



VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA

TESIS DOCTORAL

**El Infanticidio Indígena en Brasil bajo la  
perspectiva del Control de  
Convencionalidad. Enfoque de los  
Derechos Humanos**

*Maíra de Paula Barreto*

Vo. Bo. de la directora  
Prof<sup>a</sup> Doctora D<sup>a</sup> María Esther Martínez Quinteiro  
Vo. Bo. del tutor  
Prof. Doctor Miguel Ángel González Iglesias

Programa de Doctorado "Pasado y Presente de los derechos humanos"

Salamanca, 2015

©Copyright foto: Filme Hakani

## **TÍTULO:**

# **EL INFANTICIDIO INDÍGENA BAJO LA PERSPECTIVA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

## **ÍNDICE:**

<b>AGRADECIMIENTOS</b>	12
<b>RESUMEN</b>	16
<b>ABSTRACT</b>	18
<b>ABREVIATURAS</b>	20
<b>INTRODUCCIÓN</b>	23

## **1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CARACTERÍSTICA DE LA UNIVERSALIDAD. EL INFANTICIDIO INDÍGENA COMO *PRÁCTICA TRADICIONAL NOCIVA*.**

1.1 De la fundamentación de los Derechos Humanos	40
1.2 De la personalidad y de la dignidad de la persona humana	42
1.3 De la inexistencia de dicotomía entre los Derechos Humanos y los Derechos de la Personalidad	59
1.4 Del infanticidio indígena en las prácticas tradicionales nocivas	63

1.4.1 Recomendación general n° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General n° 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre <i>prácticas nocivas</i> , adoptadas de manera conjunta, de 14 de noviembre de 2014.	71
1.5 De la universalidad de los Derechos Humanos (normas de <i>jus cogens</i> ) y la oposición del relativismo cultural	82

## 2. EL INFANTICIDIO INDÍGENA EN BRASIL

2.1 Panorama sobre la situación de los pueblos indígenas en Brasil	138
2.2 El cristianismo primitivo y la Escuela de Salamanca: precursores del debate sobre los Derechos Humanos y su influencia en los derechos indígenas	144
2.3 De los indígenas de derecho al derecho de los indígenas: breve análisis sobre la construcción de la legislación sobre el tema	147
2.4 Presentación del Estudio de Caso: el Pueblo Suruwahá y las historias de Hakani, Tititu, Muwaji e Iganani	156
2.4.1 Hakani: de la muerte a la vida de un pueblo	159
2.4.2 El caso de <i>Tititu</i> y la negligencia del Estado brasileño	164
2.4.3 <i>Muwaji</i> y la ley: la lucha por la vida de su hija <i>Iganani</i>	166
2.5 El inicio del debate	168
2.6 Proposición del Proyecto de Ley 1057/2007 – Ley Muwaji, PEC 303/2008 y Ley de la Adopción	179
2.7 Los derechos de las minorías nacionales en Brasil	187
2.8 Homicidio e Infanticidio en Brasil: prácticas culturales o delitos penales?	194

### **3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA APLICACIÓN AL CASO DE LA ACTUACIÓN GUBERNAMENTAL BRASILEÑA FRENTE AL INFANTICIDIO INDÍGENA**

3.1 Incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el Derecho brasileño	205
3.2 El poder reformador de los tratados de Derechos Humanos incorporados por el procedimiento del párrafo 3° del art. 5° de la Constitución (o pertenecientes al bloque de constitucionalidad restringido).	219
3.3 (Im)posibilidad de denuncia de tratados de Derechos Humanos aprobados por el procedimiento del §3° del art. 5° de la Constitución Federal (o pertenecientes al bloque de constitucionalidad restringido)	236
3.4 Tratados de Derechos Humanos aprobados por el procedimiento especial del §3° del art. 5° de la Constitución (o pertenecientes al bloque de constitucionalidad restringido) son paradigmas del control concentrado de convencionalidad	238
3.4.1 Subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	238
3.4.2 El bloque de convencionalidad	249
3.4.3 El efecto <i>erga omnes</i> de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	253
3.4.4 El control difuso de convencionalidad	257
3.4.5 El control concentrado de convencionalidad	269
3.5 Control de convencionalidad realizado por el Poder Ejecutivo	290
3.5.1 Posición culturalista de los órganos gubernamentales responsables de la cuestión indígena	290

3.5.2 Estructura del Estado y atención a los indígenas brasileños: breves argumentos sobre la estructura organizacional	294
3.5.2.El Estado y la Política de Salud Indígena: FUNASA y SESAI	294
3.5.2.2. La Fundación Nacional del Indio: FUNAI	298
3.5.2.2.1 El caso de los mellizos Kuikuro	302
3.5.2.2.2 de actuación en el polo pasivo de la Acción Civil Pública nº 0026628-21.2015.4.01.3400, de la 22ª “Vara Federal” (Sección Judicial del Distrito Federal) – Película Hakani	304
3.5.2.3 Secretaria Especial de los Derechos Humanos	310
3.6 Control de Convencionalidad realizado por el Poder Legislativo	312
3.6.1 Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados	312
3.6.2 Comisión de Constitución y Justicia y de Ciudadanía, de la Cámara de los Diputados y Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía, del Senado Federal	316
3.7 Control de Convencionalidad realizado por la FISCALÍA (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL): la actuación de la Cámara Especializada en Indios y Minorías	323
3.8 Control de Convencionalidad realizado por el Poder Judicial	329
3.8.1 Despacho en el Proceso nº 232/2009, del Juzgado de la Niñez y de la Juventud Civil, del Estado de Amazonas	329
3.8.2 Decisión en proceso de cautelar innominada, nº 49048-23.2011.4.01.3800, ante el 18ª Juzgado Federal de la Sección Judicial del Estado de Minas Gerais	337

3.8.3 Sentencia Proceso n° 2009.203751-3, referente a Acción de Guarda y Responsabilidad, que tramitó ante el Juzgado de la Niñez y Juventud, de la Comarca de Boa Vista, Estado de Roraima	339
3.8.4 Sentencia Tráiler Filme Hakani Proceso n° 2008.34.00.21106-0, que se tramitó ante el 15ª Juzgado Federal del Distrito Federal	342
3.8.5 Sentencia del Proceso n° 011.08.102200-9, que se tramitó ante el 1º Juzgado Civil del Foro Regional XI – Pinheiros, de la Comarca de São Paulo-SP – Materia Revista Veja	345
3.8.6 Decisión liminar en el proceso n° 0026628-21.2015.4.01.3400, del 22º Juzgado Federal (Sección Judicial del Distrito Federal) – Filme Hakani	348
<b>CONCLUSIONES</b>	359
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	369
<b>ANEXOS</b>	383
<b>ANEXO I – AUDIENCIAS PÚBLICAS</b>	383
1.1 Primera Audiencia Pública con objetivo de aclarar la denuncia de retirada no autorizada de niños de aldea indígena – 14/12/2005	383
1.2 Segunda Audiencia Pública – Debate sobre el infanticidio en áreas indígenas – 05/09/2007	445
<b>ANEXO II – PROYECTOS DE LEY E INFORMES</b>	514
2.1 Proyecto de Ley 1.057, de 2007 – Diputado Federal Henrique Afonso	514
2.2 Informe y Substitutivo al Proyecto de Ley 1.057/2007 – Diputada Federal Janete Pietá	520

2.3 Proyecto de Ley de la Cámara n° 119, de 2015	525
2.4 Propuesta de Emenda Constitucional n° 303/2008 – Diputado Federal Pompeo de Mattos	529
2.5 Informe PEC 303/2008 – Diputado Federal Régis de Oliveira	531
2.6 Redacción Final del Sustitutivo de la Cámara de los Diputados al Proyecto de Ley n° 6.222-B de 2005 del Senado Federal	548
2.7 Parecer del Diputado Federal Aloísio Mercadante sobre el Substitutivo de la Cámara de los Diputados al Proyecto de Ley del Senado n° 314, de 2004	550

### **ANEXO III – E-MAILS Y DENUNCIAS**

3.1 E-mail enviado a la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – sin respuesta	555
3.2 E-mails enviados a la Representante Especial del Secretario General para la Violencia contra el Niño – sin respuesta	562
3.3 E-mail enviado a la directora del UNFPA para la América Latina – ella contestó, amablemente, y encaminó la cuestión a otras colegas, que, por su parte, no contestaron	574
3.4 E-mail al programa de la ONU <i>Every Woman, Every Child</i> – sin respuesta	581
3.5 E-mail al Director de Programas de <i>Human Rights Watch</i> – Sin respuesta	588
3.6 E-mail a la Directora del CEJIL Brasil – Obtuve respuesta de su asesora Luana, para una cita, pero cuando contesté que realmente me gustaría una cita, no obtuve ninguna respuesta más	595
3.7 E-mail al Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil – sin respuesta	597

3.8 Denuncia al Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Pueblos Indígenas – entrega a su representante con ocasión de ponencia de la *International Law Association*, en 2008 – sin respuesta 599

**ANEXO IV – RECOMENDACIÓN GENERAL N° 31 DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y OBSERVACIÓN GENERAL N° 18 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO SOBRE LAS PRÁCTICAS NOCIVAS, ADOPTADAS DE MANERA CONJUNTA** 616

**ANEXO V – SENTENCIAS Y DECISIONES ANALIZADAS** 658

5.1 Decisión en proceso de cautelar innominada, n° 49048-23.2011.4.01.3800, ante el 18° Juzgado Federal de la Sección Judicial del Estado de Minas Gerais 658

5.2 Sentencia Proceso n° 2009.203751-3, referente a Acción de Guarda y Responsabilidad, que se tramitó ante el Juzgado de la Niñez y Juventud, de la Comarca de Boa Vista, Estado de Roraima (los nombres fueron retirados) 663

5.3 Sentencia Tráiler Filme Hakani Proceso n° 2008.34.00.21106-0, que se tramitó ante el 15ª Juzgado Federal del Distrito Federal 667

5.4 Sentencia del Proceso n° 011.08.102200-9, que se tramitó ante el 1° Juzgado Civil del Foro Regional XI – Pinheiros, de la Comarca de São Paulo - SP – Materia Revista Veja 675

5.5 Decisión liminar en el proceso n° 0026628-21.2015.4.01.3400, del 22° Juzgado Federal (Sección Judicial del Distrito Federal) – Filme Hakani 682



## RESUMEN

La *práctica tradicional nociva* del infanticidio indígena, presente en algunos pueblos indígenas de Brasil, se aplica, principalmente, a los niños con discapacidad, mellizos, hijos de madres solteras o con el fin de selección de sexo. Este tema, mucho tiempo tabú en Brasil, era poco discutido hasta la divulgación en 2005 de varias historias de niños sobrevivientes y hasta el surgimiento, en 2006, de la ONG Atini-Voz por la Vida, que pasó a acoger a las familias indígenas que no estaban de acuerdo con la práctica del infanticidio y querían salvar la vida de sus hijos, incluso contra el criterio de las agencias gubernamentales. En 2007 se produjo la interposición del Proyecto de Ley n° 1.057, cuyo objetivo era luchar contra las *prácticas tradicionales nocivas* y se produjeron otras iniciativas del mismo tipo. También se realizaron varios documentales sobre el infanticidio indígena.

Para llegar a los resultados finales de este trabajo se utilizó, además de una revisión bibliográfica, el análisis de fuentes primarias, como Tratados Internacionales, leyes, resoluciones y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se realizó también la revisión de la actuación de los organismos gubernamentales, así como de las decisiones judiciales, utilizando el *control de convencionalidad* como metodología de análisis y evaluación de aquellas. Por último, se constató que Brasil ha incumplido la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad en todas sus acciones y por todos sus agentes, incluidos los fiscales federales, derivada de los Tratados Internacionales ratificados por el Estado. Estos órganos los violan, al adoptar una posición relativista sobre los Derechos Humanos, rechazando su característica de universalidad, positivada en dichos tratados.

Se sostiene que el Estado brasileño tiene responsabilidad por este incumplimiento ante los sistemas de protección de los Derechos Humanos de los que Brasil es parte, especialmente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual tiene una amplia jurisprudencia sobre el control de convencionalidad.

## INTRODUCCIÓN

Verificada y probada la ocurrencia y recurrencia del infanticidio indígena, es la misión de esta tesis calificarlo como un hecho no sólo jurídico sino también “jurígeno”, en el sentido de que genera consecuencias jurídicas ante los implicados, entendidos éstos extensivamente, eso es, no sólo los agentes activos, partícipes directos, sino también los actores públicos y privados omisos, en sus conductas pasivas.

La tesis en construcción parte de la premisa dada, preexistente, de que todo hecho sociológico, antropológico o económico capaz de generar efectos jurídicos se somete inexorablemente al imperio de la norma y del Derecho, si no de la norma y la ley nacionales, internos, al menos del Derecho Internacional.

El Derecho Internacional equipado para calificar, regular y sancionar el infanticidio indígena es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para justificar la incidencia de las normas del Derecho Internacional público de los Derechos Humanos sobre el infanticidio indígena – considerado como mera práctica cultural para muchos – es necesario definir el (los) fundamento(s) de los Derechos Humanos, su respaldo ético, los valores humanos sociales y culturales que justifican su carácter heterónimo.

El objeto de esta investigación es el destinatario de la protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Al igual que en otras áreas del Derecho (exceptuadas las normas para la protección de los animales), el destinatario inmediato de la protección legal es la persona, el sujeto de derecho.

Con respecto a la protección del más importante de los Derechos Humanos, la vida (y, derivado del mismo, el derecho a la integridad física), se impone conceptualizar, definir la naturaleza jurídica y los efectos de la personalidad jurídica y la dignidad de la persona humana, su carácter normativo, principiológico (deontológico) o axiológico.

En una disquisición que involucra colisiones de Derechos Humanos/Fundamentales, lo que será inevitable, teniendo en cuenta la oposición ya anunciada entre el derecho a la vida y el derecho a la libre expresión y sacralización de las tradiciones culturales de los pueblos indígenas, juegan un papel importante los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación. Cumple investigar la posición valorativa (*Stellenwert*) de la dignidad humana como un posible parámetro de tales criterios.

La literatura antropológica hace mención de una supuesta "variación en el concepto de humanidad", según cada cultura. Por ello la tesis debe plantearse este tema.

El objetivo de la tesis debe ser, igualmente, investigar el pensamiento y la conducta de los agentes y organismos públicos y privados que tienen la misión constitucional y/o legal o propuesta para garantizar la vida, la integridad física y mental, la salud, la protección y la seguridad de los pueblos indígenas, como la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), la Fiscalía – Ministerio Público Federal (MPF) – y el Consejo Indigenista Misionero (CIMI), entre otros.

En este contexto, cabrá, aún, el estudio de caso, en el que la defensa de la vida/seguridad de un niño indígena por una organización no gubernamental llevó a la judicialización de la cuestión del infanticidio indígena, por iniciativa del Ministerio Público Federal.

Otro caso también podrá ser abordado en esta tesis, el que implica el derecho de los indígenas a la libre expresión del pensamiento, un derecho que se verifica limitado, por medio de la anticipación de tutela concedida por la Justicia Federal, a solicitud del Ministerio Público Federal.

Se revela, por lo tanto, obligado plantear la cuestión de las políticas públicas desarrolladas por el gobierno brasileño para combatir, frenar y erradicar las llamadas *prácticas tradicionales nocivas*.

En el marco del debate sobre los Derechos Humanos, emerge por otra parte la controversia sobre la (in)existencia de dicotomía entre los Derechos Humanos y los Derechos de la Personalidad. Cumple tomar posición clara al respecto, con el objetivo

mayor de la definición del carácter general de los Derechos de la Personalidad y, del mismo modo, del carácter universal de los Derechos Humanos.

La afirmación del carácter universal de los Derechos Humanos implicará la posible caracterización del infanticidio indígena como *práctica tradicional nociva*, que constituirá una de las premisas de la(s) proposición(es) de esta tesis, o sea, que la práctica corriente y recurrente del infanticidio indígena en el territorio brasileño, ante los ojos de un Poder Público omiso, leniente y hasta connivente con la violación flagrante de las Convenciones Interamericanas de las cuales Brasil es ratificante, y, por lo tanto, de la legislación nacional constitucional e infra-constitucional.

En este punto de desarrollo de la tesis, el antagonismo entre la doctrina de los Derechos Humanos universales y el relativismo cultural ya habrá quedado patente.

Será oportuno, a continuación, un análisis en profundidad del concepto de estándares mínimos de los Derechos Humanos universales, del concepto y la naturaleza jurídica de la cultura/aculturación, de la inestabilidad y de la falta de unidad de esta como un sistema regulador implícito en el carácter cogente de los Derechos Humanos universales, bajo el disfraz de pluralismo jurídico utilizado por el relativismo cultural, del valor común "respeto por los demás", del deseo de trascendencia inherente a los seres humanos; de la conciencia jurídica universal y acerca de las herramientas de eufemismos y juegos de palabras del relativismo cultural.

## **I) Problemática de la Tesis**

### **Contextualización de la situación-problema**

En septiembre de 2003, un programa de televisión de red nacional, presentó un reportaje sobre el Quarup, un ritual en honor a los muertos ilustres, celebrado por los indios del Parque Xingu. Durante el reportaje se presentó a un niño indígena que tenía una malformación genética pero que había escapado de la muerte, ya que no se detectó la enfermedad poco después del nacimiento. De no ser así, hubiera sido sacrificado.

Esta práctica, conocida desde la época del descubrimiento de Brasil por Cabral en 1500 hasta nuestros días, es parte del acervo de las prácticas culturales de algunos pueblos indígenas de Brasil y comúnmente se llama “infanticidio indígena”.

La práctica, considerada *nociva* desde el punto de vista de los Derechos Humanos universales, está relatada ya por los primeros occidentales que tuvieron contacto con los pueblos indígenas y sigue vigente hasta nuestros días, con el conocimiento y el reconocimiento de su existencia por el Estado brasileño.

Tanto desde el punto de vista historiográfico, como desde el punto de vista etnográfico, el infanticidio indígena es parte del conjunto de rituales realizados por algunas tribus indígenas cuando se enfrentan a lo que para ellos sería un gran inconveniente: neonatos que nacen con discapacidades, niños de madres solteras, mellizos, o incluso, en el caso de las niñas, cuando se percibe la necesidad de cierto control demográfico en la aldea.

Es a partir de la divulgación de tales prácticas cuando se establece un gran revuelo: se pronuncian a su favor la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), por un lado, y, por otro lado, la Asociación Brasileña de Antropología, representada, en su gran mayoría, por los antropólogos que defienden el relativismo cultural, en nombre del respeto a la cultura de los pueblos indígenas, relativismo también amparado por los fiscales federales en nombre del llamado pluralismo jurídico, por el que se sostiene que la lectura de toda la legislación positivada debería, en teoría, hacerse a la luz de las prácticas culturales y de la cosmovisión de estos pueblos, para legitimarlas aunque incurrieran en grave violación de los derechos y garantías fundamentales establecidos tanto por los Tratados Internacionales, como por la legislación nacional.

Por otro lado, los defensores de Derechos Humanos, los misioneros cristianos y parte significativa de los diputados, que tratan el tema desde la perspectiva de los Derechos Humanos universales, sostienen que, en términos generales, cualquier niño, independientemente del color, pueblo o raza, tiene los mismos derechos y garantías fundamentales consagrados que todos los demás, especialmente aquel que se presume como el derecho original del cual derivan otros derechos: el derecho a la vida.

El debate se agudizó cuando se presentó en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley Muwaji, en 2007. Esta Ley fue propuesta inicialmente para sancionar la omisión de información por sus concedores a los órganos responsables de un posible caso de infanticidio indígena. Sin embargo, el fuerte lobby en el Congreso Federal patrocinado por el Consejo Indigenista Misionero (CIMI), vinculado a la Iglesia Católica, la Asociación Brasileña de Antropología (ABA) y la FUNAI, fundamentalmente, vaciaron el proyecto de Ley, acusándolo en aquel momento, a través de una lectura manipulada y equivocada, de que, mediante el mismo, las madres indígenas serían criminalizadas por sacrificar a sus hijos al nacer.

Sin embargo, el Proyecto original propuso exactamente lo contrario: proteger a las madres indígenas y obligar al Estado a brindar atención integral a la madre indígena que quería criar a un retoño condenado a morir por su pueblo. Por otra parte, el proyecto original pretendía ser una verdadera herramienta educativa en Derechos Humanos sobre el tema, además de garantizar el empoderamiento de las mujeres indígenas en relación a su propia decisión de criar a su hijo.

Dicho Proyecto de Ley, n° 1.057/2007, que regula la lucha contra el infanticidio indígena, ha ganado cada vez mayor espacio en la escena nacional. Vale la pena mencionar en este punto que el "Trabajo de Grado" defendido por mí, en el Programa de Doctorado Pasado y Presente de los Derechos Humanos, de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección de la Profesora Doctora María Esther Martínez Quinteiro y con su V° B°, sirvió de base para su elaboración.

Con el vaciamiento del Proyecto original, se aprobó una alternativa, bastante superficial, que obliga al Estado a mantener diálogo sobre el tema con los indígenas, aún teniendo en cuenta que dicho tema ya está cubierto tanto por la Constitución Federal de Brasil, de 1988, en su artículo 5°, que regula las garantías y los Derechos Fundamentales, y el artículo 231, que se ocupa de los Pueblos Indígenas, así como en los Tratados Internacionales sobre los Niños, Personas con Discapacidad y los Derechos Humanos en general, ratificados por Brasil.

Después del Proyecto de Ley 1057/2007 (Ley Muwaji), y de los reportajes transmitidos por los medios de comunicación, en general, el tema comenzó a ganar

notoriedad. Tal conocimiento se generó no sólo por los factores antes mencionados, sino también por iniciativa de los misioneros cristianos que trabajaban junto a pueblos indígenas que tenían estas *prácticas tradicionales nocivas*, fundándose una organización no gubernamental llamada ATINI – Voz por la Vida, que pasó a acoger las familias, principalmente las madres y los niños indígenas que no tenían el pleno apoyo del Estado en el cuidado de su salud, en concreto, y que querían salvar a sus hijos, respetando su cultura y sus formas de vida.

Vale la pena señalar, sin embargo, que esta investigadora, desde el momento en que tuvo conocimiento del infanticidio indígena, durante la elaboración del "trabajo de grado" en el ámbito del presente doctorado, se unió con los demás en la búsqueda de la protección de los intereses de los pueblos indígenas, participando en la fundación de la ONG mencionada.

No obstante, más allá de la clara persistencia del tema en el debate nacional sobre el multiculturalismo, a finales de diciembre de 2014 la televisión brasileña, en un programa dominical de la noche, presentó un reportaje con cifras impresionantes: una ciudad de 19.000 habitantes, situada al norte de Brasil, considerada una de las más violentas del país, según el Ministerio de Justicia, padeció en un año 42 asesinatos, y, entre estos, se cuentan según el reportero los 37 los niños indígenas muertos por sus propias madres poco después del primer llanto<sup>1</sup>. Dicho reportaje es un ejemplo interesante de cómo el problema comenzó a ganar visibilidad en los medios de comunicación.

A partir de este preámbulo inicial, la tesis se desarrolla de forma exploratoria, principalmente a partir de la investigación llevada a cabo, lo que conduciría al proyecto que se materializa en este trabajo.

A mediados de 2005, antes de iniciar nuestra tesis doctoral, cuando se recurría a los buscadores de Internet, como Google, por ejemplo, y se insertaba la entrada "infanticidio indígena", no se encontraba respuesta alguna. En la actualidad, el mismo

---

<sup>1</sup> PROGRAMA Fantástico. Tradição indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. Disponible en: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>>. Aceso en: 09 dez. 2015.

test, en el mismo motor de búsqueda, ofrece un total de aproximadamente 105.000 resultados, sólo en la versión brasileña. Estos datos indican ya por sí mismos la riqueza del estado de la cuestión en la materia. No obstante, las investigaciones jurídicas sobre el infanticidio indígena son recientes y, aunque abundan las que se centran en el conflicto entre el multiculturalismo y los Derechos Humanos, no utilizan el enfoque adoptado en esta tesis: el del *control de convencionalidad*. Numerosas investigaciones existentes se desarrollan en el campo antropológico, y en general debaten la cuestión del relativismo cultural.

Por otra parte, el infanticidio indígena, como *práctica cultural dañina*, carece de investigación académica interdisciplinar. La cuestión se ha convertido en un tema muy discutido en foros académicos y en la producción mediática, pero poco sistematizada, sobre todo desde la perspectiva del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos. Tampoco hay estudios que partan de la aplicación del control de convencionalidad a la actuación del Estado brasileño.

## **II) Enfoque Analítico**

El homicidio de recién nacidos indígenas, o, como pasó a denominarse, el “infanticidio indígena”, incluso en la literatura especializada, muestra un amplio espectro de contornos susceptibles de análisis y aparece formulada desde diferentes enfoques.

Sin embargo, los discursos producidos en la materia que nos ocupa se sitúan claramente en posiciones muy claras, eligiendo ya uno, ya otro, de los caminos dicotómicos enfrentados: o toman partido por el relativismo cultural o afirman la universalidad de los Derechos Humanos reconocidos a nivel internacional, que es el paradigma analítico de nuestra tesis.

Gran parte de la literatura sobre el infanticidio indígena se construye a partir de las variaciones interpretativas del concepto de cultura, de la que la Antropología se



ocupa muy apropiadamente. Históricamente, las investigaciones centradas en las cuestiones indígenas se basan en los recursos de la Etnología indígena, que proporciona una serie de conceptos, amplios e intercambiables, de los cuales se sirven, en algunos casos profesionales del Derecho partidarios del relativismo cultural, ocasionalmente encubierto por lo que vino a llamarse el derecho positivo del pluralismo jurídico, teoría que permite un análisis de la legislación y su aplicación desde aspectos socio-culturales, en términos generales.

Sin embargo, este trabajo emplea un análisis más específico anclado, además en el marco teórico general de los Derechos Humanos, en una joven vertiente del Derecho Internacional Público de los mismos, promovida en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Control de Convencionalidad. A efectos del enfoque adoptado en nuestra tesis, partiendo de la revisión bibliográfica y el análisis crítico de las sentencias, el control de convencionalidad aparece como un elemento clave, no sólo para efectuar el planteamiento teórico, sino también para su articulación como recurso metodológico.

Entre las principales razones que nos decidieron a convertir el antedicho control en el procedimiento analítico principal de esta tesis, destaca la de su originalidad, así como la de su exigibilidad en los países que ratifican los Tratados Internacionales, especialmente en el campo de los Derechos Humanos. Así, el método del control de convencionalidad ha sido utilizado no sólo como un dispositivo para resolver las cuestiones planteadas en el presente estudio, sino también como una herramienta operativa para efectuar el análisis crítico de las sentencias sobre la materia.

Los Derechos Humanos universales, positivados y consagrados en el Derecho Internacional, reforzados por la Declaración de Viena de 1993, de por sí son principios totalmente eficaces para garantizar la protección integral del niño contra las *prácticas tradicionales nocivas*, deslegitimando y vetando no sólo el infanticidio de los niños indígenas, sino también la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado de niñas o el trabajo infantil, entre otros usos y costumbres que debieran desaparecer. El discurso internacional de los derechos de la persona no solo vale para teorizar sobre la procedencia y obligación de proteger a la infancia, también es muy útil para analizar la posible vulneración de sus derechos.

Por supuesto, la elección de un enfoque analítico adecuado para una tesis doctoral no es una tarea sencilla, ya que el objeto investigado puede (y debe) ser analizado desde más de una perspectiva, contemplando el conjunto de factores que lo condicionan. Así, no se debe dejar de hablar de las cuestiones de género y del empoderamiento de la mujer indígena cuando decide salir de su tribu o pueblo en busca de ayuda o tratamiento médico para su hijo, y no hay que ignorar las contribuciones de la Etnología Indígena, de la Antropología Cultural y de la Historia. Mucho menos se dejarán de lado las importantes contribuciones de la Filosofía Política y la Sociología. Sin embargo, como se mencionó, las ideas universalistas inspiradoras de los Derechos Humanos, en su día anticipadas por la Escuela de Salamanca, y más tarde, con otro sesgo, potenciadas por la elaboración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se presentan como un recurso matriz, necesario e indispensable para la construcción de esta tesis, añadiendo finalmente, para cimentarla, el control de convencionalidad, como se verá en el curso de la investigación.

## **II) Cuestiones orientadoras y objetivos de la tesis**

### **Nivel Descriptivo**

El tema abordado en una tesis doctoral, en primer lugar, debe tener una acotación muy precisa, basarse en un enfoque teórico y metodológico seguro, utilizar bibliografía y metodología adecuadas, así como, en el caso de los estudios relacionados con el ámbito del Derecho, apoyarse en un análisis crítico de la producción jurídica, como el ejemplo, en nuestro caso, de las sentencias.

No obstante, los contornos de los hechos estudiados en la tesis, y la contextualización del problema en discusión, solamente podrán ser establecidos mediante preguntas formuladas con precisión, que partan de supuestos generales para llegar a respuestas objetivas más específicas.

Así, en el caso de esta tesis doctoral, que pretende rastrear las razones de la persistencia de una *práctica tradicional dañina* que se da entre algunos pueblos

indígenas brasileños, más exactamente *del infanticidio indígena*, y que intenta evaluarla, nuestro **objetivo** es saber si Brasil, cuando ratifica los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, está dispuesto a efectuar un adecuado control de convencionalidad para impedir dicha lacra.

Tratamos a tal fin de establecer:

i) En qué medida, en aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Brasil adopta una postura de protección completa de los niños indígenas, especialmente en relación con el infanticidio indígena; ii) en qué medida hay un conflicto latente al respecto entre el Estado brasileño y sus agencias gubernamentales y la sociedad civil, y más concretamente las ONGs y las misiones cristianas, y cuál es la posición del Estado sobre el tema; iii) la existencia de puntos de vista antagónicos sobre el infanticidio indígena y el papel de los actores sociales en la construcción de estas visiones y finalmente iv) ¿cuál es el papel del Estado brasileño en la erradicación de la práctica cultural perjudicial estudiada?

### **Nivel Explicativo**

Desde el punto de vista explicativo se incorporarán algunas preguntas en el curso de la tesis, con el fin de encontrar las respuestas buscadas en los objetivos generales y específicos del trabajo

En este sentido, y teniendo en cuenta el modelo de organización federativa del Estado brasileño, en que los poderes del Estado se dividen en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, todos ellos autónomos pero interdependientes, trataremos de dilucidar:

i) La forma en que el Gobierno brasileño, por medio de sus órganos ejecutivos, como la FUNAI, FUNASA y Sesai, aborda la cuestión del infanticidio; ii) cómo el Parlamento brasileño, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado de la República trata la cuestión, teniendo en cuenta el Proyecto de Ley n° 1057/2007; iii) cómo aborda por su parte el poder judicial brasileño la cuestión; y, finalmente, iv) ¿qué papel ha tenido y cómo se ha comportado la fiscalía federal, órgano constitucionalmente

responsable de la protección de los Derechos Indígenas, en relación con el infanticidio indígena? Todo ello se hará siempre aplicando la perspectiva del control de convencionalidad.

### **Nivel Prospectivo**

Desde un punto de vista pragmático, la investigación científica, además de estar obligada a generar una contribución bibliográfica valiosa sobre el tema analizado, organizar el contenido y defender un argumento científico a partir de una problemática, tiene el deber de proporcionar una contribución práctica a la resolución de un problema.

En este sentido, pretendemos elaborar una tesis doctoral centrada en la investigación-acción, con el objetivo continuado, sistemático y empírico de mejorar la práctica. Planteamos a tal fin algunas cuestiones prospectivas, que podrán ser útiles en el uso de todos los materiales aquí sistematizados y que puedan contribuir a futuras investigaciones sobre el tema del infanticidio indígena.

En tal sentido, se puede pensar lo siguiente: i) cómo debería ser el tratamiento jurídico-legal del infanticidio indígena en Brasil a la luz del control de convencionalidad; ii) la forma en que podría aplicarse, más claramente, el universalismo de los Derechos Humanos, cuando se vea llamado a responder cuestiones relacionadas con los niños indígenas y, por último, pero no menos importante; iii) hemos de establecer la necesidad de una clara posición del Gobierno brasileño, en todas sus esferas, en relación con la lucha contra las *prácticas tradicionales nocivas*, como lo es el infanticidio indígena, según se recomienda en los dispositivos internacionales.

### **Interés del tema de la Tesis**

De acuerdo con el informe publicado en 2015 por la UNICEF, el mundo perdió unos 236 millones los niños menores de 05 años. En Brasil, en 32 municipios, la tasa de

mortalidad infantil es superior a 80 por cada 1.000 niños nacidos. En comparación con otros bebés, los niños indígenas tienen el doble de probabilidades estadísticas de morir antes de su primer año. Una de las hipótesis presentadas en el trabajo es la de que la muerte de los bebés indígenas ocurre en virtud del infanticidio, lo que se demostrará mejor en la investigación. Por tanto, aquellos datos justificarían por sí mismos la elaboración de una tesis doctoral sobre el tema. Sin embargo, se presentan otras razones, también importantes, con el fin de legitimar una investigación centrada en un tema tan específico.

Como puntualizamos anteriormente, fue a partir de las primeras investigaciones producidas por el proyecto de tesis que ahora presentamos, cuando el tema pasó a tener una repercusión académica sistemática, al menos en Brasil. Esta doctoranda ha publicado el primer artículo científico jurídico sobre el tema en 2006. Desde entonces, con la implicación de la investigadora directamente en la causa de la defensa de los niños indígenas, la necesidad de comprender mejor la cuestión se convirtió en algo no sólo latente, sino esencial.

Parece claro que en Brasil, en el marco del debate jurídico y antropológico, hay una interpretación nacionalista de los Tratados de Derechos Humanos, que distorsiona su contenido, además de ponerlo fuera del alcance de las madres indígenas y sus hijos, lo que resulta inaceptable se mire como se mire.

Otro punto a subrayar es la participación de la que esto suscribe en la elaboración del Proyecto de Ley nº 1.057/2007, que se ocupa de la lucha contra las prácticas tradicionales nocivas, más exactamente del infanticidio indígena. Actualmente el citado Proyecto de Ley se encuentra en el Senado Federal para su deliberación, como explicamos en esta tesis.

Por último, el principal interés del tema de la tesis es su intento de aportar elementos teóricos que se puedan utilizar en la práctica para defender, proteger, cuidar y asegurar los Derechos Fundamentales de los niños indígenas y sus familias, además de su pretensión de requerir al Estado brasileño para que asuma su responsabilidad.

## Metodología utilizada

Como ya se ha explicado reiteradamente, esta tesis parte de un planteamiento de investigación-acción, ya que además de revisar la literatura sobre el tema, propone, al final, un análisis crítico de las sentencias dictadas acerca del infanticidio indígena en Brasil, así como de la actuación del Estado en sus diversos ámbitos.

Las fuentes primarias utilizadas fueron: los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, leyes y proyectos de ley, los comentarios de los Convenios Internacionales, la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias y decisiones, además de entrevistas.

La tesis se construye partiendo de la concepción universalista del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, en torno a los que gira toda la investigación. Como repetimos, utiliza, como herramienta teórico-metodológico, el control de convencionalidad, cuestión no desconocida, sino poco sistematizada, especialmente a la luz del análisis teórico y metodológico de las sentencias dictadas por los jueces, así como de la actuación de otros órganos del Estado en esta materia.

El control de convencionalidad es un instrumento de carácter obligatorio para los Estados Partes de las Convenciones de Derechos Humanos y del Sistema Interamericano, donde el tema está más desarrollado doctrinalmente y jurisprudencialmente, como del Sistema Global de Protección a los Derechos Humanos. Se trata de la adaptación de las normas y los actos del Estado a las Convenciones Internacionales, hecha tanto por los jueces locales como por otros organismos del Estado y, cuando el estado no cumple su obligación, efectuada por los Tribunales de Derechos Humanos (en Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Se puede definir el control de convencionalidad *“como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquélla”*<sup>2</sup>, conforme a lo establecido en el párrafo 65 de la Resolución

---

<sup>2</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Manual auto-formativo para la**

Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Gelman vs. Uruguay, de 20 de marzo de 2013.

A partir de esta definición, se puede hilvanar el control de convencionalidad, en el caso específico de esta tesis, en dos ejes: el teórico y el metodológico.

Como eje teórico, el control de convencionalidad apunta hacia la necesidad de hacer la lectura del infanticidio indígena en Brasil como *práctica cultural nociva*, aplicándose los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al respecto, para su efectivo cumplimiento, asegurando así la protección integral de todos los niños.

Como eje metodológico, se utiliza el control de convencionalidad a partir de tres elementos: 1) la revisión de la actuación del Poder Ejecutivo cuando se trata de cuestiones relacionadas con el infanticidio indígena; 2) la revisión de la actuación del Poder Legislativo en lo concerniente a proyectos de ley y sus informes, en relación a su deber de controlar previamente su convencionalidad; y 3) las sentencias relativas a la aplicación por los jueces del control de convencionalidad, con respecto a la protección integral de los niños (incluyendo indígenas), en situación de riesgo.

Por lo tanto, el control de convencionalidad se utiliza como una herramienta metodológico-referencial para confirmar o desmentir una de las **hipótesis centrales** del trabajo: que el Estado no hace lo que tendría que hacer para proteger el derecho a la vida de los niños indígenas. Nos planteamos un análisis crítico de los actos del Poder Ejecutivo, de los Proyectos de Ley que protegen a los niños indígenas de las prácticas culturales nocivas, como el infanticidio, así como de las sentencias de los magistrados sobre el tema, para comprobar si Brasil viola los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, haciendo que su ratificación no pase de mero gesto y que el país esté sujeto a la responsabilidad internacional.

Para lograr estos objetivos, se ha dividido la tesis en tres capítulos.

El primer capítulo se centra en el análisis teórico y metodológico de las

---

**aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia.** San José, C.R. : IIDH, 2015, p. 49.

implicaciones de la universalidad de los Derechos Humanos y de la existencia tolerada de la praxis del *infanticidio indígena* pese a su carácter de *práctica tradicional nociva*.

La discusión que hemos planteado gira en torno a la fundamentación de los Derechos Humanos y la dicotomía entre ellos y los Derechos de la Personalidad, además de reflexionar sobre la cuestión de la universalidad de los Derechos Humanos y la controversia generada por el relativismo cultural en este caso. Abordará también el carácter de *ius cogens* del núcleo duro de los Derechos Humanos.

El segundo capítulo tratará, más concretamente, del infanticidio indígena en Brasil, presentando un panorama de la situación de los pueblos indígenas brasileños. Dará cuenta igualmente de la elaboración de una legislación específica sobre la cuestión indígena, y demostrará, a través de estudio de casos, qué originaron el debate y cómo se logró la construcción del marco legal que concierne al tema, con los Proyectos de Ley que regularán la materia, en su caso.

Finalmente, el tercer capítulo estudia el debate sobre el control de convencionalidad y su aplicación al infanticidio indígena. Este capítulo, más denso, además de aportar un análisis del acervo sobre el tema, plantea las bases teóricas y metodológicas para el análisis de los estudios de caso abordados, analiza las decisiones judiciales y las acciones del Estado brasileño por medio de sus órganos y propone respuestas a las preguntas anteriores, terminando, por fin, en la conclusión.



## CONCLUSIONES

A partir de este estudio, se llegó a algunas conclusiones concernientes a la propuesta inicial, formulada en la introducción, en la que se sostuvo que la dignidad humana no es atributo de unas pocas personas, sino que tiene carácter universal. Es intrínseca a todos los seres humanos, siendo el principio de la dignidad humana eje de todo el ordenamiento jurídico.

En este sentido, se entiende que todos los niños, desde el nacimiento, tienen dicho atributo de la dignidad, siendo, como son, humanos. Se refuta, así, la afirmación de que la humanidad de los niños indígenas sería relativa, condicionada a la cosmovisión del grupo al que pertenecen, pues los intereses del grupo deben ceder, siempre, ante del interés superior del niño, de acuerdo con la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Todos los niños son también detentadores de Derechos Humanos Universales, dado que estos son válidos para todas las personas, independientemente de su origen, sexo, edad, etnia, etc. En esta línea, se concluye que los mismos argumentos utilizados para justificar los Derechos Humanos, así como su universalidad, se aplican también a los Derechos de la Personalidad.

Entre estos valores universales, comunes a todas las culturas, hay un mínimo de valores que son fundamentales, inalienables y constituye un estándar mínimo legal. Estos son los Derechos Humanos, y ninguna sociedad o Estado pueden recortarlos o negarlos, independientemente de sus propios valores culturales.

Las normas *jus cogens* tienen carácter universal, pues sería contradictorio que normas superiores a la propia voluntad de los Estados pudiesen ser relativizadas. Es decir, si los Estados están obligados por estas normas, que generan obligaciones *erga omnes*, no se puede ni imaginar que pueblos con costumbres contrarias a ellos no las observen.

De esta manera, lo que se está defendiendo es que el derecho a la vida de los niños indígenas, así como su integridad física, desde su nacimiento (y de manera más amplia, desde la concepción, según lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 4º), biológicamente hablando, es una norma *jus cogens*, contra la cual no cabe flexibilización o intento de relativización, bajo pretexto de respeto a las tradiciones y costumbres locales.

Se aprecia que en Brasil existe una categorización del ser humano. Recientemente, fue aprobado en el Congreso Nacional un nuevo delito penal: el feminicidio, teóricamente con el fin de valorar la vida de la mujer. Sin embargo, se observa que las vidas de los niños indígenas y sus madres son ignoradas, ya que no serían dignas de la protección del Estado brasileño, teniendo en cuenta que, para la corriente de pensamiento relativista, la titularidad de los derechos estaría condicionada al lugar de nacimiento, que está fuera, por completo, del control del individuo. Y esta es también la posición de la Fiscalía Federal brasileña, que relativiza claramente la vida humana, de acuerdo con el sitio en que se dé.

Las *prácticas tradicionales nocivas*, prohibidas taxativamente por el Derecho Internacional, se basan precisamente en la relativización de los derechos de los vulnerables, que, en la mayoría de los casos, no pueden expresar su acuerdo o desacuerdo con tal práctica.

Es de destacar el hecho de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos surgió como reacción a la diferenciación del ser humano, y a la consideración de que unos hombres son más dignos de protección que otros (relativizando así el valor intrínseco que cada ser humano tiene y, por lo tanto, permitiendo que se cometiesen atrocidades con ellos).

Defendemos que la cultura no es estática e inmutable, sino dinámica y en constante cambio. Se reconoce el derecho de los pueblos a su cultura y también el igual valor de todas las culturas. Sin embargo, cuando la cultura de un pueblo, o una práctica cultural colisionan con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente cuando colisionan con el derecho de una persona a elegir la cultura en la que quiere vivir, o con una práctica cultural contraria a los Derechos Humanos

reconocidos a la persona, hay que decidir, dependiendo del caso, el bien jurídico superior a proteger, el cual jamás puede ser una *práctica nociva*. Los Derechos Humanos pierden por completo su sentido si se retira al ser humano del centro del discurso y de la praxis social. Por lo tanto, la defensa de la diversidad cultural (en el sentido de reconocimiento de legitimidad) debe guiarse por el respeto a los Derechos Humanos.

Así que, por mucho que el Estado brasileño esté de acuerdo con una interpretación nacionalista de las disposiciones internacionales que consagran la universalidad de los Derechos Humanos, aceptando, en verdad, la teoría del relativismo cultural y cubriéndola con un "disfraz" legitimador del pluralismo jurídico, tal interpretación es absolutamente inadmisibles, porque los derechos a la vida e integridad física del niño no deben, bajo ninguna circunstancia, ser sacrificados a los intereses de grupos.

Es posible la defensa de un pluralismo jurídico basado en la aceptación de normas específicas de los pueblos indígenas, porque hay espacio para el diálogo. Pero lo permisible es un pluralismo jurídico responsable, y no ilimitado, sin observancia de este núcleo duro de los Derechos Humanos, revestido con la característica de *jus cogens*. Ni siquiera los Estados deben estar exentos de observancia, y mucho menos los Pueblos Indígenas que están en ellos insertos y sometidos. Esto es aún más así en los Estados Democráticos de Derecho, como es el caso de Brasil, que tiene una Constitución Federal que reconoce la protección de los derechos y garantías fundamentales.

En cuanto a la imputabilidad de los indígenas, en relación con la práctica del infanticidio, la cultura es un factor determinante para la práctica en todos los pueblos, sin embargo, debe ser abordada y conceptualizada de diferentes maneras, contemplando ya el error de prohibición culturalmente condicionado, ya la inexigibilidad de conducta diversa, según el grado de aislamiento del pueblo indígena que está implicado.

De todos modos, parece claro y puede llegarse a acuerdo entre el Estado y los defensores de la *práctica cultural nociva*, que no debe haber punición de los indígenas. Esta no sería la mejor manera para promover un cambio y para la internalización de la

nocividad de una práctica cultural. Sin embargo, se debe considerar la posibilidad de punir a aquellos agentes que siendo conscientes de que se produce cierta práctica tradicional nociva y no notifiquen su existencia a los órganos gubernamentales competentes, cumpliendo así con su obligación legal.

Los relatos de las historias de vida de Hakani, Tititu, Muwaji y Iganani, así como los reportajes analizados, demuestran que la práctica del infanticidio indígena existe y es una dura realidad, pero puede ser combatida. Sólo a partir de la Educación en Derechos Humanos, la concientización de la población indígena y la implementación de políticas públicas adecuadas por parte del Gobierno brasileño, puede ser erradicada la triste realidad del infanticidio indígena.

En cuanto a la internalización, en Brasil, de los Tratados de Derechos Humanos, hay una diferencia entre los diferentes procedimientos adoptados por el Congreso Nacional, lo que influye en la jerarquía que el tratado tendrá en el ordenamiento jurídico interno. Los Tratados de Derechos Humanos internalizados por el procedimiento especial del párrafo 3º del artículo 5º, integrarían el bloque de constitucionalidad restricto, siendo constitucionales, material y formalmente, y los otros, internalizados por un procedimiento simple, integrando el bloque de constitucionalidad amplio, siendo constitucionales “sólo” materialmente.

Los Tratados de Derechos Humanos incorporados mediante una enmienda constitucional, en Brasil, son equivalentes a la enmienda constitucional, lo que implica una reforma de la Constitución.

Con la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hubo una reforma de la Constitución Federal. Por tanto, aunque, *ad absurdum*, se entendiese que no se adoptaba la característica de la universalidad de los Derechos Humanos en la Constitución brasileña, y que había espacio para el relativismo cultural (disfrazado de pluralismo jurídico) en una interpretación del artículo 231 de la Constitución Federal, ocurrió la reforma constitucional en la medida del conflicto existente: el artículo 231 de la Constitución Federal pasa solamente por el examen de compatibilidad vertical material con los Tratados de Derechos Humanos, en la medida en que sean interpretados conforme la universalidad de los Derechos Humanos, el

interés superior del niño, la no discriminación y la lucha contra las prácticas nocivas, en relación a las personas con discapacidad.

Es necesario, por lo tanto, que la legislación interna pase por el control de convencionalidad en relación con los Tratados de Derechos Humanos, y no al revés. Es preciso, para la aplicación de los Tratados Internacionales, que se tenga en cuenta la hermenéutica producida por los órganos legítimos para hacerla.

Aunque, a nivel interno, por lo dispuesto en el artículo 5º, § 3º, de la Constitución Federal de Brasil, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tengan la máxima jerarquía constitucional cuando sean aprobados por medio de una enmienda constitucional, en la práctica, no se tomará en cuenta tal jerarquía para el Derecho Internacional, ya que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos siempre tienen estatus jerárquico superior al Derecho interno, aunque este sea de carácter constitucional. Es así por lo que se acordó en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 27. Es decir, para el Derecho Internacional, los Tratados de Derechos Humanos tienen jerarquía supraconstitucional.

Se concluye, pues, que la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad, a pesar de ser subsidiaria a la actuación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, hace que, en la práctica, sus deliberaciones sean supraconstitucionales, en virtud de la responsabilización del Estado, en el caso de que existan violaciones de normas convencionales.

Para el control de convencionalidad, no sólo es norma paradigmática dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos: La Corte Interamericana tiene competencia contenciosa sobre otros instrumentos interamericanos.

Debe tenerse en cuenta que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen tanto efecto *inter partes* como *erga omnes*, dependiendo de si el Estado destinatario de la sentencia fue parte o no en dicho proceso.

En cuanto a la situación de las sentencias dirigidas a otros Estados, hay el efecto *erga omnes*, en la medida en que los otros Estados, en todos sus ámbitos, deben aplicar la interpretación del *corpus juris interamericano*, dada por el Tribunal.

Está claro que el control de convencionalidad no es un criterio discrecional de los magistrados locales, sino una obligación que puede dar lugar a una responsabilidad internacional del Estado si no se cumple.

En cuanto al acierto o desacierto de la hipótesis de esta tesis, que era la de que las autoridades locales en lo que concierne a su actuación en el tema del infanticidio indígena no han puesto en práctica las obligaciones internacionales asumidas por Brasil, se ha comprobado que, en la mayoría de los casos analizados, la hipótesis se confirma.

El alcance del control de convencionalidad cubre actos y decisiones administrativas, como aquellas tomadas por la FUNAI (Fundación Nacional del Indio). No hay duda de que todas las prácticas del Estado, independientemente de en qué órgano se originan, se someten al control de convencionalidad, y no sólo están obligados a practicarlo, *ex officio*, los magistrados y los órganos del Poder Judicial.

Sin embargo, también se constató, sobre la ampliación realizada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en lo que refiere a los responsables por efectuar el control de convencionalidad, que no sólo los magistrados, sino todos los operadores de justicia son responsables de su ejercicio, incluyendo la fiscalía, como se determinó en la sentencia del caso Gudiel Álvarez y otros *vs.* Guatemala.

La propia Corte Interamericana concluye, en cumplimiento de sentencia en el caso Gomes Lund *vs.* Brasil, que en este país, los tribunales inferiores no son conscientes de su obligación de aplicar *el corpus juris interamericano*, bajo pena de responsabilidad del Estado, y tampoco están preparados para realizar el control de convencionalidad.

Para la Corte Interamericana, el control de convencionalidad concentrado, sí es el control de convencionalidad propiamente dicho, aquel original, hecho por ella misma.

Para el Derecho interno, el control de convencionalidad, en su forma concentrada, es aquel realizado en los moldes de control concentrado de constitucionalidad, realizado por el Supremo Tribunal Federal, cuyos estándares paradigmáticos son los Tratados de Derechos Humanos aprobados por el procedimiento del § 3, artículo 5° de la Constitución Federal, cuando estos son compatibles con la Constitución, pero incompatibles con determinado Tratado de Derechos Humanos, equivalente a una enmienda constitucional.

Se constata que las acciones previstas para el control concentrado de constitucionalidad son aplicables no sólo para proteger la Constitución, sino el bloque de constitucionalidad restricto. Además, cuando existe ley infraconstitucional compatible con la Constitución, pero incompatible con Tratado de Derechos Humanos equivalente a enmienda constitucional, las acciones previstas para el control concentrado de constitucionalidad son susceptibles de aplicación para compatibilizar la norma infraconstitucional a la norma convencional en cuestión. Sin embargo, las acciones del control concentrado de constitucionalidad serán acciones de control concentrado de convencionalidad (por ejemplo, Acción Directa de Inconvencionalidad, Declaratoria de Convencionalidad etc).

Con respecto a los demás Tratados de Derechos Humanos, materialmente constitucionales, de acuerdo con el § 2°, de la Constitución, estos serán paradigmas solamente de control difuso de convencionalidad, debido a la aberración de la diferenciación de jerarquía entre los Tratados de Derechos Humanos. Lo correcto sería que todos los Tratados de Derechos Humanos perteneciesen al bloque de constitucionalidad restricto, y pudiesen ser paradigmas de control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad.

En cuanto a la actuación de los órganos del Poder Ejecutivo, se deduce que, en lo que se refiere a la SESAI, la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en lo que concierne al superior interés del niño y la lucha contra las prácticas tradicionales nocivas, ha sido descuidada. A menudo, su actuación ha sido contraria a la normativa internacional.

En cuanto a la actuación de la FUNAI, en su mayor parte, ha sido antagónica a lo que preconiza la legislación internacional para proteger a los niños. En esta tesis, se citan dos casos, con actuaciones diametralmente opuestas.

La SEDH ha omitido implicarse en la defensa de la vida de los niños indígenas, como si el tema no correspondiera a sus atribuciones, en contra de lo que dispone el comentario conjunto de la CEDAW y del CRC sobre las prácticas nocivas, dejando claro el compromiso de las instituciones de Derechos Humanos de los países con la protección de las víctimas de prácticas nocivas.

Sobre la actuación del Poder Legislativo, se desprende del análisis realizado por las Comisiones Legislativas sobre los proyectos de leyes con disposiciones para combatir las prácticas tradicionales nocivas, que no se realizó el control de convencionalidad. La realización del control de convencionalidad por todos los Poderes del Estado, es obligatoria. El Poder Legislativo violó, de esta manera, la obligación de controlar la convencionalidad de los proyectos de ley, impidiendo la elaboración de los textos según las obligaciones internacionales asumidas por el Estado brasileño.

En cuanto al papel de la Fiscalía Federal en relación con el tema del infanticidio indígena, se verifica su adhesión al relativismo cultural, disfrazado de pluralismo jurídico, que no tiene en cuenta uno de los principales derechos reconocidos y positivados mundialmente: el derecho a la vida, especialmente de los hiposuficientes, como es el caso de los niños indígenas sacrificados.

Respecto a la primera pregunta planteada en la introducción de esta tesis, se verifica que el Brasil, a través de los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, reconocidamente ratificados, no ha habido un adecuado control de convencionalidad en la aplicación de las leyes relativas a los casos de infanticidio indígena ocurridos en su territorio.

Se ha demostrado, por la exposición anterior, que se ha respondido a las preguntas relacionadas con los objetivos específicos de esta tesis, a saber, que el Brasil no adopta una actitud de plena protección a todos los niños indígenas, ya que adopta una visión sobre el infanticidio indígena contraria a la requerida por los Tratados



Internacionales de Derechos Humanos. Este punto de vista, adoptado por el Estado brasileño es el mismo defendido por la Asociación Brasileña de Antropología, por ser contraria al punto de vista de las organizaciones no gubernamentales de defensa de la vida, por ejemplo, ATINI – Voz por la Vida y JUCUM – Jóvenes con una Misión. En virtud de ser organizaciones cristianas se intensifica más el antagonismo por parte de las instituciones mencionadas.

Se espera, con esta tesis, además de haber presentado una contribución académica sobre el tema, haber señalado una manera de hacer frente a esta delicada cuestión del infanticidio indígena, es decir, su tratamiento bajo la perspectiva de control convencionalidad. Se trató de efectuar de este modo una investigación-acción, con el fin de contribuir no sólo teóricamente a la protección del derecho de los niños indígenas y sus madres, sino también de ser útil en la práctica, dando voz a los más vulnerables. Se espera, también, que nuevas investigaciones surjan de esta, y que la defensa de la vida pueda amplificarse.