un Estado adversario de promoverla como mecanismo de expansión geopolítica. Y lo más importante, es la alusión a la defensa de un sistema o campo de valores:

Cuando hablo con mis homólogos regionales, no les pido que elijan entre Estados Unidos y China. Pero sí hablamos de valores: libertad de expresión, estado de derecho, respeto por los derechos humanos, igualdad de género e igualdad racial. Lo que sí les digo a mis socios es '¿Dónde quieren estar en última instancia con respecto a esos valores, y cómo creen que China se sitúa en esa escala?' Nuestro equipo en el Comando Sur de los Estados Unidos Trabaja incansablemente para ser buenos socios, modelando la ética y el profesionalismo, y nuestros países socios quieren emular ese profesionalismo. (Faller, 2021)

Obviamente la lucha contra la corrupción es un elemento incuestionable en nuestro esquema de valores. De hecho, la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2004) plantea como compromiso de los Estados el deber de penalizar la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción de la justicia. Asimismo, la OEA en sus documentos principales, consideró que la democracia representativa tiene como base la lucha contra la corrupción:

CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. (Convención Interamericana Contra la Corrupción, 2005, Preámbulo)

## 2. Arquitectura institucional del *lawfare*

La arquitectura institucional del *lawfare* se asienta sobre el rol de policía internacional de Estados Unidos sobre el resto del mundo. Aquella rectoría hoy permite que Estados Unidos pueda ejercer, basado en la extraterritorialidad de su ley, la defensa del clima empresarial para sus inversiones vulnerando la soberanía de los Estados en nombre del libre mercado y la democracia liberal representativa. Estados Unidos es el único Estado en el mundo que tiene una ley de lucha contra la corrupción en el extranjero llamada *Foreign Corrupt Practice Act*, vigente desde 1977 y con enmiendas en 1998, cuyo alcance se extiende desde funcionarios públicos estadounidenses,

ciudadanos estadounidenses en el exterior, compañías de EE.UU., empresas o personas extranjeras que causen actos de corrupción en Estados Unidos o empresas cuyos valores fueran administrados por las bolsas de valores operadas en Estados Unidos o que participen en operaciones indebidas con efectos en el territorio norteamericano. La legislación también prohíbe el uso de los correos electrónicos o cualquier medio que pueda ser instrumentalizado en el comercio interestatal de modo corrupto (Proner, 2021). Dicha norma ha realizado un total de 528 ejecuciones o procesos a empresas e individuos vinculados a casos de corrupción:

Acciones Ejecutadas vinculadas a la FCPA, 1977- 2020 (Sept)

Año	Nro	Año	Nro	Año	Nro	Año	Nro	Año	Nro
1977	0	1986	0	1995	0	2004	4	2013	23
1978	0	1987	0	1996	0	2005	8	2014	21
1979	1	1988	1	1997	0	2006	7	2015	20
1980	0	1989	5	1998	4	2007	20	2016	34
1981	0	1990	4	1999	3	2008	27	2017	43
1982	4	1991	1	2000	0	2009	44	2018	60
1983	5	1992	1	2001	7	2010	35	2019	65
1984	0	1993	2	2002	4	2011	16	2020	34
1985	3	1994	4	2003	5	2012	13	Total	528

Fuente: Departamento de Justicia de Estados Unidos

La tabla anterior superior permite mostrar que desde la promulgación de la FCPA en 1977 hasta el año 2000, el número de procesos ejecutados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre corrupción en el exterior era bajo, haciendo un total de 38 en 23 años. El cambio cualitativo coincide con el fortalecimiento de la lucha contra el terrorismo a partir de la caída de las Torres Gemelas el 2001. La cifra entre 2011 y 2006 -periodo en el que se observa un cambio cualitativo en la constancia de la ejecución de acciones- asciende a 35; es decir 35 acciones en 5 años. Desde el 2007 al 2020 se percibe un cambio radical y acelerado especialmente en los últimos 5 años; es decir que entre 2007 y 2020 se realizaron un total de 455 procesos, de los cuales más de la mitad (236) se dieron en los últimos 5 años entre 2016 y 2020. Estas cifras, dejan ver con meridiana claridad un proceso acelerado de lucha contra la corrupción.

Si bien en este proceso existe una legítima sanción a ciudadanos estadounidenses que, de acuerdo con las acciones iniciadas, presuntamente habrían cometido este ilícito, o a empresas que hubieran cometido la falta en territorio norteamericano, las cifras son bastante importantes y con capacidad de afectar seriamente las economías nacionales.

Es probable que el aumento progresivo desde el 2001 guarde relación con el énfasis de la lucha contra la legitimación de ganancias ilícitas y financiamiento del terrorismo, pero también encuentra su relato en la construcción de otras normas con las cuales se refuerza la lucha contra la corrupción extraterritorial por parte

de Estados Unidos y las sanciones y embargos económicos interpuestos por éste a otros Estados. El periodista francés Jean-Michel Quatrepoint explicó que existe un conjunto de normas que constituyen la base legal de la extraterritorialidad estadounidense, hacen de su Estado un ejecutor global y terminan –de facto– anulando la legislación nacional. Además de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) de 1977, la Ley Dodd-Frank aprobada en 2010, otorgó a la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) el poder de investigar actividades ilegales que se hubieran vinculado a EE.UU., aun cuando la transacción se realice en el exterior o no comprenda empresas o funcionarios norteamericanos. Ese mismo año, también se aprobó la ley de Cumplimiento Tributario en Cuentas Externas (FATCA) que obligó a los bancos extranjeros a actuar como sus agentes y entregar información completa sobre las cuentas y bienes de los ciudadanos estadounidenses, residentes fiscales en Estados Unidos y ciudadanos con doble nacionalidad (Quatrepoint, 2017). La abogada brasileña Carol Proner comparte la visión de un entramado normativo que construye la extraterritorialidad de la ley estadounidense, su capacidad de investigar y sancionar que no condice con las capacidades de otros estados en el mundo. Ella afirma que, a este entramado normativo, debe sumarse el análisis del código Swift o BIC:

el papel que juega el uso del Código Swift o BIC (Bank Identifier Code) conectado a la Society for Worldwide *Interbank Financial Telecommunication* o *SWIFT*. Creada en 1973, la compañía incluye 239 bancos de 15 países con el objetivo de interconectar a los participantes y estandarizar las transacciones financieras internacionales. (Proner, 2021, p. 17)

De hecho, es la red más grande de interacción bancaria, de intercambio de información, pero además, probablemente se constituya en la base de datos más importante con la cual Estados Unidos amplía la eficacia de su jurisdicción:

El sistema del dólar Swift representa el 70% de las transacciones a nivel mundial y es un vínculo territorial con Estados Unidos. Y desde junio de 2019 se decide que una empresa, desde el momento en que produce un impacto económico en Estados Unidos, se encontrará bajo jurisdicción estadounidense. (Quatrepoint, 2020, p. 39)

El segundo elemento a ser objeto de análisis es la presencia del dólar estadounidense, cuya producción obviamente se realiza en Estados Unidos y que con Bretton Woods pasó a convertirse en la moneda de cambio internacional y, desde la década de 1970 es la única moneda de transacción en la compra/venta de petróleo y sus derivados:

Detrás de este arsenal complejo y complementario hay una legislación extraterritorial extremadamente imponente que es utilizada por una economía respaldada por el dólar, el lenguaje contractual hegemónico, un derecho contractual con una prevalencia *del derecho consuetudinario* en oposición al derecho escrito continental europeo y, como elemento estratégico de la logística, un sistema financiero construido a través de lazos e intercambios bajo el control de los Estados Unidos y la prevención del terrorismo. (Proner, 2021, p. 16)



El dólar juega un rol determinante en el porcentaje de las transacciones comerciales y el comercio internacional, pero además su amplio uso se convierte en un mecanismo de control debido a que “el 78% de las transacciones mundiales se realizan en dólares y todo lo liquida Estados Unidos” (Quatrepoint, 2016).

Entonces, podríamos afirmar que la lucha contra la corrupción, planteada por los distintos documentos de seguridad provenientes de Estados Unidos (Estrategia de Seguridad Nacional de 2017, Memorándum para el Establecimiento de la Lucha contra la Corrupción como un tema de Interés Central para Estados Unidos, la Guía Provisional Estratégica para la Seguridad Nacional de 2021 o la Declaración del Almirante Craig Faller, jefe del Comando Sur ante el Comité de Servicios Armados del Senado el 2021) se articula con un entramado legal que ejerce la extraterritorialidad como herramienta geopolítica contra los adversarios declarados (Rusia, China e Irán), pero también termina utilizando dichas herramientas contra sus aliados europeos en el marco de lo que el parlamento francés definió como una guerra económica o el ejercicio del poder blando o poder inteligente: “Estados Unidos está librando una guerra económica clandestina contra empresas francesas y europeas. Bajo el disfraz de la lucha contra la corrupción, los estadounidenses están debilitando ciertas empresas estratégicas para posicionarse mejor en los mercados globales” (Monin, 2018).

Quatrepoint habla de una triada que ejerce el poder internacional a través de “la instauración de este tríptico (extraterritorialidad, inteligencia económica a gran escala y la convención de la OCDE)”. Este mismo cuerpo normativo conforme a una estrategia de seguridad nacional es el que, desde Brasil, se denunció como una herramienta aplicada contra los liderazgos políticos en el marco de la lucha contra la corrupción:

La Operación Lava Jato, en este sentido, tiene una correlación absoluta con las prácticas elaboradas y apoyadas por la extraterritorialidad americana, que han causado estragos en todo el mundo. Desde la década de 1970, se ha mejorado un complejo cuerpo legislativo para eliminar competidores, absorber empresas y expandir los mercados mediante la lucha contra la corrupción. La extraterritorialidad, como parte de las guerras híbridas emprendidas a través de la ley, se convierte en un activo estudiado en las academias militares. (Proner, 2021, p. 7)

Las cifras de sanciones aplicadas por supuesta corrupción o por realizar transacciones comerciales con países embargados o sancionados por Estados Unidos (Cuba, Irán, Libia, Sudán o Venezuela y otros) son bastante importantes:

Desde la promulgación de la FCPA el total de sanciones monetarias ha alcanzado los 26,9 mil millones de dólares, presentando un ascenso en general en el monto y el promedio de las sanciones a partir del primer Gobierno de Barack Obama (2008/crisis financiera) en adelante. Del total, aproximadamente la mitad (13,2 mil millones de dólares) se han pagado a gobiernos extranjeros en virtud de acuerdos de ejecución a nivel global (Romano y Brito Londoño, 2021).

La Universidad de Stanford presentó a través de un portal institucional un conjunto de investigaciones vinculadas a la aplicación de la FCPA cuyos

indicadores establecen una lista por países que hubieran enfrentado mayores acciones de ejecución entre 2012 y 2021<sup>3</sup> (Stanford Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, 2023); dicha lista se encuentra encabezada por China, seguida de Brasil, India, México y Rusia en el Top 5.

Asimismo, se dispone de un ranking para establecer cuáles fueron las empresas con las sanciones más altas de acuerdo a los montos en las acciones ejecutadas aplicando la FCPA entre las que destacan Odebrecht S.A., y Petróleo Brasileiro S.A. –Petrobras (ambas de origen brasileño)– (Stanford Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, 2023).<sup>4</sup>

En el marco de cuestionamiento de la extraterritorialidad de la ley vinculado a las sanciones que se aplican basadas en la FCPA y los embargos a distintos Estados, uno de los más fuertes provino del parlamento francés, luego de las sanciones aplicadas al BNP Paribas: El 2014 el *BNP-Paribas* pagó casi 9 mil millones de dólares compartidos entre el Estado Federal, la *Fed* (508 millones), el Departamento de Servicios Financieros del Estado de Nueva York (2.243 mil millones) y la Oficina del Fiscal de Distrito de Nueva York (también \$ 2.243 mil millones). (Misión de Investigación sobre la Extraterritorialidad de la Legislación Estadounidense, 2016)

El informe de la Misión de Investigación presentado a la Asamblea Nacional de Francia concluyó que la extraterritorialidad de las leyes americanas concierne a tres áreas: los regímenes de sanciones internacionales de EE.UU.; la legislación sobre soborno de funcionarios públicos en el extranjero y la aplicación de impuestos personales estadounidenses a ciudadanos no estadounidenses residentes. Esta aplicación extraterritorial de la norma y las sanciones afectan el campo económico y financiero, puesto que muchas empresas francesas y europeas han pagado sanciones considerables por actos que violan la legislación anticorrupción estadounidense o el régimen de sanciones internacionales estadounidense, pero que ocurren fuera de su territorio. En el espacio de unos pocos años, el monto total de las multas pagadas por las empresas europeas, representa más de 20 mil millones de dólares. Algunos ejemplos recientes son: la multa por realizar transacciones con Estados sancionados o embargados por Estados Unidos de casi 9 mil millones de dólares al BNP Paribas y 787 millones de dólares al Credit Agricole; además las sanciones vinculadas a la aplicación de la FCPA por 772 millones de dólares pagada por Alstom, 398 millones de dólares pagada por Total y 800 millones de dólares que pagó Siemens. Estos retiros son lo suficientemente masivos como para ser perceptibles en determinadas cantidades macroeconómicas y en el caso de la multa récord pagada por BNP Paribas en 2014, afectan de forma importante la cuenta corriente de Francia, generando un impacto sistémico en los mercados financieros (Misión de Investigación sobre la Extraterritorialidad de la Legislación Estadounidense, 2016).

Los documentos de seguridad y las normativas extraterritoriales, cuentan con un entramado institucional que progresivamente va aplicando la ley y se convierte

3 Disponible en: <https://fcpa.stanford.edu/index.html>

4 Disponible en: <https://fcpa.stanford.edu/index.html>

en un modelo sujeto a ser estandarizado en nombre de la transparencia y los compromisos internacionales en torno a los valores comunes; finalmente, la globalización es estandarización (Quatrepoint, 2016).

Silvina Romano y Rafael Brito Londoño, estudiaron la construcción de la arquitectura institucional que se aplica al *lawfare* en el marco de la aplicación de la FCPA, y concluyeron que “la expansión y extraterritorialidad de la norma de Estados Unidos se concreta por la vía bilateral y articulando con organismos multilaterales, en ocasiones vulnerando o evitando las formalidades y protocolos” (Romano y Brito Londoño, 2021). Es decir, que aquella institucionalidad organizada desde el Departamento de Justicia (donde reside la Unidad de la FCPA) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC), encargada del procesamiento civil), el Departamento del Tesoro (máxima autoridad ejecutiva de la OFAC,<sup>5</sup> encargada de administrar y hacer cumplir las sanciones). Esta arquitectura institucional opera a nivel internacional a través del Grupo de Acción Financiera (GAFI), creado en 1989 por el G7, que encuentra su representación local en América Latina a través del Grupo de Acción Financiera Latinoamericana (GAFILAT). Además, existe el trabajo de un conjunto de organismos regionales como la OEA y las Unidades de Investigación Financiera a nivel nacional (Romano y Brito Londoño, 2021).

Esta arquitectura institucional es la que se considera, que se ha vinculado a los procesos de investigación en los casos de Brasil, Argentina y Ecuador. En algunas ocasiones, a través de la acción directa del Departamento de Justicia de Estados Unidos, en otras por la vía diplomática.

### 3. *Lawfare* en Brasil

El *lawfare* en Brasil tiene como punto de partida la Operación Lava Jato, cuyas consecuencias más obvias tienen en su haber:

- ▶ de modo indirecto, el impeachment que alejó del mandato a la Presidenta electa Dilma Rousseff y la sentencia mediática sobre sus hombros;
- ▶ la sentencia de 12 años al presidente Luiz Inácio Lula Da Silva por el supuesto soborno a través de un departamento que nunca existió y por el cual enfrentó 19 meses de cárcel;
- ▶ la detención de Lula Da Silva –favorito en las encuestas presidenciales– se sumó la decisión de inhabilitar su candidatura en las elecciones nacionales de 2018;
- ▶ la devaluación del debate político y de la democracia como mecanismo de solución de diferencias;
- ▶ una importante afectación económica: 4,4 millones de empleos y 3,6 del PIB (Dieese, 2021) debido al proceso que enfrentaron las empresas constructoras brasileñas y la empresa estatal PETROBRAS.

### 4. Antecedentes del caso Lula

Podría realizarse un esfuerzo de explicar el Caso Lula desde los vicios procesales

---

<sup>5</sup> Oficina de Control de Activos Extranjeros

de la investigación a la que fue sometido por la Operación Lava Jato y quizás eso alcanzaría para explicar cómo se consumaron ilegalidades en torno al debido proceso como componente esencial del estado de derecho y la democracia. Sin embargo, el tratamiento mediático y los intereses geopolíticos, son los elementos diferenciadores de un caso –bastante regular– de judicialización de la política y lo exponen como un caso emblemático de *lawfare*. Aunque, obviamente, los resultados finales en el ámbito judicial: la anulación por parte del Tribunal Supremo de Justicia del Brasil de dos sentencias contra Lula por comprobada parcialidad del Juzgado Federal de Curitiba (Juez Moro), o la declaratoria de falta de competencia para llevar adelante el enjuiciamiento por parte del Juzgado Federal de Curitiba, declarando que los procesos debían radicar en Distrito Federal de Sao Paulo (*El País*, 2021), y la reciente absolución de un proceso penal respecto a la supuesta aceptación de sobornos a cambio de favorecer a una empresa automotriz), son la mayor prueba del uso planificado de recursos judiciales con fines políticos y geopolíticos (siete años después).

La Operación Lava Jato inició con la denuncia de lavado de dinero y el allanamiento de un lavado de autos en marzo de 2014, además de las posteriores órdenes de aprehensión a José Adelmário Pinheiro Filho, ex presidente de la constructora OAS; el presidente del conglomerado brasileño Camargo Corrêa, Dalton Avancini; el gerente general de Andrade Gutiérrez, Otavio Marques Azevedo, el expresidente del Banco de Inversión (BTG) Andrés Estévez; Marcelo Odebrecht, presidente del Consorcio Odebrecht y Paulo Roberto Costa, ex director de abastecimiento de PETROBRAS y Alberto Youssef.

Esta denuncia es el disparador no sólo de un ovillo de investigación en caso Lava Jato, sino además de protestas en un contexto político de acumulados descontentos producto de la elevación del costo de transporte entre 2013 y 2014); la realización del Mundial 2014 en Brasil (cuestionando la inversión en infraestructura en un momento de dificultades económicas); las denuncias de corrupción previas que involucraron a distintos actores políticos, entre ellos el caso Mensalão, un escándalo por supuestas coimas a personas cercanas al presidente Lula en 2005 y por el cual el 2013 (8 años después) convocaron a declarar al exmandatario:

La petición se produce después de que el pasado mes de septiembre Marcos Valerio, un empresario condenado a 40 años de prisión por el escándalo del Mensalao, dijese a los fiscales que el exmandatario recibió dinero de un programa ilícito que usaba fondos públicos para pagar a los partidos de la coalición a cambio de apoyo político. Concretamente, acusó a Lula y al que fuera su ministro de Finanzas entre 2003 y 2006, Antonio Palocci, de haber negociado una paga de US\$7 millones en 2005 con el presidente de la compañía Portugal Telecom a través de una cuenta en Macau (China). [...] La declaración del empresario Marcos Valerio, que trabajó de cerca con el PT, se produjo en septiembre, una vez que éste conocía su condena y en un intento por reducir la sentencia de 40 años de cárcel. Hasta entonces, Valerio siempre había negado que Lula tuviera conocimiento del esquema de compra de votos. Eso ha provocado que se cuestione la veracidad de la declaración. (BBC Mundo, 2013)

Estos elementos configuran un escenario de dificultades pese al cual, la ex presidenta Dilma Rousseff triunfó en el proceso electoral de octubre de 2014 y

asumió la presidencia el 1 de enero de 2015.

En cuanto a la Operación Lava Jato, inicialmente Costa negó cualquier participación en el esquema de lavado de dinero, pero sin embargo, luego que miembros de su familia fueran involucrados en la denuncia, decidió acogerse a declarar en el marco del proceso de investigación. En octubre de 2015 (a 10 meses de la posesión de Rousseff), llegó ante el Congreso brasileño una denuncia dirigida contra la Presidenta por el supuesto maquillaje de las cuentas públicas de la estatal brasileña Petrobras. En marzo de 2016, Costa, acogiéndose a las delaciones premiadas, involucra a Rousseff indicando que habría percibido aportes en la campaña de 2010 por parte de Petrobras, esta declaración precipitó que en abril, la Cámara de Diputados admita el proceso y en mayo el Senado promueva la suspensión de funciones para finalmente destituirla en agosto. Si bien la denuncia por supuestos pagos a la campaña presidencial no se convirtió en el motivo legal del impeachment, distorsionó todo el escenario político con la legitimación de un conjunto de irregularidades procesales, la aceleración de la destitución y su sentencia mediática a través de una sincronización de portadas y editoriales en la Red Globo, Folha de S. Paulo, O Estado de S. Paulo o la memorable portada de la revista más leída del país *Veja* que tituló “Eles sabiam de tudo” refiriendo las imágenes a la entonces Presidenta Dilma Rousseff y el ex presidente Lula Da Silva.

Es importante mencionar que un elemento más de los disparadores de la destitución de la Presidenta Dilma Rousseff fue la filtración de una llamada telefónica entre ella y el presidente Lula, quien sería nombrado ministro de la Casa Civil. Esta filtración fue realizada por el Juez Sergio Moro a diferentes medios de comunicación señalando que la presidenta estaría obstruyendo la justicia con el nombramiento para impedir el desarrollo del proceso judicial. Aquellas filtraciones expuestas, principalmente en la Red Globo, fueron ilegalmente obtenidas puesto que se interceptaron fuera del periodo de autorización del Juzgado Federal, sin embargo, Moro argumentó que la divulgación se realizaba por “el saludable escrutinio político sobre la actuación de la Administración Pública” (BBC Mundo, 2016).

Todos los acontecimientos fueron operados a través de medios de comunicación fabricando el consenso respecto a una corrupción generalizada que ocasionó una crisis política y desbordó las emociones de ira, decepción y rabia, habilitando así el paso para la comisión de un conjunto de ilegalidades en los procesos judiciales.

## **5. Irregularidades notorias en procesos judiciales contra Lula**

Como fue mencionado anteriormente, el proceso judicial llevado adelante en el caso Lava Jato en lo concerniente al ex mandatario Luiz Inácio Lula Da Silva se enmarcó, de acuerdo a lo denunciado por la defensa, en la excepcionalidad basada en el rango de las personas a ser investigadas, habilitando así un conjunto de ilegalidades y de vulneraciones al debido proceso y el estado de derecho:

Eximir las reglas generales del debido proceso legal en un proceso penal por considerar el caso como 'grave', 'especial', 'complejo' o cualquier otra calificación, es manifiestamente

inconstitucional y no convencional. Al faltarle el respeto al debido proceso, todos fracasamos como sociedad. No se trata, reiteramos, de un tema que solo interese a la persona cuyo ámbito jurídico se ve gravemente afectado. Se trata de la pérdida de nuestra propia humanidad. (Valim y Gutierrez Colantuono, 2017, p. 78)

La revelación del VazaJato<sup>6</sup> puso sobre la mesa la discusión sobre el *forum shopping* y la búsqueda de vulnerar el principio del juez natural e imparcial forzando que los procesos recaigan en determinado juzgado para condicionar su resultado. Sin embargo, esto también fue denunciado por la defensa de Lula:

Según la doctrina procesal penal, el juez está impedido cuando tiene un interés en el resultado de una causa y el juez es sospechoso cuando está interesado en una de las partes. Si bien la restricción impide al magistrado ejercer ante la justicia en el caso señalado, la sospecha produce la incompetencia de la persona para conocer y juzgar esa acción y anula el proceso con el primer acto en el que intervino el juez sospechoso. (Ferreira Da Rocha, 2017, p. 165)

Se argumentó que, para evitar el riesgo de decisiones contradictorias, se enviarían las denuncias correspondientes al caso Lava Jato al Juzgado Federal 13 de Curitiba, conforme el artículo 76 del Código Penal. Sin embargo, la ausencia de vínculos materiales progresivamente fue horadando la investigación hasta concluir en la falta de competencia del juez Moro:

En los casos que se originaron en la 'Operación Lava Jato', los diversos actos normativos (que tienen su origen en el propio Poder Judicial y, por tanto, no son 'leyes en sentido estricto') que ampliaron la competencia del Juzgado 13 Federal de Curitiba produjeron la violación de la garantía judicial constitucional del juez natural. Y, más que eso, nos permiten asumir que se eligió a un juez determinado, con un perfil determinado deseado por el Juzgado Regional Federal de la IV Región, para determinados casos. (Casara, 2017, p. 208)

Sin embargo, también dejó claras muestras de parcialidad la filtración ilícita de las conversaciones entre Dilma y Lula. Este hecho expuso a ambos exmandatarios a enfrentar en la opinión pública un escenario desfavorable que, conectado a la excepcionalidad del proceso, condujo a vencer las tolerancias sociales y justificar arbitrariedades fuera del debido proceso y el Estado de Derecho:

Al permitir la filtración ilícita de conversaciones interceptadas del expresidente Lula, con base en la convicción de que el investigado no merecía gozar de la inviolabilidad que garantiza la Constitución, el juez interino demostró no solo un juicio de valor previo desfavorable a un imputado, sino también evidente compromiso con la imparcialidad requerida para el legítimo ejercicio de la jurisdicción. Por tanto, es imposible seguir ejerciendo competencia en un caso en el que el ex presidente es el acusado. (Casara, 2017, p. 210)

Pero las irregularidades no acabaron en este hecho. Las delaciones premiadas condujeron a que las declaraciones fueran realizadas bajo presión (como denuncia

---

<sup>6</sup> Se conoce como Vaza Jato a las revelaciones realizadas por el periodista Glenn Greenwald de The Intercept en junio de 2019. Estas revelaciones consistían en filtraciones de chats de cuentas de Telegram entre jueces, fiscales y policías que tenían responsabilidades jurisdiccionales con el Caso Lava Jato

*The Intercept*); por tanto, se observó el carácter que hubieran tenido esas declaraciones en el proceso investigativo, es decir si alcanzaron a brindar elementos suficientes o, por el contrario, se convirtieron en mecanismos de sustitución de la actividad investigativa para forzar la acusación. El principal problema de las delaciones premiadas o la cooperación eficaz es el interés personal que existe en el imputado o sentenciado para llegar a aquellos acuerdos con la justicia (para rebajar su condena); esto puede construir declaraciones poco veraces, exculporias, trasladando al nuevo involucrado la responsabilidad, alterando el valor probatorio.

Finalmente, en el último mes de la campaña, el Tribunal Supremo Electoral de Brasil inhabilitó la candidatura de Luiz Inácio Lula Da Silva en los comicios de octubre de 2018 (destacando entre las impugnaciones, la presentada por la propia Fiscalía General de la República y el Ministerio Público Electoral) en aplicación de la Ley Ficha Limpia, cuyo contenido plantea un conjunto de requisitos y la inelegibilidad de personas que enfrentan un proceso penal con condena desde la segunda instancia (como era el caso de Lula). Esto implicó que el candidato con mayor preferencia electoral<sup>7</sup> fuera apartado de las elecciones poco más de un mes antes de los comicios. Hoy, ante las resoluciones de los Tribunales Supremos que disponen la anulación de las sentencias por violar el principio de imparcialidad y la absolución de uno de los procesos, el presidente Luiz Inácio Lula Da Silva podría presentarse como candidato, sin que eso sea un remedio a los 19 meses de cárcel, la privación de su participación en el proceso electoral, el daño a su dignidad y honra.

## 6. Desmoronamiento del caso Lava Jato

El derrumbe del Caso Lava Jato empezó en la opinión pública. Más allá de las actuaciones de la Policía investigadora, del cuerpo investigativo encabezado por el fiscal Dallagnol o el juez Sergio Moro. El desmoronamiento empieza cuando el juez Sergio Moro, una vez vencido el proceso electoral de 2018, asume como Ministro de Jair Bolsonaro el 1 de enero de 2019. Aquella acción puso en duda la imparcialidad del juez que llevó adelante los procesos judiciales e impidieron la participación electoral de Lula, posibilitando una desestabilización en la participación del Partido de los Trabajadores (PT) y facilitando la victoria de Jair Bolsonaro. El segundo hecho que puso en duda la imparcialidad del juez Moro, en sus actuaciones judiciales sobre el caso Lava Jato fue la filtración del Portal *The Intercept Brasil* el 9 de junio de 2019 a través tres informes:

*The Intercept* publicó hoy tres informes explosivos que muestran discusiones internas y actitudes altamente controvertidas, politizadas y legalmente dudosas del grupo de trabajo Lava Jato, coordinado por el reconocido fiscal Deltan Dallagnol, en colaboración con el actual ministro de Justicia, Sergio Moro, celebrado en todo el mundo. Producidos a partir de archivos enormes e inéditos, incluidos mensajes privados, grabaciones de audio, videos, fotos, documentos judiciales y otros artículos, enviados por una fuente anónima, los tres informes revelan comportamientos poco éticos y transgresiones que Brasil y el mundo

<sup>7</sup> Encuestas daban un apoyo del 37,3% a Lula y 18,13% a quien concluyó siendo presidente electo Jair Bolsonaro (France 24, 2018).

tienen derecho a conocer. (Greenwald, Reed, y Demori, 2019)

El primer informe refleja que las conversaciones entre el Equipo de Trabajo en la Investigación Lava Jato tenían un claro posicionamiento político y la intencionalidad de conducir el proceso investigativo a un objetivo electoral: la derrota del PT.

Un extenso lote de archivos secretos revela que los fiscales de Lava Jato, que han pasado años insistiendo en que son apolíticos, conspiraron para evitar que el PT ganara las elecciones presidenciales de 2018, bloqueando o debilitando una entrevista preelectoral con Lula con el objetivo explícito de afectar el resultado de las elecciones. (Greenwald, Reed, y Demori, 2019)

El segundo informe reveló que los propios procuradores o fiscales asignados al caso, tenían dudas de las pruebas materiales que sostenían la denuncia del Triplex endilgado a Lula como prueba de un soborno con la empresa OAS. Vínculo que además era condicionante para que el caso resida en el juzgado de Sergio Moro:

Sólo faltaban cuatro días para que se presentara la denuncia que llevaría a prisión al ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pero el coordinador del grupo de trabajo Lava Jato en Curitiba tenía dudas sobre la solidez de la historia que contaría el juez Sergio Moro. La cautela de Deltan Dallagnol, quien, junto con otros 13 fiscales, había estado hurgando en la vida del ex presidente durante casi un año, no se debió a un tema trivial. No estaba seguro del punto central de la acusación que firmarían él y sus colegas: que Lula había recibido como regalo un apartamento triplex en la playa de Guarujá después de favorecer al contratista OAS en contratos con Petrobras. (Moro Martins, Demori, y Greenwald, 2019)

Finalmente, la tercera filtración mostró que existía un direccionamiento de la investigación por parte del juez Moro. Además, reveló que las actuaciones de los fiscales y la policía investigativa eran parciales y comprometidos con el intento de evitar el triunfo político del PT:

Sergio Moro y Deltan Dallagnol intercambiaron mensajes de texto que revelan que el entonces juez federal fue mucho más allá del papel que era suyo a la hora de juzgar los casos de lava jato. En varias conversaciones privadas, hasta ahora inéditas, Moro sugirió al fiscal cambiar el orden de las fases de Lava Jato, acusó agilidad en nuevas operaciones, dio asesoría estratégica y pistas informales de investigación, anticipó al menos una decisión, criticó y sugirió recursos al fiscal y regañó a Dallagnol como si fuera un superior jerárquico de fiscales y de la Policía Federal. 'Tal vez fue el caso para revertir el orden de los dos planeados', sugirió Moro a Dallagnol, hablando sobre las fases de la investigación. '¿No es mucho tiempo sin una operación?', preguntó el actual ministro de Justicia de Jair Bolsonaro después de un mes sin que el grupo de trabajo salga a las calles. 'No se puede cometer ese tipo de error ahora', dijo, refiriéndose a lo que consideró un fracaso de la Policía Federal. 'Aparentemente la persona estaría dispuesta a proporcionar la información. Lo estoy revisando'. (Moro Martins, De Santi y Greenwald, 2019)

Los tres primeros informes fueron devastadores en la opinión pública pues pusieron a la vista la manipulación judicial que existió en el marco de la investigación Lava Jato, alejada de los principios éticos que fundamentan el debido proceso judicial. Pero, además, mostró que la justicia, aquella que había alcanzado un protagonismo



importante al llevar adelante las investigaciones y llegar incluso a privar de libertad al presidente Lula —algo que para muchos fue una muestra del equilibrio de poderes, imparcialidad, coraje de los actores judiciales y la salud de la justicia brasileña— se había puesto al servicio de intereses político electorales y no priorizó el real tema que debía discutirse: la existencia de hechos de corrupción en Brasil. Posteriormente, también se confirmó que los fiscales asignados a la investigación, filtraban información a la prensa con el fin de presionar a los investigados para obtener de aquellos una declaración que permita adjuntarse como prueba al caso:

Los fiscales del grupo de trabajo Lava Jato utilizaron filtraciones para manipular a los sospechosos, haciéndoles creer que su informe era inevitable, incluso cuando no lo era. La intención, dijeron explícitamente en los chats de Telegram, era intimidar a sus objetivos para que hicieran informes. [...] El 21 de junio de 2015, el fiscal de Lava Jato, Orlando Martello, envió la siguiente pregunta a su colega Carlos Fernando Santos Lima, en el grupo FT MPF Curitiba 2, que reúne a miembros del grupo de trabajo: 'cuál fue la estrategia para revelar los próximos pasos en Eletrobras, etc.'. Santos Lima dijo que no sabía de qué hablaba Martello, pero, franqueza abierta, dijo: 'Mis filtraciones siempre tienen como objetivo hacerles pensar que las investigaciones son inevitables y fomentar la colaboración'. (Greenwald y Neves, 2019)

Este hecho mostró la existencia de un mecanismo de coordinación de los investigadores con la prensa hegemónica brasileña, y una manipulación de las declaraciones con el fin de obtener elementos investigativos que contribuyan a lograr los objetivos políticos: afectar la imagen y la moral de Lula e incidir en los resultados electorales del 2018. Luego, el portal filtró información que además vinculaba al juez Moro, no sólo en la dirección de las investigaciones del grupo de procuradores o fiscales, sino también con la Policía Federal:

El ex juez Sergio Moro no sólo conspiró con los fiscales y comandó el grupo de trabajo Lava Jato, según reveló Intercept, sino que también, desde el inicio del operativo, fue capitán de operaciones de la Policía Federal. Charlas de grupos de Lava Jato en Telegram indican que el actual ministro de Justicia de Jair Bolsonaro incluso ordenó un allanamiento e incautación en la casa de los sospechosos sin provocación por parte del Ministerio Público (lo cual es irregular). (Greenwald y Linhares, 2019)

Finalmente, una información fuera del Vaza-Jato, proporcionada por el mismo portal habla de la presencia de investigadores estadounidenses que buscaron plegarse al proceso judicial a través de un acuerdo que se habría suscrito entre el Estado brasileño y Estados Unidos.

Las conversaciones filtradas de los fiscales federales revelan el funcionamiento de una colaboración secreta entre la Operación Lava Jato y el Departamento de Justicia de Estados Unidos, el DOJ, en sus siglas en inglés. Los diálogos, analizados en alianza con Agência Pública, muestran que el equipo liderado por el fiscal Deltan Dallagnol hizo todo lo posible para facilitar la investigación de los estadounidenses, hasta tal punto que pudo haber violado los tratados legales internacionales y la ley brasileña. 'Los estadounidenses no quieren que divulguemos cosas', justificó Dallagnol en una charla con un asesor de comunicaciones el 5 de octubre de 2015. En ese momento, al menos 17 estadounidenses viajaban a la sede del MPF en Curitiba para cuatro días de reuniones con el grupo de trabajo.

(Fishman, Viana, y Saleh, 2020)

La colaboración de Estados Unidos fue denunciada por la defensa del Presidente Lula, cuando a partir del discurso del Subprocurador de Justicia de Estados Unidos se habló de que Brasil vivía el mejor momento de colaboración investigativa bilateral.

Es difícil imaginar una historia mejor de cooperación en la historia reciente que la que tenemos entre el Departamento de Justicia de Estados Unidos y Brasil. Cooperamos y nos auxiliamos uno a otro sobre varios problemas de orden público que ahora están resueltos y continuaremos haciendo esto en otra serie de investigaciones y cursos. [...] En el corazón de la enorme cooperación entre nuestros dos países hay una fuerte relación construida a base de confianza. [...] Esta confianza permite que promotores y agentes tengan comunicación directa respecto a pruebas. Debido a la relación íntima entre el Departamento de Justicia y los promotores brasileños no dependemos de procedimientos oficiales como tratados de asistencia jurídica que suelen llevar tiempo y considerables recursos para ser escritos, traducidos, transmitidos oficialmente y respondidos. Al comienzo de una investigación, un fiscal, promotor o un agente de una unidad financiera de un país puede llamar a su colega extranjero y pedir información financiera como por ejemplo las cuentas bancarias. Una vez que la investigación ha llegado a un punto en que los promotores están listos para llevar el caso a los tribunales se pueden solicitar evidencia a través del canal de asistencia jurídica recíproca para que puedan ser aceptadas como prueba en un juicio. [...] Siendo ejemplo de cómo los promotores y agentes deben actuar. De hecho, la semana pasada los promotores de Brasil ganaron una demanda contra el ex Presidente Lula da Silva. [...] En tanto Estados Unidos y Brasil estén trabajando juntos para investigar e instituir procesos penales, específicamente los relacionados con la corrupción, los Estados Unidos también estarán listos para ayudar con la recuperación del patrimonio obtenido ilegalmente incluso cuando el caso no esté siendo juzgado o investigado en los Estados Unidos. (Blanco, 2017)

Las repercusiones geopolíticas tuvieron un impacto llamativo en la economía y particularmente en uno de los sectores más importantes del aparato productivo brasileño: el hidrocarburífero. Tal es así, que Proner considera que esta pueda ser una de las motivaciones principales:

Podemos decir que, desde un punto de vista geopolítico, el lawfare es una nueva forma de promover la vieja práctica de intervenir en la política interna de los países con el fin de asegurar gobiernos más amigables con los intereses económicos y estratégicos de la potencia principal. [...] Lo que es cierto, sin embargo, al menos con respecto a Brasil, es que la proyección internacional del país, las prioridades de política exterior y el descubrimiento crucial en 2006 de la capa presal<sup>8</sup> han despertado la atención del vecino del norte, provocando acciones que ahora están ampliamente documentadas. (Proner y Amorim, 2021, p.4)

En noviembre de 2019, tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, un juez dispuso la libertad del exmandatario. Su participación en los comicios condujo a una victoria ajustada pero reivindicativa. Sin embargo, el tejido social, la credibilidad del mandatario, el clima político y la confianza en la justicia enfrentaron daños estructurales que marcaron una tendencia polarizante vigente incluso

---

8 Nota sobre descubrimientos y reservas probables en presal

hasta el desarrollo de su primer año de mandato. No lo derrotaron, pero el daño estaba hecho.

## 7. Lawfare en Ecuador

El lawfare en el caso de Ecuador tiene como característica el haberse gestado en el mismo seno del partido Alianza País, fuerza política que llevó a la presidencia a Rafael Correa en tres procesos electorales en el periodo 2007-2017. Es también relevante tomar en cuenta la destrucción de la sigla partidaria en el marco de la disputa política y el impedimento para restablecer la participación política electoral de los militantes de Alianza País que apoyan a Correa, es decir la proscripción de una alternativa política ciudadana.

Las tensiones geopolíticas entre Ecuador y Estados Unidos no sólo se abonaron en el campo del ejercicio de la soberanía, tras el punto final que puso el gobierno de Correa a la base militar estadounidense en Manta, o la demanda interpuesta por daño ambiental a la empresa estadounidense Chevron por parte del Estado. Las tensiones diplomáticas tuvieron un alto nivel tras la expulsión de la embajadora de Estados Unidos luego de hacerse públicas filtraciones de cables en *Wikileaks* en los cuales personal diplomático habría expresado que existiría una corrupción generalizada en las filas policiales, induciendo además a concluir que el Presidente tendría conocimiento de aquellos hechos (ABC, 2011). En relación con *Wikileaks*, la incomodidad estadounidense también se expresó luego de que Rafael Correa brindara asilo a Julian Assange en la embajada ecuatoriana en Londres.

A nivel local, Correa gozaba de un amplio margen de aceptación reflejado en las victorias electorales pese a no contar con el apoyo de la prensa hegemónica. Esta denunciaba sentirse afectada por la Ley Orgánica de Comunicación que estableció determinadas regulaciones respecto a la propiedad de los medios de comunicación social por parte de ciudadanos extranjeros o compañías extranjeras, además de mecanismos para la protección del derecho a la libertad de expresión en el marco del derecho a la verdad, el derecho a la rectificación, la protección ante el linchamiento mediático, el tratamiento de la información en procesos judiciales y otros. La afectación de los intereses de los grandes conglomerados mediáticos de la prensa hegemónica, pueden explicar el nivel de agresividad comunicacional con la cual se abordó el lawfare en Ecuador y la persistente sentencia mediática impulsada contra el Presidente Correa.

Para Javier Calderón y Ava Gómez, el lawfare en Ecuador jugó un rol clave en el giro hacia el neoliberalismo impulsado por Lenin Moreno desarrollado a través de 3 particularidades:

- a) el relato de la corrupción como eje de persecución política por la vía judicial y deslegitimación del proceso de cambio durante el correísmo, como escenario necesario para llevar a cabo reformas que anulen la vía progresista; b) la participación activa de los medios de comunicación en la construcción de un imaginario anticorreísta y prejuzgando como corrupta su gestión, y c) a partir de la corrupción como relato *all inclusive*, la habilitación de la manipulación del aparato judicial, estableciendo un doble rasero de la

ley y la promoción de un acercamiento con Estados Unidos. (Calderón Castillo y Gómez Daza, 2019, p.85)

## 8. Funcionalidad política de la lucha contra la corrupción

Si bien el año 2008, la empresa Odebrecht habría sido expulsada del país por una cuestionada gestión de las obras asignadas y una sanción impuesta por 250 millones de dólares, su retorno el 2012 abrió una veta de investigación que incluyó a Ecuador en la lista de países en los cuales la empresa habría desarrollado actividades irregulares: “El 21 de diciembre del 2016, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos reveló que entre el 2007 y el 2016 la constructora brasileña Odebrecht pagó USD 33,5 millones a funcionarios del Gobierno de Ecuador, para asegurarse contratos de obras públicas”). Aquella denuncia fue rápidamente procesada ante el quiebre del Presidente Lenin Moreno y el Vicepresidente Jorge Glas, quien acusó al primero de maquillar cifras para presentar un paquete de reformas económicas que cambiaron el rumbo del país. Tras las declaraciones, Lenin Moreno, mediante Decreto Ejecutivo N°100, le retiró las funciones y los siguientes meses se activó una denuncia contra Glas acusándolo de recibir sobornos, logrando su destitución en octubre y sentencia en diciembre.

En el caso de Rafael Correa, ha acumulado más de treinta procesos penales que han sido abordados en los medios de comunicación como sentencias mediáticas, característica del lawfare. Uno de los más llamativos fue el caso Balda, donde se acusó al presidente de intentar secuestrar en Colombia al político ecuatoriano Jorge Balda. El proceso altamente mediatizado por el componente polémico fue puesto en evidencia cuando desde Argentina el exagente de la Policía de Ecuador, Raúl Chicaiza, declaró que fue presionado para involucrar en sus declaraciones al presidente Rafael Correa (TelesurTv, 2020).

También es importante mencionar el *timing* político con el cual se administran los plazos procesales. En otro proceso penal, llevado contra el presidente Correa, bajo la acusación de presunto soborno, los tiempos de la ratificación de la sentencia y la inscripción de candidaturas coincidieron y le impidieron presentar la candidatura a la vicepresidencia en el proceso electoral de 2021. Cabe destacar que incluso, la Interpol se negó a ejecutar una orden de captura internacional contra Correa por considerarla contraria al marco de respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

## 9. Rol de los medios hegemónicos de comunicación en Ecuador

La posición de la prensa hegemónica en torno a los procesos de investigación dirigidos contra el presidente Correa, cerró filas en una sentencia anunciada. Aplicando las características del nado sincronizado, el linchamiento mediático, la estigmatización de la principal fuerza política y su principal liderazgo.

La Ley Orgánica de Comunicación fue uno de los principales focos de batalla, puesto que los grupos mediáticos corporativos argumentaban ser víctimas de una mordaza e incontables sanciones llevadas adelante por la Superintendencia

de la Información y Comunicación. Cabe destacar que la ley fue modificada los últimos días del gobierno de Lenin Moreno con 80 observaciones entre las cuales se retiraba la concepción de la comunicación como un servicio público, la protección contra el linchamiento mediático y la supresión de la Superintendencia de la información y Comunicación (El Universo, 2021). Ese mismo mes, tras asumir el nuevo gobierno dirigido por Guillermo Lasso, una de las primeras medidas fue presentar un nuevo proyecto de Ley de Comunicación (France24, 2021).

## 10. Reorganización institucional funcional al *lawfare*

A diferencia de Brasil, en Ecuador existió una reorganización institucional que transversalizó el *lawfare*. Inició con la consulta ciudadana planteada en el Gobierno de Lenin Moreno sobre los siguientes puntos: inhabilitación por corrupción, reelección, reestructuración del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, prescripción de delitos sexuales, uso de la minería metálica, ley de plusvalía y explotación del parque natural del Yasuní, mismas que se llevaron adelante con particular celeridad:

Lenín se saltó a la Corte Constitucional para acelerar la consulta. No esperó que hubiera sentencia de constitucionalidad porque quería aprovechar el inicio de su período, todavía con alta popularidad, para ganar la consulta. Antepuso sus prisas al respeto del marco legal aprovechando la complicidad de todo el arco opositor. El Estado de derecho queda así puesto en entredicho por un incumplimiento de tanta gravedad. (Serrano Mancilla, 2018)

Además de ser un objetivo evidente el impedir que Correa pueda presentarse en un proceso electoral a través de la consulta ciudadana, resulta bastante llamativo el esfuerzo realizado para reestructurar la institucionalidad del Estado, especialmente en materia judicial y electoral. La consulta llevada adelante el año 2018 fue un elemento clave con el cual el Gobierno de Moreno condujo a la reestructuración del Consejo de participación Ciudadana y Control Social y ésta a su vez de los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura y la Fiscalía General de la República, acciones determinantes en el proceso de *lawfare* de Ecuador:

luego del referéndum destituyó a los integrantes del Cpccs y nombró sin concurso de oposición y mérito un nuevo consejo en calidad de "interino", figura inexistente en el ordenamiento institucional de Ecuador. El Cpccs-transitorio, logró la captura de la conducción del Poder Judicial. Luego de la destitución del fiscal Carlos Baca por la Asamblea Nacional, ambientada por las denuncias del Cpccs, el grupo transitorio nombrado por Moreno destituyó al presidente del Consejo de la Judicatura, Gustavo Jalkh, y a otros cuatro consejeros vocales. Estos hechos permitieron a la coalición anticorreísta tomar el control de dos instancias judiciales fundamentales. (Calderón Castillo y Gómez Daza, 2019, p. 93)

La organización del elemento geográfico del *lawfare* es una característica visible que en el caso argentino (como veremos más adelante) fue observador por las relatorías específicas de la ONU. Y es que, en un proceso judicial llevado adelante en el marco del debido proceso y las garantías judiciales, es importante tomar en

cuenta este tipo de acontecimientos pues son indicios importantes que se prestan a la vulneración de principios como el juez natural e imparcial y por ende, la presunción de inocencia como elemento central de las garantías procesales.

## 11. Destrucción de alianza país y “*lawfare* recargado”

Una de las peculiaridades del *lawfare* en Ecuador es que la persecución, si bien se valió de la lucha contra la corrupción, en paralelo fue despojando a los militantes de Alianza País cercanos al presidente Correa de la representación partidaria.

Tras desavenencias internas, la dirección nacional de Alianza País resuelve expulsar del partido a Lenin Moreno, quien acude a la justicia para detener la medida a través de una acción cautelar dispuesta por la justicia ordinaria que imposibilitaba que se restructure la directiva. Desde ese momento la persecución se agrava contra los cuadros más visibles que apoyaban a Correa, muchos de los cuales, al no poder ser procesados por corrupción, fueron acusados de rebelión y a partir de allí víctimas de detenciones arbitrarias, como el caso de la Prefecta de Pichincha Paola Pabón o la Asambleísta Gabriela Rivadeneira, cuyo domicilio fue allanado y su padre detenido. Ante la imposibilidad de lograr garantías procesales, muchos militantes de Alianza País se encuentran en el exilio o con procesos penales e imposibilitados de participar electoralmente. A este segundo periodo, le denominan *lawfare* recargado:

Esta segunda ola de guerra judicial fue menos sofisticada que la primera. Los funcionarios, funcionarias y asambleístas perseguidos ya no tienen causas por corrupción, sino por rebelión o instigación. [...] Aparecieron nuevas modalidades de *Lawfare* en Ecuador: hostigamiento a familiares de políticos para obligarles a exiliarse, allanamientos transmitidos en vivo a mitad de la noche para aumentar el sojuzgamiento mediático, y destitución por juicio político a los consejeros/as del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. (Calderón Castillo, Cháves García, Estepa y Ruiz, 2021)

A aquellas vulneraciones se suma que, en reiteradas ocasiones, la Corte Nacional Electoral dispuso el impedimento de inscribir las siglas partidarias del Movimiento de Revolución Ciudadana, de Revolución Alfarista, el Movimiento de Alianza Nacional (MANA) y finalmente enfrentaron a manos de la justicia el impedimento de la participación electoral y democrática de Correa.

## 12. Giro político de Lenin Moreno

Las modificaciones a la ley orgánica de comunicación no fue un ejemplo aislado del viraje político de Lenín Moreno, las relaciones con Estados Unidos se vieron fortalecidas ante el anuncio del restablecimiento de las tareas conjuntas en materia de seguridad regional:

Oswaldo Jarrín, ministro de Defensa de Ecuador, declaró este jueves que su país volverá a trabajar en materia de seguridad con Estados Unidos después de casi una década, a través del establecimiento de una oficina de cooperación y operaciones aéreas por cortos periodos de tiempo para tareas de inteligencia. La apertura de la oficina de enlace forma parte de un acuerdo suscrito entre Washington y Quito para el intercambio de información

y el apoyo en tareas de inteligencia. (RCI, 2018)

En materia internacional, además Lenin Moreno resolvió retirar la participación de Ecuador en el sistema de integración del ALBA-TCP y de la UNASUR (que tenía sede en Ecuador y de donde retiraron la estatua de Néstor Kirchner). Las medidas asumidas por Lenin Moreno consumieron la popularidad y respaldo de su gobierno, situación agravada con la crisis sanitaria y económica. Un dato importante a resaltar es la relación entre la deuda y el PIB muestran un mayor endeudamiento del Estado y un PIB casi estancado:

	Enero 2017	Enero 2021
Deuda Interna	\$US 12.994 millones	\$US 18.686 millones
Deuda Externa	\$US 26.389 millones	\$US 45.199 millones
PIB	\$US 100.472 millones	\$US 100.815 millones
Deuda/PIB	39,2%	63,4%

Fuente: Observatorio de Gasto Público

Este endeudamiento seguramente se verá agravado con el reciente préstamo solicitado al FMI y otras entidades multilaterales por 6.000 millones de dólares (Deutsche Welle, 2021).

El endeudamiento vino acompañado de políticas de ajuste económico que en nombre de la austeridad, eliminaron las subvenciones al combustible y detrás de aquello el alza de los precios, además de reformas tributarias con impuestos de nueva creación sobre servicios de telefonía y plataformas digitales, acompañado de exenciones fiscales para empresas en nombre del apoyo a la producción e incentivos al sector agrícola). Dicho de forma sencilla: cargar al pueblo las nuevas recaudaciones y el alivio de la inversión estatal. Estas medidas trajeron masivas protestas registradas el 2019 que se agravaron con la crisis sanitaria y derivaron en crisis económica.

### 13. Lawfare en Argentina: la bala que no salió, el fallo que sí saldrá

“Este memorándum, lo de vialidad, lo del dólar futuro, todo está armado para denostarnos a nosotros y que el pueblo argentino pueda entregarse débilmente a lo que siempre hicieron desde afuera: dominarnos a través de la deuda”).

En 2004, cuando Néstor Kirchner asumió como presidente, la Argentina venía de una profunda crisis económica y tenía una deuda equivalente al 116,6% del PIB. Luego de enormes esfuerzos, esta logró reducirse progresivamente hasta alcanzar el 37,4% del PIB en el último año de gestión de Cristina Fernández de Kirchner en 2015. Sin embargo, el 2018 la gestión del presidente Mauricio Macri suscribió el préstamo más grande en la historia del FMI (56.300 millones de dólares) lo que disparó nuevamente la deuda argentina a 72,6% y condicionó ajustes en la política cambiaria y monetaria para reducir la inflación, frenar la recesión económica y enfrentar en mejores condiciones el proceso electoral de 2019:

Con la crisis de los últimos meses del peso, que se devaluó 50% en un año, el país volvió a entrar en recesión, se disparó la inflación y aumentó el desempleo. Eso comprometió no solo la capacidad de pago de Argentina, sino también las posibilidades de que Macri sea reelecto. Si pierde los comicios, Argentina podría volver a tener un gobierno de corte proteccionista que antagonice a los mercados. Con el pago de la deuda asegurado y un mayor desembolso por parte del FMI en 2019, Macri podrá concentrarse en la campaña y en recuperar la confianza de los argentinos que lo llevaron a la presidencia. Por eso, quizá la diferencia entre este y el acuerdo de mayo no solo es de US\$7.000 millones. Ahora el FMI entró de lleno a apoyar la gestión de Macri. (BBC Mundo, 2018)

Esta nota de prensa de la *BBC* muestra que el endeudamiento se pensó en clave electoral, en un *timing político* que permita enfrentar en mejores condiciones las campañas presidenciales de 2019 con la finalidad de vencer al kirchnerismo. En diferentes medios de comunicación, se indica que este préstamo tenía una importancia de carácter geopolítico entre Estados Unidos y Argentina, al punto de informar respecto a una mediación del Presidente Donald Trump en su aprobación.

Estados Unidos debía apoyar al gobierno de Cambiemos para tener su voto *permanente* frente a Venezuela y evitar que la crisis económica facilitara el regreso del peronismo a Balcarce 50. Trump respaldó a Macri sin dudar en el FMI, y forzó un crédito histórico e imposible de pagar por 57.000 millones de dólares. Europa nunca estuvo de acuerdo, y menos aún el staff del Fondo Monetario Internacional. (Lejtman, 2020)

De acuerdo con la declaración del propio presidente Trump, la importancia de Argentina para Estados Unidos llevaban a respaldar al presidente Mauricio Macri a través de una declaración emitida por la Casa Blanca: “Trump se dijo confiado en el liderazgo de Macri para lidiar con la situación, y señaló que alienta fuertemente los compromisos asumidos con el FMI para reforzar las políticas monetarias y fiscales de Argentina orientadas a lidiar con los “desafíos económicos” actuales del país” (France 24, 2018). Pero el cálculo no sólo se llevó a cabo en esta negociación, sino también en una guerra judicial que buscó aislar el apoyo popular en nombre de la lucha contra la corrupción o el esclarecimiento del atentado de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA).

Este último caso en particular tuvo muchos componentes polémicos. En 1994, la AMIA sufrió un atentado donde murieron más de 80 personas y más de 300 quedaron heridas después de una explosión. Luego de múltiples pericias y la creación de una unidad especial de investigaciones en el gobierno del presidente Néstor Kirchner se definió designar al fiscal Alberto Nisman. El 2013, en la gestión presidencial de Cristina Fernández de Kirchner, el parlamento argentino ratificó un Memorándum de Entendimiento entre Argentina e Irán que abriría la posibilidad de destrabar el proceso y posibilitaría, entre otros puntos, crear una Comisión de la Verdad y tomar las declaraciones indagatorias. Sin embargo, en enero de 2015 (año electoral) el Fiscal Nisman decidió procesar a la Presidenta Cristina Fernández, al Canciller Héctor Timerman por la suscripción del Memorándum ratificado por el Congreso argentino acusándolos de



encubrimiento. Ese mismo mes, el fiscal Nisman aparece muerto en su departamento un día antes de comparecer ante la Cámara de Diputados para sustentar su declaración. Si bien en junio de 2018 la Cámara Federal porteña concluyó que se habría tratado de un asesinato y el informe de Gendarmería Nacional sostuvo que se trató de un homicidio, el informe del Cuerpo Médico Forense indicó que no se podía establecer la presencia de terceras personas:

'Se encuentra prima facie acreditado que Natalio Alberto Nisman fue asesinado y que dicho suceso fue directa consecuencia de la denuncia que formulara el 14 de enero de 2015 como titular de la Unidad Fiscal de Investigación del atentado terrorista perpetrado contra la sede de la AMIA', sostuvo el camarista Martín Irurzun quien, junto con Leopoldo Bruglia, se pronunció el pasado 1° de junio sobre la investigación de la causa. (Télam, 2019)

Sin embargo, a partir de un estudio de los más de 130 cuerpos de investigación, el abogado y periodista Pablo Duggan, autor del libro *Quién mató a Nisman?*, sostiene que en el caso hay una inexistencia absoluta de pruebas sobre un homicidio y que el caso fue totalmente politizado para sentar sobre Cristina Fernández de Kirchner una acusación mediática que refuerce la teoría la presunta culpabilidad por traición a la patria. "No hubo justicia. Todo se hizo para poder sostener la mentira del asesinato porque eso le dio la victoria a Cambiemos, y eso se usó para que el kirchnerismo perdiera las elecciones. En la Justicia argentina hay gente que actúa correctamente, pero hay otra que lo hace para satisfacer determinados intereses políticos" (Deutsche Welle, 2020).

Efectivamente, el impacto de la denuncia y más aún de la muerte del fiscal Nisman afectó en la campaña electoral llevando al Frente para la Victoria a un balotaje donde resultó electo Mauricio Macri.

Para establecer una caracterización de lo que se denuncia como *lawfare* desde la Argentina, Camila Vollenwider, máster en sociología, identifica los siguiente:

El lawfare en Argentina se destaca por la cooptación, manipulación y reacomodamiento de piezas del sistema judicial en perjuicio de algunos actores y sectores políticos, con el objetivo de expulsarlos de la esfera política formal. Destaca el timing político de los casos tratados junto con la actuación sistemática de la prensa hegemónica para manufacturar consentimiento en contra de los (supuestos) 'culpables' y 'criminales' designados por los Tribunales. (Vollenweider, 2019, p. 59)

#### 14. Cooptación de la justicia y relatoría de ONU

A partir de la sentencia mediática de un supuesto vínculo entre la muerte del fiscal Nisman y la denuncia a la presidenta Fernández de Kirchner, se desbordaron los medios de comunicación en un bucle mediático que instaló etiquetas en procesos judiciales que cumpliendo los principios de Goebbels simplificaron el lenguaje de las causas y fueron repetidos hasta ser instalados: "la ruta del dinero K" (iniciada en 2013), "la obra pública" (iniciada en 2019), "dólar futuro" (con sobreesimiento desde abril de 2021), y otros. Algo recurrente en los casos de *lawfare* y que coincide con la situación jurídica de Fernández de Kirchner es que la mayoría de las causas por las cuales se la

acusa, recayeron por sorteo en el Juzgado Federal 11, donde desempeñaba funciones de juez Claudio Bonadío; de hecho, a febrero de 2020, 7 de 10 causas judicializadas de Fernández y su familia cayeron en su juzgado; situación recurrente en los casos de lawfare denominada como *forum shopping*.

La denuncia de coincidencias similares, además de la presión sobre administradores de justicia fue asumida como un caso meritorio de una solicitud de informe del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Diego García Sayán, en noviembre de 2019.

Dicha solicitud se basó en información recibida que mencionaba que “la coalición gobernante habría obtenido una mayoría política en el Consejo de la Magistratura, a partir de la designación como miembro del Consejo, del diputado Pablo Gabriel Tonelli, en febrero de 2016” (García Sayán, 2019, p. 2) a través de esa mayoría el poder ejecutivo utilizaría la Comisión de Disciplina y Acusación para perseguir magistrados que dictan resoluciones contra sus intereses y la Comisión de Selección de Magistrados para colocar magistrados en puestos claves sin cumplir con los trámites establecidos, posibilitando, presuntamente, el control gubernamental. Denuncia además que vulnerando los procedimientos legalmente establecidos mediante Decreto N°83/2015 de 14 de diciembre de 2015, se designó a Juan Carlos Rosenkrantz y Horacio Daniel Rosatti en la Suprema Corte de Justicia. En la Procuraduría General de la Nación, indica que, por la información recibida, se da cuenta de que la administración gubernamental intentó la destitución de la Dra. Gils Carbó, además se habría desatado una intensa campaña mediática dirigida a desprestigiar a la Dra. Gils Carbó como parte de las líneas editoriales del Grupo Clarín y La Nación, sumado al hostigamiento por parte de asociaciones de abogados, derivando finalmente en la renuncia de la Procuradora. Así mismo, se explica la designación ilegal del Juez Culotta en la Competencia Electoral de la Provincia Buenos Aires, la designación ilegal del Juez Mahiquez en la Cámara Federal de Casación Penal, ataques del ejecutivo y miembros de la coalición política gobernante a jueces y abogados del fuero laboral llevados a cabo en sintonía con los principales medios de comunicación:

Teniendo en cuenta la información y alegaciones recibidas, quisiera expresar mi preocupación sobre las mismas. Los supuestos hechos incluirían presuntos actos de amenaza, intimidación y presión a magistrados y magistradas, fiscales y abogados y abogadas, incluyendo: la manipulación del Consejo de la Magistratura, la selección, designación, traslado y subrogación de jueces y juezas sin tener en cuenta las garantías establecidas en los estándares internacionales, la intimidación contra la Procuradora General y fiscales; los ataques contra jueces y juezas y fiscales cuyas actuaciones no responderían a los intereses del poder ejecutivo; campañas mediáticas contra jueces y juezas, fiscales y abogados y abogadas; y los procesos de sustitución, suspensión y destitución de jueces y juezas sin respetar los requisitos establecidos en los estándares internacionales, entre otras actuaciones. (García Sayán, 2019, p. 12)

Cabe destacar además que el Relator menciona como un elemento muy importante la participación de los medios de comunicación en el señalamiento, el linchamiento mediático, la sincronización de líneas editoriales con las cuales hubieran sido atacados diferentes administradores de justicia.

## 15. *Timing* político y arbitrariedades procesales

Los cálculos de los tiempos electorales jugaron un rol clave en el *lawfare* apoyados en un aparato mediático manejado por la prensa hegemónica que enfatizó la estigmatización sobre Cristina Fernández de Kirchner y su familia. La denuncia y los acontecimientos alrededor de la tragedia sucedida con el fiscal Nisman fueron casi determinantes en el año electoral, los medios de comunicación lograron instalar en el imaginario colectivo una sentencia mediática hacia Fernández por la muerte del fiscal. Esa sentencia mediática ensombreció la opinión pública que anoticiada de los siguientes procesos penales, desconfiaba de su inocencia habilitando la comisión de arbitrariedades procesales.

Una de las mayores arbitrariedades procesales fue bautizada como doctrina Irurzun (debido al nombre del Juez de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal) aplicadas a servidores públicos de alto rango en el gobierno de Fernández:

Desde la detención del ex ministro del Interior, Julio De Vido, hasta la del exvicepresidente Amado Boudou, y las realizadas ayer al exjefe de Legal y Técnica, Carlos Zannini, el excanciller Héctor Timerman, todas están enmarcadas en la 'doctrina Irurzun', en referencia al juez que preside la Sala II de la Cámara Federal, y es invocada por otros magistrados para ordenar detenciones de exfuncionarios que por sus contactos, lazos o relaciones creadas por el poder que tuvieron, puedan entorpecer el avance de una causa. (Espósito, 2020)

El establecimiento de la arbitrariedad procesal se presentó como un cuerpo doctrinario basado en la supuesta existencia de vínculos residuales que podrían implicar una obstaculización de la investigación y por tanto se plantea como una medida cautelar. Sin embargo, está de más considerar que otros mecanismos podrían ser asumidos como la prohibición de contacto con instalaciones o personas, sin embargo, el objetivo de fondo en realidad es justificar la vulneración de las garantías procesales y el alcance de una medida cautelar de fondo como la privación de libertad.

En realidad, las medidas cautelares que plantean la privación de libertad, construyen en el imaginario colectivo la imagen de culpabilidad, ratificando los prejuicios y disminuyendo el margen de actuación del principio de presunción de inocencia.

Cabe destacar que durante el proceso llevado adelante por el Memorándum de Irán fallece el ex canciller Timerman sin poder acceder a tratamiento en el exterior debido a una medida de arraigo que imposibilitó su traslado el año 2018. Finalmente, el proceso declaró el sobreseimiento de Cristina Fernández de Kirchner y los demás involucrados al no determinarse la comisión de delitos.

A diciembre de 2022, se informó que Fernández mantenía activos cinco juicios o causas en curso: la del Memorándum con Irán, el Dólar Futuro, Vialidad, Cuadernos, Hotesur y los Sauces. De todas estas, un año antes de anunciar el inicio de los comicios electorales, se promovió sentencia en primera instancia por la causa Vialidad, acusando a Fernández de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública, sentenciándola a 6 años de prisión e inhabilitación perpetua al ejercicio de un cargo público.

El diario *Clarín*, en su portada del 12 de septiembre del mismo año disponía la nota refiriendo el anuncio de una sentencia que se confirmaría 3 meses después: la bala que no salió, el fallo que sí saldrá. “La bala que no salió”, contenía una ironía indolente frente al atentado que sufrió Cristina Fernández, el 2 de septiembre (10 días antes) cuando un hombre intentó disparar a centímetros de su cara en un acto público.

La ironía de Clarín en septiembre del 2022 y la sentencia de la causa vialidad que inhabilitaba a Cristina Fernández en diciembre de 2022, no estaban desconectadas. Los periodistas Raúl Kollmann e Irina Hauser denunciaron que en octubre de ese año, se encontraron jueces, operadores políticos, ex agentes de la Agencia Federal de Inteligencia en la mansión de Joe Lewis denominada *Lago escondido*, encuentro aparentemente financiado por el Grupo Clarín.

Este escándalo sembró dudas sobre las motivaciones políticas detrás de los fallos judiciales contra Fernández y evidenció las redes construidas entre el poder político, judicial y mediático que proscibieron la figura más importante del peronismo en la última década.

## CONCLUSIONES

La construcción de la democracia representativa, como valor social normativo y prescriptivo de los poderes públicos, es producto de una construcción histórica con sus propias tensiones locales; pero también, expresa el resultado de una determinada correlación de fuerzas geopolítica que han asumido como principio estandarizado los países del continente americano, reflejada en la democracia liberal representativa como complemento de la economía liberal.

El capítulo 1 refleja aquel tránsito histórico lento y progresivo que explica además cómo, durante los períodos dictatoriales del siglo XX, dicha democracia promovida por Estados Unidos en la OEA se vio postergada en favor de los intereses geopolíticos en el marco de la Guerra Fría. Es decir que, aun cuando en 1948 el preámbulo de la Carta de la OEA estableció que la democracia representativa es una condición para la estabilidad, la paz y el desarrollo en la región, esta condición tenía a su vez una determinación superior y era el control geopolítico regional de Estados Unidos. Ese es el motivo real por el cual la Carta de la OEA guardó muy poca relación con la realidad política y democrática de nuestro continente; y por la cual, se establecieron dictaduras a cargo de militares en el marco de la Doctrina de Seguridad Nacional, con la misión de luchar contra el comunismo fronteras adentro, además de prepararlos a través de la Escuela de las Américas para convertirse en operadores en terreno de la disputa geopolítica. De hecho, las sanciones aplicadas por las vulneraciones a derechos humanos desde 1960 guardan relación con una censura internacional a los abusos cometidos en torno a desapariciones, torturas, asesinatos, detenciones arbitrarias y no con una censura objetiva a la vulneración de los elementos esenciales de la democracia liberal representativa (acceso al poder en sujeción al Estado de Derecho a través de la celebración de elecciones libres y justas basadas en el sufragio universal y el voto secreto).

Los intereses geoestratégicos sobre la región continúan vigentes y se basan fundamentalmente en el control de lo que Estados Unidos considera su hinterland, aquello que busca proteger a toda costa –como en el siglo XX– de la penetración de potencias ajenas a sus intereses geopolíticos (particularmente China, cuya proyección de crecimiento podría superar a Estados Unidos en relación al PIB, al intercambio comercial y a las inversiones externas en Latinoamérica).

Esos intereses geopolíticos también contemplan el acceso a recursos naturales estratégicos y un mercado de más de 600 millones de habitantes. Pero si bien los intereses geoestratégicos son los mismos, las formas de dominación han variado prescindiendo cada vez más del uso de la fuerza militar.

El capítulo 2 logra explicar cómo durante el periodo de Guerra Fría, hasta el día de hoy se fue construyendo un entramado militar, económico y diplomático que tiene como eje rector la dominación de espectro completo, conformado por bases y comandos militares operativos (como el Comando Sur), además de una arquitectura institucional que aborda agendas comunes como lucha contra el narcotráfico, el terrorismo, la corrupción y organizaciones criminales transnacionales.

Las nuevas formas de dominación, así como también de guerra, obedecen al reconocimiento de que las nuevas formas de llevar adelante un enfrentamiento no acaban en el uso de la fuerza militar por parte de los Estados; sino que, con el nacimiento del nuevo siglo se reconocen nuevos mecanismos para antagonizar (económico, financiero, jurídico y otros). Si bien las potencias aún se niegan a definir como concepto de uso propio las guerras híbridas, múltiples documentos de la Unión Europea, la OTAN y de Estados Unidos hablan de la existencia de las mismas y denuncian su puesta en marcha por parte de sus adversarios geopolíticos. Cabe destacar que sobre estas nuevas formas de guerra, no existe un posicionamiento claro por parte de los organismos internacionales de defensa de los derechos humanos.

Las guerras jurídicas o *lawfare* son parte de ese esquema de disputa geopolítica fuera del ejercicio de la fuerza militar del Estado. Estas guerras jurídicas tienen un componente asimétrico que debe tomar en cuenta el ejercicio de poder y también la extraterritorialidad de la ley. Visto así, Estados Unidos usa la extraterritorialidad de la ley de forma arbitraria puesto que “Estados Unidos se caracteriza por una ley de extraterritorialidad que se refiere a temas de corrupción que afecta a los ámbitos económicos pero carece de absoluta garantía y no hay ningún tipo de posibilidad de defensa dentro de ese sistema hasta que no estás en territorio norteamericano [...] y en caso de un país pueden llevarlo a la ruina”).

El capítulo 3 logra explicar cómo trabaja la extraterritorialidad de la ley en la lucha contra la corrupción en el extranjero; siendo Estados Unidos el único país hasta el momento que ha regulado la lucha contra la corrupción extraterritorialmente e imponiendo sanciones a los Estados. Luego, los Estados han suscrito convenciones de lucha contra la corrupción a nivel regional y en la ONU. Sin embargo, en los Estados aliados de Estados Unidos se percibe la extraterritorialidad de la ley como una guerra económica donde las cifras de las sanciones impuestas impactan en términos macroeconómicos.

Los documentos de seguridad de Estados Unidos cuestionan el avance de la influencia china que endilgan prácticas corruptas contra las cuales se pretende luchar para que las empresas estadounidenses puedan competir justamente en climas comerciales transparentes; es decir, que el antiguo rol de policía internacional conocido con el Corolario de Roosevelt, hoy no se vale de intervenciones militares en los Estados, sino de la extraterritorialidad de la ley en base a la FCPA. Por eso, es imprescindible comprender qué sigue después de establecer la lucha contra

la corrupción como un tema de interés central de EE.UU., qué significa que la corrupción sea un elemento que amenace la seguridad nacional estadounidense y cómo se puede interpretar la lucha contra la corrupción en la política exterior de Estados Unidos aplicada a América Latina y su democracia.

Los ejemplos en los cuales se ha involucrado el *lawfare* en la agenda política son Brasil, Ecuador y Argentina. Brasil con menciones directas del Subprocurador de Estados Unidos Kenneth Blanco, Ecuador a partir de la investigación de Odebrecht en Estados Unidos y Argentina a partir del caso del Memorándum de Irán que desató una cadena de procesos dirigidos contra Fernández de Kirchner y toda su familia, además de culminar con su proscripción en diciembre de 2022. El componente regional del *lawfare*, entendido desde el campo geopolítico, aplicado fundamentalmente en nombre de la lucha contra la corrupción, ha sido utilizado como elemento de desgaste a actores antagónicos con los intereses geopolíticos estadounidenses. Estos procesos, por supuesto, son de mucho interés de los adversarios políticos locales, que no sólo se reflejan en alianzas partidarias, sino que construyen un aparato hegemónico desde lo económico, lo político y fundamentalmente mediático.

Analizado desde la matriz de la democracia liberal y representativa de la OEA, reflejada en la Carta de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Carta Democrática Interamericana (CDI), nos encontramos a todas luces con un fenómeno que se encuentra reñido con los elementos esenciales de la democracia representativa descritos en la CDI, como ser el respeto a los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (presentes también en la CADH), el ejercicio de poder con sujeción al Estado de Derecho, la celebración de elecciones libres y justas, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y la separación e independencia de poderes.

Puesto que las libertades personales, las garantías judiciales, la protección de la honra y de la dignidad de las personas y el derecho a la rectificación o respuesta, descritas en la CADH, se ven vulnerados. Nos encontramos frente a un fenómeno en el cual se transgreden diferentes elementos del debido proceso, se usa la detención preventiva de forma arbitraria, se viola el principio del juez natural, imparcial y la presunción de inocencia; donde medios de comunicación destruyen la honra de las personas y estigmatizan siglas partidarias y proyectos políticos. El ejercicio de poder no se practica en sujeción al Estado de Derecho, con separación e independencia de poderes como fue denunciado por el Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados; todo esto también repercute en el debido proceso, las libertades personales y las garantías judiciales.

Al imposibilitar la participación de opciones electorales que reflejan un apoyo importante de la población se impide la celebración de elecciones libres y justas, además de los permanentes intentos de proscripción de siglas que han derivado en un clima de incertidumbre en las organizaciones partidarias.

Este análisis coincide con que los efectos geopolíticos del impedimento democrático de la participación de actores vinculados a proyectos políticos antagónicos a los intereses estadounidenses, derivó además en gobiernos que no sólo restablecieron las relaciones bilaterales con EE.UU., sino que reasumieron

políticas económicas y sociales de corte neoliberal que nuevamente disminuyeron la participación del Estado en la economía y la inversión social considerada gasto, contribuyeron a desbaratar los sistemas de integración alternativos a la OEA y entre otras cosas, contribuyeron a un mayor endeudamiento de los Estados con organismos multilaterales.

Efectivamente, el *lawfare*, entendido como el uso de instrumentos jurídicos y comunicacionales en el marco de las guerras híbridas, condiciona la democracia representativa, misma que, así como el siglo XX, pasa a un segundo plano en el marco de los intereses geopolíticos en la región.



## REFERENCIAS

### Artículos y libros

- Agnew, J. (2005). *Hegemonía: la nueva forma de poder global*. Buenos Aires: Centro Latinoamericano de Geopolítica (CELAG).
- AMIA. (2015). *Central de Recursos Online para el conocimiento, la transmisión y la memoria de la Shoá*. Disponible en: <http://shoa-interpelados.amia.org.ar/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Los-11-principios-de-la-propaganda-de.pdf>
- Biden, J. (marzo de 2021). *Guía provisional Estratégica para la Seguridad Nacional*. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/03/NSC-1v2.pdf>
- Biden, J. (3 de junio de 2021). *Memorandum para el Establecimiento de la Lucha Contra la Corrupción como un Tema de Interés Central para la Seguridad Nacional de Estados Unidos*. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/>
- Borón, A. (2012). *América Latina en la geopolítica del Imperialismo*. Buenos Aires: Luxemburg.
- Calderón Castillo, J., y Gómez Daza, A. (2019). Lawfare en Ecuador; la vía "Lenin" al neoliberalismo. En S. Romano, A. Salas Oroño, C. Vollenweider, J. Calderón Castillo, E. Bárbara, A. Gómez Daza, G. García Sojo, *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires: Centro. 85-112
- Calderón Castillo, J., Cháves García, N., Estepa, C., y Ruiz, J. R. (5 de Abril de 2021). *Celag.org*. Disponible en: Lawfare recargado en Ecuador: <https://www.celag.org/lawfare-recargado-en-ecuador/>
- Calderón, J. (2019). La aplicación del lawfare en Colombia. En S. Romano, A. Salas, C. Vollenweider, J. Calderón, B. Ester, A. Gómez y G. García, *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica. 137-156
- Calloni, S. (2016). *Operación Cóndor: pacto criminal*. El perro y la rana .
- Candia Falcón, G. (2015). El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion, N°24, Año 2*. 225-252.

- Carlés, R. M. (2018). Guerras jurídicas y derecho penal del enemigo político. *8ª Conferencia Latinoamericana de Ciencias Sociales – Primer Foro Mundial del Pensamiento Crítico*. Buenos Aires.
- Casara, R. (2017). Juiz natural a luz do processo penal do espetáculo: os casos "Operacao Lava Jato" e "Mensalao". En Z. Cristiano, V. Teixeira, R. Valim, y R. Casara, *O caso Lula*. Contracorrente. 193-210
- Cebollero Martínez, C. (2019). Escribir para pensar: la doctrina militar como motor de la innovación. *Revista del Instituto Español de Estudios estratégicos*. 1-24.
- Ceceña, A. E. (2014). La dominación de espectro completo sobre América. *Revista de estudios y pesquisas sobre as Américas Vol. 8, N°2*. 124-139.
- Centro de Doctrina del Ejército Colombiano. (s.f.). *Conceptos generales básicos: Doctrina Damasco*. Centro de Doctrina del Ejército.
- CEPAL. (2020). *Universalizar el acceso a las tecnologías digitales para enfrentar los efectos del COVID-19*. Comisión Económica para América Latina (CEPAL).
- Chomsky, N. (1993). *Fabricando el Consenso*. Elche Disponible en: <https://www.passeidireto.com/arquivo/18793704/chomsky-n-fabricando-consenso-el-control-de-los-medios-massivos-de-comunicacion>.
- Chomsky, N. (2005). La Propaganda. *Revista Latinoamericana de Comunicación "Chasqui"*. 3.
- Chomsky, N., y Herman, E. S. (1988). *Los guardianes de la libertad: propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas Traducido por Carme Castells*. Grijalbo Mondadori.
- Cimoli, M. (16 de octubre de 2019). *Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL)*. Disponible en: [www.cepal.org/es/noticias/china-america-latina-caribe-buscan-profundizar-su-cooperacion-economica-comercial-medio](http://www.cepal.org/es/noticias/china-america-latina-caribe-buscan-profundizar-su-cooperacion-economica-comercial-medio)
- Cohen, S. (2015). *Demonios populares y pánicos morales Trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli*, Gedisa.
- Colom, G. (2012). Vigencia y limitaciones de la guerra híbrida. *Revista Científica "General José María Córdova", Vol 10, Núm 10*. 77-90.
- Comaroff, J. (2006). Colonialism, Culture, and the Law: A Foreword. *Law & Social Inquiry*. 305-314.
- Comaroff, J., y Comaroff, J. (2007). Law and Disorder in the Postcolony: An Introduction. *The University of Chicago Press*. 1-56.
- Comaroff, J., y Comaroff, J. (2012). *Etnicidad S.A.*, Katz Editores.
- Comblin, J. (1979). *La Doctrina de Seguridad Nacional*, Arzobispado de Santiago - Vicaría de la Solidaridad.
- Correa Henao, J. D. (2021). Panamericanismo versus latinoamericanismo: tensión geopolítica y civilizacional. *Analecta Política Vol. 10 N°19*. pp. 56-76.
- Cruz, G. (2017). *Introducción al pensamiento geopolítico*, Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE.
- Daza, H. (2016). Relaciones comerciales entre China y América Latina. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Redalyc) Vol. XXII Num.2*. 63-80 .
- Díaz Vázquez, J. (2006). El "Desembarco" de China en América Latina. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Redalyc)*

*Vol.140 Num 2, 89-116.*

- Dieese. (2021). *Implicaciones económicas intersectoriales de la Operación Lava Jato*. Sao Paulo.
- Dov Bachmann, S., y Muñoz Mosquera, A. (2015). Lawfare and hybrid warfare – how Russia is using the law as a weapon. *Amicus Curiae* N° 102. 1-4.
- Dov Bachmann, S., y Muñoz Mosquera, A. (2016). Understanding Lawfare in a Hybrid Warfare Context. *Legal Gazzete: Articles on NATO Current Challenges*. 5-23.
- Dunlap Jr. , C. (2017). Introducción a la Guerra Jurídica. Manual básico. *Army University Press*, Disponible en: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicion-Hispanoamericana/Archivo-de-articulos-exclusivos-en-linea/Archivo-de-articulos-exclusivos-en-linea-de-2017/Introduccion-a-la-guerra-juridica/>.
- Dunlap Jr., C. (2008). Lawfare hoy: una perspectiva. *Revista de Asuntos Internacionales de Yale*. 146-154.
- Dunlap Jr., C. (2010). Necesita el Lawfare una apología? *Journal of Duke Law School*. 121-143.
- Dunlap Jr., C. J. (2001). Intervenciones legales y militares: preservando los valores humanitarios en los conflictos del siglo XXI. *Conferencia sobre desafíos humanitarios en la intervención militar Carr Center for Human Rights Policy Kennedy School of Government, Universidad de Harvard*. Washington.
- Duverger, M. (1951). *Los partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica.
- Duverger, M. (1961 ). Democracia del Siglo XX. *Revista de Estudios Políticos Nro. 120*. 79-94.
- Echeverría, O. (2020). Las Doctrinas de la Seguridad Nacional Latinoamericanas: Osiris Villegas y sus teorías en tiempos de desperonización y Guerra Fría. Argentina, 1956-1985. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*. 39-58.
- Estados Unidos Espósito, N. (30 de diciembre de 2020). Lawfare: Irurzun quiere sacarle al juez Ramos Padilla la investigación sobre Arribas. Disponible en: <https://www.tiempoar.com.ar/politica/lawfare-irurzun-quiere-sacarle-al-juez-ramos-padilla-la-investigacion-sobre-arribas/>.
- Estados Unidos Faller, C. (2021). Faller: China exploiting corruption in Latin America. *Politico*. <https://www.politico.com/newsletters/politico-china-watcher/2021/08/12/adm-faller-china-exploiting-corruption-in-latin-america-493948> de Agosto de 2021).
- Faller, C. (2021). *Declaración del Almirante Craig Faller ante el comité de Servicios Armados del Senado*. Estados Unidos .
- Fernández de Kirchner, C. (2019). *Sinceramente*. Penguin Random House.
- Ferreira Da Rocha, S. L. (2017). A imparcialidade do juiz. En C. Zanin, V. Teixeira, y V. Rafael, *O Caso Lula*. Contracorrente. 159-192
- Fukuyama, F. (1988). ¿El Fin de la Historia? *The National Interest*. Fuente: Disponible en: [https://www.cepbile.cl/cep/site/docs/20200110/20200110153125/rev37\\_fukuyama.pdf](https://www.cepbile.cl/cep/site/docs/20200110/20200110153125/rev37_fukuyama.pdf). 27.
- Gallagher, K., y Myers, M. M. (2021). *Diálogo Interamericano*. Obtenido de Base de datos de finanzas entre China y América Latina: Disponible en: <https://www.the-dialogue.org/MapLists/index.html?initialWidth=1200&childId=iframeConta>

- iner&parentTitle=China-Latin%20America%20Finance%20Databases%20-%20The%20Dialogue&parentUrl=https%3A%2F%2Fwww.thedialogue.org%2Fmap\_list%2F#/Policy/List/amount
- García Almaguer, M. (2017). *Crisis Viral: Nuevas tendencias en la comunicación política digital*. IEXE Editorial.
- García Linera, A. (2020). *Posneoliberalismo: tensiones y complejidades*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).
- García Sayán, D. (2019). *Mandato del Relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*.
- Garretón, M. A. (2001). Balance y perspectivas de la democratización política chilena. En *Estabilidad, crisis y organización de la política: lecciones de medio siglo de historia chilena*. FLACSO Chile. 44-83
- Garzón Real, B. (2016). *Operación Cóndor: 40 años después*. Buenos Aires: Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos (CIPDH) Categoría II UNESCO.
- Gerasimov, V. (2016). El valor de la ciencia está en la capacidad de prever lo que sucederá o podría suceder en el futuro. *Military Review*. 47-54.
- Gloppen, S. (2017). Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framework. *Journal of Centre on Law and Social Transformation*. 1-31.
- Greenwald, G., y Linhares, J. F. (19 de Octubre de 2019). Sergio Moro también direccionava ações da Polícia Federal na Lava Jato – delegados, sabendo que era errado, esconderam orientação do juiz. *The Intercept Brasil*. Disponible en: <https://theintercept.com/2019/10/19/sergio-moro-policia-federal-lava-jato/>.
- Greenwald, G., y Neves, R. (29 de Agosto de 2019). Dallagnol mentiu: Lava Jato vazou sim informações das investigações para a imprensa — às vezes para intimidar suspeitos e manipular delações. *The Intercept Brasil*. Disponible en: <https://theintercept.com/2019/08/29/lava-jato-vazamentos-imprensa/>.
- Greenwald, G., y Pougy, V. (9 de Junio de 2019). Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a ‘eleger o Haddad’. *The Intercept Brasil*. Disponible en: <https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>.
- Greenwald, G., Reed, B. R. y Demori, L. (9 de Junio de 2019). Como e Por Que O Intercept Está Publicando Chats Privados Sobre a Lava Jato E Sergio Moro. *The Intercept Brasil* Disponible en: <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>.
- Gros Espiell, H. (2002). El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. Num.6. 143-175.
- Guerra Vilaboy, S. (1997). Etapas y procesos en la historia de América Latina. *Cuadernos de Trabajo N°2 (Instituto de Investigaciones Histórico-Sociales-Universidad Veracruzana)*. 1-65.
- Hoffman, F. G. (2007). Conflict in the 21st Century: The Rise of Hybrid Wars. *Potomac Institute for Policy Studies*.
- Huntington, S. (1992). *La tercera ola: Democratización a finales del siglo XX*.

- Traducción: Josefina Delgado. Paidós Ibérica S.A.*
- Irani, F. (2017). "Lawfare" El discurso militar estadounidense y la constitución colonial de la ley y la guerra. *European Journal of International Security*. 1-21.
- Irurozqui, M. (2000). Democracia en el siglo XIX: Ideales y experimentaciones políticas: El caso boliviano (1880-1899). *Revista de Indias, Vol. LX, Núm. 219*. 395-419.
- Jacobs, J. G., y Kitzen, M. W. (11 de Enero de 2021). *Oxford Bibliographies*. Disponible en: <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199743292/obo-9780199743292-0260.xml>
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas Ediciones S.L.
- Koenig, M. (2010). *Combatiendo al Capital*. Editorial De La Campana.
- Koenig, M. (2017). *Independencia, el hecho maldito del país colonial*. Disponible en: <https://www.marceloquenig.org/libros>.
- Koenig, M. (2019). *Democracia Plebeya: Multitud, Pueblo, y poder constituyente democrático en Nuestra América*. Disponible en: <https://www.marceloquenig.org/libros>.
- Koenig, M. (2021). *La Doctrina de Defensa Nacional como Nación en Armas y la Doctrina de Seguridad Nacional como matrices contrapuestas en la Doctrina militar argentina del siglo XX*.
- Korybko, A. (2018). *Guerras Híbridas: de las revoluciones de colores a los golpes Trad. Mauricio Enrique Blanco Acosta*. Expressao Popular Sao Paulo.
- Korybko, A. (2019). Guerras híbridas x Andrew Korybko. *Dossier Geopolítico*. <https://dossiergeopolitico.com/2019/03/13/guerras-hibridas-x-andrew-korybko/>
- Leal Buitrago, F. (2002). La seguridad: difícil de abordar con democracia. *Análisis Político IEPRI*. 58-78.
- Leal Buitrago, F. (2003). La Doctrina de Seguridad Nacional, materialización de la Guerra Fría en América del Sur. *Revista de Estudios Sociales Nro. 15*. 74-87.
- Lejtman, Román. (2020). *Un asesor de Trump reveló por qué ayudaron al gobierno de Macri a acceder a un rescate del Fondo Monetario Internacional*. Infobae. <https://www.infobae.com/politica/2020/07/28/un-asesor-de-trump-revelo-por-que-ayudaron-al-gobierno-de-macri-a-acceder-a-un-rescate-del-fondo-monetario-internacional>
- Liang, Q., y Xiangsui, W. (1999). *Unrestricted Warfare*. PLA Literature and Arts Publishing House.
- Moore, J. (2017). New Concepts: Lawfare. *The Three Swords Magazine - OTAN*, 38-43.
- Morales Manzur, J. (2002). La doctrina Monroe y el Panamericanismo: Dos propuestas y un mismo fin continental. *Frónesis. Revista de Filosofía jurídica, social y política Vol. 9*. 39-65.
- Mutua, M. (2000). What Is TWAIL? *Journal Digital Commons - University at Buffalo School of Law*. 31-38.
- O'Donnell, G., y Schmitter, P. (1991). Transiciones desde un gobierno autoritario: Conclusiones tentativas sobre democracias inciertas. En A. N. Uruguay.

- Disponible en: [http://www.anep.edu.uy/historia/guia/guia\\_1/gh\\_245a302.pdf](http://www.anep.edu.uy/historia/guia/guia_1/gh_245a302.pdf): Administración Nacional de Educación Pública.
- Pontoriero, E. D. (2014). Contrainsurgencia y catolicismo intransigente: la sacralización de la “guerra contra la subversión” en la obra de Marcial Castro Castillo (1969-1976). *Aletheia. Vol. 5 Num. 9.* 1-17.
- Pontoriero, E. D. (2015). La seguridad interna como teatro bélico: legislación de defensa y contrainsurgencia en la Argentina (1966-1973). *A contra corriente.* 150-170.
- Proner, C. (2021). Lex mercatoria e a Estratégia do Lawfare na América Latina. 1-15.
- Proner, C., y Amorim, C. (2021). Lawfare y Geopolítica: América Latina en el foco. *Revista del Instituto de Relaciones Internacionales y Estratégicas.* 1-14.
- Quatrepoint, J.-M. (2016). Una ofensiva judicial global. *La extraterritorialidad del derecho estadounidense.* Disponible en: [https://www.fondation-res-publica.org/Une-offensive-judiciaire-globale\\_a950.html](https://www.fondation-res-publica.org/Une-offensive-judiciaire-globale_a950.html): Fundación Res Publica.
- Quatrepoint, J.-M. (febrero de 2017). Si es en dólares, es nuestro. *Le Monde diplomatique*, pág. Disponible en: <https://mondediplo.com/2017/02/09USlaws>.
- Quatrepoint, J.-M. (2020). Estados Unidos y Europa, una guerra totalmente asimétrica. *La Jaune et La Rouge N° 755.* 36-39.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En A. Quijano, *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder.* Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 861-920
- Romano, S. (2012). Seguridad Hemisférica, asistencia y democracia a inicios de la Guerra Fría. *Revista de Relaciones Internacionales.* 211-240.
- Romano, S. (2019). Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina. En S. Romano, A. Salas Oroño, C. Vollenweider, J. Calderón Castillo, B. E. Ava Gómez, A. Tirado, y G. García Sojo, *Lawfare.* CELAG - Centro Latinoamericano de Geopolítica. 19-38
- Romano, S. (15 de julio de 2020). *Celag.org.* Disponible en: <https://www.celag.org/video/que-corno-es-el-lawfare-silvina-romano/>
- Romano, S. (2020). El lawfare en las relaciones de Estados Unidos En S. Romano, T. Lajtman, A. García Fernández, A. Tirado, B. Pasquet, y F. Caballero Escalante, *Trumperialismo: la guerra permanente contra América Latina.* Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica. 201-240
- Romano, S. (2021). El lawfare es un concepto en disputa pero no sólo en términos académicos, sino más bien en términos políticos. *Crítica jurídica y política en nuestra América*
- Romano, S., y Brito Londoño, R. (29 de Enero de 2021). *Ley anticorrupción de Estados Unidos y lawfare en América Latina.* Obtenido de Celag.org (Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica) Disponible en: <https://www.celag.org/ley-anticorrupcion-de-estados-unidos-y-lawfare-en-america-latina/>
- Romano, S., García, A., y Lajtman, T. (2020). Los think tanks de EE.UU. y América Latina y el Caribe: definición de agenda y manufacturación de consenso. En S. Romano, L. Tamara, G. Aníbal, B. Pasquet, A. Tirado, y F.

- Caballero, *Trumperialismo: la guerra permanente contra América Latina*. Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica - CELAG. 135-175
- Romano, S., Tirado, A., y García Sojo, G. (2019). Lawfare y guerra híbrida: Venezuela en la disputa geopolítica. En S. Romano , A. Salas Oroño , C. Vollenweider, J. Calderon Castillo, B. Ester, A. Gómez Daza, . . . G. García Sojo, *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica - CELAG. 157-177
- Roosevelt, F. (1941). *Our Documents*. Disponible en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=70&page=transcript>
- Roosevelt, T. (1904). *Our Documents*. Disponible en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=56&page=transcript>
- Sadat, L. N., y Geng, J. (2010). On Legal Subterfuge and the So-Called "Lawfare" Debate. *Case Western Reserve Journal of International Law Vol.3 Núm. 1*. 153-161.
- Santander Molina, P. (2020). *La Batalla Comunicacional: Defensa, ataque y contra-ataque en América Latina*. Fundación Editorial El perro y la rana.
- Sartori, G. (1992). *Elementos de Teoría Política. Traducción María Luz Morán*. Alianza Editorial S.A.
- Sartori, G. (2000). *Teoría de la democracia: El debate contemporáneo. Traducción Santiago Sánchez Gonzáles*. Alianza Universidad.
- Scharf, M. P., y Pagano, S. (2010). Forward: Lawfare! *Case Western Reserve Journal of International Law*. 1-10.
- Schumpeter, J. A. (1961). *Capitalismo, socialismo y democracia. Traducción: Ruy Jungmann*. Edita Fundo de Cultura S.A.
- Serrano Mancilla, A. (2 de Febrero de 2018). *celag.org*. Obtenido de La consulta, Lenin Moreno y el viejo Ecuador. Disponible en: <https://www.celag.org/la-consulta-lenin-moreno-viejo-ecuador/>
- Taiana, J. (2020). A 15 años del No al ALCA: las negociaciones y las presiones que culminaron en la Cumbre de las Américas . (V. Ginzberg, Entrevistador) Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/303861-a-15-anos-del-no-al-alca-las-negociaciones-y-las-presiones-q-de-noviembre-de-2020>
- Tellería, L., y Gonzáles, R. (2015). *Hegemonía territorial fallida: Estrategias de control y dominación de Estados Unidos en Bolivia entre 1985-2012*. La Paz: Centro de Investigaciones Sociales CIS.
- Tirado, A. (2021). *El Lawfare: golpes de estado en nombre de la ley*. Editorial Akal .
- Torrez, G. (1997). *Estudios sobre privatización* . Obtenido de II Conferencia de América Latina y el Caribe sobre Privatización Disponible en: <http://lanic.utexas.edu/project/sela/privatizacion/estudios/procesos8.htm>
- Universidad de Cantabria. (s.f.). *Universidad de Cantabria*. Disponible en: <https://ocw.unican.es/pluginfile.php/1213/course/section/1495/MC-II-1.pdf>
- Valim, R. (2018). Estado de excepción: la forma jurídica del neoliberalismo. *REDEA Derechos en Acción. Año 3 N°7*. 438-461.
- Valim, R., y Gutierrez Colantuono, P. Á. (2017). O enfrentamento da Corrupção nos limites do Estado del Dereito. En C. Zanin Martins, V. Teixeira, y R. Valim, *O Caso Lula*. Sao Paulo: Contracorrente. 71-79

- Vegh Weis, V. (2020). La destrucción de la criminología. En E. Zaffaroni, C. Caamaño, y V. Vegh Weis, *Bienvenidos al Lawfare: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*. Capital Intelectual S.A. 99-139
- Velásquez Rivera, E. d. (2002). Historia de la Doctrina de Seguridad Nacional. *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*. 11-39.
- Vollenweider, C. (2019). El lawfare en Argentina: doble rasero, show y mafias. En S. Romano, A. Salas Oroño, C. Vollenweider, J. Calderon Castillo, B. Ester, A. Gómez Daza, G. García Sojo, *Lawfare: Guerra Judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires: Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica -CELAG. 59-85
- Washington, G. (1796). *Our Documents*. Disponible en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=15&page=transcript>
- Wilson, T. W. (2 de Abril de 1917). *Our Documents*. Obtenido de Discurso del presidencial ante el Congreso de la Nación. Disponible en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=61&page=transcript>
- Zanin, C., Teixeira, V., y Valim, R. (2017). *O caso Lula*. Editora Contracorrente.
- Zanin, C., Teixeira, V., y Valim, R. (2019). *Lawfare: uma introdução*. Editora Contracorrente.

### Otras publicaciones

- ABC (5 de abril de 2011). Ecuador expulsa a la embajadora de Estados Unidos por una filtración a WikiLeaks. Disponible en: [https://www.abc.es/internacional/abci-ecuador-expulsa-embajadora-201104050000\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-ecuador-expulsa-embajadora-201104050000_noticia.html).
- Agencia EFE (21 de junio de 2021). La Justicia brasileña absuelve a Lula en uno de los casos de corrupción. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/politica/la-justicia-brasilena-absuelve-a-lula-en-uno-de-los-casos-corrupcion/20000035-4567941>.
- Annan, K. (7 de septiembre de 2004). *Noticias ONU*. Disponible en: .
- BBC Mundo (20 de marzo de 2018). *5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera US\$37.000 millones en un día*. Disponible en: [bbc.com/mundo/noticias-43472797](https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797)
- BBC Mundo (7 de abril de 2013). El escándalo que persigue a Lula. Disponible en: [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/04/130406\\_qa\\_investigacion\\_lula\\_mensalao\\_lav](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/04/130406_qa_investigacion_lula_mensalao_lav).
- BBC Mundo (21 de febrero de 2014). La "moda" de incendiar buses en Brasil. Disponible en: [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/02/140220\\_brasil\\_autobuses\\_quemados\\_ao](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/02/140220_brasil_autobuses_quemados_ao).
- BBC Mundo (16 de marzo de 2016 ). La grabación de una conversación entre Dilma Rousseff y Lula da Silva que agrava la crisis política en Brasil. Disponible en: [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316\\_escucha\\_telefonica\\_dilma\\_lula\\_brasil\\_ps](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_escucha_telefonica_dilma_lula_brasil_ps).
- BBC Mundo (26 de septiembre de 2018). Argentina renegocia su acuerdo con el FMI y recibirá el mayor préstamo de la historia del organismo. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45661572>.



- BBC Mundo (9 de septiembre de 2019). *Los países en los que la gente pasa más tiempo en las redes sociales (y los líderes en América Latina)*. Disponible en:
- Blanco, K. (19 de Julio de 2017). *Atlantic Council*. Obtenido de Lessons From Brazil: Fighting Corruption Amid Political Turmoil. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=rR5Yiz84b5c>
- Blandón Ramírez, D. (16 de febrero de 2021). *France 24*. Disponible en: <https://www.france24.com/es/programas/econom%C3%ADa/20210216-china-desplaz%C3%B3-a-estados-unidos-como-el-principal-socio-comercial-de-la-uni%C3%B3n-europea>
- Caño, A. (21 de septiembre de 1996). EE UU reconoce que la Escuela de las Américas enseñó a torturar y asesinar. *El País*. Disponible en: .
- Debusmann, B. (12 de mayo de 2021). *La Política Online*. Disponible en: <https://www.lapoliticaonline.com.ar/nota/134060-para-2035-china-desplazaria-a-eeuu-como-principal-socio-comercial-en-la-region/>
- Deutsche Welle (22 de mayo de 2018). Zuckerberg se disculpa ante Parlamento Europeo por escándalo de datos. Disponible en: <https://www.dw.com/es/zuckerberg-se-disculpa-ante-parlamento-europeo-por-esc%C3%A1ndalo-de-datos/a-43886777>.
- Deutsche Welle (16 de enero de 2020). ¿Quién mató a Nisman?: Hay "inexistencia absoluta de pruebas sobre un homicidio". Disponible en: <https://www.dw.com/es/qui%C3%A9n-mat%C3%B3-a-nisman-hay-inexistencia-absoluta-de-pruebas-sobre-un-homicidio/a-52031627>.
- Deutsche Welle (8 de septiembre de 2021). Ecuador acuerda un crédito de 6.000 millones de dólares con el FMI. Disponible en: .
- El Comercio (2016 de diciembre de 2016). Odebrecht pagó USD 33,5 millones en sobornos a funcionarios del Gobierno, según el Departamento de Justicia de los Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/odebrecht-sobornos-ecuador-justicia.html>.
- El País (8 de marzo de 2021). Un juez del Supremo de Brasil anula las condenas contra Lula da Silva, que podrá ser candidato a las elecciones. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-03-08/un-juez-del-supremo-anula-las-condenas-contra-lula-da-silva.html>.
- El Universo (17 de mayo de 2021). Cambios a Ley de Comunicación, entre los avances del gobierno saliente. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/cambios-a-ley-de-comunicacion-entre-los-avances-del-gobierno-saliente-nota/>.
- Enciclopedia de Historia Universal (2003). *Un mundo en armas*, Editorial Sol90.
- Fernández de Kirchner, C. (16 de Julio de 2021). *Intervención completa en la audiencia judicial de la causa Memorándum con Irán*. Disponible en:
- Finanzas y Dinero. (2009). *Finanzas y Dinero*. Disponible en:
- Fishman, A., Viana, N. V., y Saleh, M. (12 de Marzo de 2020). Lava Jato hizo todo lo posible para ayudar a la justicia estadounidense, incluido eludir al gobierno brasileño. *The Intercept Brasil*. Disponible en: <https://theintercept.com/2020/03/12/lava-jato-driblou-governo-ajudar-americanos-doj/>.
- Folha de São Paulo (9 de octubre de 2019). WhatsApp admite por primera vez

- el envío masivo ilegal de mensajes en Brasil durante las elecciones de 2018. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/internacional/es/brasil/2019/10/whatsapp-admite-por-primeravez-el-envio-masivo-ilegal-de-mensajes-en-brasil-durante-las-elecciones-de-2018.shtml>.
- Forbes México (27 de Mayo de 2014). 10 escándalos que ensombrecen el Mundial de Brasil 2014. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/10-escandalos-que-ensombrecen-el-mundial-de-brasil-2014/>.
- France 24 (21 de Agosto de 2018). Brasil: según encuestas, Lula da Silva es el favorito para las presidenciales pese a estar en prisión. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20180821-brasil-lula-elecciones-presidenciales-encuestas>.
- France 24. (4 de septiembre de 2018). *Trump expresa el "firme apoyo" de EEUU a Argentina*. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20180904-trump-expresa-el-firme-apoyo-de-eeuu-argentina>
- France 24. (25 de junio de 2021). Juez brasileño anula todos los juicios de Moro contra Lula. Disponible en: <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210625-juez-brasile%C3%B1o-anula-todos-los-juicios-de-moro-contra-lula>.
- France24 (26 de mayo de 2021). Presidente de Ecuador presenta a Congreso proyecto de nueva ley de Comunicación.
- Monin, J. (18 de enero de 2018). *Inter France*. Obtenido de Guerre économique : comment les États-Unis font la loi.
- Moro Martins, R., De Santi, A., y Greenwald, G. (9 de junio de 2019). Exclusivo: chats privados revelan colaboración prohibida de Sergio Moro con Deltan Dallagnol na Lava Jato. *The Intercept Brasil* Disponible en: <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>.
- Moro Martins, R., Demori, L., y Greenwald, G. (9 de junio de 2019). Exclusivo: Deltan Dallagnol dudava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex. *The Intercept Brasil*.
- Notimérica (5 de diciembre de 2018). Interpol se niega a emitir una orden de busca y captura internacional contra Rafael Correa. Disponible en: <https://www.notimerica.com/politica/noticia-interpol-niega-emitir-orden-busca-captura-internacional-contra-rafael-correa-20181205194224.html>.
- Notimérica (20 de diciembre de 2019). Ecuador.- El FMI aprueba un nuevo paquete económico para Ecuador de casi 450 millones de euros. Disponible en: <https://www.notimerica.com/politica/noticia-ecuador-fmi-aprueba-nuevo-paquete-economico-ecuador-casi-450-millones-euros-20191220031351.html>.
- Página 12 (7 de octubre de 2021). Memorándum con Irán: el fallo completo del sobreseimiento a Cristina Kirchner.
- Proner, C. (2021). El lawfare en América Latina y la judicialización selectiva de la política. *NODAL - Noticias de América Latina y El Caribe* Disponible en: <https://www.nodal.am/2021/03/el-lawfare-en-america-latina-y-la-judicializacion-selectiva-de-la-politica-por-carol-proner-y-gisele-ricobom/>.
- RCI (3 de agosto de 2018). Ecuador vuelve a aliarse con Estados Unidos en materia de seguridad y vigilancia..

- Stanford Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse (2023). Disponible en: <https://fcpa.stanford.edu/index.html>
- Télam (17 de enero de 2019). Caso Nisman: un asesinato probado por la Justicia que aún no encontró victimarios ni culpables. Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/201901/324156-caso-nisman-justicia-investigacion.html>.
- Telesur tv (31 de agosto de 2020). Ecuador: revelan presiones para involucrar a Correa en el caso Balda. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=M0A3h2irdcg>.

## Entrevistas

- Brieger, P. (junio de 2021). Entrevista realizada en el marco de la Tesis. (A. S. Arriaza, Entrevistador)
- Garzón Real, B. (2021). Entrevista de Tesis de Maestría. (A. S. Arriaza, Entrevistador)
- Serrano, P. (21 de septiembre de 2020). La cultura del lawfare en América Latina. (C. Debate, Entrevistador)

## Legislaciones

- Comisión Europea (6 de abril de 2016). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016JC0018>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Informe sobre Corrupción y Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (1945). Disponible en: <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencias-inter-americanas/conf-inter-amer-1945-1954/>
- Convención Interamericana Contra la Corrupción. (2005).
- Declaración de Solidaridad para la preservación de la integridad política de los Estados Americanos contra la intervención del comunismo internacional. (1954). Disponible en: <https://www.dipublico.org/117868/declaracion-de-solidaridad-para-la-preservacion-de-la-integridad-politica-de-los-estados-americanos-contrala-intervencion-del-comunismo-internacional-decima-conferencia-interamericana-caracas-195/>
- Declaración de Defensa y Preservación de la Democracia en América. (1948). Disponible en:
- Estrategia de Seguridad Nacional de (2017).
- Misión de Investigación sobre la Extraterritorialidad de la Legislación Estadounidense . (2016). *Informe N° 4082 del Comité de Asuntos Exteriores y la Comisión de Finanzas*. París: Asamblea Nacional de Francia.
- OEA (1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos. Washing: Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf).
- OEA (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*.

Adriana Salvatierra Arriaza

OTAN, Declaración de la Cumbre de Gales. (Septiembre de 2014). Obtenido de [www.nato.int/cps/fr/natohq/official\\_texts\\_112964.htm?selectedLocale=en](http://www.nato.int/cps/fr/natohq/official_texts_112964.htm?selectedLocale=en)

### **Videos**

Comaroff, J. (14 de Noviembre de 2016). *John Comaroff explica Lawfare*. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=skCROtOT1Lg>

## SOBRE LOS AUTORES

### **Francisca Alfaro Duarte**

Licenciada en Ciencias de la Administración Pública (Universidad de Santiago de Chile), Diplomado Internacional de Especialización en Derechos Humanos, Niñez y Políticas Públicas (Fundación Henry Dunnant), Magíster en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe (Universidad Nacional de San Martín). Desde el año 2021 es asesora en enfoque de derechos y apoyo en proyectos de “Fundación a escala humana” en Santiago de Chile. Realizó el Taller “Infancia y Adolescencia bajo Protección del Estado: Memoria, Verdad y Justicia” en el III Foro Mundial de Derechos Humanos (Buenos Aires, 2023). Es autora de artículos tales como “Del Estallido Social de 2019 a la Asunción de Gabriel Boric como Presidente en 2022: Un corto trayecto lleno de historia” y de “La Salud de los niños socialmente vulnerables a la luz de los Derechos Humanos”.

### **Gina Bertolone**

Abogada (Universidad Nacional de Catamarca). Magíster en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe (Universidad Nacional de San Martín). Profesora Adjunta de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UNCA). Actual Secretaria de Gestión Institucional y Relaciones con la Comunidad (Facultad de Derecho-UNCA).

### **Anna Laura Feitosa**

Magíster en Derechos Humanos y Democracia por la Universidad Nacional de San Martín (2022); Bachiller en Derecho por la Universidade Veiga de Almeida (2021); Investigadora y consultora en materia de Derechos Humanos, coordinadora del Núcleo de Estudios en Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Participó en el encuentro del Global Classroom celebrado en Pretoria en el año 2022, en el cual presentó en coautoría el trabajo “The enigma of internally displaced persons in Latin-American and the Caribbean: An inquiry into natural

disasters and climate change related displacements in The Bahamas, Honduras, Peru and Brazil” que se encuentra publicado en el repositorio del Global Campus Human Rights Journal. También es autora de otros artículos tales como “Mutações jurídicas da entidade familiar brasileira: União poliafetiva”, y “Reforma tributária: principais propostas em tramitação no Congresso Nacional (en colaboración).

### **Óscar Montero de la Rosa**

Líder Indígena del Pueblo Kankuamo (SNSM). Politólogo (UNAL). Especialista en Gobierno y Políticas Públicas (UNICAUCA). Con Diplomado Internacional de Especialización en Derechos Humanos, Políticas Públicas y Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe (HENRY DUNANT-CHILE). Posgrado en Título de Experto en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional (UC3M-ESPAÑA). Magíster en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe (UNSAM-ARGENTINA). Doctorante en Educación, Interculturalidad y Territorio (UNIMAG). Asesor de la Consejería de Derecho de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Paz de la ONIC. Coautor del Libro “Tiempos de Vida y Muerte: Memorias y Luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia” (2019). Investigador del Informe “Resistir no es Aguantar: Violencias y Daños contra los Pueblos Étnicos de Colombia” (2022). Autor del Libro “Colección Garantías de No Repetición: “Pueblos Indígenas y garantías para la no repetición de las violencias en Colombia” (2022).

### **Adriana Salvatierra Arriaza**

Licenciada en Ciencias Políticas y Administración Pública (Universidad Gabriel René Moreno), y Magíster en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe (Universidad Nacional de San Martín). Cuenta con un diplomado en Educación Superior por la Universidad Mayor de San Andrés, otro en Geopolítica (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales) y otro diplomado en Disputa y Construcciones del Estado en América Latina. Es responsable de Proyectos en la Asesoría Legal y de Asistencia Social (ALAS). Fue Senadora Nacional del Estado Plurinacional de Bolivia (2015-2020), ejerciendo la presidencia de dicha cámara en el año 2019. Es consultora en proyectos de Investigación Social.