

DERECHO & DEBATES

ISSN: 3008-7511

PUBLICACIÓN DEL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS
ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y
SOCIALES DE LA UNSL.

VOL. 3 N° 1. MAYO DE 2025

FCEJS

Facultad de
Ciencias Económicas,
Jurídicas y Sociales



Universidad
Nacional de
San Luis

DERECHO Y DEBATES

Revista del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas
Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de San Luis

CONSEJO EDITORIAL:

DIRECTOR: Dr. Daniel G. Gorra

SECRETARÍA DE REDACCIÓN:

Dra. Marta S. Julia

Mg. Mónica Busseti

Lic. Ana Laura López Piatti

EDITORA: Lic. Sol Antonella Maldonado Berlo

COORDINADORES:

Ab. Aldana Romano

Ab. Martín Pérez Ranieri

CONSEJO ASESOR

Dra. Gabriela Scataglini (Universidad de Buenos Aires)

Dra. Verónica Rodríguez Blanco (Universidad de Surrey, Inglaterra)

Dr. Federico Arena (CONICET)

Dr. Giovanni Battista Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Dr. Cristian Altavilla (CONICET)

Dr. Diego León Gómez (Universidad Santiago de Cali, Colombia)

Dr. .Guillermo Lariguet (CONICET)

Dr. Sebastián Agüero San Juan (Universidad Austral de Chile)

Dra. Gloria Trocello (Universidad Nacional de San Luis)

Dr. Yussef Becher (Universidad Nacional de San Luis / CONICET)

Dra. Ma. Eugenia Pérez Cubero (Universidad Nacional de San Luis / CONICET)

Dra. Candela Villegas (U. Siglo XXI / CONICET)

Dr. Luciano Laise (CONICET)

Dr. Enrique Nieto Cáceres (Universidad Nacional Autónoma de México)

Dr. Gustavo Arocena (Universidad Nacional de Córdoba)

Dra. Márcia Miranda Soares (Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil)

Dr. Matías Parmigiani (CONICET/Universidad Nacional de Córdoba)

Derecho y Debates es una publicación del Departamento de Ciencias Jurídicas y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Luis. Publica trabajos vinculados a las ciencias jurídicas, ciencias políticas y filosofía. Además, apartados para reseñas bibliográficas y comentarios a fallos. Para ser publicados los trabajos son condiciones necesarias el rigor conceptual y la originalidad. Su sistema de arbitraje es ciego y con evaluadores externos. Se publica semestralmente cada año. La Revista se encuentra indexada en LatinREV, Latindex y vinculada al identificador de artículos científicos ARK-CAICYT.

ISSN: 3008-7511

INDICE

ARTÍCULOS

ACCESO A LA JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MÉXICO: CASOS RELEVANTES **Carolina Aguilar Ramos** 7

GUANTÁNAMO, LA PRISIÓN SIN FIN: HOMO SACER, ESTADO DE EXCEPCIÓN Y BIOPOLÍTICA. **Marcelo Alejandro Blanco Puskar** 27

ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS PRIVADAS EN ARGENTINA: RELEVAMIENTO LEGAL Y ANÁLISIS NORMATIVO. **Rocío Loza Serra** 47

EL PROCESAMIENTO (I)LEGAL DE LA MUERTE EN EL NEOLIBERALISMO DE IZQUIERDA. **Ariadna Estévez** 77

RESEÑA

GARGARELLA, ROBERTO, (2023), SOBRE MANIFIESTO POR UN DERECHO DE IZQUIERDA. SIGLO XXI. EDITORES **Rodrigo Iglesias**..... 109

ACCESO A LA JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MÉXICO: CASOS RELEVANTES

ACCESS TO JUSTICE WITH GENDER PERSPECTIVE IN MEXICO: RELEVANT CASES

Carolina Aguilar Ramos¹

Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo

carolina_aguilar@uaeh.edu.mx

RESUMEN

Pese a que el género es una construcción sociocultural, este trasciende al escenario jurídico en el que se producen violaciones a los derechos humanos de mujeres, hombres y de las minorías sexuales, lo que provoca reflexionar acerca de la trascendencia material de los avances normativos y jurisprudenciales emanados de la perspectiva de género en cada uno de los momentos del acceso a la justicia.

De ello se desprende el propósito de este trabajo, cuyo objetivo es conocer las líneas argumentativas de la metodología del género a través de una revisión jurisprudencial con base en sentencias de juicios de amparo, al ser el medio de control constitucional ciudadano más desarrollado en la defensa de los derechos humanos en México. Los resultados obtenidos permitieron identificar que, si bien, esta perspectiva sí tiene alcances prácticos en la valoración de los hechos en asuntos contenciosos vinculados al género, éstos solamente se visualizan en procesos de naturaleza federal, por lo que existen

¹ Profesora Investigadora de la Escuela Superior de Actopan de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México, ORCID: 0000-0003-3965-4936.

retos importantes para garantizar su aplicabilidad en las instancias del fuero común.

Palabras clave: Perspectiva de género, Acceso a la justicia, Derechos humanos, Juicio de amparo

ABSTRACT

Although gender is a socio-cultural construction, it transcends the legal scenario in which violations of the human rights of women, men and sexual minorities are carried out, which provokes reflection on the material significance of the normative and jurisprudential advances derived from the gender perspective in each of the moments of access to justice.

From this follows the purpose of this work, whose objective is to know the argumentative lines of the gender methodology through a jurisprudential review based on sentences from amparo trials as it is the most developed means of citizen constitutional control in the defense of human rights in Mexico. The results obtained allowed us to identify that, although this perspective does have practical scope in the assessment of the facts in contentious matters linked to gender, these are only seen in processes of a federal nature, so there are important challenges to guarantee its applicability in the instances of local justice.

Key words: Gender perspective, Access to justice, Human rights, Amparo proceedings.

1.INTRODUCCIÓN

A diferencia del concepto de sexo, que responde a las cuestiones biológicas que distinguen a las personas, el género implica una construcción sociocultural adquirida a lo largo del tiempo. Así, al hablar de género nos referimos a los “roles, responsabilidades, derechos,

relaciones e identidades que se atribuyen dentro de una sociedad y contexto dado” (Dirección General del Servicio Exterior [DGSE], 2014, p. 17).

Hoy en día, a este término se agrega la identidad de género, entendida como “la vivencia interna e individual, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer” (Comisión Nacional de Derechos Humanos, [CNDH], 2018, p. 6), por lo que referirse al género implica hablar de mujeres, hombres y minorías sexuales, así como del reconocimiento de sus derechos.

Importa explicar lo valioso de esta precisión. Como refiere Lamas (2013) “los límites sociales establecidos por modelos basados en el género varían tanto histórica como culturalmente” (p. 22), dejando atrás la idea de que la masculinidad y feminidad son las únicas representaciones del mismo. En consecuencia, los estudios actuales de género requieren abordar de manera más incluyente las diversas acepciones sobre su concepto, ya que la sociedad está compuesta por personas que no necesariamente se identifican como mujeres u hombres.

Con el objeto de sumar a las nuevas formas de entender al género, este trabajo parte de una interpretación amplia del término, pues hacer lo contrario implicaría excluir a la totalidad de personas que están inmersas en las problemáticas del acceso a la justicia y que se presentan también como sectores poblacionales vulnerables a consecuencia de los diversos estereotipos sociales que históricamente son asignados a cada individuo.

Para ello, en primer lugar, se abordará qué es el acceso a la justicia. En un segundo momento, este trabajo reseña casos importantes en los que se aplicó la perspectiva de género en procesos jurisdiccionales que llegaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) por la facultad de atracción que dicho Tribunal Constitucional Mexicano ostenta debido a su relevancia jurídica. Finalmente, se exponen algunas reflexiones que permiten dimensionar los avances y retos que el enfoque de género ostenta en la actualidad del contexto jurídico nacional.

2.EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS IMPLICACIONES

Cuando pensamos en la justiciabilidad de los derechos, vienen a nuestra mente ideas de carácter legalista que se resumen en el mandato estatal de reconocerlos en la ley. Sin embargo, “gran parte de su estructura valorativa se alcanza al momento en que los

reclamos concretos por sus violaciones son resueltos por las instancias jurisdiccionales a través de mecanismos procesales” (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, [CDHDF], 2011, p. 11).

Lo anterior implica que, la verdadera justiciabilidad de los derechos requiere tanto del reconocimiento en la ley (como derechos sustantivos), así como de precisiones pragmáticas que establezcan sus formas de exigibilidad, es decir, la manera en que las personas acceden a la justicia.

De acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) “toda persona debe contar con recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.” (Artículo 8). A su vez, el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), refiere que “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” (Artículo 7.5).

En México, la Constitución Política Federal (1917) reconoce “el derecho de administración de justicia de manera pronta, completa e imparcial” (Artículo 17). Con estas precisiones generales, se podría pensar que estos numerales abordan el derecho de acceso a la justicia. Incluso, el artículo constitucional referido es conocido como aquel que establece el acceso a la justicia en el derecho mexicano. Sin embargo, esto significaría equiparar esta prerrogativa a la tutela judicial efectiva y es imperativo aclarar el por qué esta puntualización resulta inadecuada para quien suscribe.

Ayala, et al. (2021) señalan que “la tutela judicial significa la asistencia directa hacia quien la solicita para resolver satisfactoriamente el problema planteado” (p. 4). Por su parte, Acuña (2020) refiere que esta facultad ciudadana “implica la posibilidad de deducir ante los órganos jurisdiccionales las pretensiones necesarias para la defensa y protección de nuestros derechos e intereses legítimos” (p. 95).

Al tratarse entonces de una potestad en la que concurren instancias judiciales, la tutela se hace patente en tres momentos: previa al juicio, entendida como acceso a la jurisdicción (poner en acción al órgano jurisdiccional); como parte del juicio, al tratarse de un proceso imparcial, acorde a los plazos y requisitos procesales previstos en las leyes adjetivas aplicables; y después del juicio, al buscar el cumplimiento o ejecución de las resoluciones,

e inclusive, contar con la posibilidad de revertir dichos fallos cuando se consideren no apegados a derecho.

En otras palabras, las características referidas de la tutela judicial se circunscriben dentro de actos de naturaleza contenciosa, mientras que el acceso a la justicia incorpora otros elementos que, si bien están ligados con la exigencia de las potestades legales conferidas por mandato de ley, este derecho se asocia a un contenido más allá de lo procesal, como lo son todas aquellas situaciones externas que pueden tener un efecto en el ejercicio de los derechos de las partes.

Pensemos en los obstáculos a los que las personas se enfrentan cotidianamente. Pueden ser barreras económicas, como lo es carecer de recursos suficientes para contratar a una persona que le brinde el acompañamiento legal; institucionales, como la ausencia de dependencias de justicia en las zonas marginadas del país; procesales, como la falta de traductores en procesos donde alguna de las partes no ostente como lengua materna el español; normativas, ante la omisión de reconocimiento de un derecho; o culturales, como los estereotipos sociales que pueden afectar la imparcialidad de un asunto.

También, el acceso a la justicia obliga a la incorporación de mecanismos que garanticen la vigilancia, imparcialidad y la estructura organizacional de las personas responsables de aplicar los parámetros que dotan de reconocimiento convencional a los derechos humanos, entre los que destaca la labor de personas juzgadoras, fiscales, defensores, litigantes, policías, trabajadores de los centros penitenciarios, entre otros. Además, compromete a la incorporación de ajustes razonables y adecuaciones en el proceso en caso de existir alguna característica que pueda motivar a la discriminación, ya sea por razón de la minoría de edad, edad avanzada, origen étnico, discapacidad o género.

En la actualidad, algunos juristas han estudiado estas diferencias de manera puntual hasta el grado de impulsar doctrina al respecto. Un claro ejemplo es Castilla (2012), quien afirma que “es común encontrar textos nacionales e internacionales en el que el término acceso a la justicia es utilizado indistintamente como sinónimo de tutela judicial efectiva o acceso a la jurisdicción” (p. 1).

De manera que, acceder a la justicia en los contextos actuales de violaciones a derechos humanos implica, tanto el contar con instancias jurisdiccionales, mecanismos no

jurisdiccionales,² así como el deber del Estado de analizar la coyuntura de los posibles obstáculos que de manera adicional pueden enfrentar las personas en la impartición de justicia, con la finalidad de alcanzar la protección más efectiva de las prerrogativas fundamentales en cualquier ámbito y materia.

Por lo expresado se puede afirmar que el acceso a la justicia cuenta con un reconocimiento jurídico importante al ser una pauta imprescindible para la consecución de los derechos humanos. Sin embargo, su reglamentación no asegura su puesta en práctica, pues toda construcción teórico- jurídica requiere ser aplicada en cada una de las funciones estatales, particularmente si ésta se entrelaza con otro tipo de circunstancias propias de las personas inmersas en la búsqueda de justicia.

En virtud de ello, el siguiente apartado consiste en el análisis de qué es la perspectiva de género y de qué forma se ha aplicado como componente objetivo en las decisiones judiciales en México.

3.LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO MEXICANO

La perspectiva de género es una herramienta que pretende equilibrar las razones que originan la discriminación que sufren mujeres, hombres y personas de la comunidad LGBTI a través del establecimiento de mejoras legislativas, administrativas o jurisdiccionales en un ejercicio de reconocer e identificar las diferencias que existen entre ellos.

En ese sentido, se trata de una dinámica estatal que parte del estudio de las diferencias biológicas entre los géneros con la finalidad de gestar las condiciones de cambio necesarias para el ejercicio igualitario de derechos y oportunidades.

Dicho enfoque está contenido en distintos ordenamientos nacionales y es aplicable en una diversidad de escenarios en los que los derechos humanos son ejercidos. Tal es el caso del reconocimiento en la propia Constitución Política Federal, en el que, de forma transversal

² Debe tenerse en cuenta que los medios jurisdiccionales no son los únicos mecanismos con los que cuentan los justiciables para la defensa de sus pretensiones. Habida cuenta, desde 2008 en México se incluyeron los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) en el artículo 17 Constitucional, marcando un parteaguas en la dinámica procesal que, si bien puede ser de naturaleza procesal (dentro del proceso se aplica un MASC), también puede ser de carácter extraprocesal (se evita el proceso tras la implementación del MASC). Para quien suscribe, estas vías diversas para alcanzar la justicia son parte de la coyuntura a la que se hace referencia en el párrafo correspondiente.

se establece la necesidad de incorporar esta perspectiva en temas educativos, laborales, de ejercicio político y en la función judicial. Asimismo, está prevista en ordenamientos como la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia, legislaciones que prevén políticas públicas de género.

A su vez, el Estado mexicano es parte de diversos tratados internacionales en los que se señalan obligaciones relacionadas con el enfoque de género. Por una parte, en 1980 México suscribió la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Ocho años más tarde, se adhiere al Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y en 1999, ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém do Pará”.

En el caso específico del derecho judicial mexicano, en 2016 la SCJN, conocida como el Máximo Tribunal Constitucional del país, se pronunció respecto de la obligatoriedad de aplicar la perspectiva de género en el ejercicio jurisdiccional estableciendo un método vinculante para las y los operadores judiciales,³ que a la letra refiere:

El juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las

³ De acuerdo con la Jurisprudencia con número de registro digital 2011430 publicada en abril del 2016 en el Semanario Judicial de la Federación, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estos elementos deben ser considerados sin necesidad de que obre petición de parte en todo caso que involucre cuestiones de género.

personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género. (SCJN, 2016, p.1)

Resumiendo lo planteado, este Tribunal Constitucional detalla que la perspectiva de género en sede judicial implica una obligación a cargo de las personas que imparten justicia en el país, pues enlista una serie de conductas que deberán realizarse para reducir la desigualdad al identificarse el género como el causante de la distinción.

Por otro lado, la SCJN no adjudica estas precisiones al género femenino, por lo que se infiere que son exigibles en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos, independientemente del género de las personas.⁴ De igual manera, se observa que la metodología también considera aquellos casos en los que el género y la minoría de edad convergen como causa de una doble segregación.

Es importante destacar que, en el contexto nacional, la Corte emite una verdadera doctrina constitucional a través de sus criterios con la finalidad de enmarcar las actualizaciones jurídicas producto del estudio de casos por personas juzgadoras del ámbito local (jurisdicción estatal) y que, en determinado momento, llegaron a debatirse por algún medio de control constitucional, como es el caso del juicio de amparo.

En palabras de Campuzano (2021), el juicio de amparo es:

El medio de control de la constitucionalidad, convencionalidad y legalidad de los actos, normas y omisiones que provienen de las autoridades y de los particulares que actúan como autoridades, el cual se sigue en forma de juicio ante los tribunales federales y que se ha convertido en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.
(p.1)

⁴ Lo anterior quedó estipulado acorde al contenido de la Tesis Aislada con número de registro digital 2008545, publicada en febrero de 2015 en el Semanario Judicial de la Federación. Este criterio se desprende de un juicio de amparo en el que se concluyó que los estereotipos de género afectan tanto a hombres como a mujeres. Cabe señalar que no hace mención a las minorías sexuales, sin embargo, las expresiones del género actualmente son diversas. Véase: CONAPRED (2016). Glosario de la diversidad sexual, de género y de características sexuales. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/225271/glosario-TDSyG.pdf>

Así, el juicio de amparo mexicano se ha convertido en la última década en una herramienta por medio de la cual, “las autoridades judiciales (jurisdicción federal) pueden analizar si la conducta de una autoridad resultó o no contraria a los derechos humanos (SCJN, 2023, p.23)”. Si bien, no es el único mecanismo para la defensa de los derechos, dada su propia naturaleza y características, el juicio de amparo es el proceso de mayor trascendencia social, pues está al alcance de la ciudadanía, ya sea seguido de forma particular, o bien, mediante el acompañamiento legal de órganos públicos.

4. ESTUDIO DE CASOS RELEVANTES

Dadas las razones señaladas anteriormente y, con la finalidad de lograr el objetivo de este trabajo, en este apartado se abordarán cada uno de los parámetros jurisprudenciales señalados por la SCJN para la correcta aplicación de la perspectiva de género en sede judicial, implementando la técnica de estudio de sentencias de amparo, debido a que esta vía constituye uno de los medios protectores de los derechos humanos al alcance de las y los ciudadanos.

- a) Identificar situaciones de poder que den cuenta de un desequilibrio entre las partes

El primero de los criterios marcados por la SCJN alude a que, dentro de los contextos de violencia es posible detectar la presencia de subordinación de una parte hacia otra, situación que puede manifestarse de distintas maneras y en escenarios diversos. La dominación, ya sea física, psicológica, económica o institucional se ejerce con el fin de generar un sentimiento de imposición que se traduce en una violación a los derechos humanos.

Sirva de ejemplo el Amparo Directo 49/2021 relativo al despido de un trabajador quien hostigó y acosó sexualmente a sus compañeras, quienes ocupaban un puesto de menor jerarquía dentro de la dependencia, razón por la cual fue rescindida la relación laboral del primero. Ante ello, el trabajador demandó la nulidad del laudo, misma que fue otorgada por el juez en materia del trabajo, al considerar que las declaraciones de las supuestamente

afectadas que obraban en actas administrativas no tenían eficacia probatoria, ordenándose la reinstalación del trabajador.

La empresa promovió un amparo, demanda que conoció un Tribunal Colegiado, órgano judicial que manifestó que el juez de primera instancia debió decidir conforme a la perspectiva de género desde el juicio de origen, evitando el formalismo de ratificar las actas referidas y reevaluar la rescisión, al tratarse de conductas en las que la subordinación fue uno de los incentivos para ocasionarlas.

Otra causa la encontramos en el Amparo en Revisión 554/2013 asociado al feminicidio de Mariana Lima, una mujer de 29 años cuyo cuerpo fue encontrado en su domicilio ubicado en Chimalhuacán, Estado de México. El esposo de la víctima, quien trabajaba como agente de investigación de la actual Fiscalía General de Justicia del Estado de México (FGJEM), participó en la investigación, ocultó pruebas y fue contradictorio en sus declaraciones. Asimismo, había ejercido violencia contra Mariana en ocasiones anteriores, situación que quedó asentada en los relatos de la familia de la occisa.

En este asunto, el juez decidió no fincar responsabilidad penal a persona alguna, bajo el argumento de que Mariana había decidido quitarse la vida. En consecuencia, la madre de la víctima interpuso un amparo, el cual fue de conocimiento de la SCJN quien ordenó a la FGJEM rehacer la investigación argumentando que todos los casos en los que una mujer pierda la vida, deben ser investigados como posible feminicidio. Además, la SCJN “implementó un parámetro de control de regularidad constitucional que incluyó la Constitución Política Federal, la Convención Belém do Pará, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los precedentes sobre juzgamiento con perspectiva de género de la Primera Sala y los precedentes interamericanos referentes a los estándares sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación” (SCJN, p. 153, citado por Quintana 2018), particularmente por la naturaleza del cargo público que ostentaba la pareja de Mariana y la constante evidencia del maltrato que ella sufría, lo que hicieron de esta sentencia un verdadero emblema contra la impunidad. Sin embargo, debe destacarse que llegar a esa victoria no fue sencillo, pues implicó una lucha incesante de más de 12 años.

Por último, en materia de salud también se evidencia una asimetría de poder entre los pacientes y el personal médico, pues a pesar de existir políticas con perspectiva de género

en aras de reducir los riesgos que afectan particularmente a mujeres, cotidianamente ocurren actos u omisiones que se traducen en vulneración a los derechos humanos.

En el Amparo en Revisión 1064/2019, una mujer fue víctima de esterilización forzada y de tratos crueles e inhumanos durante su parto y posparto por trabajadores del Instituto Mexicano del Seguro Social. En este asunto, la SCJN advirtió que se actualizó la hipótesis de subordinación, debido a que los particulares también tienen el deber constitucional de proteger los derechos fundamentales, como es el caso del personal de salud. En la misma tesitura, manifestó que este tipo de conductas, al ser sin consentimiento, “son manifestaciones de violencia obstétrica, es decir, una forma específica de abuso en contra de las personas con capacidad de gestar” (GIRE, 2021, p. 87).

b) Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo de género

La segunda condición responde a las ideas que se tienen acerca de los roles que son ejecutados de manera particular por las personas. Estos, asociados a ciertas prácticas socialmente aceptadas, generan el estigma de condicionar al cumplimiento de determinadas expectativas como parte de nuestro entorno.

En la *praxis* jurídica, se ha puesto en evidencia el impacto que estas acepciones culturales tienen en la impartición de justicia, pues en algunos escenarios son tan arraigados que pasan desapercibidos y repercuten en la decisión de las y los operadores judiciales. Ello sucede debido a que “los estereotipos de género logran convertirse en un hecho social tan fuerte que llega a creerse que es algo natural” (CNDH, 2019, p. 33).

Un ejemplo que resulta útil para ilustrar lo referido es el Amparo Directo en Revisión 6942/2019, en el que se disputó la guarda y custodia de una menor de edad. Ambos progenitores se desempeñaban como trabajadores del Poder Judicial (el padre como administrativo y la madre con funciones jurisdiccionales). En los juicios de primera y segunda instancia, se resolvió a favor del padre bajo el argumento de que la madre no era apta para el cuidado de la menor por tener actividades que le demandaban mucho tiempo.

En contra de ese fallo, la madre presentó un segundo amparo señalando que la decisión se había basado en un estereotipo sobre las mujeres trabajadoras. El caso se prolongó debido a la presentación de recursos de inconformidad, llegando al estudio de la SCJN quien

concluyó que se debe atender a juzgar con perspectiva de género a fin de evitar pronunciarse con base en estereotipos sobre el cuidado, los cuales atentan contra el derecho a la igualdad, al orillar a las mujeres al abandono de sus proyectos personales, económicos y profesionales.

Una problemática similar se discutió en el estudio del Amparo Directo en Revisión 2937/2021, asunto que se desprendió de un juicio sobre restitución internacional de una menor de edad, iniciado por el padre, debido a que este se encontraba en los Estados Unidos y la madre radicaba en Puebla, México. Como parte del trámite del procedimiento referido, la madre se opuso a la restitución refiriendo la existencia de violencia en contra de la menor por parte de su padre. Asimismo, argumentó que el padre se la pasaba trabajando. A pesar de ello, la sentencia ordenó que la menor fuera enviada a su residencia habitual en Estados Unidos.

En contra de la resolución, la madre promovió un amparo mismo que ganó. Una de las razones manifiestas para dar la razón a la progenitora, fue que, mientras la familia radicaba en Estados Unidos, la mujer se dedicó al cuidado de la menor mientras el padre trabajaba, por lo que este fue quien convivió menos tiempo con su hija. En el mismo sentido, señaló el Tribunal que, debido al trabajo del padre, si este fuera restituida con él, la menor habría de quedar al cuidado de un extraño, pues este no tiene familia.

Consecuentemente, el padre impugnó a través de un recurso de revisión, el cual fue turnado a la Corte. Sobre esto, señaló la SCJN que tales argumentos incurren en una versión estereotipada del hombre, validando que no es capaz de cumplir con su rol de cuidador, depositando la obligación de la crianza de manera exclusiva a la madre y sin validar de manera previa si este no cuenta con una red de apoyo.

- c) Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar la violencia, vulnerabilidad o discriminación por género

En el Amparo Directo 183/2022, una mujer demandó la pensión compensatoria a su concubino bajo el argumento de su dedicación preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado de sus hijas, decretándose dicha pretensión a favor de la fémina, ello debido a que el Tribunal Colegiado que conoció del asunto determinó que, con base en el derecho

de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, la ruptura de una relación impide el contar con un nivel de vida adecuado así como el lograr la independencia económica inmediata debido al desempeño de los cuidados domésticos, por lo que los deudores alimentarios son quienes tendrán la carga de la prueba.

Del mismo modo, la disputa planteada en el Amparo Directo en Revisión 1412/2017, versó sobre el valor probatorio de la testimonial de la víctima en los casos de violación como consecuencia de proceso penal en el que se estudió si se había cometido el delito en contra de una mujer por su pareja. Del juicio oral se desprendió que el inculpado era inocente, por lo que la víctima promovió un amparo. El Tribunal Colegiado que conoció del mismo, ordenó que se dictara una sentencia diferente en la que el testimonio de la víctima fuera tomado como argumento fundamental para acreditar la responsabilidad penal.

Inconforme, el sentenciado promovió otro amparo, pero le fue negado argumentando que la perspectiva de género en los delitos de naturaleza sexual es un estándar probatorio especial, debido a que dichos actos se caracterizan por desarrollarse en contextos complejos, en los que la obtención de pruebas puede ser un problema, así como pueden cometerse por personas cercanas a la víctima. Por ende, en este asunto, se concluyó que juzgar con perspectiva de género implica que, dada la secrecía en que ocurren dichos delitos, se debe otorgar una importancia *prima facie* a la testimonial de la misma.

Si bien, en estos dos primeros asuntos el juzgador no ordenó la realización de diligencias probatorias, resultan trascendentes pues en el primero de ellos, la decisión de revertir la carga de la prueba atendió a la aplicación de la perspectiva de género en favor de quien aduce en juicio haberse dedicado al trabajo doméstico no remunerado, por lo que modifica la mecánica procesal acerca de la obligación de demostrar la situación particular que se vivenció en el entorno de la relación familiar. En el segundo, se destacó el valor probatorio de la declaración de las víctimas de violencia sexual como pruebas fundamentales, debido a que, por el tipo de agresión, se debe analizar en conjunto con otros elementos probatorios de utilidad, como lo pueden ser dictámenes médicos e indicios.

Finalmente, en el Amparo Directo 270/2021, dos menores de edad en calidad de víctimas indirectas, promovieron el juicio con relación al feminicidio de su madre al no haberse acreditado la teoría del caso planteada por la Fiscalía debido a una insuficiencia probatoria. En este asunto, el Colegiado utilizó como argumentos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, para determinar que, en el

sistema penal acusatorio, juzgar con perspectiva de género y de infancia conlleva el deber de los jueces de recabar pruebas de oficio, incluso en la etapa de juicio oral.

- d) Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar un impacto diferenciado

Una sentencia a la que podríamos etiquetar como emblemática fue la del Amparo en Revisión 59/2016, en la que un padre no solo denunció la negación del servicio de guardería por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, sino además, señaló la discriminación histórica que han padecido los varones respecto del tema de cuidado a las infancias, pues de acuerdo con el texto anterior de la Ley del Seguro Social (1995) y de la Ley Federal del Trabajo (1970), los servicios de guardería eran exclusivos de las mujeres y, para el caso de los hombres, condicionaban dicha prestación a los viudos, divorciados o a los que judicialmente conservaran la custodia de sus hijos siempre que no contrajeran nupcias nuevamente o se unieran en concubinato.⁵

Lo anterior es un ejemplo de cómo las normas pueden ser el origen de la discriminación directa que padecen las personas debido a su género y no necesariamente las acciones u omisiones del Estado. Paralelamente, la postura notoriamente inconstitucional de la ley en comento encuadra un trato diferenciado sobre los roles del cuidado irrumpiendo la corresponsabilidad de la crianza en términos de igualdad. Como consecuencia de este juicio, la redacción vigente en materia de servicios de guardería fue reformada en octubre del 2020, haciendo mención al término “personas trabajadoras” como beneficiarios de la prestación social.

Otro ejemplo es el Amparo Directo 101/2021. Este asunto se originó tras la condena dictada a una mujer víctima de violencia doméstica por el delito de homicidio agravado en contra de su concubino. Aquí, el Tribunal que conoció del juicio de garantías determinó que la actuación cometida fue en legítima defensa, debido a que la presunta responsable vivió en un contexto de agresiones recurrentes por parte de su pareja. Esta situación motivó a reflexionar sobre del derecho penal aplicable, pues se concluyó que la perspectiva de

⁵ Los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social, así como el numeral 171 de la Ley Federal del Trabajo, fueron reformados tras considerarse que la prestación del servicio de guarderías, tal y como estaba previsto anteriormente en dichas disposiciones, discriminaba a los progenitores del sexo masculino.

género implica que se considere la vulnerabilidad, las condiciones físicas del agresor, así como si el delito se cometió en protección de bienes jurídicos propios o ajenos.

- e) Aplicación de estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de niños y niñas

Para documentar los derechos de la infancia desde la óptica de constituir una familia en correspondencia a la orientación sexual, la discusión planteada en el Amparo en Revisión 553/02018 resulta oportuna. En este caso, la SCJN resolvió respecto de la inscripción del nacimiento de un menor de edad que fue concebido bajo las técnicas de reproducción asistida y el reconocimiento de la paternidad compartida de dos personas del mismo sexo. Tras la negativa del Registro Civil de Yucatán bajo el único argumento de que dicha institución no se encontraba regulada en las leyes estatales, la pareja presentó la demanda de amparo y, tras la objeción del Juez de Distrito, ellos impugnaron la decisión y el expediente fue atraído por el Tribunal Constitucional.

La SCJN determinó que el deseo de formar lazos parentales es un derecho constitucional legítimo de todas las personas sin distinción de sus preferencias sexuales o género, indistintamente de existir o no disposición alguna que regule determinada institución jurídica como lo es la paternidad compartida.

- f) Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos

El Amparo Directo en Revisión 2806/2012 surgió con motivo de expresiones homofóbicas en una nota periodística, resulta trascendente para mostrar cómo la utilización de términos ofensivos asociados a la orientación sexual es una de las manifestaciones de los discursos de odio, aún y cuando dichas declaraciones sean en ejercicio de la libertad de expresión.

Este asunto suscitado en el Estado de Puebla, inició como una demanda por daño moral en la que se solicitó una indemnización por las imputaciones falsas de un periodista al fundador de un periódico, a quien además ofendió con términos coloquialmente empleados para agredir a personas con distinta preferencia sexual. Al no estar conforme con la

resolución, el caso llegó a la Primera Sala de la SCJN, con el objetivo de determinar si las expresiones señaladas constituían un discurso discriminatorio.

Posterior al análisis, se determinaron dos cosas importantes. Por una parte, que los derechos no son absolutos, pues estos se restringen cuando transgreden las libertades de terceras personas. Y, por otra, la necesidad de la implementación del lenguaje incluyente, el cual busca eliminar todo tipo de expresiones que ofenden o discriminan a las personas, al reproducir estereotipos de género.

Teniendo en cuenta la revisión de los casos anteriormente estudiados, se identificó la manera en que una corriente teórica-normativa como lo es la perspectiva de género es aplicada en el análisis de los hechos, pruebas y en la argumentación final de las determinaciones judiciales. También se destaca que el estudio de resoluciones de amparo permitió profundizar acerca de la eficacia que tiene la perspectiva de género en los juicios, indistintamente de la materia de la que se traten.

A pesar de ser indicadores totalmente jurídicos, las sentencias seleccionadas proporcionaron un margen de exploración actual y real que permitió comprender el razonamiento judicial ante violaciones a derechos humanos en temáticas relacionadas al género.

En este sentido, se concluye que la perspectiva de género es aplicada mayormente cuando los asuntos se escalan al orden federal. Por el contrario, se observa que en los procesos de primera instancia (que vale la pena destacar son los más comunes), las y los operadores judiciales no aplican los criterios emitidos por la SCJN.

De manera que, si bien existe un notorio desarrollo jurisprudencial y normativo sobre la impartición de justicia con perspectiva de género en México, se advierte la injustificada necesidad de llegar a instancias posteriores que, aunado a ello, implican mayor desgaste humano y económico para la persona afectada en aras de obtener un proceso apropiado acorde a las obligaciones convencionales.

5.CONCLUSIONES

La metodología de género busca erradicar conductas discriminatorias que pueden surgir debido a los roles socialmente aceptados, hasta aquellas inmersas en las funciones que el

Estado y sus agentes realizan como parte de su desempeño laboral, por lo que estos últimos están obligados a su implementación siempre que se adviertan obstáculos que desequilibren la balanza entre los sujetos involucrados en una posible vulneración a sus derechos.

Ciertamente, los avances jurídicos y la serie de esfuerzos estatales para materializar las obligaciones convencionales adquiridas por México en materia de perspectiva de género son pieza clave en el proceso de consolidación de los derechos humanos. Sin embargo, las previsiones teóricas relacionadas al género en la impartición de justicia requieren ser aplicadas en los entornos cotidianos donde se desprenden condiciones específicas de algunos sectores poblacionales, como lo son las mujeres, hombres y las minorías sexuales. Es en esa tesitura que el género se vincula con el acceso a la justicia al ser un concepto que requiere ser interpretado en un sentido amplio, pues la existencia de remedios judiciales es solo uno de sus elementos. Es por esta razón que el acceso a la justicia, además de ser considerado un factor característico de los Estados democráticos, se traduce en un derecho *sine qua non* para la realización de otros.

En los casos reseñados, se pudo observar que la perspectiva de género se hace presente hasta que las problemáticas fueron de conocimiento de Tribunales Colegiados o de alguna de las salas de la SCJN. Esta situación no resulta ajena de otras dificultades que se desenvuelven en sede ordinaria, por lo que pareciera que los criterios en el tema no están siendo plenamente acatados por las y los operadores judiciales de menor jerarquía, a pesar de la obligatoriedad que se desprende de los mismos.

Indudablemente, el Estado está facultado para eliminar los obstáculos que imposibiliten la protección efectiva de los derechos humanos, así como para atender a las necesidades particulares de la situación presentada, sin perjuicio de su formulación en sede común o federal. En consecuencia, es necesario replicar las buenas prácticas en la impartición de justicia con perspectiva de género ante cualquier autoridad competente dentro del orden jurídico mexicano y así evitar la denegación de la justicia.

Por último, es conveniente acotar que juzgar con perspectiva de género no solamente es un compromiso convencional que se desprende de la firma y ratificación de un cúmulo de tratados internacionales, sino también es una obligación constitucional que ha sido producto de una lucha constante por el respeto a la dignidad de todos los seres humanos.

REFERENCIAS

- Ayala, L. et al. (2021). La tutela judicial efectiva en México. *Prospectiva jurídica*, 23 (12), 105-127.
- Campuzano, A. (2021). *Manual para entender el juicio de amparo*. 7ma. Ed. Thomson Reuters. México.
- Castilla, K. (2012). *Acceso efectivo a la justicia: elementos y caracterización*. Porrúa. México.
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. (2011). *Acceso a la justicia y derechos humanos*, México.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Diversidad sexual y derechos humanos*, México: CNDH.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2019). *ABC de la perspectiva de género*. México: CNDH.
- Constitución Política Federal. *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1917.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Gaceta Oficial* No. 9460 del 11 de febrero de 1978.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. 09 de junio de 1994.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. 03 de septiembre de 1981.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.
- Dirección General del Servicio Exterior y de Recursos Humanos. (2014). *Guía para la incorporación de la perspectiva de género*, México: SRE.
- GIRE (2021). *El camino hacia la justicia reproductiva: una década de avances y pendientes*. Informe núm.2. <https://unadecadajusticiareproductiva.gire.org.mx/>
- Lamas, M. (2013). *La construcción cultural de la diferencia sexual*. México: Porrúa.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia. *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007.
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006.

Quintana, K. (2018). El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y discriminación contra la mujer. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, 1 (38).

SCJN. (2023). *Apuntes procesales para la defensa de los derechos humanos*. Unidad de Conocimiento Científico y Derechos Humanos. México.

Sentencias y tesis jurisprudenciales o aisladas

Primer Tribunal Colegiado en materia de trabajo del décimo circuito. (2021), Amparo Directo 49/2021.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015), Amparo en Revisión 554/2013. Primera Sala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021), Amparo en Revisión 1064/2019. Primera Sala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020), Amparo Directo en Revisión 6942/2019. Primera Sala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022), Amparo Directo en Revisión 2937/2021. Primera Sala.

Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del séptimo circuito. (2022). Amparo Directo 183/2022.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2017). Amparo Directo en Revisión 1412/2017. Primera Sala.

Cuarto Tribunal Colegiado en materia penal del segundo circuito. (2022). Amparo Directo 270/2021.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016). Amparo en Revisión 59/2016. Segunda Sala.

Cuarto Tribunal Colegiado en materia penal del segundo circuito. (2021). Amparo Directo 101/2021.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2018). Amparo en Revisión 553/2018. Primera Sala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). Amparo Directo en Revisión 2806/2012. Primera Sala.

Recibido el 5 de noviembre de 2024, aceptado el 10 de febrero de 2025

GUANTÁNAMO, LA PRISIÓN SIN FIN: HOMO SACER, ESTADO DE EXCEPCIÓN Y BIOPOLÍTICA

GUANTÁNAMO: THE NEVER-ENDING PRISON: HOMO SACER, STATE OF
EXCEPTION, AND BIOPOLITICS

Marcelo Alejandro Blanco Puškar

Universidad Católica de Cuyo, San Luis, Argentina

marcelo.blanco@uccuyosl.edu.ar

RESUMEN

Este trabajo explora cómo la prisión de Guantánamo, creada tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, se convirtió en un caso paradigmático del estado de excepción. Un espacio donde se ejerce la biopolítica sobre los cuerpos de los detenidos, quienes son reducidos a la condición de homo sacer. Con el auxilio de las categorías teóricas de Giorgio Agamben, se analiza la prisión como la topografía donde la ley se ha suspendido y el poder soberano ejerce un control absoluto sobre la vida y la muerte. La prisión oficia de laboratorio de biopolítica, como surge del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dando cuenta de prácticas abusivas de interrogatorio y torturas. Se argumenta cómo esta institución encarna la lógica del estado de excepción, constituye una afrenta a la dignidad humana y deviene imperativo que la comunidad internacional presione hasta lograr su cierre definitivo.

Palabras clave: Guantánamo, Estado de Excepción, Biopolítica, Amigo – Enemigo

ABSTRACT

This paper explores how Guantánamo prison, established after the September 11th, 2001 attacks, became a paradigmatic case of the state of exception. A space where Biopolitics is exercised over the bodies of detainees, who are reduced to the condition of homo sacer. With the help of Giorgio Agamben's theoretical categories, the prison is examined as the topography where the law has been suspended and sovereign power exerts absolute control over life and death. The prison functions as a laboratory of Biopolitics, as evidenced by the Inter-American Commission of Human Rights report, which details abusive interrogation and torture practices. It is argued how this institution embodies the logic of the state of exception, constitutes an affront to human dignity, and makes it imperative for the international community to press for its definitive closure.

Key Words: Guantánamo, State of Exception, Biopolitics, Friend - Enemy

1. INTRODUCCIÓN: LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

Siguiendo el pensamiento de las profesoras Adriana Mack y Solange Delannoy en relación a la centralidad que adquiere el dualismo amigo – enemigo dentro del andamiaje teórico de Carl Schmitt, advertimos que el derecho de hacer la guerra a un enemigo público (hostis), es la instancia suprema en la que se manifiesta en toda su intimidante letalidad, el atributo de la soberanía.

Para Schmitt el Estado es la única instancia que tiene el jus belli. “El jus belli significa una gran capacidad de disposición, porque implica por un lado, la capacidad de requerir a los miembros del propio pueblo la disponibilidad para matar y ser muertos, y por otra, matar a las personas que se encuentran del lado del enemigo” (Mack, Rossi y Delannoy, 2006:18). La utilización desde el 11/S por los Estados Unidos de la Base Naval de Guantánamo para alojar prisioneros capturados durante la cruzada contra el terrorismo internacional, se desencadena por el ejercicio de ese jus belli que refería Schmitt, que decidió la suspensión

total del orden jurídico en esa infame mazmorra. Esto es, ni más ni menos, que la declaración del estado de excepción permanente, donde la vida de los enemigos del soberano queda desabrigada del Derecho (nuda vida) y sometida a toda clase de interrogatorios y violencias.

Los interrogatorios y las violencias de Guantánamo son un muestrario que nos recuerdan las experiencias concentracionarias del siglo XX y la reaparición del homo sacer de Giorgio Agamben. En ese sentido, podemos afirmar con Primo Levi, sobreviviente del campo de concentración Monowitz, subalterno del campo de Auschwitz, que “los personajes de estas páginas no son hombres. Su humanidad está sepultada” (Levi, 2017: 132).

A partir del ataque terrorista de Al Qaeda a las Torres Gemelas y al Pentágono, se inauguró una nueva etapa en lo que se refiere a la consideración jurídica del uso de la fuerza. El gobierno norteamericano declara una guerra de distinta clase, no ya contra los estados nacionales, sino contra un nuevo tipo de enemigo, las agrupaciones terroristas.

El gobierno norteamericano reclama a Afganistán la entrega inmediata de Osama Bin Laden, la clausura de los campos de entrenamiento de terroristas y la recepción de inspectores de los Estados Unidos. Ante la negativa del régimen talibán, se produce la operación militar conocida como “libertad duradera” que concluye con la invasión de Afganistán por tropas norteamericanas y británicas en octubre de 2001 (Barboza, 2008: 278-283).

Asimismo, en el plano del Derecho Internacional, Estados Unidos va a ir empujando el límite de lo que tradicionalmente comprendía el derecho de legítima defensa en la Carta de Naciones Unidas que había sido interpretado en el sentido de que debía tratarse siempre de un ataque armado actual o a lo sumo, inminente.

En un documento conocido como The National Security Strategy of the United States de 2002, se defiende el derecho de ese país a actuar de forma preventiva (pre-emptively) sin que sea necesario un estado de amenaza “inminente”. Esta idea, debe maridarse con la definición de “estados canalla” (rogue states) entre los que se encuentran Irán, Irak y Corea del Norte, identificados como “eje del mal” por el presidente Bush en un famoso discurso del día 29 de enero de 2002, estados a los que luego se sumarán Libia y Siria, considerados cómplices, que ofrecen refugio en su territorio a las células terroristas que podrían acceder a armas de destrucción de masiva capaces de ser empleadas contra los Estados Unidos.

Entre los aspectos distintivos de los estados canallas se resaltan los siguientes: a) están decididos a adquirir armas de destrucción masiva, junto con otras tecnologías militares avanzadas, b) patrocinan el terrorismo en todo el mundo; y c) rechazan los valores humanos básicos con un odio visceral a los Estados Unidos y a todo lo que representa.

El solo riesgo, que surge de la combinación de terrorismo global, estados canallas y armas nucleares, constituye en sí una amenaza que habilita el uso de la fuerza de manera preventiva mediante la legítima defensa anticipada, una institución que no goza de aceptación unánime por la comunidad internacional.

El 11/S también puso en evidencia que los Estados Unidos no estaban dispuestos a ceñir su comportamiento a restricciones jurídicas de marcos internacionales, poniendo en jaque todo el sistema construido por Naciones Unidas, desmontando la institucionalidad vigente.

En mayo de 2002, Estados Unidos comunica a Naciones Unidas que no va a ratificar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, en julio de 2002, retira su aportación presupuestaria al Fondo de Población de Naciones Unidas, por el apoyo a los programas de control de natalidad y en julio de 2002, el representante de Estados Unidos “chantajeó” al Consejo de Seguridad, amenazando retirar las tropas de Bosnia ,si no se le ofrecían garantías de inmunidad para el personal ante el Tribunal Penal Internacional (Barbé, 2015: 333).

Lo que pasará con el uso de la prisión de Guantánamo, debe mirarse en este contexto internacional que inaugurará la infamia del estado de excepción permanente. Las condiciones de detención, así como las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario han sido verificadas por múltiples organismos internacionales.

En este trabajo hemos decidido seguir el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 03 de junio de 2015, ya que fue el primer organismo internacional en instar a Estados Unidos a adoptar medidas urgentes para respetar los derechos fundamentales de los detenidos.

El más elemental de los derechos, es precisamente conocer cuál es el status jurídico de los detenidos, nunca estuvo claro. Inicialmente, se los consideraba combatientes ilegales, pero en lo que respecta a los miembros de Al Qaeda, quedaban en una especie de limbo jurídico, desde que las autoridades estimaban que no correspondía aplicarles las Convenciones de Ginebra, por no ser un país que hubiese suscripto dichas convenciones.

Respecto de los talibanes detenidos, si bien el presidente consideró que se les aplicaban los Convenios de Ginebra, a pesar de esa aplicabilidad, los talibanes que se encuentran en la base de Guantánamo no serían, sin embargo, prisioneros de guerra (Sassóli, 2003: 551).

2. LA NUDA VIDA EN LA PRISIÓN DE GUANTÁNAMO, HISTORIA DE UNA INFAMIA

Recientemente, en fecha 06 de enero de 2025, días antes de concluir su mandato, la administración Biden, decidió transferir a 11 yemeníes del centro de detención militar de la bahía de Guantánamo y reasentarlos en Omán. Uno de los individuos transferidos ese día era Toffiq al Bihani, quien llevaba detenido allí desde 2003 y cuyo traslado estaba autorizado desde 2010 . Se estima que desde enero de 2002 que arribaron los primeros prisioneros capturados en Afganistán, han pasado por sus infames celdas 780 personas, de las cuales 9 salieron en ataúd, no pudiendo determinarse con precisión, las razones de esas muertes, en razón de la opacidad y secretismo propios de un estado de excepción .

En una cronología retrospectiva rápida, tenemos que, al finalizar la segunda presidencia de George Bush (20/01/2009) habían sido liberados 500 prisioneros.

Cuando asumió Barack Obama, firmó un decreto ordenando el cierre de la prisión y fijando para ello el plazo de un año, ya que había sido una de sus promesas de campaña. Este episodio es contado por la periodista Emma Reverter en un libro publicado en 2012 de la siguiente manera: “los prisioneros siguieron la noticia por televisión y se emocionaron cuando los guardas colgaron carteles con la orden de cierre en las celdas y los pasillos. Han pasado dos años y medio desde entonces y la cárcel sigue abierta. Los carteles con la orden de cierre desaparecieron” (2012: 31-32). Tristemente, Obama concluyó su mandato en enero de 2017 y Guantánamo siguió abierta.

Durante la primera era Trump (2017-2021), solo fue transferido el prisionero Ahmed Mohamed Ahmed Haza al-Darbi, de 43 años, para cumplir el resto de su pena en Arabia Saudita .

Finalmente, durante el mandato presidencial de Joseph Biden (2021-2025) fueron transferidos a Arabia Saudí, Belice y Argelia, entre otros países, un total 28 detenidos. Permanecen detenidas a la fecha, 15 personas. Como dice Reverter “abrir Guantánamo fue

fácil; la decisión se tomó en cuestión de semanas y con el asesoramiento de varios juristas. Cerrar Guantánamo es mucho más complicado” (2012: 40).

La historia de la base naval comenzó con el Tratado de París de 1898, que puso fin a la Guerra Hispano-americana. Como parte de ese tratado, Estados Unidos obtuvo el control de Cuba y, mediante un acuerdo separado (1903) arrendó la Bahía de Guantánamo a perpetuidad. La bahía, ubicada a 945 kilómetros de La Habana, casi en el extremo sudeste de la isla, fue adquirida a cambio de un pago anual de 2.000 dólares estadounidenses.

El acuerdo otorgaba a Estados Unidos control jurisdiccional y operativo sobre la base. Con el tiempo, se convirtió en un punto estratégico para los Estados Unidos, tanto por su ubicación geográfica como por su importancia militar. Durante décadas, sirvió como una base naval y aérea. En 1959, la Revolución Cubana, liderada por Fidel Castro, derrocó al dictador Fulgencio Batista y denunció la nulidad del tratado, como impuesto por la fuerza y exigió la devolución de la base.

A pesar de las demandas cubanas, Estados Unidos se negó a devolver la base. La tensión aumentó considerablemente, y la Base Naval de Guantánamo se convirtió en un símbolo de la confrontación entre las dos naciones. Inicialmente concebida como un punto de apoyo militar, ha evolucionado a lo largo de los años para cumplir diversas funciones, desde un centro de tecnología antisubmarina durante la Segunda Guerra Mundial hasta un local para refugiados haitianos y cubanos en la década de 1990 y de acuerdo a información reciente, servirá ahora como centro de detención para 30.000 migrantes indocumentados, según anuncios del presidente Donald Trump .

La transformación de Guantánamo en una prisión, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, ha generado un intenso debate a nivel internacional sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos, la legalidad de la detención indefinida y el papel de Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo :“Guantánamo es la historia de un país que sintió miedo ante la amenaza global del terrorismo y para protegerse, decidió que las leyes internacionales sobre trato a los prisioneros de guerra no eran aplicables en la lucha contra el terrorismo” (Reverter, 2012: 14).

Un memorando de febrero de 2002, firmado por George Bush, indicaba que las Convenciones de Ginebra no eran aplicables a los miembros de Al Qaeda y un memorando de Donald Rumsfeld, Secretario de Defensa, aprobaba el uso de técnicas agresivas para los

prisioneros de Guantánamo (Reverter, 2012: 60). De hecho, se fue más lejos cuando se produjeron una serie de memorandos legales, redactados por John Yoo, entonces fiscal general adjunto de los Estados Unidos y firmados en agosto de 2002 por el asistente fiscal general Jay Bybee, titular de la Oficina de Asesoría Legal del Departamento de Justicia.

En los referidos documentos se aconsejaba a la Agencia Central de Inteligencia, al Departamento de Defensa de Estados Unidos y al propio Presidente, el uso de técnicas de interrogatorio mejoradas: tormento, coacción mental y física, prolongada privación del sueño, permanencia en posición incómoda, y el llamado “submarino”.

Además, se afirmaba que este tipo de actos, ampliamente considerados como tortura, pueden ser legalmente permisibles bajo una interpretación amplia de la autoridad presidencial en el marco de la "Guerra contra el Terrorismo".

Washington no habla de prisioneros sino de “detainee”, como si estuviesen bajo una medida cautelar hasta que sean llevados a juicio. Esta falta de claridad en el status jurídico y en el derecho aplicable, habilitó a que la prisión de Guantánamo se transformase en un abismo de abusos físicos, psicológicos y procesales que resultarían inadmisibles dentro de territorio norteamericano.

En este punto, es ilustrativo mencionar que la elección de la Base Naval de Guantánamo como sitio para violentar los derechos fundamentales no es casual, ya que técnicamente no es territorio norteamericano. En el mismo sentido, la Ley de Autorización de la Defensa (NDAA) que promulgó el presidente Obama en 2012, prohíbe el traslado de detenidos de Guantánamo hacia Estados Unidos para su enjuiciamiento, privación de libertad y tratamiento médico (CIDH, 2015: 11).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos entiende que la detención continua e indefinida de los individuos, sin derecho al debido proceso, es arbitraria y constituye una clara violación del derecho internacional y que las razones de seguridad pública no pueden servir como pretexto para la detención indefinida de personas, sin presentar cargos en su contra o someterlas a juicio (CIDH, 2015: 9).

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes considera que la práctica de mantener a personas detenidas indefinidamente, cuando se haya determinado que constituyen una amenaza significativa a la seguridad, configuran una violación de la prohibición de la tortura y los malos tratos establecida en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los artículos 1 y 16

de la Convención contra la Tortura, así como las disposiciones relevantes de la Declaración Americana, incorporadas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (CIDH, 2015: 50).

La enumeración de violaciones a los derechos humanos de los prisioneros de Guantánamo es muy extensa y comprende y comprende acciones como, por ejemplo, provocarles hipotermia, dejándolos desnudos en celdas con aire acondicionado y rociados constantemente con agua fría.

Suelen combinarse varios maltratos a la vez; la privación de sueño puede venir acompañada por la temperatura helada de la habitación, música excesivamente alta y la presencia de un perro (Reverter, 2012: 60). En este sentido, la CIDH ha enfatizado que, inclusive en circunstancias extraordinarias, la detención indefinida de personas, que en su mayoría no han sido acusadas, constituye una violación flagrante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en sí misma constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante (2012: 65).

A las atrocidades mencionadas, hay que sumar las huelgas de hambre de los prisioneros, que traen como respuesta la alimentación forzada mediante sondas nasogástricas, práctica que repugna a la ética médica, la denegación del acceso a la justicia, la incertidumbre sobre la aplicación de la Constitución norteamericana, la discriminación por ser musulmanes, las restricciones al derecho a la representación legal, la negación de acceso a la asistencia consular, la falta de tiempo y condiciones para preparar una buena defensa, la colocación de micrófonos secretos en la sala de audiencias y la requisa de documentos legales de los detenidos o el impedimento de contacto con sus familiares, la falta de revisión periódica de las detenciones, entre muchas otras graves transgresiones.

3. BIOPOLÍTICA, HOMO SACER Y ESTADO DE EXCEPCIÓN

Tanto Foucault como Agamben ofrecen herramientas conceptuales para analizar el ejercicio del poder en las sociedades contemporáneas. Si bien existen diferencias entre sus enfoques, ambos coinciden en la importancia de comprender cómo el poder se inscribe en

la vida misma. La biopolítica de Foucault y el homo sacer de Agamben, son conceptos complementarios que nos permiten reflexionar sobre las complejas relaciones entre el individuo, el Estado y la sociedad.

Mientras Foucault se centra en las tecnologías de poder y en la producción de subjetividades, Agamben se interesa más en la relación entre el poder y la ley, y en la figura del homo sacer como símbolo de la crisis de la Modernidad.

Tanto Foucault como Agamben coinciden en que el poder moderno se ejerce sobre la vida misma, no solo sobre los cuerpos. Sin embargo, Foucault se centra más en las formas en que el poder produce y regula la vida, mientras que Agamben enfatiza la violencia y la exclusión inherentes al ejercicio del poder soberano.

Los griegos no tenían un único término para referirse a lo que nosotros entendemos con la palabra “vida”, sino que contaban que con dos expresiones diferentes: la simple vida natural que llevan los hombres fuera de la polis y que comparten con los animales, se denominaba “zoé” mientras que la vida en sociedad, caracterizada por las ideas morales, la politicidad y el uso del lenguaje, se denominaba “bíos”. Esta distinción es importante porque, a diferencia de lo que acontece en la Modernidad, para el pensamiento clásico, la vida natural (zoé) no formaba parte de las preocupaciones de la política. En la Era Moderna, la simple vida natural o biológica del ser humano comienza a ser incluida dentro de los mecanismos del poder estatal y la política se transforma así en el concepto foucaultiano de biopolítica (Agamben, 2017 b: 13).

Agamben estima que la politización de la vida desnuda como tal, es el acontecimiento decisivo de la Modernidad, que se manifiesta patente en dos fenómenos del siglo XX: los campos de concentración y los totalitarismos, entendidos como espacios biopolíticos puros y absolutos (2017, b: 15).

Es valioso el aporte que hacen desde el Sur Global autoras como Pilar Calveiro, que muestran cómo América Latina, fue un campo de pruebas de la represión autoritaria que llevó a la aplicación del Plan Cóndor y la metodología de la desaparición forzada de personas como otro espacio biopolítico a la par de los campos de concentración y de los totalitarismos (2018: 95-96).

Es ilustrativo de la vida desnuda, la descripción que hace el escritor Primo Levi, cuando describe a los “hundidos” de la siguiente manera: “su vida es breve pero su número es desmesurado; son ellos (...) los cimientos del campo, ellos, la masa anónima,

continuamente renovada y siempre idéntica, de no hombres que marchan y trabajan en silencio, apagada en ellos la llama divina, demasiado vacíos ya para sufrir. Se duda en llamarlos vivos; se duda en llamar muerte a su muerte” (Levi, 2017: 98-99).

En su obra *Los orígenes del totalitarismo*, Hannah Arendt refería esta idea de que en los campos de concentración “todo es posible” (2017) desde que se trata de individuos que han sido despojados de todo estatuto político y reducidos a una mera vida desnuda, que el poder tiene frente a sí.

Los campos de concentración no nacen del derecho carcelario, sino del estado de excepción. Como dice Agamben, “el campo es el espacio que se abre cuando el estado de excepción comienza a volverse la norma” (2017 b: 259).

En otro de sus libros, Giorgio Agamben, vuelve al tema de los campos de concentración explicando que un judío en Auschwitz o una mujer bosnia en Omarska entraban al campo no por una elección política sino por aquello que era más privado e incommunicable; su sangre, su cuerpo biológico. “El campo es en verdad, el sitio inaugural de la Modernidad: el primer espacio donde los acontecimientos públicos y privados, la vida política y la vida biológica se vuelven rigurosamente indistinguibles. Debido a que ha sido separado de la comunidad política y reducido a vida desnuda, el habitante del campo es, en efecto, una persona absolutamente privada” (2017 a: 126).

El concepto de vida desnuda es inescindible de otra noción central en el pensamiento de Agamben, la de *homo sacer*, una oscura figura del Derecho Romano Arcaico que se basaba en la distinción entre sacro (lo que ha sido consagrado a la divinidad) y profano (lo que queda fuera del recinto sagrado).

En términos legales, las cosas o las personas ofrecidas a la divinidad no podían ser objeto de pretensiones particulares. A los efectos práctico-jurídicos, el *homo sacer* es el impune occidi, a quien no es lícito sacrificar, porque ya es posesión de los dioses infernales, pero al mismo tiempo, quien lo matare, no cometía homicidio.

Si bien es una figura ambivalente, Agamben explica que sobre el *homo sacer* recae una maldición que lo convierte en un paria, un peligroso, un tabuizado que ha sido excluido del mundo de lo profano, un reo consagrado a los dioses infernales que no puede ser tocado sin manchar o ser manchado, alguien que ha sido sustraído a las formas del derecho romano, pero también a las del derecho divino:

Aquello que define, pues, la condición del homo sacer (...) es el carácter particular de la exclusión doble en la que se encuentra apresado y de la violencia a la que se encuentra expuesto. Esta violencia – el hecho de que cualquiera puede enfrentarlo y matarlo impunemente – no puede ser clasificada ni como un sacrificio, ni como un homicidio, ni como la ejecución de una condena, ni como un sacrilegio” (Agamben, 2017 b: 131).

El homo sacer es la persona que se pone fuera de la jurisdicción humana sin pasar a la divina y respecto del cual todos los hombres pueden actuar como soberanos. Es la persona que se define “por el hecho de haber entrado en una íntima simbiosis con la muerte, sin pertenecer todavía al mundo de los difuntos” (Agamben, 2017 b: 156).

Una de las aplicaciones que tuvo la figura del homo sacer la encontramos en la típica magistratura plebeya conocida como tribunado de la plebe. En una sociedad en que había ciudadanos que no intervenían en la creación y aplicación del derecho, por ser poderes reservados a la minoría patricia, los plebeyos confirieron al tribuno la posibilidad de vetar las decisiones de los magistrados patricios mediante la “intercessio”. Para garantizar el ejercicio de tan amplios poderes, se reconocieron al tribuno los atributos de la “sacrosanctitas”, que hacía inviolable su persona contra cualquier ataque y que posibilitaba que el culpable de esa ofensa pudiera ser muerto impunemente al ser declarado sacer (Arguello, 1993: 55).

El poder soberano aparece en el antiguo Derecho Romano en el orden doméstico, cuando el padre reconoce al hijo varón, levantándolo del suelo. Desde ese momento, adquiere sobre él, poder de vida y de muerte, poder distinto al que ejerce, por ejemplo, sobre los esclavos (dominus). En este sentido, el poder que los magistrados tienen, de vida y de muerte sobre todos los ciudadanos (imperium) es una derivación de aquel poder soberano del pater.

También encontramos una analogía en el Derecho Germánico con la figura del “bandido” o el “friedlos” (sin paz), a quien cualquiera podía darle muerte sin cometer homicidio y con el Derecho Medieval en que al bandido o “bandito” ya se lo consideraba muerto por haber sido expulsado de la comunidad y habitaba dos mundos, el de los hombres y el de las fieras, sin pertenecer a ninguno.

Esta idea es tan antigua que encontramos un vestigio de ella en el relato de la maldición que recae sobre Caín, luego de haber asesinado a su hermano Abel, cuando fue condenado

a vagar errante y extranjero a quien solo lo protegía la marca colocada por Dios para que “no lo matase cualquiera que le hallara”.

Partiendo de estas antiquísimas concepciones jurídico religiosas, Agamben introduce la figura del homo sacer como una forma de comprender la relación entre la vida y la ley en las sociedades modernas. Esta figura, que se encuentra al margen de la ley, es también una figura biopolítica, ya que su vida está completamente sujeta al poder soberano.

Agamben utiliza el concepto foucaultiano de biopolítica, para analizar el estado de excepción, argumentando que este es la manifestación más pura de la biopolítica, ya que, mediante los dispositivos gubernamentales de excepción, el poder se ejerce de manera absoluta sobre la vida. Destaca el hecho de que la Primera Guerra Mundial (1914-1918) coincide en la mayoría de los países beligerantes con un estado de excepción permanente y a partir del cual se irán ampliando los poderes ejecutivos por razones propias de la guerra inicialmente y por razones de emergencia económica, posteriormente, con lo que se asimila la excepcionalidad de la guerra a la excepcionalidad de la crisis económica en las democracias europeas. El derecho de excepción implicaba, entre otras cosas, que el poder ejecutivo se transformaba en sentido material, en órgano legislativo (Agamben, 2010: 41). Según la doctrina dominante, la Constitución de la República de Weimar (1919), en el artículo 48, llevaba ínsita su propia destrucción, ya que preveía la suspensión de una o varias prescripciones, en particular los derechos fundamentales: “(...) Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153”.

El estado de excepción sobre el que el soberano decide en cada ocasión, es aquel en que la nuda vida es el fundamento último del poder político (soberanía) y el estado bajo el cual el hombre se vuelve homo sacer, como si se hubiese traspasado el umbral más allá del cual, la vida deja de ser políticamente relevante para ser solamente vida sagrada que puede ser eliminada impunemente.

A diferencia de las formas tradicionales de poder, centradas en el cuerpo como objeto de castigo y disciplina, la biopolítica se interesa en la vida misma como objeto de control y

regulación. En palabras de Foucault, la biopolítica es un conjunto de tecnologías y racionalidades políticas, que, aunque hibridan estrategias de gobierno a diferentes escalas, tienen como marco común, la gestión, organización y dirección de la vida. Los análisis de Foucault abren un nuevo imaginario en relación a la política de la vida y la experiencia donde dimensiones como la sexualidad, la salud y la enfermedad, el urbanismo o la higiene pública se revelan como ejes fundamentales de las formas de gubernamentalidad contemporáneas.

Foucault sitúa los orígenes de la biopolítica en los siglos XVIII y XIX, con el surgimiento de las disciplinas médicas y la estadística. Estas disciplinas permitieron a los estados, conocer y controlar a sus poblaciones de manera más precisa, mediante el seguimiento de indicadores como la natalidad, la mortalidad y la salud.

La invención del “panoptismo” o de la sociedad panóptica, que se debe a Jeremy Bentham, ha traído como resultado una sociedad basada en la vigilancia, el control y la corrección. Panóptico era la figura arquitectónica que tenía en la periferia una forma de anillo y en el centro una torre con anchas ventanas que se abren al interior del anillo. Si se sitúa un vigilante en la torre central y se encierra a un loco, un preso, un enfermo, un obrero o un trabajador, permite al vigilante mirar en todo momento sin ser nunca visto, con lo que se induce en el detenido “un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción” (Foucault, 2006: 204).

Toda esta arquitectura de la vigilancia, derivó en una red de instituciones de secuestro que se encargan del control de la totalidad del tiempo de los individuos. Ha sido Foucault el primero en poner de relieve toda la amplitud de significados del término. Se trata, de mucho más que un nuevo sector tecnológico o industrial, pues la biopolítica, en el fondo, es deudora de estrategias de poder que pretenden un control exhaustivo sobre la vida.

Durante el siglo XX la biopolítica es ejercida tanto por gobiernos democráticos como no democráticos, ya que como explica Fernández Agis “no en vano, los poderes que la gestionan no son sólo oscuras organizaciones terroristas, sino gobiernos de todo signo, pues la biopolítica trasciende las escisiones que, en un plano externo y bastante superficial, suelen establecerse entre democracias y gobiernos no democráticos” (2008: 97).

4. LO POLÍTICO EN CARL SCHMITT Y CHANTAL MOUFFE: OPOSICIÓN AMIGO – ENEMIGO Y ESTADO DE EXCEPCIÓN

Para comprender el estado de excepción en Agamben, es preciso conectar con el pensamiento del jurista alemán Carl Schmitt y la doctrina conocida como “decisionismo”, que desarrollaremos en línea con los aportes de las profesoras Mack y Delannoy, en el libro intitulado *De Platón a Schmitt: un recorrido por la Constitución*.

Schmitt usa el concepto de excepción, para atacar la idea de que conflictos extremos pueden ser resueltos por la legalidad o por una deliberación racional. La excepción es un intervalo dramático en el que la legalidad constitucional y la discusión parlamentaria se ven interrumpidas. La verdadera decisión revela en un instante, la naturaleza dictatorial de la autoridad soberana (Mack, Rossi y Delannoy, 2006: 18).

Schmitt comparte con Hobbes la idea de que el Derecho no es razón sino voluntad y polemizando con el normativismo de Kelsen, entiende que siempre se requiere la interposición de un sujeto jurídico con autoridad para poner en acto la norma y que no pertenece a la norma misma.

Adquiere un especial relieve la decisión que juntamente con la excepcionalidad, van a ser las notas que caracterizan al soberano que es, en definitiva, el sujeto que habilita el orden jurídico.

Sobre este punto, las profesoras Mack y Delannoy enseñan que “antes de la norma está, jurídicamente, la decisión, que, desde el punto de vista normativo, y como previa a ella, “nace de la nada”. ¿Sobre qué decide en última instancia el decisor soberano? Sobre el estado de excepción. La excepción produce la decisión extra ordinem, que significa fuera del orden normativo, pero no del orden jurídico total” (Mack, Rossi y Delannoy, 2006: 9).

De alguna manera, Schmitt permite ver lo que hay por detrás de la pirámide jurídica, y de la norma hipotética fundamental (Grundnorm): la figura del soberano que tiene la decisión y es el otro componente necesario del orden jurídico. De esta manera, el ordenamiento jurídico es la resultante de dos elementos: el orden normológico, como lo entendía Kelsen y la decisión soberana. Fuera de ese ordenamiento, el caos.

Detrás de la norma, aún de la originaria, hay otra instancia. El mismo Kelsen lo sabía cuándo dice que quien descorra el velo y no cierre los ojos, se encontrará cara a cara con la Gorgona del poder (Mack, Rossi y Delannoy, 2006: 9).

Este poder que subyace al orden normativo, siempre resultó inquietante para los estudiosos del Derecho, porque muestra a la soberanía constituyente como una fuerza impredecible, como factualidad pura, que, como dice Andreas Kalyvas, lleva las marcas de una fuerza sin límites ni divisiones, que colinda con la violencia, la arbitrariedad y la facción pura.

La soberanía para Schmitt, se manifiesta como poder constituyente, que lleva a cabo un proceso de elaboración constitucional que está por encima del legislativo, que promulga las leyes fundamentales. El soberano es un poder fundador, un inicio absoluto, que brota de la nada normativa y que se activa en momentos excepcionales en el vacío legal que retrotrae al estado de naturaleza.

El soberano sólo se vuelve visible durante situaciones extremas, cuando una constitución es destruida pero la otra aún no ha nacido y hace las veces también de puente entre la Constitución, que es el reino de la normatividad pura y la Política, que es el reino de la factualidad pura (Kalyvas, 2005: 99-102).

Profundizando la idea del poder constituyente soberano, Elías Díaz nos explica que, en caso de un nuevo derecho implantado, por ejemplo, a través de una revolución, no se cumplen los requisitos del respeto a normas previas correctamente promulgadas y no derogadas. Por el contrario, las normas jurídicas “nuevas”, surgidas de ese proceso, se consideran vigentes y válidas por los aparatos institucionales del Estado y un número significativo de destinatarios de esas normas. Esto por cuánto, el poder constituyente, entendido en sentido amplio y como hecho social, es el origen (el creador) del Estado y del Derecho y puede ser también, quien otorgue legitimidad a ambos (1984: 23).

Finalmente, daremos cuenta de otra de las ideas-fuerza del pensamiento de Schmitt que guarda estrecha relación con la lógica binaria de “buenos y malos” surgida a partir del 11/S, y consiste en entender que la esencia de “lo político” se reduce a la distinción amigo-enemigo y que la política no se sustenta, como creen los liberales, en la “discusión”, sino en la “decisión”.

Para Schmitt, la esencia de lo político es una decisión acerca de lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto, y, en última instancia, del bien y del mal. Schmitt, usa el concepto de

excepción para atacar la idea de que conflictos extremos puedan ser resueltos por la legalidad o por la deliberación racional.

La excepción es un intervalo dramático en el que la legalidad constitucional y la discusión parlamentaria se interrumpen. La naturaleza de “lo político”, sólo puede ser descubierta en el momento preciso en el cual una cierta antítesis (de tipo religioso, moral o económico) se transforma en un conflicto de extrema intensidad y esa intensidad se define por la posibilidad de diferenciar entre amigo y enemigo. Representa la posibilidad siempre presente del combate y de la guerra lo que hace a lo político, irreductible a cualquier otra esfera de la acción humana (Mack, Rossi y Delannoy, 2006: 18).

En última instancia, de eso se trata la soberanía, de decidir sobre lo excepcional, siendo lo excepcional por antonomasia, la guerra, en la que aparece en toda su atemorizante evidencia, el derecho de hacer la guerra y que atañe la posibilidad cierta de matar al enemigo político.

Se trata en Schmitt, del carácter irreductible del antagonismo propio de lo político: “el *jus belli* significa una gran capacidad de disposición, porque implica por un lado la capacidad de requerir a los miembros del propio pueblo, o la disponibilidad para matar y ser muertos, y por otra, matar a las personas que se encuentran del lado del enemigo” (Mack, Rossi y Delannoy, 2006: 18).

En este sentido, deviene del mayor interés, revisar los aportes que sobre “lo político” ha hecho la politóloga belga Chantal Mouffe, quien asume una postura muy crítica de la visión que se instaló en Occidente luego del fin de la Guerra Fría, que pretendía que se hubiera llegado al fin de la historia, o como si con la derrota de la Unión Soviética, habitáramos “un mundo sin enemigos” o como si se hubiese transicionado a una época pospolítica en que desaparecieron los antagonistas.

Para Chantal Mouffe, es un error concebir a la política democrática en términos de consenso y reconciliación, ya que “lo político” se vincula con la hegemonía y todo orden político está basado en una práctica de exclusión.

Mouffe nos advierte también, que predomina una visión idealizada de la sociedad humana como impulsada por la empatía y la reciprocidad, suponiendo, erróneamente que la violencia y la hostilidad son fenómenos arcaicos. Los antagonismos que pueden resurgir si

no son adecuadamente procesados por las democracias, creando los canales legítimos para que sean escuchadas las voces del disenso y no asuman así, formas violentas.

En este sentido, es oportuno aclarar que la pensadora se distancia de Schmitt en cuanto habla de identidades políticas colectivas que se confrontan en la democracia y que hay conflictos para los que no puede existir nunca una solución racional (Mouffe, 2007: 17).

Lo decisivo es que el antagonismo del nosotros-ellos, pueda convivir en el pluralismo democrático en un enfoque agonista que, si bien reconoce una confrontación entre adversarios, percibe las demandas de los otros como legítimas. Los agonistas se perciben como perteneciendo a la misma asociación política y comparten un espacio simbólico común (2007: 27).

Volviendo a Agamben, si algo identifica plenamente a esa decisión del soberano es declarar el estado de excepción que no es externo ni interno al ordenamiento jurídico, sino más bien un umbral que suspende o interrumpe el orden jurídico, fenómeno que los antiguos romanos identificaban como “*Iustitium*” que guarda analogía con la idea de “*Solstitium*”, fenómeno que aludía al momento en que el sol que se había detenido.

Esta institución tiene su origen en que, cuando llegaba la noticia de que había acontecido una situación que ponía en peligro a la República (“*tumultum*”) el Senado emitía un “*senatus consultum ultimum*” por el cual se pedía a ciertos ciudadanos o funcionarios que asumieran la conducta que fuera necesaria para salvar al Estado y que habilitaba medidas absolutamente excepcionales como fue el episodio mediante el cual el ciudadano Escipión Násica dio muerte a Tiberio Graco (Agamben, 2010: 85-94).

El estado de excepción no es una dictadura sino un espacio vacío de derecho, ya que declarado el “*iustitium*”, se suspende el derecho, todas las prescripciones jurídicas son puestas fuera de juego y se borra la distinción entre público y privado. Es como si el derecho intentara incluir en sí la propia ausencia y asegurarse una relación con el estado de excepción, casi como si para fundarse, debiera mantenerse necesariamente en relación con una anomia.

Se puede concluir entonces que el sistema jurídico de Occidente se conforma con dos elementos: uno normativo, llamado “*potestas*” y otro elemento anómico o metajurídico llamado “*auctoritas*” en el cual, el estado de excepción es el dispositivo que debe articular y mantener unidos los dos elementos instituyendo un “*umbral de indecidibilidad*” entre anomia y nomos.

5. CONCLUSIONES

a) La detención indefinida sin cargos en la base militar de la Bahía de Guantánamo, a la que el gobierno estadounidense ha recurrido en respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001, ha sido ilegal desde el primer momento y se ha convertido en uno de los emblemas más infames del siglo XXI de ejercicio del poder soberano, que decide sobre el estado de excepción, en una lógica antagonista de amigo-enemigo y configura un espacio donde resultan admisibles todas las formas de violentación de la consciencia y de los cuerpos de los detenidos que carecen de un status jurídico claro.

b) La excepcionalidad permanente en Guantánamo ha creado un espacio donde todo vale y donde se ha retirado el ordenamiento jurídico. Guantánamo pasó de ser un centro de detención a convertirse en un centro de interrogatorios donde los presidiarios, como lo demuestra el informe de la CIDH de 2015, son sometidos a prácticas de torturas y a tratos inhumanos y degradantes. Son sujetos al peor suplicio que es la incertidumbre de saber, ya que no son sometidos a juicio, ni son claros los cargos que se les endilgan. Están desamparados de las garantías constitucionales norteamericanas y al margen también del Estatuto del Prisionero de Guerra que exige el Derecho Internacional Humanitario.

c) Es y será decisivo el rol que asuma la comunidad internacional para no prorrogar la existencia de un estado de excepción declarado por Estados Unidos y que pretende la exclusión de las márgenes de cualquier ordenamiento jurídico de los individuos capturados en la guerra contra el terrorismo.

La comunidad internacional debe bregar por el respeto del Derecho Internacional Humanitario y el status de Prisionero de Guerra conforme las Convenciones de Ginebra. Sobre este punto, vale traer la reflexión de Sassóli, cuando detalla que hace cincuenta años, un autor explicaba que el estatuto de prisionero de guerra estaba en peligro en toda “guerra-cruzada”. Sin embargo, todo argumento relacionado con la legitimidad de la causa de Estados Unidos y con la ilegitimidad de la de sus enemigos, no tiene incidencia jurídica sobre la calificación y la protección de los individuos en Derecho Internacional

Humanitario. Con respecto al argumento según el cual se trataría de una nueva forma de guerra, no implica necesariamente que el derecho existente no se aplique a ésta, si este derecho la abarca según su texto, fin, objeto y contexto (2003: 564).

6. REFERENCIAS

- Agamben, Giorgio; Estado de excepción, Adriana Hidalgo Editora, 2010, Buenos Aires.
- Agamben, Giorgio; Medios sin fin: notas sobre la política, Adriana Hidalgo Editora, 2017, a, Buenos Aires.
- Agamben, Giorgio; El poder soberano y la vida desnuda: homo sacer I, Adriana Hidalgo Editora, 2017, b, Buenos Aires.
- Amnesty International, Acción urgente: pongan en libertad a los presos y cierren Guantánamo, 30 de abril de 2024. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr51/8000/2024/es/>
- Arendt, Hannah; The Origins of Totalitarianism, Penguin Random House, 2017, United Kingdom.
- Arguello, Luis Rodolfo; Manual de Derecho Romano: historia e instituciones, 1993, Astrea, Buenos Aires.
- Barbé, Esther; Relaciones Internacionales, Editorial Tecnos, 2015, Madrid
- Barboza, Julio; Derecho Internacional Público, Zavalía, 2008, Buenos Aires.
- Calveiro, Pilar; Estado de excepción y violencia, Revista de Ciencias Sociales, N° 24, Universidad de la República, octubre de 2018, Montevideo. P. 95-100.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Hacia el cierre de Guantánamo, OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc 20/15, 3 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf>
- Díaz, Elias; De la maldad estatal y la soberanía popular, Editorial Debate, 1984, Madrid.
- Diez de Velasco Vallejo, Manuel; Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, 2001, Madrid.
- Fernández Agis, Domingo; ¿Qué es la biopolítica?, Cuadernos del Ateneo, N° 26, 2008. España. P. 93-98.
- Foucault, Michel; La verdad y las formas jurídicas, Octaedro Editores, 2003, México D.F.

Foucault, Michel; *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, 2006, Buenos Aires.

Kalyvas, Andreas; *Soberanía popular, democracia y el poder constituyente*, Política y Gobierno, Vol. XII, N° 1, 1° semestre 2005. P. 91-124.

Levi, Primo; *Si esto es un hombre*, 2017, Ariel, Buenos Aires.

Mack, Adriana, Rossi, Carlos y Delannoy, Solange María, UNR EDITORA, 2006.

Mouffe, Chantal; *En torno a lo político*, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Naciones Unidas, Carta de Naciones Unidas, 26 de junio de 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

Reverter, Emma; *Guantánamo, diez años: un repaso a la historia de la polémica prisión durante los diez años desde su creación y la evolución de una batalla legal que aún no ha terminado*, 2012, Roca Editorial de Libros, Barcelona.

Sassóli, Marco; *La guerra contra el terrorismo, el derecho internacional humanitario y el estatuto del prisionero de guerra*, Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas. Lecciones y Ensayos N° 78, Gabriel Pablo Valladares (comp). Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2003, Buenos Aires, P. 549-583.

The White House; *The National Security Strategy of the United States of America*, September 2002, Washington. Disponible en: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

Recibido el 11 de febrero de 2025, aceptado el 14 de marzo de 2025

ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS PRIVADAS EN ARGENTINA: RELEVAMIENTO LEGAL Y ANÁLISIS NORMATIVO⁶

Rocío Loza Serra⁷

Universidad Nacional de Córdoba

rociolozaserra@gmail.com

RESUMEN

Las áreas naturales protegidas privadas en Argentina se caracterizan por un marco legal fragmentado y dispar entre las jurisdicciones provinciales. Aunque se han realizado avances significativos en el reconocimiento y regulación de este instrumento, la ausencia de una legislación unificada a nivel nacional genera un entorno jurídico confuso que dificulta la promoción de iniciativas de conservación. En este contexto, el estudio de la heterogeneidad de las regulaciones, como se observa en el informe presentado, permite identificar los vacíos y discrepancias que dificultan la implementación efectiva de políticas de protección. Este panorama sugiere la necesidad urgente de establecer una legislación nacional que ofrezca un marco más coherente y robusto, facilitando así la institucionalización de áreas naturales protegidas privadas y contribuyendo a un aumento de la superficie protegida en Argentina.

⁶ Este trabajo forma parte, como primera etapa, del proyecto de investigación “Territorios en red: hacia una regulación armonizada de la conservación privada en Argentina”, que ha sido elaborado a solicitud y bajo financiamiento de Raimundo Florin, propietario de la Reserva Privada Piedra del Agua, Refugio de Vida Silvestre y miembro fundador de la Red Argentina de Reservas Privadas, a raíz del trabajo y esfuerzos mancomunados de un grupo de reservas privadas para ser legalmente reconocidas por la provincia de San Luis, Argentina, con la finalidad de ser presentado como propuesta y base para el debate en los diversos ámbitos provinciales y nacionales, en beneficio del resto de reservas privadas y de la comunidad en su conjunto.

⁷ Abogada, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2017. Investigadora independiente. Asesoramiento y consultoría en litigios y problemáticas ambientales. Especializada en derecho y políticas públicas ambientales. Maestranda en la carrera de Especialización en Derecho Ambiental y Gestión del Patrimonio Cultural y Máster en Derecho Urbanístico por la Universidad Nacional del Litoral (Argentina) y Universidad de Limoges (Francia). Integrante de equipos de investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y del Instituto de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina (2013-2022).

Palabras claves: Áreas naturales protegidas privadas, Conservación privada, Legislación ambiental, Políticas públicas ambientales, Argentina.

ABSTRACT

The protected natural areas in Argentina have a fragmented and disparate legal framework between provincial jurisdictions. Although there has been significant progress in recognition and regulation about that legal figure, the absence of an unified national legislation creates a confusing legal framework that hinders the promotion of conservation initiatives. In this context, the analysis of the regulatory heterogeneity, as is presented in this study, allows us to identify the vacuums and the discrepancies that difficult the implementation of effective protectionist policies. This state of things suggest the urgent necessity of establishing a coherent and robust national legislation framework, therefore facilitating the institutionalization of the protected private natural areas and contributing to an increase in the conserved areas in Argentina.

Keywords: Private protected areas, Private conservation, Environmental legislation, Environmental public policies, Argentina.

1.INTRODUCCIÓN

La preservación del ambiente en Argentina enfrenta retos significativos, especialmente en lo que respecta a las áreas naturales protegidas privadas. Este estudio tiene como objetivo fundamental analizar el estado actual de la legislación que regula dichas áreas a nivel provincial y nacional. El reconocimiento de las reservas privadas es crucial, no sólo para salvaguardar la biodiversidad, sino también para fomentar la participación activa de la sociedad civil en la conservación de sus recursos naturales.

Cabe aclarar que, si bien existen algunos trabajos que han dado cuenta de un relevamiento similar (Castelli, 2001; Moreno et.al., 2008; Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, s.f.) los mismos datan de hace varios años por lo que se encontraban desactualizados, considerando además la creciente regulación de reservas privadas en legislaciones provinciales más recientes.

Por lo tanto, es imprescindible llevar a cabo un relevamiento exhaustivo que permita no sólo comprender el marco legal existente, sino también identificar los vacíos y discrepancias que dificultan la implementación efectiva de políticas de protección.

2.ACLARACIONES CONCEPTUALES

Existen diversas formas de definir las áreas naturales protegidas (en adelante ANP o ANPs en plural), según en dónde se ponga el acento. A su vez, se encuentran distintas clasificaciones legales de áreas naturales, las cuales difieren, en Argentina, según la regulación prevista en cada provincia. Por ello, resulta importante precisar a qué se estará refiriendo en este trabajo cuando se utilicen los términos “áreas naturales protegidas”, “áreas naturales protegidas privadas”, “reservas naturales” o “reservas privadas”.

De acuerdo a la Unión Internacional por la Conservación de la Naturaleza (UICN) un área natural protegida, es “un espacio geográfico claramente definido, reconocido, dedicado y gestionado mediante medios legales u otros tipos de medios eficaces para conseguir la conservación a largo plazo de la naturaleza y de sus servicios ecosistémicos y sus valores culturales asociados” (Dudley - UICN, 2008).

Esta definición resulta útil porque permite reconocer como ANP a aquellas porciones de territorio delimitado sobre el que se aplica algún tipo de gestión para la protección de sus valores ambientales, entendidos estos tanto en relación a sus aspectos naturales como culturales. Además, permite considerar dentro de este concepto a aquellos lugares que no hayan sido creados mediante una norma o con la intervención del estado -aunque el presente trabajo apunte a relevar cómo se regula la creación, reconocimiento e incorporación de las ANPs dentro de los sistemas legales e institucionales estatales-. Por último, la definición hace énfasis en la protección a largo plazo, lo que resulta relevante en relación con la dinámica de los territorios y los procesos e interrelaciones naturales y culturales de los ecosistemas.

Por su parte, la Red Argentina de Reservas Naturales Privadas (2015) ha definido a las ANPs privadas como:

(...) un área definida geográficamente, protegida bajo dominio y tenencia privada, que se gestiona por iniciativa y voluntad del propietario para la conservación de los ecosistemas

naturales y su diversidad biológica asociada, y los valores culturales allí presentes, que puede estar sujeta o no al uso sustentable de sus recursos.

Ahora bien, en algunos casos, la denominación “reserva” se utiliza como un tipo o categoría particular de área natural protegida, mientras que en otros es un término general utilizado como sinónimo de ANP privada.

Como se mencionó, las ANPs se encuentran clasificadas en los sistemas legales coexistentes en Argentina -considerando el esquema federal de organización política- de diversas maneras, que incluso difieren en las diversas normativas provinciales y la normativa nacional que las regula.

A modo de ejemplo, la Ley nacional n° 22.351 de Parques Nacionales contiene una clasificación por la cual se indica que pueden declararse “Parque Nacional”, “Monumento Natural” o “Reserva Nacional”, en todos los casos dentro del dominio público nacional. Por su parte, las provincias no sólo contienen otras clasificaciones sino que además establecen algunas categorías donde está prevista la conformación mixta de dominio público y dominio privado. Por ejemplo, Jujuy clasifica a las ANPs según sus modalidades de conservación y utilidad en: a) Parques Naturales; b) Monumentos Naturales; c) Reservas Naturales Estrictas; d) Áreas Protegidas de Manejo de hábitats o especies; e) Áreas Protegidas de Uso Múltiple o Sostenible de los recursos naturales; y f) Paisajes Protegidos. Al mismo tiempo, y sin perjuicio de las categorías de conservación, también las clasifica según el régimen de gestión en: 1) Áreas Naturales Protegidas Públicas (provinciales o municipales); 2) Áreas Naturales Protegidas de Propiedad Privada; y 3) Áreas Naturales Protegidas de Propiedad Comunitaria Indígena (Ley n° 6080/2018).

En cambio, otras provincias adhieren a la clasificación vigente en el ámbito internacional, prevista por la UICN. Así, San Luis prevé que las ANPs pueden categorizarse en: Reserva Científica/Reserva Natural Estricta; Parque Nacional o Parque Provincial; Monumento Natural Nacional o Provincial; Reserva Natural Manejada/Santuario de Flora y Fauna; Paisaje Protegido; Reserva de Recursos; Reserva Natural Cultural; Reserva de Uso Múltiple; Reserva de la Biosfera; Sitio de Patrimonio Mundial (Natural); Sitio Ramsar; y Sitios Hemisferios. A su vez, en su última modificación, prevé la incorporación de “Áreas Naturales Protegidas Privadas”, que en principio deben elegir una categoría de las

propuestas por la UICN (Ley No IX-0309-2004 -5421 *R- TEXTO ORDENADO Ley XVIII-0712-2010 – Ley IX-0852-2013).

Algunas provincias, con una regulación más antigua, establecen sus propias categorías, como sucede por ejemplo con la provincia de Córdoba, que clasifica a las ANPs en: 1. Áreas destinadas a uso no extractivo y rigurosa intervención del Estado: a) Ambientes de conservación paisajística y natural: Parques Naturales Provinciales y Monumentos Naturales Provinciales, b) Ambientes de conservación biótica: Refugios de Vida Silvestre; 2. Áreas de aptitud productiva controladas técnicamente por el Estado: a) Ambientes de conservación y producción: Reservas Provinciales de Uso Múltiple, Reservas Hídricas Naturales, Reservas Forestales Naturales, Reservas Naturales de Fauna, Reservas Recreativas Naturales; b) Ambientes de conservación cultural y natural: Reservas Culturales Naturales. (Ley n° 6964/1983). En este caso, la legislación no prevé la posibilidad de reconocer ANPs privadas.

Por su parte, provincias como Salta incluyen a las ANPs privadas como una categoría autónoma sin posibilidad de superposición, clasificando en: a) Reservas Estrictas Intangibles; b) Monumentos Naturales; c) Monumentos Culturales; d) Parques Provinciales; e) Paisajes Protegidos; f) Refugios Provinciales de Vida Silvestre; g) Reservas Naturales de Uso Múltiple.; h) Reservas Naturales Municipales; i) Reservas Naturales Culturales; j) Reservas Naturales Privadas; y k) Categorías de Manejo Internacionales (Sitios Ramsar, Reservas de la Biósfera o Sitios de Patrimonio Mundial o de la Humanidad) (Ley n° 7107/2000).

Por otro lado, dentro de territorios protegidos mediante gestión privada, se habla en algunos casos de “áreas naturales protegidas privadas”, como el caso citado de la provincia de San Luis, o directamente, en el caso de otras provincias, de “reservas privadas”.

En este punto, es necesario hacer algunas precisiones para diferenciar jurisdicción, dominio y gestión. Por jurisdicción se entiende la porción de territorio en la cual rige la normativa y regulaciones ya sean nacionales o provinciales, dada por los límites de la Nación y de cada una de las provincias o, en su caso, de los municipios. Dominio, se refiere a la relación de propiedad con un inmueble, que puede ser pública o privada y, esta última, detenida por Nación y provincias o por particulares, sean personas físicas o jurídicas. Por último, la gestión hace referencia a quién define, propone y/o implementa los

lineamientos, la planificación, el manejo, actividades, control y demás aspectos apuntados a la protección del área natural reconocida.

De ese modo, la gestión es pública cuando es detenida por el Estado y privada cuando está en manos de personas físicas o jurídicas privadas, independientemente de la titularidad de la tierra. Así, salvo los casos de parques naturales o áreas protegidas de conservación estricta, donde el territorio es de dominio público en su totalidad, existen numerosas ANPs provinciales cuyo territorio está compuesto en gran parte por dominio privado (terrenos de propiedad privada), con una gestión enteramente pública.

Por ello, lo crucial para determinar si una ANP es pública o privada, no radica en el dominio, es decir, quién es propietario de la tierra, sino en manos de quién se encuentra la gestión de la protección. En consecuencia, aunque las legislaciones existentes no lo identifiquen de ese modo, debería hacerse referencia a áreas naturales protegidas de gestión privada o, en todo caso, de gestión público-privada.

Como puede observarse, los disímiles criterios de clasificación de las ANPs pueden implicar diferentes conceptos y alcances del término “reserva”. Por ello, a los fines del presente trabajo, se aclara que se utilizarán de manera indistinta los términos “áreas naturales protegidas privadas” (o ANPs privadas) y “reservas privadas”, haciendo referencia a cualquier tipo de protección del territorio y sus valores de conservación ambientales y/o culturales, a largo plazo y cuya gestión esté en a cargo del particular propietario, eventualmente compartida con la provincia, independientemente de la categorización que oficialmente le pudiera corresponder, según la legislación aplicable al ser creada o reconocida estatalmente.

3.METODOLOGÍA

Para realizar el estudio de una manera completa y exhaustiva, se realizó por un lado el relevamiento de todas las leyes vigentes generales de ambiente, leyes de bosques y leyes de áreas naturales protegidas, verificando sus versiones actualizadas en caso de modificaciones, e incluyendo decretos reglamentarios en caso de existir.

Luego se continuó con la revisión del contenido de cada una de las normativas regulatorias de ANPs, a los fines de verificar si se encontraban previstas las reservas privadas y cómo estaban reguladas.

En cada caso, se fue anotando la normativa relevada en una planilla de excel, indicando si correspondía a la Nación o a cada provincia, temática, tipo de normativa, número de ley, año de sanción, si contenía o no regulación específica sobre reservas privadas y el link a fuentes oficiales para consultar la normativa completa.

Por otro lado, se relevaron los proyectos de leyes nacionales que se han presentado para regular de una manera general las reservas privadas en todo el territorio de Argentina, ya sea por medio de la Cámara de Diputados o de Senadores.

Seguidamente, se analizó el contenido de cada una de las normativas provinciales que referían expresamente a reservas privadas, identificando categorías de regulación referidas a: Provincia, Año de regulación, Denominación, Definición, Procedimiento de creación o reconocimiento, Modelo de convenio aprobado o en revisión, Registro de la Propiedad - restricciones al dominio, Tipo de propietario que admiten, Plazo de duración, Posibilidad de renuncia o desafectación, Clasificación, Plan de gestión o manejo, Zona o porcentaje mínimo de conservación estricta, Control y monitoreo - Guardaparques (GP), Beneficios e incentivos, Derecho de preferencia en caso de venta, Servidumbres ambientales u otras, Subdivisión controlada, Registro de ANPs, Otros aspectos.

Por su parte, se deja para posteriores etapas, cuando se evalúen diferentes modos de propuestas de regulación de ANPs privadas, un análisis más profundo de las disposiciones contenidas en normativas generales de ambiente, sobre bosques nativos, senderos, uso público y otras. Asimismo, en las siguientes etapas proyectadas se plantea realizar un análisis de los instrumentos de gestión, las estrategias de institucionalización e instrumentos normativos para reservas privadas y/o instrumentos de conservación de tierras privadas con valor ambiental vigentes o aplicables en Argentina, así como un análisis comparativo, y evaluación de ventajas y desventajas aplicable a casos particulares. Por último, como tercera etapa, se proyecta la elaboración de una propuesta de anteproyecto de ley nacional de reservas privadas, aplicable tanto al ámbito de jurisdicción nacional como provincial.

A continuación, se presenta un resumen de los resultados obtenidos. La tabla con el relevamiento completo y detalle del contenido de cada normativa puede consultarse en el siguiente link:

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1NiroEp_-2hLu69C0zDq0_V8yqTClpQCq/edit?usp=sharing&ouid=117169534667991646086&rtpof=true&sd=true

4.ALGUNAS ACLARACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA POLÍTICO-JURÍDICA FEDERAL EN ARGENTINA Y LA CUESTIÓN AMBIENTAL

El estado argentino surge luego de varios años de luchas en lo que eran en ese entonces las provincias del Río de la Plata. Finalmente, luego de frustrados intentos de conformación mediante una constitución nacional, se logra su sanción en 1853, institucionalizando la unión de las provincias existentes en ese momento (incorporándose la provincia de Buenos Aires en 1860). Es por esto que la Constitución nacional argentina tiene un fuerte antecedente en la preexistencia política de las provincias, entendiendo que son ellas quienes delegan un cúmulo de atribuciones en el estado nacional que se crea en ese mismo momento.

Así es que se adopta como forma de organización política el estado federal, caracterizado por estar compuesto de diferentes niveles de gobierno, reservando la soberanía para el estado nacional y la autonomía para los estados provinciales (más adelante, con la reforma constitucional de 1994, asegurando también dicha autonomía para los municipios).

Asimismo, en diversos artículos del mismo cuerpo normativo se establecen las facultades, competencias y atribuciones que las provincias delegan en la Nación. Sin embargo, esto debe complementarse, para un adecuado análisis, con el art. 121 de la Constitución Nacional donde se establece que: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Surge de todo lo mencionado la regla general por la cual en la esfera nacional recaen sólo aquellas competencias que hayan sido delegadas por las provincias, ya sea de manera expresa o tácita (esto es, cuando se otorga una función al estado nacional, se entiende que

se le delegan las competencias necesarias para ejercer dicha función o actividad, aunque no esté mencionada expresamente). Y, como contracara, las provincias se reservan todo el poder no delegado a la nación. A ello hay que sumarle, en función de los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, la obligación de las provincias de asegurar el régimen municipal, por lo que se suma una esfera más de competencias como es la de los municipios, en todas las cuestiones y materias que cada provincia establezca en sus respectivas constituciones (Juliá, 2013).

A su vez, adentrándonos en la materia ambiental, el art. 124 de la Constitución Nacional reconoce que le corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. No obstante, en la reforma constitucional de 1994, se incorporó la llamada cláusula ambiental en el art. 41, que distribuye la facultad de legislar en materia ambiental entre la Nación y las provincias, facultando a la primera a establecer presupuestos mínimos, es decir, pisos o umbrales como mínimos exigibles en materia ambiental en todo el territorio, y a las provincias toda aquella disposición necesaria para complementar aquéllos presupuestos donde podrán exigir siempre más pero nunca menos que las leyes de presupuestos mínimos (Juliá, 2016)

Encontramos entonces una diversidad de competencias ambientales de distintos tipo, ya sea que le correspondan a Nación, a las provincias (y municipios) o a ambas partes:

Nación: facultad de dictar las normas de presupuestos mínimos ambientales (Art. 41 CN) exigibles en todo el territorio. Además, al Congreso Nacional se le otorga la facultad exclusiva de dictar el Código de Minería así como los Códigos Civil y Penal (que contienen disposiciones relativas a cuestiones ambientales), siempre que dicha normativa no afecte las jurisdicciones locales. Además, pueden regular todo lo relativo a los recursos naturales que se encuentren en territorio bajo jurisdicción nacional (como las áreas naturales protegidas nacionales).

Provincias: las provincias se reservan la facultad de complementar los presupuestos mínimos establecidos por el congreso nacional, con la posibilidad de regular de forma más estricta y nunca por debajo de dichos presupuestos (Art. 41 CN). Además, se reservan el derecho de regular todo lo relativo a los recursos naturales que tienen bajo su dominio y todas aquellas cuestiones ambientales, que no estén reguladas por la Nación (Arts. 41, 121 y 124 CN).

Municipios: en virtud de su autonomía, los municipios tienen la facultad de regular todas aquellas cuestiones ambientales que hagan a su jurisdicción y competencia, respetando toda la legislación nacional como provincial aplicable.

Resta decir que, con anterioridad a la inclusión de la cláusula ambiental, fueron las provincias y en parte los municipios dentro de sus competencias quienes comenzaron a dictar normas vinculadas a materia ambiental (Juliá, 2013). No obstante, la Nación, en un intento por unificar algunos criterios, ha sancionado leyes ambientales invitando a las provincias a adherir, es decir que, en esas materias, se requiere la adhesión expresa por ley provincial para que la ley nacional ambiental tenga obligatoriedad (salvo que se trate de una ley de presupuestos mínimos, penal, tributaria, una norma del Código Civil y Comercial o cuestiones transfronterizas).

En la misma línea, en lo que hace a las áreas naturales protegidas, la Nación sólo ha tenido facultades para regular aquellos territorios que se encuentran sujetos a jurisdicción nacional por tratarse de bienes del dominio público o privado nacional. Por tal motivo, la Ley de Áreas Naturales Protegidas nacional o ley de Parques Nacionales, sancionada en 1980, sólo rige para las ANPs nacionales, mientras que no se ha sancionado hasta el momento una ley de presupuestos mínimos para esta temática.

Por su parte, cada provincia ha ido sancionando sus propias y diferentes leyes de áreas naturales protegidas, las que datan de diferentes años y épocas, incluso anteriores a la reforma constitucional del 94 y la inclusión de la cláusula ambiental, lo que deriva en una multiplicidad diversa de regímenes de protección a lo largo del territorio argentino y una inclusión dispar de la posibilidad de crear o reconocer reservas privadas.

Presentación y análisis de resultados⁸

Ámbito nacional

Del relevamiento y análisis realizado se pueden extraer algunas observaciones. En primer lugar, en el caso de la normativa nacional, dado que la ley de Parques Nacionales es muy clara al indicar que todo territorio que se declare como Parque, Monumento o Reserva nacional será del dominio público nacional, se deduce la imposibilidad de creación o

⁸ A fin de evitar la inclusión de números y nombres de leyes, se exponen directamente los resultados resumidos del relevamiento en referencia a sus contenidos. Para mayor detalle sobre número de normativas, años de sanción, articulado y contenido específico, deberá consultarse la planilla de relevamiento, disponible en el siguiente link:

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1NiroEp_-2hLu69C0zDq0_V8yqTClpQCq/edit?usp=sharing&ouid=117169534667991646086&rtfpof=true&sd=true

reconocimiento de reservas privadas en dicha jurisdicción. Es decir, no es posible prever reservas privadas en jurisdicción nacional, ya que, al menos con la legislación actual, el dominio de las ANPs nacionales es público y, por tanto, también es pública su gestión.

Sin embargo, ello no obsta a que pueda existir legislación nacional que contemple la creación, reconocimiento y regulación de reservas privadas en jurisdicciones provinciales o, incluso, que se contemplen modificaciones al esquema de áreas naturales protegidas nacionales previendo la posibilidad de incorporación de reservas naturales privadas. En ese sentido, si bien no hay ninguna normativa vigente, sí se han presentado algunos proyectos de ley que han intentado dicha regulación, como una forma de lograr una unificación de aspectos básicos en todo el país.

Proyectos de ley nacionales sobre reservas privadas

En principio, como se mencionó, no existe ley nacional vigente que regule las reservas privadas, ni las que se encuentran en territorio de jurisdicción nacional ni las que se ubiquen dentro de jurisdicción provincial.

No obstante, de la búsqueda realizada tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores, surgen dos proyectos de ley presentados en el año 2015 y en el año 2021, de los diputados Carlos Rubin y Brenda Austin respectivamente, ambos ya sin estado parlamentario.

En el primero de ellos, de manera bastante escueta, se dispone la creación de un Registro Único Nacional de Reservas Naturales Privadas, que estará integrado por todas las reservas naturales privadas en el territorio nacional, las que se indica que deben estar reconocidas por el correspondiente estado provincial. A su vez, designa como autoridad de aplicación a la Administración de Parques Nacionales, y regula sus funciones, entre las que se encuentran: a) Firmar acuerdos de cooperación y asistencia con organismos públicos y privados; b) Crear mecanismos de diálogo y participación con organizaciones no gubernamentales o redes conformadas por las reservas privadas; c) Otorgar y gestionar estímulos económicos e impositivos ante el Estado Nacional para las reservas naturales privadas integrantes del registro; d) Colaborar en el control de compatibilización entre la conservación de la flora y la fauna silvestre con la actividad productiva privada que se desarrollan de manera sustentable, con las autoridades locales; e) Establecer un régimen de publicidad adecuado del Registro Único Nacional de Reservas Naturales Privadas a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones de la ley; y f) Realizar toda otra acción

tendiente a coordinar una política nacional unificada en materia de reservas naturales privadas, en el marco de sus competencias, en armonización con la Leyes nacionales N° 22.351 y N° 25.675, en absoluto respeto de las autonomías provinciales y municipales.

Finalmente, se invita a las provincias a adherirse y se dispone la procedencia de la reglamentación en un plazo determinado.

Por su parte, en el caso del proyecto presentado por la diputada Austin, indica que su objeto es “promover la creación de áreas protegidas bajo gobernanza privada, denominadas reservas naturales privadas, y regular su funcionamiento en el ámbito de la República Argentina”. A su vez, apunta a crear una nueva categoría de “Reserva Natural Privada” dentro del ámbito de las ANPs nacionales, destinadas a integrar el Sistema Federal de Áreas Protegidas.

Destaca en su definición la referencia a la gestión voluntaria antes que al dominio, como nota que le da el carácter de privada, remitiendo al término “gobernanza privada”, lo que le da una impronta más actual e integral. Asimismo, determina las actividades que quedan expresamente prohibidas y limita aquellas que pueden permitirse dentro de la ANP privada, refiriendo a investigación científica, educación ambiental, voluntariados y prácticas profesionales, ecoturismo, recreación y actividades productivas sustentables compatibles. Por otro lado, se observa la referencia a la promoción del Plan Nacional de Restauración de Bosques Nativos.

En cuanto a su implementación, indica la facultad de celebrar convenios para el reconocimiento de las reservas privadas, previa evaluación, e indicando como plazo un periodo de 10 años renovable o la posibilidad de reconocerlas a perpetuidad, dejando sujeta a la reglamentación una mayor regulación del procedimiento. Asimismo, indica que el procedimiento será gratuito y que la autoridad de aplicación debe brindar asistencia y soporte técnico.

Como aspecto novedoso, aunque sujeto a evaluación en cuanto a su implementación, dispone que aquellas reservas privadas constituidas previamente, ya sea de forma autónoma o por acuerdos con universidades, ONGs o entidades provinciales o municipales podrán solicitar su reconocimiento e incorporación al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, previo convenio con la Autoridad de Aplicación.

Seguidamente, establece diferentes categorías de gestión por las que se puede optar.

Por su parte, prevé la creación de un Consejo Nacional Consultivo para la Conservación Voluntaria de la Naturaleza, con el fin de asesorar en la gestión y control de las ANPs adheridas y regula su conformación y funciones.

Asimismo, desarrolla el otorgamiento de beneficios crediticios, incentivos fiscales y/o pago por servicios ecosistémicos. Además, regula la conformación de los fondos de financiamiento vinculado a porcentajes de impuestos sobre combustibles líquidos y dióxido de carbono, así como se hace referencia también al Fondo Cooperativo para el Carbono de los Bosques; y determina el modo de distribución de dichos recursos, indicando que un 70% debe utilizarse para compensar a los titulares de las tierras en cuya superficie se constituyan las ANPs privadas.

Por último, ordena la creación de un Registro Único Nacional de Reservas Naturales Privadas en el ámbito nacional y legisla las funciones de la autoridad de aplicación, invitando finalmente a las provincias y a los municipios a adherir.

No obstante, sin perjuicio de que ninguno de ambos proyectos fue aprobado, los planteos realizados por sendos proyectos merecen un análisis profundo, a efectos de evaluar cómo se compatibilizarían las competencias provinciales con las nacionales y cómo se implementarían, en ambas jurisdicciones, los mecanismos de registración, evaluación y control.

Ámbitos provinciales

En cuanto a las regulaciones de reservas privadas en cada una de las provincias, lo primero que puede indicarse es que no todas contemplan dicho instrumento. Así, de las 23 provincias argentinas, y aún con leyes de ANPs sancionadas o modificadas más recientemente, no hacen mención ni tienen regulación alguna sobre reservas privadas las provincias de Santiago del Estero (1996), La Rioja (2001), Santa Cruz (2016) ni Tierra del Fuego (1992 y 2023). Entre ellas, vale aclarar que en algunos casos sí se contemplan diversas disposiciones en relación a los predios de dominio privado de particulares afectados por ANPs públicas, aunque sin prever la gestión privada. A modo de ejemplo, la provincia de Santa Cruz, que si bien no nombra a las reservas privadas, en su regulación genérica sobre áreas naturales protegidas contempla la posibilidad de que la provincia constituya servidumbres y restricciones al dominio, onerosas o gratuitas, en acuerdo con el propietario, que deberán inscribirse en el Registro de la propiedad y ser mencionadas en todas las operaciones posteriores de transferencia de dominio. En igual sentido la provincia

de Tierra del Fuego, que establece la obligación de que las escrituras públicas y transferencias de dominio de predios que se encuentren dentro de áreas naturales protegidas públicas, contengan un detalle de las limitaciones y restricciones dispuestas legalmente. Igualmente, dicha provincia establece, al igual que otras, el derecho de preferencia del Estado provincial en la adquisición de inmuebles ubicados dentro de áreas naturales protegidas que se ofrezcan a la venta.

Por otro lado, a pesar de no estar reconocida la posibilidad de incorporación de ANPs privadas en la legislación, en algunas de aquellas provincias se han formulado reconocimientos oficiales a reservas que podrían considerarse privadas, aunque sin mayor implementación sobre convenios, registro, control, fiscalización, beneficios ni otros aspectos.

Por su parte, sí tienen reconocimiento -con mayor o menor reglamentación-, las provincias de Jujuy, Salta, Formosa, Chaco, Misiones, Corrientes, Entre Ríos, Catamarca, Tucumán, San Luis, Córdoba, Buenos Aires, La Pampa, Santa Fe, San Juan, Mendoza, Neuquén, Río Negro y Chubut.

En primer lugar, se observa que las normativas responden a épocas y años muy diversos, encontrando las referencias más antiguas en la década del '90, incluso el caso de Buenos Aires con reconocimiento de ANPs privadas en normativa del año 1990, con anterioridad a la incorporación de la cláusula ambiental en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Mientras que las regulaciones más actuales datan del año 2020 o posteriores, hasta el año 20239.

En cuanto a la solidez y grado de regulación normativa, se puede observar que en algunos casos la referencia y el reconocimiento de reservas privadas se encuentra en la misma ley genérica de ANPs, o en sus modificatorias más actuales, mientras que en otros se encuentra directamente en el decreto reglamentario correspondiente a dicha norma. Un caso particular es el de la provincia de Tucumán, cuya regulación sobre reservas privadas se encuentra en una resolución ministerial (Resolución n° 280/2021, DFFSyS). De igual modo, en la provincia de Córdoba sólo se encuentra legislada por resolución ministerial la creación de un registro de áreas naturales protegidas privadas (Resolución n° 318/2017, Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos); no obstante, existen un programa y

⁹ En el presente trabajo, se ha realizado el corte de búsqueda y relevamiento en Junio del año 2024.

un protocolo dispuesto para la inscripción de las reservas, mientras que en los considerandos de dicha normativa se hace referencia a algunos aspectos referidos al procedimiento y requisitos para la inscripción y reconocimiento¹⁰

Como se mencionó, se nombra al instrumento de diversas maneras, ya sea como “Áreas Naturales Protegidas de Propiedad Privada”, “Áreas Protegidas Privadas”, “Reservas Naturales Privadas”, “Reservas Privadas” o, en algunos casos más específicamente “Reservas de Uso Múltiple de dominio privado”, “Reservas Privadas de Uso Múltiple” o “Reserva Natural Voluntaria de Usos Múltiples”, adjudicándoles a priori una categoría particular inmodificable.

A su vez, es muy diverso el alcance de las disposiciones, ya que en algunos casos sólo se hace una mera referencia a la posibilidad de crear o reconocer reservas privadas, sin mayor regulación, mientras que en otros la normativa se explaya sobre el procedimiento para el reconocimiento, requisitos, plazo de duración, clasificación, beneficios e incentivos, restricciones al dominio e, incluso, en algunas provincias ya se cuentan con modelos de convenios aprobados o en revisión (Misiones, San Luis, Santa Fe y Mendoza).

Por otro lado, encontramos algunas definiciones sobre ANPs privadas:

Jujuy: “...áreas de dominio de particulares, con valores ecológicos, biológicos, culturales y/o estéticos significativos, las que mediante resolución de la autoridad competente pasarán a formar parte del Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas.- Estas áreas, a su vez, deberán clasificarse de acuerdo a las categorías de conservación establecidas por la presente Ley, según sus modalidades de conservación y utilidad”

Salta: “...áreas con elementos naturales similares a los de un Parque Provincial, las que mediante convenios especiales pasan a formar parte del Sistema Provincial de Áreas Protegidas”

Formosa: “...aquellos predios del dominio privado que contengan recursos naturales, atributos o elementos singulares o ecosistemas representativos de la biodiversidad de la

¹⁰ A su vez, en esta provincia, encontramos algunos ejemplos de reservas reconocidas de algún modo con anterioridad, como es el caso de la Resolución N° 935 de fecha 20/10/2011, donde se dispone que, a iniciativa de los vecinos de la zona, y previo informe técnico del área competente, se ha declarado a la región de Characato como “Ambiente de Conservación”, en el marco de la Ley de ANPs provincial n° 6964/83, estableciendo que se le deberá asignar una nominación de acuerdo a las categorías de conservación previstas, así como se deberá elaborar la zonificación y un ordenamiento conservacionista. Asimismo, dispone que se deberán establecer los límites definitivos “en consenso con los propietarios ... mediante Acuerdos con los mismos”.

Provincia, que mediante convenio con la Autoridad de Aplicación pasan a integrar el Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas”

Chaco: “...sectores privados que cuenten con recursos naturales destacados, y que se considere que merecen una protección especial, pueden ser incorporados al Sistema de Áreas Protegidas conforme a la categoría de Reservas de Uso Múltiple ...”;

“área, total o parcial, claramente definida de un predio bajo el dominio o posesión privada de personas físicas o jurídicas no estatales, que presentan elementos naturales nativos, culturales, autóctonos o paisajísticos con valor de conservación, que por voluntad del titular o poseedor del área, se encuentren inscriptas en el Registro Provincial de Reservas Privadas y se encuentran posibilitadas de solicitar su reconocimiento como efectiva Reserva de Usos Múltiples e integrar el sistema de áreas protegidas...”

Misiones: “...área de dominio de particulares, con elementos naturales o culturales con valor de conservación que, mediante convenios especiales con la autoridad de aplicación, pasen a integrar el Sistema de Áreas Naturales Protegidas...”.

Corrientes: “...aquellos espacios naturales que sean representativos de las regiones naturales que se expresan en la provincia de Corrientes, que por expresa voluntad y consentimiento legal de sus titulares-sean estas personas humanas o jurídicas-sean consagradas a su conservación y/o preservación en atención a sus valores naturales y/o culturales como productos de la generación de servicios ecosistémicos”

Entre Ríos: “...áreas de dominio de particulares que mediante convenios especiales con la autoridad de aplicación pasen a integrar el Sistema de Pastizales Naturales dentro de los principios establecidos en esta ley”

Tucumán: “...área protegida bajo dominio privado”

San Luis: “...una parte o la totalidad de la superficie de inmuebles pertenecientes a instituciones de derecho público nacionales o provinciales y personas físicas o jurídicas cuyos predios presenten valores naturales que ameriten la protección bajo el amparo de la presente Ley y cuyos propietarios manifiesten la voluntad de efectuar en ellos un manejo de conservación adecuado, pautado y enmarcado técnicamente en los lineamientos y objetivos que dimanen de la presente Ley y normas complementarias y reglamentarias...Podrán incorporarse al Sistema de Áreas Naturales Protegidas de la Provincia de San Luis”

Buenos Aires: “...aquellas cuyo patrimonio territorial pertenece a una o más personas de derecho privado”

La Pampa: “áreas con elementos naturales similares a los de un Área Protegida Provincial, entre ellos: a) Ser representativas de una Provincia o Distrito fito y/o zoogeográfico o geológico; b) Ser representativa de uno o varios ecosistemas donde los hábitats sean de especial interés científico o encierren un paisaje natural de gran belleza o posean una gran riqueza de flora o fauna autóctona; c) Alberguen especies migratorias, endémicas, raras o amenazadas, especialmente cuando constituyan hábitats críticos para su supervivencia; d) Provean lugares para nidificación, refugio o alimentación y cría de especies nativas, especialmente cuando éstas se hallen inmersas en zonas alteradas o de uso humano interno; e) Constituyan áreas útiles para la divulgación y educación de la naturaleza o de valor para el desarrollo de actividades recreativas o turísticas asociadas a la naturaleza; f) Posean o constituyan sitios arqueológicos y/o paleontológicos de valor cultural o científico; g) presentes sitios de valor histórico asociados con o inmersos en un ambiente natural”

Santa Fe: “Reservas Privadas de Uso Múltiple, son las que: a) Presentan ciertos grados de transformación en su condición natural; b) Mantienen un sistema ecológico en dinámico equilibrio; c) Amalgaman la presencia y actividad productiva del hombre con la supervivencia de ambientes naturales y sus recursos silvestres; d) Necesitan un régimen regulador que garantice el armónico desarrollo y conservación de su potencialidad productiva, vida silvestre y paisaje; y e) Por su importancia o interés científico, agrario, económico y cultural, se declaren bajo el control y fiscalización técnica del Estado Provincial.”

Neuquén: “...áreas de dominio privado con elementos naturales singulares, que mediante convenios celebrados con el Poder Ejecutivo pasarán a integrar el Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas, que se regirán por los preceptos establecidos en la presente Ley y sus normas reglamentarias”

Como disposiciones comunes, se observa la referencia a elementos significativos, ya sean ecológicos o culturales, que por su particular valor justifiquen la conservación. A su vez, se indica que deben tratarse de áreas de dominio privado o de particulares¹¹.

¹¹ En este aspecto, es importante remarcar, aunque alguna normativa no lo haga, que un predio puede ser del dominio privado del Estado -nacional o provincial- o de particulares, sean estas personas físicas o jurídicas. Por tanto, lo más adecuado es referirse a áreas que pertenezcan al dominio privado de particulares, para excluir de ese modo la posibilidad de que una provincia pueda crear una ANP privada de dominio privado estatal -lo que sólo parecería estar permitido en

Asimismo, en las definiciones transcriptas, al igual que en las disposiciones sobre procedimiento para el reconocimiento o creación de las reservas privadas, pueden notarse algunas diferencias. Mientras en algunos casos se establece que la creación debe darse por medio de un acto administrativo o resolución de la autoridad competente, en otros se resalta el reconocimiento voluntario -es decir, que no puede ser impuesto de manera obligatoria- por convenio de adhesión o similar con el particular propietario que debe prestar su consentimiento expreso. De cualquier modo, en la mayoría de los casos el resultado es la incorporación de la reserva al sistema provincial de ANPs.

En este punto, es notorio el caso de Buenos Aires, en donde se establece que se deberá contar con el consentimiento previo del titular del dominio, pero si el mismo no contesta la notificación oponiéndose luego de un plazo determinado, la afectación quedará firme o, en caso de oposición, la provincia puede procurar la sanción de una ley para la expropiación del inmueble.

En la misma línea, en varias provincias se indica que es necesario como parte del procedimiento de reconocimiento o creación, la declaración por medio de acto administrativo expreso, ya sea resolución, decreto u otro (Jujuy, Salta, Corrientes, Catamarca, San Luis, Buenos Aires, Neuquén) y, en algunos casos particulares, por medio de la sanción de una ley (Chaco, Entre Ríos). En este aspecto, resalta el caso de Salta que establece la declaración por acto administrativo pero sólo modificable mediante una ley (“...cuando un área fuere declarada protegida por instrumento del Poder Ejecutivo no podrá la misma ser alterada sino por ley de la Provincia, bajo pena de nulidad”, Art. 62. Ley n°7107/2000). Mientras que en otros casos basta con la firma del convenio de adhesión para que la reserva privada quede reconocida e incorporada al sistema provincial (Formosa, Misiones, Tucumán, Santa Fe, San Juan, Chubut). Dentro de este último grupo, cabe aclarar que Chubut no hace referencia a ningún convenio, sino que la norma menciona la propuesta de reconocimiento por parte del particular y la aceptación por parte de la provincia. Igualmente, en el caso de Chaco, se prevé que la propuesta de protección de inmuebles privados pueda ser formulada por la Autoridad de Aplicación, el mismo propietario interesado en la conservación de los recursos naturales bajo su dominio y/o por cualquier otra entidad que lo considere conveniente, aunque aquí sí se dispone

San Luis, cuando se hace referencia a inmuebles que pertenezcan a instituciones de derecho público nacionales o provinciales habilitadas a crear una ANP privada.

expresamente la necesidad de consentimiento voluntario por parte del propietario así como la firma de un convenio.

Por su parte, algunas provincias establecen los alcances que debe tener dicho reconocimiento, el cual debe especificar algunos aspectos particulares de la ANP tales como extensión (abarcando inmuebles totales o parciales), límites, objetivos de creación, categoría de conservación asignada, plan de manejo, zonificación, régimen de control, vigilancia y señalización, entre otros, haciendo énfasis en la aplicación de criterios científico-técnicos en la evaluación a realizar por la autoridad de aplicación.

Por otro lado, en algunos casos se prevé expresamente que quien puede suscribir el convenio de adhesión es el titular registral del inmueble, mientras que en otros casos se reconoce también dicha posibilidad al poseedor y en otros no se especifica nada al respecto, o se utiliza genéricamente el término “propietario”. También se prevé expresamente en algunas legislaciones la solicitud por parte de personas jurídicas, sean sociedades u organismos no gubernamentales.

En el caso de Chaco, se aclara que la relación del particular con el predio puede ser de dominio (titular registral o asimilable) o de posesión. A su vez, se indica allí expresamente que el propietario debe tratarse de una persona física o jurídica no estatal. De su lado, Catamarca reconoce al titular registral, a las sucesiones indivisas y también a los poseedores en caso de que la posesión valga por título (comuneros), otorgando en ese caso 12 meses para regularizar la situación dominial.

En algunas provincias se legisla la creación de un Registro de ANPs privadas, donde deberán inscribirse aquellas que hayan sido reconocidas o declaradas (Chaco, Misiones, Tucumán, San Luis, Córdoba).

De ese modo, a rasgos generales, dentro del procedimiento de reconocimiento de una reserva privada y su incorporación al sistema provincial, se encuentran las siguientes etapas:

- Propuesta o solicitud de reconocimiento
- Evaluación técnica, en algunos casos con inspección en el lugar
- Firma de convenio de adhesión
- Dictado de acto administrativo y/o ley provincial
- Registro de ANPs

- Anotación en escritura pública y/o en el Registro de la Propiedad o Dirección de Catastro provincial
- Elaboración, presentación y evaluación de Plan de manejo o de gestión

Cabe mencionar que algunas provincias, como Mendoza o Río Negro, no han regulado ni reglamentado ningún tipo de procedimiento.

Al mismo tiempo, varias provincias procuran que los actos de transmisión de dominio o posesión no afecten al carácter de área natural protegida. En consecuencia, establecen la obligación de anotar la declaración como reserva y las limitaciones al dominio que ello implique, tanto en las escrituras traslativas de dominio que se realicen como en el Registro de la Propiedad o Dirección de Catastro provincial, a fin de darle publicidad y asegurar el cumplimiento de la protección a lo largo del tiempo, independientemente de que pueda cambiar el propietario por transferencias de cualquier tipo, ya sea a título oneroso (por ejemplo, compraventa) como a título gratuito (por ej., donación o adjudicación sucesoria). De ese modo, las restricciones al dominio se establecen como una obligación que pesa sobre la cosa objeto de protección y no en relación a la persona del propietario, y lo mismo sucede con los beneficios que se otorguen. Igualmente, se dispone la obligación del Registro de comunicar a la autoridad de aplicación cualquier modificación de titularidad.

En este punto, se destacan las provincias de Formosa y Chubut que incluyen la posibilidad de constituir servidumbres ambientales.¹² También resalta Catamarca, que va más allá, regulando por un lado que las reservas privadas deberán mantenerse en el patrimonio de sus titulares, por un lapso no inferior a los diez años y durante ese lapso no podrá ser enajenados, transferidos, ni desafectados y, por el otro, que toda celebración de convenios y contratos relativos a la propiedad, posesión, o cualquier otro derecho relacionado con bienes inmuebles ubicados en ANPs, deberán contener referencia del decreto de creación de la misma y de sus datos de inscripción en el registro de la Propiedad, quedando sujetos el uso o aprovechamiento de dichos bienes inmuebles a las modalidades previstas en la

¹² Una servidumbre ambiental es un tipo de derecho real de servidumbre, esto es, una relación entre dos inmuebles, independientemente de quiénes sean sus propietarios, donde se establecen de manera obligatoria un conjunto de restricciones al dominio que debe respetar el fundo sirviente, en beneficio del fundo dominante (aunque pueden constituirse servidumbres recíprocas), en relación a aspectos ecológicos, paisajísticos, culturales u otros aspectos ambientales, procurando la conservación y protección. Pueden crearse de manera gratuita u onerosa (es decir, pagando un canon el fundo dominante a favor del fundo sirviente), y por un plazo determinado o a perpetuidad. Al tratarse de un derecho real, debe constituirse por escritura pública y ser inscripto en el Registro de la propiedad correspondiente. También existe la posibilidad de que la servidumbre ambiental sea impuesta como una servidumbre administrativa por el estado, en beneficio del interés público, generando restricciones ambientales al dominio privado.

declaración y plan de manejo y siendo nulo todo acto, convenio o contrato que no cumpla dicha disposición.

A su vez, en otros casos (Formosa, Entre Ríos, La Pampa, Santa Fe, Mendoza, Chubut), se han previsto limitaciones para la subdivisión dentro de las ANPs privadas, con el objeto de evitar la fragmentación de los ecosistemas y el desmembramiento de la reserva.

Otro aspecto donde se encuentran notorias diferencias es en la duración del reconocimiento como ANPs privadas y la posibilidad de renunciar al régimen dispuesto por el sistema provincial y por el plan de manejo que se apruebe, desafectando al predio, total o parcialmente, como reserva privada. En ese sentido, se encuentran algunas provincias que prevén una duración indeterminada, con posibilidad de renuncia al cabo de un período. Es el caso de las provincias de Jujuy, Salta, Formosa, Misiones que permiten renunciar una vez transcurridos 20 años, o Corrientes que dispone la posibilidad de renuncia cumplidos 10 años. Otras provincias, en cambio, han optado por establecer un plazo mínimo de duración, en algunos casos previendo posibilidad de prórroga. Así, Chaco y Tucumán disponen un plazo mínimo de 10 años prorrogables, Catamarca también establece 10 años mínimos de adhesión sin prever ni prohibir la prórroga, mientras que San Luis fija un plazo mínimo de 25 años, sin mencionar la prórroga. Por otro lado, existen algunos casos particulares, como el de Entre Ríos, cuya normativa no determina un plazo pero establece que el mismo debe estar definido en el Plan de Manejo, sin regular la posibilidad de renuncia o desafectación. O Buenos Aires y La Pampa, que establecen que las reservas privadas podrán declararse por un plazo determinado pero si nada se indica, se consideran reconocidas por tiempo indeterminado, sin regular la posibilidad de renuncia. Por último, provincias como Santa Fe, San Juan, Neuquén, Río Negro y Chubut no definen ninguna regulación sobre la duración ni la renuncia.

Resta decir en este punto, que la mayoría de provincias que regulan de algún modo la duración de las ANPs privadas, establecen que la renuncia antes de lo previsto implica la pérdida retroactiva de todos los beneficios e incentivos otorgados, incluyendo en algunos casos la obligación de reintegro actualizado de los beneficios impositivos percibidos desde el inicio, sin perjuicio de la aplicación de otras sanciones. Incluso, en el caso de Formosa, se prevé que en caso de renuncia, cualquiera sea el plazo en que ésta ocurra, la provincia tendrá la opción de compra.

En cuanto a la clasificación y las actividades permitidas, algunas provincias permiten u obligan a establecer una clasificación superpuesta a la de ANPs privadas, de acuerdo al tipo de uso y modalidad de protección (Jujuy, Formosa, Misiones, Corrientes, Entre Ríos, Catamarca -que permite diferentes categorizaciones para distintas partes del predio-, San Luis, Buenos Aires, La Pampa, San Juan y Neuquén). Por su lado, provincias como Chaco y Santa Fe establecen como única posibilidad el reconocimiento de reservas privadas como Reservas de Uso Múltiple, priorizando el desarrollo y las actividades productivas en consonancia con la protección ambiental antes que un mayor grado de conservación. Por último, Salta define a la reserva natural privada como categoría propia, disponiendo que sólo pueden autorizarse en ellas actividades de investigación científica, educación e interpretación ambiental, recreación, turismo sustentable y manejo sustentable de los recursos naturales. Resta mencionar que algunas provincias, como Tucumán, Mendoza, Río Negro y Chubut no mencionan ningún esquema clasificatorio para las ANPs privadas. En cuanto al Plan de manejo o de gestión -como instrumento rector cuyo objeto es el de guiar el manejo y la gestión del ANP y regular su uso en base a los objetivos para los que fue creada- se determina como necesario en la mayoría de las provincias, con diferente grado de regulación. En los casos más avanzados, se establece el plazo en que debe presentarse desde el reconocimiento de la reserva privada, los requisitos y contenido mínimo, la necesidad de firma por parte de profesional competente, duración, actualización y modalidad (a cargo del propietario con evaluación y aprobación provincial, a ser realizado por la provincia, o de manera conjunta, previendo en algunos casos la participación ciudadana). También se incluyen en algunos casos regulaciones sobre informes periódicos, plan operativo anual y otros mecanismos de planificación y evaluación periódica.

Un aspecto interesante es el que regulan algunas provincias, indicando la obligación de prever una zona núcleo o intangible y, en algunos casos, estableciendo un porcentaje mínimo del 10% (Misiones, San Luis) o del 30% (Chaco) de protección estricta. Asimismo, San Luis establece una limitación por la cual, en aquellas categorías de manejo que lo admitan, los establecimientos y asentamientos humanos no podrán exceder del 10% de la superficie total sujeta a protección.

A su vez, algunas provincias incorporan regulaciones sobre el cuerpo de guardaparques, control, señalización y fiscalización dentro del ANP. En algunos casos se indica que se encontrará a cargo del propietario, en otros se prevé que sean de gestión privada pero sujetos al control de la provincia. En otros supuestos se regula con mayor detalle cuestiones atinentes a la gobernanza, poder de policía, intervenciones frente a daños e infracciones y avisos a las autoridades, mientras que algunas provincias incluyen el aporte de guardaparques o fiscalización como parte de la contraprestación que pueden brindarle a la reserva privada al incorporarse al sistema de ANPs.

Como cuestión central en estas regulaciones, se encuentran los beneficios e incentivos que las normas prevén otorgar al propietario que incorpore su reserva privada al sistema provincial. Se trata de un tema primordial pues se entiende que es el fundamento que motiva y promueve la incorporación de tierras de dominio privado como ANPs. En consecuencia, es notable que algunas provincias (La Pampa, Santa Fe, Mendoza y Neuquén) ni siquiera lo mencionen o que, incluso, prevean una tasa de inscripción anual como es el caso de Catamarca.

No obstante, el resto de provincias que regulan las reservas privadas sí lo legislan, aunque con diferente contenido y grado de desarrollo. Así, pueden encontrarse diferentes tipos de beneficios:

- a) reconocimiento institucional como parte del sistema de ANPs provincial
- b) beneficios, incentivos, exención o quitas fiscales, tributarias o crediticias, en relación a tributos inmobiliarios, tributos generales que gravan el patrimonio o incluso tributos que gravan la compra de equipos y materiales vinculados con investigación u otras actividades destinadas a la conservación;
- c) subsidios o beneficios en relación a la distribución de fondos de conservación o pagos por servicios ambientales;
- d) incentivos tecnocientíficos o de otra índole no tributarios;
- e) establecimiento de un sistema de contralor, vigilancia y señalización a cargo del estado, así como asistencia técnica para la elaboración o implementación de planes de manejo, investigación, turismo o actividades de conservación y difusión pública de la reserva.

Las regulaciones en cada caso son muy diversas, estableciéndose diferentes tipos de regímenes, con quitas parciales, progresivas o proporcionales de acuerdo al tipo de ANP

implementada u otros criterios, mecanismos administrativos y previsión de sanciones en casos de incumplimientos.

Como incorporación novedosa, se observa el caso de Entre Ríos, que establece un Índice de Contribución a la Conservación de Pastizales Naturales (ICP) para establecimientos rurales, a través del cual se obtendrán las calificaciones necesarias para la selección y promoción de estos al sistema provincial de ANPs. Dicho índice incidirá en la ecuación de liquidación del Impuesto Inmobiliario Rural, pudiendo morigerar las obligaciones de productores con actitud conservacionista (proveedores de servicios ecosistémicos) o aumentar las alícuotas de aquellos productores que aún en zonas de gran valor agroecológico (con impuestos menores), resuelvan el reemplazo de los ambientes naturales.

De manera puntual, resaltan algunas legislaciones que refieren y vinculan las regulaciones sobre ANPs con la normativa sobre bosques nativos. Así, Chaco dispone la creación de un Fondo Fiduciario de Reservas Privadas, conformado bajo la figura de fideicomiso y dentro de la Administración Pública. Asimismo, se establece que el fondo estará destinado en un 70% a compensar a los titulares de las Reservas Privadas que alberguen en sus predios bosques nativos de cualquier categoría, por los servicios ambientales que estos prestan o allí se generan y en un 30% al fortalecimiento institucional de la autoridad de aplicación, mientras que estará integrado, entre otros recursos, por el 50% de los recursos percibidos por la provincia del Chaco correspondientes al Fondo Nacional para la Conservación de los Bosques Nativos previsto en la Ley Nacional 26.331 (ley de presupuestos mínimos de bosques nativos). Por su parte, Tucumán establece que las reservas privadas serán consideradas prioritarias, junto a las Áreas Naturales Protegidas públicas, para el otorgamiento del Fondo Nacional para el Enriquecimiento y Conservación de los Bosques Nativos de la Ley Nacional N° 26331 y/o fondos que provengan de otras fuentes de financiamiento nacional y provincial, destinadas a la conservación de ecosistemas naturales, biodiversidad y servicios ambientales. A su vez, San Juan, indica que todo propietario, poseedor o tenedor de cualquier causa o tipo de inmueble que contenga bosques nativo al estado arbóreo o arbustivo o tierra forestales, quedan investidos con carácter de "custodio de la riqueza forestal nativa".

Otros aspectos notables que se encuentran en algunas regulaciones provinciales (Formosa, La Pampa, Santa Fe, Mendoza, Neuquén), se vinculan con el derecho de preferencia u opción de compra a favor del estado, lo que implica que, en caso que el propietario decida vender la propiedad sujeta a protección, debe notificar previamente a la provincia, quien tiene una preferencia para su compra en caso que decida hacerlo, determinando diferentes plazos para dichas comunicaciones.

Por último, en forma minoritaria, se mencionan cuestiones atinentes a participación ciudadana, uso público, asentamientos humanos y pobladores rurales.

5.MODELOS DE CONVENIOS

En la provincia de Misiones se encuentra elaborado un modelo de convenio de reserva privada. En aquel, se aclara que la firma del convenio no implica transferencia de dominio. Por otro lado, como aportes de la provincia, se indica que prestará su apoyo a las gestiones que efectúe el propietario ante las autoridades municipales, provinciales y nacionales, medios de prensa y organismos no gubernamentales a fin de obtener la colaboración de los mismos, al igual que para obtener medidas que signifiquen un beneficio respecto a las tasas y derechos municipales. Asimismo, se reconoce que el propietario tendrá la posibilidad de realizar convenios con terceros tendientes a lograr un mejor manejo de su propiedad. Por su parte, se establece que el propietario elaborará el plan de manejo de acuerdo a la legislación, el cual la autoridad de aplicación deberá aprobar y fiscalizar en su implementación.

Se destaca el otorgamiento al propietario de una credencial de guardafauna honorario, lo que le permite actuar dentro de su propiedad con poder de policía y labrar actas de infracción¹³. A su vez, se dispone la facultad de la provincia de aportar técnicos y guardaparques que visitarán el área en forma temporaria, para vigilar el cumplimiento del convenio.

En cuanto a la duración, se establece por un plazo de 20 años y es automáticamente renovable por idéntico término, de no mediar decisión contraria por cualquiera de las

¹³ Es notorio que dicha facultad se otorgue sin ninguna previsión de mayor legalidad, instrucción, capacitaciones ni requisitos a verificarse.

partes, circunstancia que deberá notificarse con seis meses de anticipación.¹⁴ De igual modo, para el caso de venta, cesión o arrendamiento de la propiedad, se indica que deberá notificarse al nuevo titular de la existencia del presente convenio, siendo en el primer caso el nuevo propietario quién decidirá la continuación del mismo. Como aspecto novedoso, se incluye una cláusula interpretativa pro ambiente, por la que toda duda que surja de la aplicación del convenio suscripto deberá resolverse atendiendo al objeto del mismo, es decir, la protección ambiental.

Por su parte, Santa Fe incluye dos modelos de convenio a suscribirse entre la autoridad de aplicación y particulares u organismos conservacionistas no gubernamentales con personería jurídica, para que reservas privadas se incorporen al Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas, como a Reserva Privada de Uso Múltiple (única modalidad de reservas privadas prevista en esta provincia). Dicho modelo es aprobado como anexos por el decreto n° 3331/2006, reglamentario de la Ley 12.175, indicando expresamente que son susceptibles de modificarse para adaptarlos en cada caso en particular.

En el mismo las partes convienen gestionar de manera conjunta la incorporación de la reserva al sistema provincial de ANPs. Entre las obligaciones asumidas por los propietarios, se encuentra la de proteger las especies autóctonas de flora y fauna, prohibiéndose la caza y la pesca y disponiendo que podrá pedirse la colaboración de la fuerza pública para lograr la protección; reducir en lo posible las actividades que puedan alterar la dinámica de las poblaciones naturales y a no permitir la introducción de especies exóticas “que no sean motivo de las prácticas propias del inmueble”; autorizar a la provincia a realizar estudios y observaciones técnicas; colocar cartelera indicativa y requerir autorización para cualquier intervención que pueda implicar una afectación del ambiente. En cuanto a las obligaciones de la provincia, se destacan el asesoramiento e instrucción para el manejo del área, suministrando el personal técnico que fuera necesario, debiendo los propietarios facilitar los medios para su traslado y concreción de los trabajos previstos. Asimismo, se acuerda determinar una zona de clausura total en el croquis que deberá incorporarse.

¹⁴ Queda sujeto a análisis y consideración la legalidad de dicha disposición, puesto que puede entenderse que contraría el plazo mínimo dispuesto legalmente, incluyendo una previsión no incluida en la regulación, lo que contradice la jerarquía normativa. Cabe aclarar que la normativa de Misiones establece que la duración de la adhesión de una reserva privada al sistema provincial es por tiempo indeterminado, permitiendo la renuncia sólo una vez transcurrido un período mínimo de 20 años, implicando ello la pérdida de los beneficios otorgados (Decreto n° 944/1994, reglamentario de la Ley XVI – N° 29).

En cuanto al plazo, se determina en 10 años, prorrogable por igual período en caso de no mediar oposición. Igualmente, se establece que en caso de transferencia del dominio, cesión o arrendamiento, se deberá informar a la provincia sobre la nueva situación dominial o contractual, y al nuevo responsable la existencia del convenio, manifestando que la autoridad de aplicación deberá ofrecerle continuar con el régimen a cualquier nuevo titular (no se establece qué sucede si el mismo no acepta).

Al igual que Misiones, incluye una cláusula interpretativa pro ambiente, según la cual: “Toda duda acerca de la interpretación y aplicación de este convenio deberá resolverse atendiendo a la finalidad del mismo: la conservación de los ambientes naturales y la vida silvestre del área donde se estableció la “Reserva Privada de Uso Múltiple”.

Por último, se prevé una cláusula de asentimiento conyugal (en el modelo dispuesto para particulares, no así en el redactado para organizaciones), y se dispone que se celebra el convenio, ad referendum de los poderes ejecutivos y legislativos, por lo que deberá ratificarse por decreto y ley si correspondiera.

Por otro lado, aunque no se trata estrictamente de una ANP privada, vale mencionar que el decreto reglamentario de Santa Fe también incluye un convenio para aquellos casos de inmuebles privados declarados paisajes protegidos, que incluye a ambientes naturales o seminaturales, con valores culturales dignos de ser conservados en su condición tradicional o actual. Dicho convenio es similar al modelo de reservas de uso múltiple (sobre autorizaciones, cartelería, plazo de vigencia, transferencias de dominio o responsabilidad, cláusula interpretativa pro ambiente, etc.), con el que solo difieren en la especificación de algunas obligaciones y compromisos de las partes. Así, se dispone que la autoridad de aplicación tomará las medidas necesarias dirigidas a mantener la calidad del o los paisajes protegidos mediante prácticas de manejo adecuadas, por medio de tareas operativas efectuadas en el lugar por el área específica de su Dirección General de Recursos Naturales y Ecología. Asimismo, se indica que los propietarios deberán prestar su colaboración con dicha Dirección, en todo el apoyo fáctico y logístico que permita concretar el mantenimiento aludido. De igual modo, si los propietarios aceptan de conformidad, las tierras declaradas Paisajes Protegidos, de acuerdo al artículo 39 de la Ley N° 12.175, quedan sometidas al régimen de regulaciones y controles que por vía reglamentaria determine la Autoridad de Aplicación con relación a los objetivos de conservación establecidos para el caso. Además, la provincia se obliga a asesorar e instruir

al o los propietario/s o quién éste designe en el manejo del mantenimiento de la calidad escénica del paisaje protegido declarado.

En el caso de Mendoza, no se trata precisamente de un convenio de adhesión o reconocimiento de reservas privadas propiamente dicho, sino un convenio de cooperación y colaboración recíproca celebrado entre el Gobierno de la Provincia de Mendoza y las empresas Sominar S.A. y Luncay S.A., ratificado por decreto n° 277/2019. En el mismo se dispone la cooperación mutua para la gestión turística y ambiental de las Reservas Naturales Laguna El Atuel y Laguna del Diamante (reservas públicas provinciales), en el sector de dominio privado que le corresponde a cada empresa. De igual modo, prevé el desarrollo de las actuaciones necesarias para declarar Reserva Natural Privada y parte de la Red de ANPs de Mendoza, al polígono de dominio privado de las empresas que se ubican dentro de aquellas reservas públicas.

En el convenio, centrado mayormente en la gestión del uso público, se incluyen los compromisos asumidos por la provincia, entre los cuales se destacan: aprobación del reglamento de uso público para cada ANP, asesoramiento técnico, relevamiento de senderos y atractivos turísticos, capacitaciones a personal vinculado con uso público, desarrollo de programas educativos, coordinación de acciones con la población aledaña, entre otras. Por su parte, las empresas se comprometen a adecuar sus actividades recreativas, deportivas, turísticas y culturales a las disposiciones que fije la provincia en materia de uso público y conservación, colaborar en el aporte de recursos humanos, técnicos, de infraestructura, de movilidad o logística para atención de visitantes (permitiendo el cobro de entrada) así como en las visitas educativas, colaboración en relevamientos y puestas en valor y demás actividades realizadas por la provincia colaborar en los proyectos de obras menores para la atención de visitantes, así como en la confección de materiales de difusión. Respecto de este último punto, se menciona expresamente que toda publicación gráfica, digital o audiovisual de las reservas, deberán consignar los logos y membretes de dichas reservas así como los de la autoridad de aplicación provincial.

Resta mencionar que el plazo de vigencia del convenio mencionado es de 5 años (teniendo presente que la regulación de ANPs privadas en la provincia de Mendoza no indica un plazo mínimo de duración).

En el caso de la provincia de San Luis, los modelos de convenios se encuentran actualmente en tratativas entre las reservas privadas y la provincia, por lo que no se han analizado para el presente trabajo al no encontrarse un modelo definitivo o sancionado aún.

6.CONCLUSIONES

La revisión de las normativas sobre áreas naturales protegidas privadas en Argentina revela una disparidad significativa en el marco regulatorio, lo cual genera una inseguridad jurídica que atenta contra la promoción de este modelo de conservación.

Las provincias presentan grados variados de desarrollo en sus regulaciones, donde algunas poseen leyes detalladas y reglamentadas, y otras carecen incluso de disposiciones que reconozcan reservas privadas.

A su vez, en diversos trabajos realizados (Bauni, V. et al., 2023; Moreno et. al., 2008), se reconoce la existencia de numerosas áreas naturales protegidas privadas en Argentina, con un bajo grado de reconocimiento e institucionalización, pero que abarcan gran parte de la superficie sujeta a protección ambiental del país.

Este panorama subraya la necesidad de establecer una legislación nacional que unifique criterios básicos y facilite el reconocimiento de estas áreas. Al hacerlo, se podría aumentar la superficie protegida y promover una gestión más efectiva de los valores ambientales bajo administración privada o público-privada, alineándose así con compromisos internacionales de conservación.

7.REFERENCIAS

- Bauni, V., et al. (2023). Conservación voluntaria: Actualización y caracterización de las áreas bajo protección privada de la Argentina. *Revista del Museo Argentino de Ciencias Naturales*, 25(2), 315-332. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1853-04002023000200315&script=sci_abstract&tlng=en
- Borrini-Feyerabend, G., Dudley, N., Jaeger, T., Lassen, B., Pathak Broome, N., Phillips, A., & Sandwith, T. (2013). *Governance of protected areas: From*

- understanding to action, Best practice protected area guidelines series (No. 20). IUCN.
- Castelli, L. (2001). Conservación de la naturaleza en tierras de propiedad privada. Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).
- Dudley, N. (Ed.). (2008). Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas. UICN.
- Juliá, M.S.; Del Campo, C; Foa Torres, J. (2013). Formulación de políticas públicas ambientales: Los casos de “Aguas”, “Bosque Nativo” y “Residuos Peligrosos”. Córdoba, Argentina: Lerner.
- Juliá, M.S. (Dir); Foradori, M.L. (Coord); Ulla, M. C. (Coord) (2016). Los presupuestos mínimos y el nuevo orden jurídico ambiental en Argentina 2014-2015: conflictos, debates y disputas en el campo político-jurídico. Córdoba, Argentina: Advocatus.
- Moreno, D., Carminati, A., Di Paola, M. E., Quispe, C., & Machain, N. (2008). Áreas protegidas privadas en la Argentina: Análisis y recomendaciones para su fortalecimiento. Fundación Vida Silvestre Argentina y Fundación Ambiente y Recursos Naturales.
- Red Argentina de Reservas Naturales Privadas. (2015). Bases para incluir la figura de reservas naturales privadas en las legislaciones provinciales de la Argentina.
- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. (s.f.). Informe Nacional Ambiente y Áreas Protegidas de la Argentina 2008-2018. https://sib.gob.ar/archivos/INFORME_Ambiente_y_AP_final.pdf

Recibido el 30 de octubre de 2024, aceptado el 17 de marzo de 2025

EL PROCESAMIENTO (I)LEGAL DE LA MUERTE EN EL NEOLIBERALISMO DE IZQUIERDA

THE (I) LEGAL PROCESSING OF DEATH IN LEFT-WING NEOLIBERALISM

Ariadna Estévez¹⁵

Centro de Investigaciones sobre América del Norte de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Ciudad de México, México.

aestevez@unam.mx

RESUMEN

Desde el inicio de la guerra contra el narcotráfico en 2006, la soberanía en México ha radicado en el poder y la capacidad de decidir quién puede vivir y morir, es decir, es una necropolítica. Para administrar la muerte y sus efectos, de 2006 a 2023 se instaló una gubernamentalidad necropolítica del Estado basada en dispositivos de poder que operativizan la justicia neoliberal, es decir, una justicia legal con mecanismos procedimentales y pecuniarios, pero sin equidad, distribución, retribución ni restauración, que tiene como fin regular más que erradicar la violencia. El objetivo del artículo es analizar cómo los dispositivos de administración del sufrimiento y de gestión de cuerpos gestionaron la muerte durante la gubernamentalidad necropolítica del gobierno neoliberal de izquierda, entre 2018 y 2023. Siguiendo una metodología de análisis basada en las ideas dispositivos de poder en las gubernamentalidades neoliberales de Michel Foucault,

¹⁵ Doctora en Relaciones Internacionales (Sussex University, Inglaterra). Investigadora Nacional Nivel 3. Imparte el Seminario de Posgrado Introducción a la Investigación Biopolítica y Necropolítica en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales (FCPyS) de la UNAM. Coordina los Seminarios Interinstitucionales de Análisis Multidisciplinario de Derechos Humanos (IIJ-CISAN) y de Estudios Críticos del Derecho y Migraciones (IIJ-CISAN). Es autora de los libros *The Necropolitical Production and Management of Forced Migration* (Lexington Books, 2021) y *Los derechos humanos: una gramática en disputa en América del Norte* (CISAN-UNAM/UAM Cuajimalpa, 2025). **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-5861-3956>

el artículo encontró que en ese periodo las necropolíticas instaladas en los gobiernos anteriores se robustecieron e innovaron, incorporando medidas legales, pero también ilegales y paralegales.

Palabras clave: Necropolítica – Violencia – Administración de la muerte – Gubernamentalidad – Izquierda política

ABSTRACT

Since the onset of the war on drugs in 2006, sovereignty in Mexico has shifted to a state of necropolitics, where power is defined by the ability to determine who lives and who dies. To manage death and its aftermath, a necropolitical governmentalization of the State emerged from 2006 to 2023, characterized by mechanisms that operationalize neoliberal justice. This form of legal justice is procedural and financial but lacks equity, distribution, retribution, and restoration, aiming to regulate violence more than eliminate it. This article aims to analyze how, between 2018 and 2023, the apparatuses for managing suffering and body control governed death within the necropolitical framework of a leftist neoliberal government. Utilizing a methodology grounded in Michel Foucault's concepts of power structures in neoliberal governance, the analysis reveals that the necropolitics established by prior governments were not only sustained but also innovated with legal, illegal, and paralegal measures.

Keywords: Necropolitics – Violence – Administration of Death – Governmentality – Political Left

1.INTRODUCCIÓN

La violencia sistemática y generalizada se instaló en México hace casi veinte años, desde que el entonces presidente Felipe Calderón declarara la guerra contra el narcotráfico y militarizara la estrategia de combate a las bandas criminales. Durante este tiempo, se ha hecho muy poco para detener la violencia, pues desde ese año hasta finales de 2023 se

acumularon más de 336.000 muertes (Vela 2023) y 111.000 desaparecidos (Muñoz 2023) sin que se vea la posibilidad de que cese en el futuro próximo. En contraste, se ha instalado progresivamente un aparato burocrático que contabiliza y gestiona la violencia, la muerte y sus efectos, tales como el manejo de cadáveres y la politización del duelo colectivo, con el resultado de que estos fenómenos están cada vez más institucionalizados en vez de erradicados. En otras palabras, se ha instalado una gubernamentalidad necropolítica, o gobierno de la muerte, que alcanzó su mayor sofisticación en la administración del presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) (2018-2024), quien incorporó medidas legales, ilegales y paralegales¹⁶.

El presente artículo analiza cómo se procesó la muerte en la gubernamentalización necropolítica del Estado durante el primer gobierno de izquierda (2018-2023)¹⁷. El gobierno de izquierda continuó con la justicia neoliberal instalada en los gobiernos de derecha y de centro anteriores, operativizada en dos dispositivos: el de administración del sufrimiento y el de gestión de cuerpos (Estévez 2020). El primero tiene como fin la neutralización del reclamo social por justicia para las víctimas; y el segundo, la

¹⁶ Desde una perspectiva jurídica, los términos legal, ilegal y paralegal tienen significados específicos que ayudan a definir el ámbito de acción dentro del cual las personas y entidades pueden actuar según las normas establecidas por un sistema jurídico. Lo legal y lo ilegal delimitan los márgenes dentro de los cuales las personas y entidades pueden actuar. En primer lugar, lo legal está en conformidad con el marco jurídico; implica una adecuación o conformidad con el sistema normativo (u orden jurídico) de un Estado, que incluye no solo las leyes escritas sino también principios fundamentales, costumbres reconocidas, doctrinas y jurisprudencia. Este sistema establece un marco dentro del cual los individuos y entidades pueden actuar legítimamente. En segundo lugar, lo ilegal transgrede las normas y es sujeto de sanciones; es todo aquello que se opone al sistema normativo de una sociedad, incluyendo leyes, principios constitucionales y regulaciones. Esta oposición puede implicar tanto la violación de normas formales como de principios fundamentales que estructuran el orden jurídico, tales como la igualdad, la dignidad humana, y la justicia. Finalmente, lo paralegal se refiere a aquellas prácticas o actividades que no están expresamente reguladas por la ley, pero que tampoco infringen las normas vigentes. El término "paralegal" se utiliza para describir acciones que operan en un área ambigua o "gris" del derecho, donde la ley no establece una prohibición clara ni una autorización explícita. En algunos casos, lo paralegal puede surgir en situaciones en las que las normas no han alcanzado a regular fenómenos nuevos o complejos, como ciertas prácticas en la economía digital. Véase: Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Binder, A. (2000). *Fundamentos de la Teoría General del Proceso*. Editorial Ad-Hoc. Kelsen, H. (2002). *Pure Theory of Law* (M. Knight, Trad.). The Lawbook Exchange. Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. García Máynez, E. (2003). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa. Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press.

¹⁷ Analizar la gubernamentalización necropolítica del Estado en la administración de AMLO con elementos de comparación con las de Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto no es una decisión arbitraria ni ideológica. Esos periodos ya fueron analizados en trabajos anteriores, de tal forma que analizar el periodo 2018-2023 es sólo una continuación de ese trabajo. La lectora interesada en el procesamiento de la muerte de 2006 a 2018 puede consultar: Estévez, A. (2020). "Mexican Necropolitical Governmentality and the Management of Suffering Through Human Rights Technologies". *Critical Criminology*, 27–42. Estévez, A. (2017). "La repolitización los derechos humanos frente a la gubernamentalidad neoliberal del sufrimiento social: una lucha de contraconducta", en Estévez, Ariadna, y Daniel Vázquez, *9 razones para (des)confiar de las luchas por los derechos humanos*. CISAN-FLACSO. México. Estévez, A. (2016). "The technocratic turn of the Mexican human rights movement. From administration of justice to management of suffering", en Fadaee, Simin, *Understanding Southern Social Movements*, Routledge. Nueva York.

invisibilización física de la muerte frente al desbordamiento material de la muerte, y la gestión física y material de los cuerpos. Estos dispositivos han aparecido por sexenio desde 2006 -cuando inició la guerra contra las drogas- y se han superpuesto uno sobre el otro, no han sido reemplazados ni han desaparecido, si acaso se han perfeccionado en respuesta a la presión social. En la última administración, la justicia neoliberal presentó tres variables: un militarismo cuyo creciente involucramiento en la necropolítica se buscó ocultar; las decisiones personales del presidente que se ejecutaron como política pública de forma paralela a la institucionalidad creada para administrar la muerte; y la intensificación de la desaparición forzada y el uso de fosas clandestinas para ocultar materialmente los cuerpos. Para investigar el procesamiento (i)legal de la muerte en el neoliberalismo de izquierda se llevó a cabo un análisis foucaultiano del discurso¹⁸, en el que se examinan las necropolíticas implementadas por el Estado gubernamentalizado para procesar la muerte masiva ocasionada por sujetos necroempoderados en el contexto del narcotráfico. Se utilizaron fuentes tales como informes de derechos humanos e índices de victimización producidos por organizaciones civiles y las instituciones del Estado, así como sitios de internet de colectivos de búsqueda de desaparecidos y notas periodísticas de distintos medios nacionales y digitales. El análisis se hace a partir de la noción de la necropolítica (Mbembe, 2011; Valencia, 2010), lo cual implica asumir que se ha instalado una política de muerte generalizada que se administra y gestiona, pero no se elimina. La gestión necropolítica se hace a través de una justicia neoliberal operativizada por un Estado gubernamentalizado en la necropolítica, a través de dispositivos de administración de sufrimiento y de cuerpos.

Así pues, se detallará primero el argumento analítico del artículo presentando los conceptos claves: necropolítica, Estado gubernamentalizado y justicia neoliberal. Luego se describirá cómo han aparecido e incrementado las diferentes modalidades de la muerte

¹⁸ En trabajos recientes he delineado tres estrategias metodológicas basadas en conceptos de Michel Foucault que pueden usarse por separado o en conjunto para operativizar investigaciones sociales a partir de una matriz conceptual: sujeto-poder- discurso. La primera estrategia es la genealógica, encaminada a encontrar cómo el poder construye sujetos partiendo de la problematización. La segunda es la estrategia anatomopolítica, dirigida al análisis de infraestructuras definidas por discursos que buscan controlar cuerpos. La tercera y última estrategia es la biopolítica, que consiste en un análisis de la gubernamentalidad neoliberal y sus dispositivos de regulación de la vida y la muerte. Se ha operacionalizado una estrategia biopolítica para este análisis. Véase: Estévez, A. (2025). "Una metodología foucaultiana para la investigación discursiva en ciencias sociales", *Intersticios Sociales*. Colegio de Jalisco. México. En prensa. Estévez, A. (2024). El discurso de derechos humanos en Norteamérica: una gramática en disputa. CISAN-UNAM/ UACM-Cuajimalpa. México. En prensa.

masiva -homicidio, feminicidio, desaparición forzada y desplazamiento forzado- en perspectiva histórica (2006-2023). Finalmente se analizan cómo han operado y se han instalado los dispositivos de administración de sufrimiento y de cuerpos para sostener la necropolítica de 2018 a 2023, retomando algunos elementos de comparación con las necropolíticas implementadas entre 2006 y 2018.

2.NECROPOLÍTICA Y JUSTICIA NEOLIBERAL

El argumento analítico del artículo es que de 2006 a 2018, y de forma más radical de 2018 a 2023, se instaló en México una gubernamentalización necropolítica del Estado que se ha encargado de implementar una justicia neoliberal en la que la muerte y sus procesos y materialidad derivadas de ella son gestionadas y administradas de tal forma que neutralizan la subjetividad política de las víctimas y sus familiares, se invisibiliza la participación oficial y se esconde físicamente los cuerpos de las víctimas fatales. Esta sección del artículo desarrolla el marco teórico-conceptual con el que se analiza cómo se ha burocratizado e institucionalizado la gestión de la muerte en ese país. Así pues, primero se define necropolítica en lo general y de forma situada en México. Luego se explica qué es la justicia neoliberal y cómo gestiona la necropolítica en aparatos burocráticos y discursivos (dispositivos) en el Estado gubernamentalizado.

El término necropolítica se le adjudica al filósofo camerunés Achille Mbembe (2011), quien examina cómo el derecho soberano de matar se reformula en las sociedades donde el estado de excepción es permanente. Para Mbembe, “la última expresión de la soberanía reside en el poder y en la capacidad de decidir quién puede vivir y quién debe morir (Mbembe, 2011, p.19)”. Matar y dejar vivir constituyen los límites de la soberanía, sus atributos fundamentales. En la perspectiva de Mbembe, la necropolítica es una interpretación poscolonial del término biopolítica de Michel Foucault, la cual se refiere a la política de hacer vivir a la mayoría blanca y dejar morir a las minorías raciales. En la necropolítica, ejercer la soberanía es “ejercer el control sobre la mortalidad y definir la vida como la demostración y la manifestación del poder” (Mbembe, 2011, pp. 11-12). Mbembe dice que las operaciones militares y el derecho de matar no son ya prerrogativas exclusivas del Estado, y que el ejército regular no es ya el único medio para ejecutar el derecho de matar. Las milicias urbanas, los ejércitos privados, las policías de seguridad

privada, y en el caso de América Latina, las pandillas y las bandas criminales, tienen también acceso a las técnicas y prácticas de muerte. La necropolítica se caracteriza por la proliferación de entidades necroempoderadas como las descritas arriba, junto con el acceso generalizado a tecnologías sofisticadas de destrucción y las consecuencias de las políticas socioeconómicas neoliberales (Mbembe, 2011). En el caso específico de México, la filósofa Sayak Valencia dice que se ha instalado una modalidad económica de la necropolítica, el capitalismo gore, en el cual la vida y la muerte han sido desacralizadas y se pueden cosificar y mercantilizar en mercados de muerte donde saber asesinar, torturar y desaparecer son cualidades con alta demanda.

El ejercicio del necropoder se hace a través de lo que Foucault denomina gubernamentalidad, la cual es la administración neoliberal de la vida de las personas como población, una biopolítica. En el marco foucaultiano, la palabra gobierno no se refiere a la institución de gobierno sino a “una actividad encaminada a conducir a los individuos a lo largo de sus vidas poniéndolos bajo la autoridad de una guía responsable de lo que hacen y lo que pasa con ellos” (Foucault, 1997a, p. 67). Según Foucault, el neoliberalismo se opone a la intervención estatal y su expansión burocrática en nombre de la libertad económica porque supuestamente atenta contra los derechos individuales. El objetivo central del neoliberalismo es aplicar el discurso económico –conceptos, objetos, lógicas y lenguaje- al análisis social, borrando las diferencias entre los dos campos (Foucault, 2004). El neoliberalismo como racionalidad económica se usa para justificar y limitar la acción del Estado en lo social, aunque en lo económico siga mediando para favorecer intereses económicos.

En el marco foucaultiano, la palabra gobierno no se refiere a la institución de gobierno sino a “una actividad encaminada a conducir a los individuos a lo largo de sus vidas poniéndolos bajo la autoridad de una guía responsable de lo que hacen y lo que pasa con ellos” (Foucault, 1997a, p. 67). Gobierno significa “gobernar las cosas” (Foucault 1997b, p. 218). Como ya fue mencionado, las técnicas de gobierno no son exclusivas del Estado ya que constituyen un conjunto de acciones que inciden en las posibles acciones de otros sujetos, o las acciones ejercidas para dominar el placer o el deseo: “Gobierno de los niños, gobierno de las almas y de la conducta, gobierno de un hogar, de un Estado o de uno mismo” (Foucault 1997a, p. 81). El gobierno es el conjunto de instituciones que “tiene

como población objetivo, como principal forma de conocimiento la economía política, y sus medios técnicos esenciales, los aparatos de seguridad” (Foucault 1997b, pp. 219-20).

Para Foucault, con el tiempo, el gobierno se ha traducido en un conjunto de aparatos y conocimientos específicos en los que participa el Estado, pero solo como un actor más. Para diferenciar la gubernamentalidad política de otras formas de gobierno, la denominó gubernamentalización del Estado o “la forma en que el comportamiento de un conjunto de individuos se involucró, cada vez más marcadamente, en el ejercicio del poder soberano” (Foucault 1997a, p. 68). Los aparatos de la gubernamentalización del Estado utilizan tecnologías de poder biopolíticas, o en esta investigación, necropolíticas. El Estado gubernamentalizado incluye políticas públicas, mediciones y desviación de servicios hacia el ámbito corporativo; se vuelve un administrador de negocios a cargo de universalizar la competencia que se rige por las leyes del mercado.

Así pues, el Estado gubernamentalizado se rige a base de políticas públicas, mediciones y desviación de servicios hacia el ámbito corporativo y empresarial. Sus políticas pueden ser políticas de: víctimas, drogas, cohesión social, migración y salud, entre otras, orientadas a fortalecer el mercado, conducir la conducta de la población y mantener niveles de impunidad que permitan la reproducción del capital criminal que lo sostiene, lo cual la hace una gubernamentalización necropolítica del Estado, o gubernamentalidad necropolítica.

En este artículo, la gubernamentalización necropolítica del Estado implica la delegación de tecnologías de dominación -los medios de coerción- a las bandas criminales para control de la población por medio del asesinato, la tortura, la persecución, el tráfico humano, el feminicidio y la trata sexual, entre otros. Utiliza discursos políticos tales como la guerra contra las drogas o la crisis de seguridad como un medio para regular la muerte; la securitización de los espacios públicos como estrategia central, y la economía criminal como principal motivación. Los actores de la gubernamentalización necropolítica del Estado incluye a los cárteles de la droga, pandillas, políticos, algunos sectores del ejército y policías.

La gubernamentalización necropolítica del Estado en México ha implicado la delegación de las técnicas de dominación de la población por parte de las autoridades estatales, a bandas criminales con el fin de incidir sobre sus acciones a través de prácticas que producen muerte o necropolíticas (asesinato, tortura, persecución, tráfico de personas, trata sexual).

Esto favorece a empresas legales e ilegales, como son los carteles de la droga, pero también las empresas mineras o explotadoras de hidrocarburos, las cuales producen una muerte masiva que se procesa (i)legalmente para el sostenimiento del estatus quo en el que el poder político del Estado se mimetiza con el económico, legal y el criminal. El procesamiento (i)legal de la muerte se hace a través de aparatos legales y burocráticos que le permiten neutralizar la protesta social y esconder las dimensiones sociales de la muerte.

3.LA JUSTICIA EN EL ESTADO GUBERNAMENTALIZADO: LA JUSTICIA NEOLIBERAL

En el neoliberalismo, el Estado se ha convertido en Estado gerencial, uno que ya no controla solamente el comportamiento individual a través de la disciplina, sino que regula y administra el crecimiento y la mortandad de la población para la reproducción de sí mismo a través de técnicas de autocuidado, es decir, de desplazar en el individuo la responsabilidad sobre su propia salud, educación y todo aquello que incide en la reproducción del “capital humano” que cada individuo posee. Para lograr desplazar sus obligaciones sociales al individuo, el Estado neoliberal o gubernamentalizado echa mano de dos tecnologías de poder: la norma y la política pública.

Por un lado, según Foucault, en el neoliberalismo la ley como tal se sustituye por normas, reglamentos y estatutos que no aplican justicia, sino que establecen tiempos y procesos¹⁹.

¹⁹ Foucault no considera la norma y la ley como equivalentes. Para él, la primera establece procedimientos y la segunda establece principios generales, pero en el neoliberalismo considera que las leyes se han igualado a las normas en términos de que ya no marcan principios sino procedimientos. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica más ortodoxa, la ley y la norma se distinguen como conceptos fundamentales en el marco de la teoría del derecho, y aunque están intrínsecamente vinculados, poseen características y aplicaciones diferenciadas. La ley es una regla general, abstracta, coercitiva promulgada por un órgano competente a través del procedimiento establecido y su finalidad es regular el comportamiento humano dentro de cualquier sociedad. La ley, como parte de los decretos soberanos, desde la voluntad del Estado y su implementación se manifiesta a través de castigos o medidas coercitivas, en caso de su no cumplimiento. La ley, por lo tanto, se manifiesta como un instrumento de regulación social formal cuya función primordial radica en preservar el orden, la seguridad y la justicia. No obstante, la ley debe cumplir ciertos principios de publicidad, retroactividad, generalidad y claridad a fin de ser calificada de obligatoria y legítima. La norma, en cambio, es un concepto más amplio que abarca todas las reglas de conducta propias del deber. Las normas pueden ser regulaciones jurídicas, que incluyen las leyes, pero también existen regulaciones morales, religiosas, como normas internas de comportamiento social, entre otras. El término norma es un enunciado del imperativo legal que puede surgir de cualquier ley u otros documentos normativos, como reglamentos, decretos, resoluciones, sentencias, entre otros. La norma se diferencia por su carácter implícito de legitimidad y coerción, en el sentido de que la norma jurídica puede imponer hasta la medida del uso legítimo de la fuerza. Para profundizar en esa perspectiva, véase: Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press. Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho* (Pure Theory of Law). Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Alexy, R. (2002). *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Clarendon Press. Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action: A Logical Inquiry*. Routledge. Bobbio, N. (1991). *Teoría general del derecho*. Debate.

Comúnmente, la ley pertenece a los poderes soberano y disciplinario: mientras que el primero resulta en códigos legales, el segundo implementa estos códigos de forma institucional (Foucault et al., 2007). No obstante, en la gubernamentalidad existe un uso estratégico de la ley, por lo que las normas se vuelven más importantes que el sistema judicial mismo. Esto no significa que la ley o sus instituciones tienden a desaparecer, sino que la ley sirve como norma –impone conformidad y homogeniza-, y que sus instituciones están más integradas en la gubernamentalidad neoliberal a través de un continuum de dispositivos con funciones reguladoras.

Lo anterior es lo que se conoce como justicia neoliberal, es decir, una justicia legal con mecanismos procedimentales y pecuniarios, pero sin equidad, distribución, retribución ni restauración, la cual instrumentaliza discursos de derechos humanos para regular la vida y la muerte²⁰. La justicia equivale a una compensación económica, los autores nunca son llevados ante el poder judicial y las víctimas nunca se enteran de la verdad (O'Malley, 2013, p.153). O'Malley retoma el análisis de Foucault sobre el rol de la ley en el neoliberalismo, es decir, la ley como una serie de normas que regulan y distribuyen el delito sin fines de erradicarlo, para decir que la justicia neoliberal está más preocupada por los delitos que por los perpetradores, quienes se convierten tan sólo en uno de los muchos elementos de la ley y sus efectos (O'Malley, 2013). Partiendo de la idea de Foucault de que en el neoliberalismo la ley ha perdido su carácter de regla general y se ha reducido al aspecto procedimental de la norma, en la justicia neoliberal la ley tiene como fin incidir en la distribución de conductas delictivas, a través de indicadores, tasas y volúmenes que permiten minimizar su impacto, lo cual desplaza el fin de la justicia como equidad,

²⁰ Aunque en el artículo la justicia se ve desde una perspectiva discursiva foucaultiana, es decir, como discurso de poder, en el ámbito jurídico, el concepto de justicia ha sido objeto de múltiples interpretaciones, cada una con una finalidad y un enfoque específico. La justicia no es simplemente la aplicación de normas; abarca valores como la equidad, la proporcionalidad y la reparación, que buscan orientar el orden social. No tiene una definición única; es un concepto que se manifiesta de distintas maneras según el enfoque que se aplique. Mientras que la justicia como legalidad busca la uniformidad en la aplicación de las leyes, la justicia como equidad permite una flexibilidad que se adapta a las particularidades de cada caso. La justicia distributiva y la justicia retributiva se preocupan tanto por la equidad social como por la proporcionalidad en el castigo, y la justicia restaurativa y la procedimental buscan reparar y legitimar los procesos, respectivamente. Cada una de estas perspectivas cumple una función vital dentro del sistema jurídico, y en conjunto, permiten que el derecho no solo regule la conducta humana, sino que también promueva una sociedad más justa y equilibrada. En el artículo se considera un discurso del necropoder que en el neoliberalismo se ha reducido a una justicia legal con mecanismos procedimentales y pecuniarios sin equidad, distribución, retribución ni restauración. Para las distintas perspectivas de justicia en el derecho, véase: Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press. Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press. Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho* (Pure Theory of Law). Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Herald Press. Walgrave, L. (2008). *Restorative Justice, Self-Interest, and Responsible Citizenship*. Willan Publishing.

distributiva, retributiva y restaurativa. En la justicia neoliberal surgen instituciones de justicia no jurisdiccionales que administran una justicia enfocada en sanciones pecuniarias que no llevan a los culpables a la cárcel ni buscan la verdad jurídica (O'Malley, 2013)²¹.

Por otro lado, el Estado gubernamentalizado implementa diferentes tipos de política pública, la cual se define como la toma de decisiones del Estado para modificar u orientar la acción social; toma la forma de elementos legales, políticos y técnicos basados en el conocimiento social (Guendel, 2009, p. 3). En el neoliberalismo, la política pública es biopolítica o gobierno de la vida, y se espera que regule la salud y el crecimiento de la población, pero no con intervención estatal directa como ocurría en el Estado de Bienestar, sino con políticas encaminadas a que el individuo se haga cargo de sí mismo, o en términos neoliberales, de invertir en su propio capital humano (Foucault, 1997a, pp. 70-71) y (Foucault, 2004).

La justicia neoliberal opera a través de dispositivos dentro de la gubernamentalización del Estado. Aunque pertenece al análisis anatomopolítico, el concepto de dispositivo se ha vuelto importante en el análisis de la gubernamentalidad neoliberal. El dispositivo en Foucault es la red de relaciones sociales construidas en torno a un discurso: instituciones, leyes, políticas, disciplinas del saber, declaraciones científicas y filosóficas, conceptos y posiciones morales que tienen la función específica de mantener el poder (Foucault, 2006b, 66-67). Giorgio Agamben amplió el concepto de dispositivo diciendo que: "Generalizando la ulteriormente ya amplísima clase de los dispositivos foucaultianos, llamaré literalmente dispositivo cualquier cosa que tenga de algún modo la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes" (Agamben, 2009, p. 14).

²¹ Para Foucault, los discursos de poder tienen efectos de verdad, es decir, la manera en que organizan sus instituciones y los conceptos que utilizan sus autoridades de enunciación hacen parecer que algo es cierto o verdadero sin permitir otras visiones. En cambio, en el ámbito del derecho, la verdad jurídica es una construcción elaborada en el proceso judicial que busca establecer, mediante pruebas y argumentos, una versión de los hechos que sea aceptable y coherente según las normas y procedimientos legales aplicables. A diferencia de la verdad "objetiva" o "factual", la verdad jurídica es alcanzada a través de la interpretación y valoración de pruebas, testimonios y hechos que son considerados por jueces, tribunales o partes involucradas en el proceso. La verdad jurídica se diferencia de la verdad factual en que la primera se basa en pruebas y procedimientos del derecho, mientras que la segunda hace referencia a la realidad objetiva y concreta de los hechos, sin mediación de interpretación legal. En muchos casos, la verdad jurídica puede no coincidir con la verdad factual, ya que el proceso judicial solo puede trabajar con las pruebas presentadas y las interpretaciones permitidas, lo que limita su alcance. En términos foucaultianos, la verdad jurídica es un efecto del discurso legal. Véase: Binder, A. (2000). *Fundamentos de la Teoría General del Proceso*. Editorial Ad-Hoc. Carnelutti, F. (1994). *Cómo nace el derecho*. Eunsa. Couture, E. J. (1964). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma. Taruffo, M. (2003). *La Prueba de los Hechos en el Proceso Civil*. Editorial Trotta. Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

Los dispositivos conjuntan diversas tecnologías regulatorias, tales como oficinas gubernamentales, consejos, cortes, oficinas legales, organizaciones de la sociedad civil, y la ley misma (Foucault et al., 2007).

Al igual que el gobierno de la vida o gubernamentalidad biopolítica, el gobierno de la muerte a través del Estado gubernamentalizado utiliza montajes institucionales, cálculos y tecnologías, como los discursos de derechos humanos, aunque el objetivo es gobernar la vida de las víctimas de violaciones de derechos humanos, sus familiares y los defensores de derechos humanos en relación con la muerte y la violencia. Los discursos de derechos humanos regulan y normalizan un enfoque neoliberal y gerencial de la justicia en el que los delitos que violan los derechos humanos son agravios que la gubernamentalidad mide a través de indicadores y bases de datos de casos. Las gubernamentalidades necropolíticas también utilizan aparatos y saberes institucionales para la regulación y gestión de la muerte, al tiempo que integran dispositivos que gestionan burocráticamente la muerte, como en México los dispositivos de administración del sufrimiento y de gestión de cuerpos que se analizarán más adelante, cuando se haya expuesto cómo se ha instalado el Estado gubernamentalizado en la necropolítica de México.

Para resumir, la necropolítica es la soberanía sobre la muerte. En ella, el Estado gubernamentalizado administra y gestiona la muerte a través de una justicia neoliberal constituida por dispositivos que la institucionalizan. En los siguientes apartados se proporciona una visión general de cómo ha sido la necropolítica en México de 2006 a 2018, y cómo se ha instalado la justicia neoliberal del Estado gubernamentalizado de 2018 a 2023.

La necropolítica en México en perspectiva histórica (2006-2023)

Si hubiera que poner una fecha en la que empezó a producirse masivamente la muerte en México a través de necropolíticas, ésta sería la fecha en que inició la guerra contra el narcotráfico durante el sexenio de Felipe Calderón (2006-2012). El lenguaje que usó no era metafórico: en 2006 desplegó a 45.000 militares en las calles y para 2011 ya sumaban 70.000 (Gómora, 2011; Reforma/ Staff, 2011). En ese año, los operativos militares se habían extendido ya a los estados de Chihuahua, Baja California, Nuevo León, Veracruz y Tamaulipas. El enfoque bélico al fenómeno del tráfico de drogas excluyó casi por definición los enfoques financieros o de política social, y se concentró en la captura o el asesinato de los líderes de los cárteles, de tal forma que las bandas criminales abrían fuego

entre ellas para disputarse los recursos estratégicos –territorios, rutas- y los espacios de poder vacantes (plazas) que había quedado en la economía del narcotráfico tras la muerte o captura de los capos y los decomisos de droga. El enfoque bélico desató una ola de violencia e inseguridad en Morelia, Acapulco, Ciudad Juárez, Tijuana, Nuevo Laredo, Veracruz y Monterrey. Los tiroteos, los fuegos cruzados, las decapitaciones y los coches bomba dirigidos hacia las autoridades; así como los secuestros, las extorsiones y las ejecuciones perpetradas contra los ciudadanos, se convirtieron en sucesos cotidianos (Stewart, 2010; Beittel, 2009; Stratfor, 2008).

Al término de su sexenio, Calderón ya había acumulado más de 121.613 muertes, la mayoría en tan sólo ocho estados: Chihuahua, Nuevo León, Guerrero, Sinaloa, Durango, Jalisco, Tamaulipas y Coahuila. Los homicidios subieron 50% respecto del sexenio anterior (Camarena, 2012; Migueles, 2019). También empezaron a contabilizarse violaciones a los derechos humanos que parecían de épocas pasadas, de cuando el entonces partido mayoritario, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), llevaba a cabo estrategias contrainsurgentes, como la desaparición y el desplazamiento forzados. Por un lado, sobre la desaparición forzada durante la llamada guerra sucia, la cual abarcó un periodo comprendido entre 1964 y 1990, se registraron 905 desapariciones forzadas en el conteo de persecución de jóvenes guerrilleros y opositores políticos (Pérez, 2023). Al término del sexenio de Calderón, este fenómeno que se creía aislado o del pasado creció exponencialmente y reapareció en el conteo de violaciones graves a los derechos humanos: 26.000 desaparecidos (AFP, 2013).

Salazar Barrón expone que entre 1964 y 2022 hubo casi 100.000 personas desaparecidas y no localizadas; más de 80% de las desapariciones ocurrieron a partir del sexenio de Calderón (82.840), incrementándose cada año hasta alcanzar 113.229 en diciembre de 2023. Los estados con mayor número son Jalisco, Tamaulipas y Estado de México, y la proporción de hombres y mujeres se ha mantenido similar: 24% de mujeres y 76% de hombres, aunque en hombres el rango de edad es de 20 a 49 años, y en mujeres de 10 a 24 años (Salazar, 2024).

Los feminicidios también se incrementaron. Si bien antes de 2015 no se llevaba un registro de los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres, el informe “La Violencia Feminicida en México: Aproximaciones y Tendencias 1985-2014” afirma que el registro del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) de asesinatos de

mujeres y niñas indica que de 1985 a 2014 se registró un total 42.178 muertes. Sin embargo, la mayoría proporcional, es decir, casi 30%, (15.535) se habría registrado a partir del sexenio de Calderón. En una versión actualizada de estas cifras se establece que el acumulado de muertes de mujeres con presunción de homicidio en el periodo de 1985 a 2020 fue de 67.262, y tan sólo de 2007-2020 fue de 37.438, es decir, casi 60% del total histórico de muertes violentas se dio a partir del sexenio de la guerra contra las drogas (SEGOB, INMUJERES y ONU Mujeres, 2022, pp. 5). De 1985 a 2007 hubo una tasa de violencia letal contra mujeres estable, e incluso la cifra más baja se presentó en 2007 (1.089). Sin embargo, desde 2008 empezó un incremento (1.452) que tuvo un pico en 2012 (2.775), sobre todo en los homicidios cometidos en vía pública con arma de fuego, que antes estaban por debajo de los homicidios cometidos en el hogar con armas de fuego y objetos punzocortantes (SEGOB, INMUJERES y ONU Mujeres 2022, pp. 5).

Asimismo, mientras se habían registrado desplazamientos forzados por conflictos religiosos y agrarios en estados como Oaxaca, Chiapas y Guerrero, un fenómeno de desplazamiento forzado interno masivo se registró por primera vez en el marco del levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), en 1994, que inició un conflicto armado que desplazó a más de 30.000 personas (Rubio, 2014). Para 2012, se registraron 287,000 desplazados internos. Además, en 2015 el Internal Displacement Monitoring Centre (IMDC) registró 287.000 desplazados por la violencia, sobre todo en los estados del norte y la Bahía de Burgos, lugares de explotación de gas de lutita y/o de actividad del narcotráfico: Chihuahua, Sonora, Nuevo León, Tamaulipas, Veracruz, Michoacán. Simultáneamente al desplazamiento forzado interno (DFI), miles de mexicanas/os desplazadas desde 2006 habían optado por cruzar las fronteras. Los mexicanos se iban primero a Canadá, pero dejaron de hacerlo cuando este país pidió visa. La mayoría de los mexicanos se fueron a Estados Unidos, donde de 2006 a 2015 se registraron más de 100.000 solicitudes de asilo (Estévez, 2018).

En 2012, con el presidente Enrique Peña Nieto (2012-2018), la militarización ya era generalizada y la muerte también. Al momento de dejar el cargo en 2018, la cifra total de muertos (2006-2018) ascendía a más de 270.000, con 156.437 durante su sexenio. La muerte no sólo creció estadísticamente, sino que en términos geográficos se volvió más extensa; ya no sólo eran los ocho estados ubicados en la frontera y los estados que albergaban a los cárteles, sino que se extendió a los estados del centro: ahora la violencia

se encontraba también en el Estado de México, Guerrero, Chihuahua, Jalisco, Guanajuato, Baja California, Michoacán, Sinaloa, Ciudad de México, y Veracruz (Miguelés, 2019). También el fenómeno de la desaparición forzada creció y se contabilizaron más de 40.000 personas dadas por desaparecidas (Turati, 2019).

En relación con el feminicidio, este fenómeno continuó en aumento y comenzó a contabilizarse bajo criterios específicos de feminicidio. Aunque entre 2013 y 2015 se observó una leve disminución en las cifras (2.616 en 2013; 2.365 en 2014; y 2.332 en 2015), en 2016 los casos volvieron a niveles similares a los de 2012, alcanzando 2.775. El sexenio concluyó en 2018 con un total de 3.435 feminicidios (SEGOB, INMUJERES y ONU Mujeres, 2022, p. 5). Estos datos ya reflejaban que la violencia letal no afectaba únicamente a los hombres, como sugerían las cifras de desaparición forzada y homicidios, donde se estimaba que el 75% de las víctimas eran hombres.

Como analicé en otros estudios, existe un continuum de violencia letal que conecta la guerra contra las drogas con la violencia de género, evidenciado en el feminicidio. Esta continuidad se observa en la tipología de los perpetradores, quienes son frecuentemente hombres violentos, en muchos casos vinculados o previamente relacionados con las fuerzas del orden. Además, la edad de las víctimas sugiere que los asesinatos de mujeres ocurren en contextos de comercio sexual o de relaciones erótico-amorosas, incluso cuando tienen lugar en el marco de la guerra contra el narcotráfico (Estévez, 2017; Estévez, 2019). Aunque se pensaba que un gobierno de izquierda podía hacer la diferencia en cuestiones de violencia y la llamada crisis de derechos humanos, las cosas no mejoraron con el presidente izquierdista Andrés Manuel López Obrador (AMLO), quien asumió el poder en diciembre de 2018. Para mayo de 2023, a año y medio de concluir el sexenio, el gobierno de AMLO, se perfilaba como la administración con más muertes violentas: 156.479. La estadística oficial recalca que el índice de muertes intencionales en 2022 había disminuido 9,7% respecto de 2021 (INEGI, 2023). Sin embargo, para ese momento la violencia ya había carcomido el resto del país; no era un fenómeno que aquejara sólo a los estados tradicionalmente consumidos por el narcotráfico en el centro o el norte: ya se había extendido a los estados del sur: Colima, Morelos, Quintana Roo y Chiapas. Respecto del feminicidio, la tendencia de incremento marcada por el final del sexenio de Peña Nieto se reafirmó en la de AMLO: 3.769 en 2018; 3.823 en 2019; 3.839 en 2020 (SEGOB, INMUJERES y ONU Mujeres, 2022, p. 5).

Acerca de la desaparición, la organización A dónde van los desaparecidos ha analizado que en este sexenio la desaparición de personas también se había incrementado en tal magnitud que una persona desaparece cada hora, 25 personas por día, la cifra más alta registrada desde 2006. Durante el sexenio en el que se inició la guerra contra las drogas desaparecieron 26.121 personas (Martínez, 2023), y en el siguiente, 40.180 (Turati 2019). A un año de terminar su mandato, AMLO estaba por superar a esos dos gobiernos: “Durante el mandato de López Obrador se registraron hasta el 24 de mayo de 2023 un total de 42.029 desapariciones. Hubo un descenso en 2020, el año de la pandemia, pero al siguiente aumentaron. De seguir esta tendencia, su sexenio terminará con más del doble del número de víctimas documentadas en el sexenio de Calderón” (Martínez, 2023) y considerablemente mayor que las registradas durante el gobierno de Peña Nieto. El aumento de la desaparición forzada coincide con el incremento de fosas clandestinas. Durante ese sexenio se habían ubicado 2.710, mientras que de 2006 a 2018 se localizaron 2.835 (Martínez, 2023).

En cuanto a desplazamiento forzado, en 2019 el número de desplazados internos había incrementado a 345.000, y en 2021 el número subió a 357.000 (total de 456.000 si se suman los desplazados por razones ambientales que también tienen que ver con el “desarrollo”). Para 2021 ya se había generalizado a todas las regiones del país, no sólo el norte o lugares de actividad del narcotráfico: Guerrero, Chiapas, Oaxaca, Michoacán, Chihuahua y Sinaloa, seguidos por Coahuila, Durango, Hidalgo, Jalisco, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas. El índice bajó entre 2015 y 2019, pero aumentó exponencialmente en 2020. En 2020, se registraron más de 17.000 solicitudes de asilo. Durante ese año, unas 803.000 personas salieron del país para vivir en otro; 77 de cada 100 personas se fueron a Estados Unidos de América (Estévez, 2023).

La justicia y los dispositivos del procesamiento (i)legal de la muerte en la gubernamentalización necropolítica del Estado (2018-2023)

El aumento de las cifras de muerte y de las necropolíticas específicas –asesinato, desaparición, feminicidio, desplazamiento- indican mucho más que un incremento lineal de la violencia por sexenio. Hablan de cambios en el énfasis de estrategias para resolver legalmente los excedentes o secuelas de la producción de muerte masiva. Para gestionar estas secuelas se han ido instalando escalonadamente dispositivos que permiten procesar la muerte (i)legalmente. En el gobierno de Calderón, se empezó a gestar el descontento que

llevó a la instalación de dispositivos de gestión de la muerte. Posteriormente, en la administración de Peña Nieto se instaló un dispositivo que buscaba neutralizar el potencial político del duelo por la muerte masiva a través de la burocratización de las demandas de justicia y de protección. En el sexenio de Andrés Manuel López Obrador, la estrategia se dirigió a gestionar el desbordamiento material y la visibilidad de la muerte a través de la masificación de la desaparición forzada y las fosas clandestinas, con el componente de un autoritarismo carismático que busca suplantar el andamiaje institucional creado para tal efecto al ocaso del sexenio anterior.

En trabajos anteriores (Estévez, 2020; Estévez, 2017; Estévez 2016) analicé el dispositivo de administración del sufrimiento desde su gestación en el sexenio de Calderón, hasta su puesta en marcha durante el sexenio de Peña Nieto. En particular se hizo un análisis de sus tecnologías administrativo-legales, el Mecanismo para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos y Periodistas y el Sistema Nacional de Apoyo a Víctimas. En este trabajo analizo este dispositivo en su última expresión administrativo-legal, la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas (CNBP). Asimismo, se examina una nueva institucionalidad (i)legal derivada de los clamores por mecanismos técnicos de búsqueda y gestión material de los cuerpos, la cual tiene componentes legales, ilegales y paralegales. Los legales son las instituciones y procedimientos que conforman el Programa Nacional de Búsqueda; los ilegales corresponden a la intensificación del uso de la desaparición forzada y las fosas clandestinas para esconder materialmente la muerte; y los paralegales tienen que ver con las decisiones del presidente, las cuales tomaba al margen de las instituciones de justicia neoliberal establecidas en gobiernos anteriores y que no hacen el dispositivo menos neoliberal sino autoritario.

4.EL DISPOSITIVO DE ADMINISTRACIÓN DE SUFRIMIENTO

La administración del sufrimiento se hace con el fin de desarticular la subjetividad política derivada del dolor causado por la muerte. El conjunto de necropolíticas públicas que se apropian del sufrimiento para burocratizarlo, para dominar al otro simbólicamente a través de la espera es lo que constituye el dispositivo de administración del sufrimiento, el cual construye sujetos que les son funcionales y conjuntan diversos tipos de necropolítica pública –comités y comisiones especiales, reglamentos, unidades de atención a víctimas,

bases de datos- que operan a través de cuatro tecnologías que regulan la agencia política: la positivización de la demanda política, el complejo institucional, la subjetivación, y finalmente la fetichización de la justicia. A continuación, se analiza cómo se han conformado estas características en la última fase del dispositivo, la CNBP.

La primera tecnología es la positivización jurídica de la demanda política en una norma, no para reconocer o resarcir derechos sino para la conversión de ésta en un código administrativo que evita imponer los términos de impartición de justicia y, en cambio, asigna los de la operación de un instrumento que gestiona el sufrimiento a favor del Estado. Esto es diferente a la positivización jurídica de la demanda política en el reconocimiento de un derecho, por ejemplo, la positivización de la desaparición forzada como una violación grave al derecho a la vida y la integridad personal. La norma en el sentido neoliberal reinterpreta las demandas con un código administrativo de plazos, mecanismos y fondos que conducen a los sujetos a lugares y tiempos en los que su subjetividad política se va desvaneciendo. Al final, el objetivo del dispositivo no es la legislación para el reconocimiento de un derecho, sino la normativización de los términos de operación del dispositivo para su propia sobrevivencia – sin llegar nunca al conocimiento de la verdad jurídica en las violaciones a los derechos humanos.

En este sentido, un hecho importante que antecede la CNBP es que no surgió de un escritorio o de negociaciones racionales o deliberativas, sino de luchas en principio antagónicas. Los familiares de personas desaparecidas se encontraron con vacíos jurídicos para que se activaran los mecanismos de derechos humanos relacionados con el delito de desaparición forzada, ya que la hibridez legal/criminal de los agentes ejecutores daba las bases para negar la atribución del Estado y con ello la tipificación del delito como desaparición forzada. Después de diversos foros y asambleas de consulta llevados a cabo entre 2012 y 2015, en las que participaron familiares de personas desaparecidas, en 2017 se aprobó la Ley General en Materia de Desaparición forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda.

A pesar de la controversia entre el Poder Legislativo y los familiares de las víctimas en el sentido de que distinguir entre diferentes tipos de desaparición crearía víctimas de primera y segunda clase (Robledo, 2016), la nueva ley distinguió tres tipos de víctimas directas: personas objeto de desaparición forzada, de desaparición por parte de particulares y personas no localizadas. Las primeras responden a la definición de la legislación

internacional de derechos humanos, comúnmente periodistas, opositores políticos, minorías étnicas y religiosas, y en general personas con una presencia pública que los pone en la mira del Estado. Las segundas son personas que han desaparecido como consecuencia de un delito tal como secuestro y cuyo paradero se desconoce a partir del ilícito. Esta acepción corresponde a las víctimas de la guerra contra el narcotráfico como se ha descrito hasta ahora. Las últimas son personas de las que no se sabe su paradero y no se tiene conocimiento de que hayan desaparecido como consecuencia de un delito. La distinción tuvo como fin diferenciar entre una violación de derechos humanos según el discurso de verdad y un delito derivado de “los estragos de la delincuencia organizada” (Robledo, 2016).

Mientras que la emisión de la ley como consecuencia de la movilización social es un triunfo de las familias de las víctimas, la categorización de diferentes tipos de persona despolitiza el concepto porque desactiva los mecanismos de búsqueda de derechos humanos, en los cuales el responsable último es el Estado ya sea por acción, omisión o aquiescencia. Un enfoque politizado del concepto subraya la responsabilidad del Estado en la protección de los derechos humanos, al centrar la discusión en las obligaciones del Estado para evitar y resolver estos casos; permite enfocarse en las violaciones estructurales y en la obligación del Estado de asegurar mecanismos preventivos y de justicia; facilita el posicionamiento de la desaparición en un contexto de derechos humanos, más allá de un análisis técnico-jurídico; y hace que la sociedad y las instancias jurídicas comprendan que la desaparición involucra también la responsabilidad de las instituciones y no solo de actores aislados. Ser desaparecido o persona localizada en cambio queda en el terreno de un delito como hay miles en el contexto de la guerra contra las drogas.

Los familiares entraron en antagonismo con el Estado, pero lo perdieron al negociar las demandas en términos de normas e instituciones burocráticas en las que el sufrimiento social se codifica en un discurso administrativo de reglas de operación, comités y presupuestos. Las leyes han dejado de ser instrumentos de justicia para convertirse en herramientas gerenciales que traducen las demandas sociales y políticas en medidas, plazos y términos de aplicación. La burocratización de la demanda política anula el antagonismo.

La segunda tecnología del dispositivo de administración del sufrimiento es la complejidad interinstitucional. Se conjuntan representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo en

comités o consejos en los que la organizaciones pueden o no tener representación, pero que sirven de foros de colaboración y negociación sin influencia política real. Este andamiaje interinstitucional echa a andar un complejo juego de trámites burocráticos que dan al sujeto la ilusión de que están avanzando hacia la justicia aunque esté ausente el poder Judicial y la característica fundamental sea la espera. Como dice Auyero (2013, pp. 36-37): “la espera produce incertidumbre y arbitrariedad. La incertidumbre y la arbitrariedad engendran un efecto subjetivo específico entre quienes necesitan al Estado para sobrevivir: se someten en silencio a requisitos del Estado por lo general arbitrarios. Para decirlo claramente, la dominación política cotidiana es eso que pasa cuando aparentemente no pasa nada, cuando la gente ‘solo espera’”.

La CNBP llega a fortalecer el entramado burocrático de la administración del sufrimiento porque en su creación establece que no está para investigar sino para buscar. La ley estableció que se debía crear un organismo que fungiera como la secretaría ejecutiva del Sistema. Así se creó la CNBP hasta 2019 conformándose de 32 comisiones locales, la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Fiscalía General de la República, la Secretaría Nacional de Seguridad Pública, el Consejo Ciudadano y la Policía Federal. La Comisión está encargada de “guiar e impulsar los esfuerzos institucionales para atender las crisis, con todos los órdenes de gobierno, familiares de personas desaparecidas, sociedad civil organizada, colectivas y población en general” (CNBP 2023, p. 4). Antes de ponerse a buscar desaparecidos, la CNBP creó más entramados burocráticos: el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas (PHB), el Protocolo Adicional para la Búsqueda de Niñas, Niños y Adolescentes (PANNA), y el Registro Nacional de Personas Reportadas como Desaparecidas y No Localizadas (RNPDO). En 2022 creó el Centro Nacional de Identificación Humana que reemplazó al Mecanismo Extraordinario de Identificación Forense (MEIF), y en 2023 creó el Programa Nacional de Búsqueda que tiene como fin “delinear los puntos fundamentales de la política pública en materia de búsqueda, localización e identificación de personas” (CNBP 2023, p. 5).

Como se puede ver, la necropolítica pública tiene una composición institucional compleja que involucra fundamentalmente instancias administrativas del Poder Ejecutivo y Legislativo, y excluye al Poder Judicial, por lo que sus objetivos están más cercanos al control político que a la justicia pues subordina a las víctimas a través del control del

tiempo y el espacio. Con todo y su complejo andamiaje institucional ha sido poco efectivo en el hallazgo de personas y restos. Este enorme aparato institucional lleno de trámites y plazos no encuentra desaparecidos: siguen siendo los familiares de las víctimas quienes buscan y encuentran cuerpos, no en las morgues, sino en fosas comunes de todo el país. Hay más de 65 grupos de familiares de víctimas buscando restos humanos en las 5.600 fosas. En agosto de 2019, los familiares concluyeron la búsqueda en una de las fosas comunes más grandes del país, en el estado de Veracruz, habiendo encontrado 22.000 osamentas. En su último informe público (2020), la CNBP dijo que de diciembre de 2018 al 30 de septiembre de 2020 había exhumado 1.957 cuerpos de 1.257 fosas, de los cuales 806 fueron identificados y 449 entregados a familiares.

La complejidad institucional da la apariencia de un órgano de justicia, y la ilusión de empoderamiento de los sujetos (participación ciudadana) mientras que garantiza un máximo de intervención política y oscurecimiento de la justicia. Esto se maximiza cuando los activistas se dan cuenta de que estas políticas no están funcionando y que el enfoque en lograr la protección o la reparación se desplaza a la operación apropiada de estos instrumentos. Mientras que las organizaciones civiles van a la prensa a denunciar el fracaso de estas políticas, la justicia y el fin de la impunidad se vuelven temas secundarios. La tercera tecnología es la subjetivación. Las necropolíticas públicas de derechos humanos construyen dos tipos de sujetos: el sujeto activo, el de la “participación ciudadana”; y el sujeto pasivo o sujetado, el que es sujeto de intervención para gestionar “positivamente” su sufrimiento y subjetividad política a través de canales de negociación. Aun cuando los activistas tienen las mejores intenciones de participar en el diseño de estas políticas, los dispositivos de administración del sufrimiento los convierten a ellos en *stakeholders* (en la jerga gerencial: partes interesadas) y a las víctimas en objetos de intervención gubernamental que sólo esperan. Como dice Auyero, “la exposición habitual a largas demoras modela un conjunto particular de comportamientos sumisos” (Auyero, 2013, p.25).

Para los propósitos de la subjetivación, el dispositivo de administración del sufrimiento establece límites de quién puede ser considerado un sujeto de sus políticas públicas. En la CNBP el sujeto de acción es colectivo y aun así no están contemplados en su organigrama los grupos de familiares o de búsqueda. Tienen una pequeña representación en el Consejo Ciudadano, que es un órgano de consulta: cinco familiares de personas desaparecidas,

junto con cuatro especialistas en derechos humanos y cuatro representantes de organizaciones de la sociedad civil. Aunque la ley establece que el principio de “participación conjunta”, los familiares investigan y buscan (y encuentran) con sus propios recursos. Su incidencia al interior de la Comisión es escasa, de tal forma que los colectivos se siguen expresando por fuera, señalando su ineficacia e instrumentalización política, como ocurrió en 2023 en el caso de la deposición de la encargada Karla Quintana al parecer por presiones de la presidencia. Esta actividad por fuera es sustancial y ha respondido más a una lucha social que a las dinámicas internas del Sistema. Si bien ésta pudo no haber sido la intención, en los hechos la administración del sufrimiento conduce a los sujetos a la regulación de su agencia por otros medios tales como la mercantilización de la justicia, o la regulación del tiempo y el espacio para la subordinación política.

Cuarta y última tecnología: la fetichización de la justicia. Como la justicia no va a llegar en la mayoría de los casos si no es que en todos, el mecanismo la fetichiza al menos de dos formas. Una, con bienes materiales (botones de pánico, guardaespaldas, carros blindados, tecnología de vigilancia) o económicos (becas, viáticos para atender trámites, pagos por funerarias) que pueden estar a disposición de los activistas y las víctimas en medio del proceso, y cuya gestión se va convirtiendo en el objeto mismo de la lucha por la justicia. El problema no es que se procuren medios para la seguridad de los activistas, o fondos económicos para financiar los gastos en los que las víctimas incurren durante la búsqueda de justicia, sino que estos bienes materiales y económicos reemplacen la justicia. Dos, sustituir la justicia por el dispositivo mismo. Como el dispositivo se encuentra diseñado para entrar en operación paulatinamente o al mediano y largo plazo, y su andamiaje institucional está sujeto a una burocracia gubernamental que, como todas, es proclive a la desviación de fondos, la dilación, el abuso laboral y el nepotismo, los activistas y víctimas se empiezan a enfocar en su ineficacia, corrupción y abuso, de tal forma que paulatinamente la justicia empieza a tomar la forma de la correcta operación del dispositivo.

Entre las atribuciones de la CNBP están las de coordinar a las autoridades para la búsqueda y la investigación, evaluar políticas públicas sobre desaparición, y elaborar instrumentos normativos. Esta faceta del dispositivo es la más descaradamente neoliberal pues separa la investigación, que es propiamente un procedimiento de búsqueda de justicia, de la búsqueda, que es un clamor social.

Ante la falta de resultados en la búsqueda de las personas desaparecidas por los procedimientos tradicionales de investigación ministerial, el mayor cambio que se instaura con la emisión de esta Ley General es la separación de la búsqueda de la investigación. A diferencia de la investigación, que tiene por objeto el esclarecimiento de hechos para la persecución y sanción a los responsables, la búsqueda se enfoca en dar con el paradero de la persona desaparecida o no localizada... Esto implica distinciones en cuanto a procesos y autoridades responsables (Enfoque DH, 2018, p.7).

5. EL DISPOSITIVO DE GESTIÓN DE CUERPOS

A mediados de septiembre de 2018, un macabro suceso salió a la luz en el estado de Jalisco, el que tiene más desaparecidos en todo el país: un camión lleno con más de 157 cadáveres fue descubierto en la zona metropolitana de la capital del estado, Guadalajara. La noticia indignó a los mexicanos y al mundo entero. Sin embargo, pocos días después el problema se agravó: se confirmó que el camión transportaba en realidad 273 cuerpos, no 157, mientras que se descubrió otro vehículo con 122 cadáveres. Las autoridades locales explicaron el motivo: la capacidad de la morgue de la ciudad estaba al límite (49 cuerpos); estaba literalmente desbordada de cadáveres (Associated Press, 2018). Las autoridades estaban utilizando estos camiones para almacenar los cuerpos.

Días después, se informó que el gobierno del estado de Jalisco estaba tratando de comprar cámaras frigoríficas para los cadáveres. También se supo que el uso de tráileres refrigerados para el almacenamiento era una práctica común en otros estados con altos índices de violencia con un total de 12 camiones utilizados en Jalisco, Guerrero, Veracruz y Baja California (Reina, 2019). A nivel nacional, un total de 26.000 cuerpos sin identificar se encuentran actualmente en las morgues de todo el país (Reina, 2019). Sin embargo, aún más preocupante era la discusión pública de esta situación. Se empezó a hablar de una crisis forense en términos de la incapacidad de procesar material y físicamente los 52.000 cuerpos apilados en las morgues, una parte considerable de los muertos de la guerra contra las drogas que en 2019 se tasaban en 156.000 muertos y 40.000 desaparecidos, cifras que se incrementarían considerablemente en la recta final del gobierno de AMLO, con 250.000 muertos y 111.000 desaparecidos. Dice un informe de la organización de derechos humanos Fundar:

Una de las razones por las que esta realidad se califica como una crisis es porque la capacidad de la atención del Estado ha estado rebasada por años. Según el último Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal 2021, en el país contábamos con 283 unidades y 399 laboratorios de los servicios periciales y/o de servicios médicos forenses, así como 8.176 personas peritas en estas unidades (entre 50 y 57% de ellas especializadas en materia forense). Este personal pericial no se dedica solo a actividades de identificación forense, sino que responde al conjunto de solicitudes de peritajes que requieren las fiscalías del país; con un promedio de 3.541 homicidios mensuales en el país, esta es una carga de trabajo excesiva para un personal claramente insuficiente (Fundar, 2022, p. 2).

Las autoridades no cuestionaban el hecho de que en México se estuvieran asesinando personas a un ritmo de 118 por día (Fundar, 2022) y desapareciendo a un ritmo de 25 diariamente. Estaban más preocupadas por cómo manejar y gestionar estos cadáveres, ya que mantenerlos en camiones refrigerados atentaba contra la dignidad de los muertos e impedía los protocolos forenses indicados para la investigación de desapariciones forzadas. Mientras se entiende que la dignidad humana debe ser innegociable aún trascendida la vida, lo impactante del caso es que el horror acerca de la masividad de la muerte no fuera el hecho de que ocurriera, sino de que los cadáveres estuvieran a la vista, regados por todos lados. Lo terrible de la muerte no es que se apile sino que se vea, por lo que debe ser imperante procesarla de forma efectiva y discreta. El que el Estado gubernamentalizado se preocupe más por crear un aparato burocrático con el cual desestimar la responsabilidad estatal y acallar los reclamos de las personas que buscan a sus familiares habla de que en México es también fundamental administrar el excedente físico de la muerte, sobre todo desde que empezara la administración de López Obrador, un sexenio en el que el número de fosas se disparó de casi 2.000 en 2019 (Agren, 2019), a 5.600 en 2023 (Tzuc, 2023), y en el que la desaparición forzada se incrementó de tal forma que desaparece una persona cada hora, según la organización de periodistas especializados en desaparición forzada A dónde van nuestros desaparecidos (Martínez, 2023).

Mientras que con Calderón había un interés en que la responsabilidad estatal quedara incierta y en el de Peña Nieto en que las movilizaciones sociales fueran neutralizadas con procedimientos democráticos, en el de López Obrador hay un interés en meter la muerte bajo la alfombra, que no se noten los muertos. Para ello, su estrategia de gestión de cuerpos tiene dos tecnologías: la intensificación de la desaparición forzada haciendo uso

sistemático de fosas clandestinas, y la intervención de instrumentos estadísticos para dar la impresión de que la desaparición forzada ha disminuido.

En México las cifras oficiales establecen que para mayo de 2023 había 111.000 personas desaparecidas, de las cuales más de 9.000 son mujeres. Las víctimas son lo mismo militares y policías, que indígenas, activistas, comerciantes, migrantes y jóvenes sin ninguna actividad política. En otras palabras, cualquiera puede ser víctima de desaparición. Fue hasta 2017, luego de la movilización de familiares de personas desaparecidas, que este hecho fue reconocido jurídicamente con la emisión de la Ley General en Materia de Desaparición Forzada De Personas, Desaparición Cometida por Particulares. Antes de eso, la definición del desaparecido era la heredada de la movilización social en el contexto de las dictaduras militares del Cono Sur y se refería al “detenido desaparecido”, es decir, una persona con actividad política cuyo paradero es incierto tras ser detenido arbitrariamente por parte de agentes del Estado. Para que el delito fuera acreditado como desaparición forzada, tenía que haber autorización, apoyo o aquiescencia del Estado (Art. 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y el Art. 215-A del Código Penal Federal).

La ley establece una institucionalización de la desaparición a través de la creación de comisiones, comités, programas y sistemas interinstitucionales que tienen que recorrerse para activar la búsqueda de personas. El entramado burocrático y la categorización legal funcionan como estrategias de administración del sufrimiento de las personas que buscan a personas desaparecidas, al tiempo que se instrumentaliza para postergar el hallazgo de las personas y dar la impresión de que la desaparición va en descenso, cuando en realidad se ha incrementado a partir de 2018, año en que tomó posesión el presidente AMLO. Como se ha dicho antes, en el gobierno de AMLO la desaparición ha sido tal que a más de un año de terminar su mandato ya ha superado el número de desaparecidos registrados durante la administración de Peña Nieto. También se han encontrado más fosas en este gobierno que en los dos anteriores. El uso intensivo de la desaparición y las fosas como tecnologías de muerte sugiere que se está usando la desaparición forzada y el uso de entierros ilegales para administrar materialmente la muerte frente a la crisis forense, como sugiere Fundar: Contabilizados por el mismo censo (2021) y en resguardo de alguna cámara de frío, osteoteca o algún otro espacio de servicios periciales o del servicio médico forense,

existían 10.072 cuerpos o restos humanos, de los cuales solo el 57.82% habían sido identificados, es decir, 5.824 cuerpos. Esto implica que los cuerpos pendientes de identificación que están en espacios adecuados destinados para su tratamiento en Servicios Periciales o Servicios Médicos Forenses (Semefos) de las Procuradurías o Fiscalías Generales del país para su tratamiento representarían apenas 4.248 cuerpos. Esta cifra representa tan solo un 8,2% del total de los 52.004 reportados por el Movimiento por Nuestros Desaparecidos en México. Si alrededor de 4.000 cuerpos sin identificar están en resguardo en instalaciones del Estado, ¿dónde están los más de 48.000 cuerpos restantes? Según el informe sobre la crisis forense en México de Quinto Elemento Lab, el grueso de los cuerpos sin identificar en el país está en fosas comunes (alrededor del 70%) (FUNDAR, 2022, p. 2).

Las posibilidades de esta hipótesis analítica se incrementan luego de los recientes esfuerzos de la administración obradorista por atajar institucionalmente y con estadística el hecho de que la desaparición hubiera aumentado. En julio de 2023 el presidente se quejó de que el censo de desaparecidos, el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPNDNO) establecido por la CNBP según sus atribuciones, reflejara un número mayor de desaparecidos al real, porque según él las personas eran localizadas y eso no se reportaba en el registro. La información pública del registro expone que desde 2006 han desaparecido 292.525 personas, de las que 111.045 siguen desaparecidas, 168.256 han sido encontradas con vida y 13.224 han fallecido. Un mes después, la titular de la CNBP, Karla Quintana, renunció a su cargo sin dar explicaciones. Tres meses después la extitular rompió el silencio diciendo que su renuncia se debió a presiones de la presidencia por querer imponer un nuevo censo de personas desaparecidas con el fin de “rasurar” la cifra que ubica su administración como la que más desapariciones ha registrado desde que iniciara la guerra contra el narcotráfico.

El censo estaba fuera de los mecanismos establecidos en el órgano creado a partir de una ley emitida por el gobierno anterior con temporalidad permanente: la CNBP. En teoría se adopta la metodología llevada por la Comisión de Búsqueda de la CDMX en su “análisis de contexto”, que no es otra cosa que buscar en bases de datos diversas (trámites y pagos de servicios gubernamentales) si las personas siguen teniendo actividades. Esa metodología tiene enormes sesgos ya que encontrar personas en registros no equivale a

aparecer físicamente, y no queda claro si la persona aparece con vida o no, pues se utilizan términos tales como “ubicados”, que no están en el RNPDO de la CNBP.

En la realidad, el censo se llevó fuera de los protocolos y los mecanismos de la CNBP, a través de los “servidores de la nación”, cuya principal función es implementar los programas sociales de la Secretaría de Bienestar, así como recopilar datos y atender a la población beneficiaria de estos programas, que incluyen ayudas económicas para adultos mayores, personas con discapacidad, estudiantes, y otros sectores vulnerables²². Éstos llevaban un cuestionario del “Informe de visita domiciliaria” que es parte de un Programa Nacional para la Búsqueda Generalizada de Personas en Vida, el cual no surge públicamente de la CNBP, sino al parecer de la Secretaría de Gobernación. Anunciado como nuevo censo por el presidente, “consiste en visitar ‘casa por casa’ a las familias de las personas desaparecidas cuyos nombres surgen tras cruzar el RNPDO con distintas bases de datos –como registros civiles y de salud, y de programas sociales” (Muñoz, 2023). Los “servidores de la nación” iban acompañados de miembros de la Guardia Nacional que inspeccionaban los hogares para asegurarse de que las familias no mentían. Según la secretaria de Gobernación, María Luisa Alcalde, en total se llevaron a cabo 11.641 visitas domiciliarias y 86.341 llamadas telefónicas que arrojaron datos que no cuadran con la categorías usadas por la CNBP y que en realidad no dan certeza acerca de si las personas han aparecido con o sin vida y que ellos o sus restos están físicamente con sus familiares. De esta forma el censo dice que hay 16.681 “personas localizadas”, 17,843 personas “ubicadas”, 26.090 registros incompletos, 36.022 registros sin indicios suficientes para acciones de búsqueda, 1,951 registros duplicados, y finalmente, 12.377 personas confirmadas como desaparecidas. El nuevo censo redujo el número de desaparecidos de 111.000 a 12.000, de tal forma que según este censo, el gobierno de AMLO pasó de ser el que más desaparecidos reportaba al que menos tenía. Procesalmente, los cuerpos desaparecen por segunda ocasión y materialmente siguen desaparecidos en las fosas clandestinas.

²² Los Servidores de la Nación han sido objeto de controversia, pues algunos sectores de la oposición los acusan de ser una estructura paralela para promover la imagen del gobierno y de AMLO. Sin embargo, desde la perspectiva oficial, son vistos como una herramienta clave para asegurar que los recursos lleguen directamente a las personas más necesitadas, evitando intermediarios y reduciendo la corrupción en la distribución de los apoyos sociales.

En resumen, durante la administración de AMLO, en la gubernamentalización necropolítica del Estado, se siguió con las mismas políticas instaladas en los dos periodos que le precedieron, al tiempo que se instaló el nuevo dispositivo de gestión de cuerpos, con lo que se atajó el incremento de la desaparición forzada y el manejo de los cadáveres a través de medidas legales (comisiones y comités), ilegales (posiblemente la intensificación de la desaparición forzada) y paralegales (intervención directa del presidente pasando por alto procedimientos legales e instancias colegiadas).

6. CONCLUSIONES

El artículo propuso que de 2006 a 2023 el Estado gubernamentalizado efectuó una política de muerte que para gestionar sus resultados y efectos sobre la población instaló una justicia neoliberal. El procesamiento (i)legal de la muerte se ha apoyado en el uso estratégico del discurso de derechos humanos y de dispositivos que se han ido superponiendo uno sobre el otro según los requerimientos de reproducción del necropoder. El primer dispositivo fue el de la administración del sufrimiento, el cual ha servido para neutralizar la movilización social que busca justicia para las víctimas. El segundo fue el de gestión de cuerpos, el cual se compone de dos tecnologías: la desaparición forzada y las fosas clandestinas, las cuales se usan para ocultar los cadáveres que han desbordado la capacidad forense en una gubernamentalidad necropolítica que se ha instalado por casi 20 años.

7. REFERENCIAS

- AFP. (26 de febrero de 2012). Gobierno de México reporta 26,121 desaparecidos entre 2006 y 2012. La Tercera. <https://www.latercera.com/noticia/gobierno-de-mexico-reporta-26-121-desaparecidos-entre-2006-y-2012/>
- Agamben, G. (2009). *What Is an Apparatus? and Other Essays*. Stanford University Press.
- Agren, D. (22 de enero de 2019). Mexico's murder rate broke new record in 2018 as drug war dragson. The Guardian. <https://www.theguardian.com/world/2019/jan/2022/mexico-murder-rate-new-record-2018-drug-war>

- Alexy, R. (2002). *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Clarendon Press.
- Associated Press. (20 septiembre de 2018). Mexican officials say 273 corpses found in back of tractor-trailer. KRON4. <https://www.kron4.com/news/world/mexican-officials-say-273-corpse-found-in-back-of-tractor-trailer/146209411>
- Auyero, J. (2013). *Pacientes del Estado*. Eudeba.
- Beittel, J.S. (7 de mayo de 2009). "Mexico's Drug-Related Violence". Washington DC: C. R. Service.
- Binder, A. (2000). *Fundamentos de la Teoría General del Proceso*. Editorial Ad-Hoc.
- Camarena, S. (11 de enero de 2012). La guerra contra el 'narco' en México ha causado 47.515 muertes violentas. El País. https://elpais.com/internacional/2012/01/11/actualidad/1326317916_963041.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRARTMX&o=cerradomx
- Carnelutti, F. (1994). *Cómo nace el derecho*. Eunsa.
- Castro, E. (2016). *Lecturas foucaultianas. Una historia conceptual de la biopolítica*. Editorial Universitaria.
- Castro, E. (2004). *El vocabulario de Michel Foucault. Un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*. Universidad Nacional de Quilmes.
- CNBP (2023), Programa Nacional de Búsquedas de Personas. Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas. México.
- Couture, E. J. (1964). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma.
- Enfoque DH (2018). *Guía básica para entender la Ley General contra la desaparición de personas*. Enfoque DH, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. USAid.
- Estévez, A. (2025). "Una metodología foucaultiana para la investigación discursiva en ciencias sociales", *Intersticios Sociales*. Colegio de Jalisco. México. En prensa.
- Estévez, A. (2024). *El discurso de derechos humanos en Norteamérica: una gramática en disputa*. CISAN-UNAM/ UACM-Cuajimalpa. México. En prensa.
- Estévez, A. (2023). ¿El fin de la migración forzada internacional? Nexos- Observatorio Migrante COLEF, Migración.nexos.com.

- Estévez, A. (2020). Mexican Necropolitical Governmentality and the Management of Suffering Through Human Rights Technologies. *Critical Criminology*, 27–42
- Estévez, A. (2019). Necropolitical Wars. En K. Koram (Ed), *The War on Drugs and the Global Colour Line*. Pluto Press.
- Estévez, A. (2018). Guerras necropolíticas y biopolítica de asilo en América del Norte. CISAN-UNAM/UACM.
- Estévez, A. (2017). La violencia contra las mujeres y la crisis de derechos humanos: de la narcoguerra a las guerras necropolíticas. *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, 3, (6), 36-66.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Foucault, M. (2007). *Security, Territory, Population : Lectures at the College De France, 1977-78*. Basingstoke.
- Foucault, M., Senellart M. y Davidson, A. (2007b). *Security, territory, population:lectures at the College de France, 1977-78*. Basingstoke.
- Foucault, M. (2006a). *Defender La Sociedad*. Fonbdo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2006b). *Seguridad, territorio, población*. Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2004). *The Birth of Biopolitics*. Picador-Palgrave Macmillan.
- Foucault, M. (1997a). *The Essential Works of Michel Foucault: 1954-1984. Vol. I, Ethics: Subjectivity and Truth*. The New Press New York.
- Foucault, M. (1997b). *Power. Vol. III, Essential Works of Foucault*. New York: The New Press.
- FUNDAR. (2022). “Presupuesto y crisis forense en México”, Opacidad e insuficiencia del presupuesto en materia de identificación forense. FUNDAR. México.
- García Máynez, E. (2003). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa Guendel,
- L. (2009). *Políticas públicas y derechos humanos. Principios, enfoques e instrumentos*.
- Gómora, D. (6 de mayo de 2011). Hay Más De 45 Mil Militares En La Lucha Antinarco: Sedena. *La Jornada*. <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185247.html>.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- INEGI. (2023). Defunciones por homicidio. Enero a diciembre de 2022 (preliminar), Comunicado de prensa núm. 418/23. 25 de julio de 2023,

- <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/DH/DH2022.pdf>
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho (Pure Theory of Law)*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Martínez, C. (1 de junio de 2023). Desaparece una persona cada hora en sexenio de AMLO. adondevanlosdesaparecidos.org.
<https://adondevanlosdesaparecidos.org/2023/06/01/desaparece-una-persona-cada-hora-en-sexenio-de-amlo/>
- Mbembe, A. (2011). *Necropolítica, Melusina*.
- Miguelés, R. (26 de julio de 2019). INEGI: sexenio de Peña Nieto rompe récord en homicidios. *El Universal*.
<https://www.eluniversal.com.mx/nacion/sociedad/inegi-sexenio-de-pena-nieto-rompe-record-en-homicidios/>
- Muñoz, C. (2023). “Un cuestionario para reducir el número de desaparecidos” adondevanlosdesaparecidos.org. Noviembre 16, 2023, consultado online: 26 de diciembre. <https://adondevanlosdesaparecidos.org/2023/11/16/un-cuestionario-para-reducir-el-numero-de-desaparecidos/>
- O'Malley, P. (2013). *The birth of biopolitical justice*. En Golder, B. (Ed.), *Re-reading Foucault On Law, Power and Rights*. Routledge.
- Vela, D. (26 de diciembre de 2023). Gobierno de AMLO ‘le gana’ al de Peña Nieto como el más violento; suma 170 mil homicidios. *El Financiero*.
<https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2023/12/26/gobierno-de-amlo-desbanca-al-de-pena-nieto-como-el-mas-violento-suma-170-mil-homicidios/>
- Pérez, Ó. (23 de febrero de 2023), *Acercamiento estadístico a la desaparición de personas en México: guerra sucia y guerra contra el narcotráfico*. Nexos.
<https://datos.nexos.com.mx/acercamiento-estadistico-a-la-desaparicion-de-personas-en-mexico-guerra-sucia-y-guerra-contra-el-narcotrafico/>
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- Reforma/ Staff. (2011). “Adiestra Brasil Tropa Para Salir a Calle”. *Reforma*.
- Reina, E. (8 de febrero de 2019). Un instituto forense para poner nombre a 26.000 cuerpos en México. *El País*.
https://elpais.com/internacional/2019/02/07/mexico/1549562263_686126.ht

https://elpais.com/internacional/2019/2002/2007/mexico/1549562263_1549686126.html

- Robledo, C. (2016). Genealogía e historia no resuelta de la desaparición forzada en México. *Íconos, Revista de Ciencias Sociales* 55, 93-114.
- Rubio Díaz-Leal, L. (2014). Desplazamiento interno inducido por la violencia: una experiencia global, una realidad mexicana. ITAM/CMDPDH.
- Salazar Barrón, S. (2024). Geopolítica del devenir buscadora de personas desaparecidas en México, un análisis multi-situado de tres casos (2020-2022). [Tesis de Doctorado, UAM Xochimilco].
- SEGOB. (2022). Informe estadístico Diciembre 2022. Mecanismo para la protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y periodistas. Información actualizada al 31.12.2022. Secretaría de Gobernación. Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/813696/Informe_estadistico_diciembre_2022_f.pdf
- SEGOB, INMUJERES y ONU Mujeres. (2020). La Violencia Feminicida en México: Aproximaciones y Tendencias 1985-2014. Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de las Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, México. Publicado en diciembre 2020. http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/101258.pdf
- SEGOB, INMUJERES y ONU Mujeres. (2022). La Violencia Feminicida en México: Aproximaciones y Tendencias. Síntesis actualizada. Secretaría de Gobernación, Instituto Nacional de las Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, México.. Consultado Online: 18 de diciembre, 2023.
- Stewart, S. (2010) Mexico and the Cartel Wars in 2010. Stratfor.
- Stratfor (2008). Mexican Drug Cartels: Government Progress and Growing Violence. Stratfor Washington. Stratfor
- Taruffo, M. (2003). La Prueba de los Hechos en el Proceso Civil. Editorial Trotta.
- Turati, M. (23 de enero de 2019). La cifra de desaparecidos es más alta de la que admitió PeñaNieto. Proceso. <https://www.proceso.com.mx/reportajes/2019/1/23/la->

cifra-de-desaparecidos-es-mas-alta-de-la-que-admitio-pena-nieto-
219081.html

Tzuc, E. (9 de octubre de 2023). México rebasa las 5 mil 600 fosas clandestinas. Quinto ElementoLab. <https://quintoelab.org/project/mexico-rebasa-cinco-mil-fosas-clandestina>

Valencia, S. (2010). Capitalismo Gore. Melusina. España.

Von Wright, G. H. (1963). Norm and Action: A Logical Inquiry. Routledge. Bobbio, N. (1991). Teoría general del derecho. Debate.

Walgrave, L. (2008). Restorative Justice, Self-Interest, and Responsible Citizenship. Willan Publishing.

Zehr, H. (1990). Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice. Herald Press.

RESEÑA

GARGARELLA, ROBERTO, (2023), SOBRE MANIFIESTO POR UN DERECHO DE IZQUIERDA. SIGLO XXI. EDITORES.

Rodrigo Iglesias²³

Universidad Nacional de San Luis

rniglesias@unsl.edu.ar

En esta reciente obra el autor se aventura con un proyecto jurídico. Aquel concepto de derecho neutro, tan elevado a la abstracción que resulta inaplicable, para Gargarella es superado por otro derecho con esencia política, con sentido social y situado en los sistemas democráticos contemporáneos.

Así descrito, esto no resulta menor ya que, en principio, es distintivo de otros textos de filosofía del derecho, que critican las instituciones o el derecho mismo sin poder dedicarle algunas páginas a ensayar una propuesta sobre el contenido jurídico necesario para los complejos tiempos actuales.

Cabe mencionar que Roberto Gargarella es un reconocido jurista y sociólogo con un Doctorado en Derecho en Chicago y con estudios post - doctorales en el Reino Unido, como también, docente en la Universidad Torcuato Di Tella y en la UBA. Ha trabajado con autores clásicos de la Filosofía del Derecho como Rawls, Nozick, Dworkin y Bentham, entre otros, y en su propia producción retoma y critica algunos de sus principales argumentos.

Manifiesto por un Derecho de Izquierda está dividido en tres grandes partes. En primer lugar encontramos una contextualización donde el autor habla sobre su experiencia en el

²³ Abogado por la Universidad Nacional de San Luis y Especializando en Derechos Humanos y Acceso a la Justicia en la misma institución, donde a su vez es Auxiliar Docente en las materias Sociología, Ciencia Política y Derecho Internacional Público, entre otras. Ejerce la profesión en el fuero de la provincia de San Luis y es Coordinador del Centro de Acceso a la Justicia de Villa Mercedes.

estudio del derecho y la sociología, así como sobre como las corrientes filosófico-políticas que lo afectaron. En segundo lugar se incorpora un “prefacio para escépticos” que advierte sobre la necesidad de discutir el sentido político del derecho ante el estado del mundo jurídico actual conformado por normas que sólo benefician a sus elaboradores, intérpretes o ejecutores. Por último, arribamos al núcleo de su trabajo, el cual se divide en 6 partes, que presentan a continuación.

Gargarella señala la existencia de una “alienación jurídica” en referencia a la conceptualización marxista, donde “vemos el derecho como un objeto extraño ‘como una fuerza independiente del productor’, ajeno o externo a quien se suponía lo había creado” (p. 22). Así, el derecho se convierte en el usufructo de unos pocos configurando una “explotación jurídica de la comunidad” (p. 25). Ante esto, el autor propone la instauración de un “derecho de izquierda” con ejes específicos: el autogobierno colectivo y la autonomía personal.

El libro diagnostica una vacancia en los constitucionalismos existentes, y postula que este lugar debe ser ocupado por el “igualitarismo radical” como fórmula que vela por el autogobierno y la libertad personal de manera conjunta y simultánea. Esta ausencia se debe a derivaciones que operan como obstáculos de desarrollo.

Ante las consecuencias de estos obstáculos a la instauración del igualitarismo, Gargarella ofrece una concepción “que expresa el ideal de la conversación entre iguales” (p. 73) de clara inspiración habermasiana. En consecuencia, el autor distingue su modelo del rousseauiano de voluntad general, de la democracia participativa que se limita al carácter universal del sufragio, y de la democracia populista expuesto por Laclau.

Asimismo, el libro critica la concepción del derecho y su presunta escisión de la democracia y, por tanto, no sujeta al debate público. En cambio, aboga por un derecho “de resultados de procesos de reflexión colectiva” (p. 81), es decir, el derecho como producto humano. En su crítica Gargarella analiza las instituciones democráticas tales como el actual paradigma constitucionalista, que distingue entre ciudadanos y representantes y que atribuye a los jueces la última interpretación de la ley; el voto como forma de deliberación democrática; las formas de representación distintiva política; el sistema de frenos y contrapesos como desalentador del diálogo; la estructura del poder y su intangibilidad, e incluso la indeterminación del derecho mismo.

Gargarella también analiza la relación del sistema de producción capitalista con el constitucionalismo político. Así deja en evidencia que, por ejemplo, la desigualdad social generada por el capitalismo no puede ser solventada por el derecho abstracto. Es decir “la economía influye sobre el derecho (aunque no de igual modo) tanto como el derecho sobre la economía” (p. 137). El problema de esta idealizada armonía planteada es que pareciera corresponder más al mundo del deber ser que al del ser, toda vez que -sobre todo desde la globalización- las finanzas transnacionales condicionan la política demasiadas veces y con ella el derecho.

El libro culmina con algunas propuestas conclusivas a partir de dos ejes, uno económico y otro político. El primero esboza dos modelos: el socialismo liberal (de mercado) y la democracia de propietarios (de corte rawlsiana). El segundo se centra en la institución de las asambleas ciudadanas como práctica de la conversación entre iguales (p. 159). Para esto, el autor recurre a la hipótesis para establecer modelos sociales, como una especie de homenaje a las teorías contractualistas de que también hizo uso Rawls, lo que puede propiciar las mismas críticas, orientadas a señalar el carácter abstracto y ahistórico de algo que se pretende aplicar a la realidad.

A modo de análisis general, este libro tiene un gran sentido crítico que anima a la radicalidad pero que “va perdiendo peso” al correr de sus páginas. Los últimos apartados - 5 y 6- titulan promesas interesantes que no se cumplen, al menos en forma total. Si bien el autor relaciona economía y política, lo hace bajo una ficción por lo que las propuestas finales se centran en modelos instaurados en un sistema de producción hipotético, por lo que queda suponer sus factibilidades.

El lector que se encuentre con este texto hallará una crítica certera sobre el estado actual del derecho y la democracia. Una vez inmerso, será invitado por el autor a cuestionar el rol de lo jurídico. Quizá esa “pérdida de peso” que advierto sea un diagnóstico de la complejidad del desafío que supone reconciliar el derecho distanciado de sus sujetos. De todas maneras, el autor invita al reto jurídico existente. Si bien las propuestas pueden parecer insuficientes, se trata de un gran logro texto de filosofía del derecho pueda interpelar a sus destinatarios sin tecnicismos ni redundancias a ser parte del problema.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

Los trabajos propuestos deben ser originales e inéditos y no deben encontrarse en estado de revisión por el comité editorial de otra revista ni ser enviados a otras revistas mientras dure el proceso de revisión. Las contribuciones deben ser enviadas a la dirección de correo derechoydebateunsl@gmail.com.

Derecho y Debate publica artículos originales, discusiones, notas críticas y reseñas bibliográficas en inglés, portugués y español. También son de interés las contribuciones críticas a artículos ya publicados en la revista.

Los artículos no deberán exceder las 10.000 palabras, las notas críticas, las 3.000 palabras, y las reseñas bibliográficas, las 1.000 palabras. La revista se reserva el derecho de considerar la publicación de trabajos que sobrepasen esos límites.

Los trabajos propuestos serán sometidos a la evaluación de al menos dos revisores externos, bajo el sistema doble ciego. La decisión final sobre la publicación la tomará el Consejo Editorial teniendo en cuenta los informes emitidos por los evaluadores.

Cuando una contribución resulte aceptada, el autor recibirá por correo electrónico las pruebas en formato PDF. El autor deberá cotejarlas cuidadosamente y enviar sus comentarios en el plazo de cinco días hábiles a derechoydebateunsl@gmail.com. Los autores recibirán la separata digital de su artículo en formato PDF.

Forma y preparación de manuscritos

Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente en el texto. Las referencias se citarán por el apellido del autor y el año de publicación, siguiendo Normas APA 7ma edición. Por ejemplo, Hart (1963) o (Bulygin, 2006, p. 127) en el mismo cuerpo del texto. Al final del texto se deberá incluir un listado completo de las referencias citadas en el artículo, bajo el encabezamiento “Referencias bibliográficas”, siguiendo el orden alfabético de los apellidos de los autores y de forma que los títulos de los libros y revistas aparezcan en cursiva, según el orden siguiente:

Guibourg, R. (2008). *Lógica, proposición y norma*. Astrea.

Adams, Z. (2023). TRADE UNIONS AND THE LAW: A MATERIALIST PERSPECTIVE. *The Cambridge Law Journal*, 82(1), 30-57. doi:10.1017/XXXX

En general, la revista sigue las pautas de la American Psychological Association (APA).

Los cuadros, tablas y figuras deben enviarse en archivo aparte al manuscrito. Deben ser enumeradas y enviadas en un formato (jpg o pdf) para no alterar su calidad en el momento de edición.

Aviso de derechos de autor/a

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global de conocimiento. Los autores mantienen los derechos de autoría de sus manuscritos.

Declaración de privacidad

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