

REVISTA DE DERECHO
VOX JURIS



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA DE DERECHO
VOX JURIS

EDICIÓN N° 26

2013

VOX JURIS 26

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE : Dr. Gino Ríos Patio - Profesor USMP - Director del Instituto de Investigación Jurídica
CONSEJEROS : Dr. Lucas Lavado Mallqui - Profesor USMP - UIGV
Dr. Paulino Saúl Rueda Romero - Profesor USMP
Dr. Jorge Luis Godenzi Alegre - Profesor USMP -U. Ricardo Palma - U. de Lima

COORDINADOR
DE EDICIÓN : Lic. César Vizcardo Vernaza

ISSN: 1812-6804

Depósito Legal 95-0895

Derechos reservados conforme a ley

Está permitida la reproducción total o parcial de los artículos citando la fuente.

LAS OPINIONES VERTIDAS EN LOS ARTÍCULOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES

Solicitamos canje.
Wir Bitten um AUSTAUSCH.
Von Publikationen.
We request Exchange.
Nous demanons l'échange.
Pede se permute.

Escribir:

Facultad de Derecho : Alameda del Corregidor 1865, La Molina
Teléfono : 365 7000 - 365 6947 - 365 6948 - 365 6943
Fax : 3656957
E-mail : derecho@usmp.pe / Instituto de Investigación Jurídica: investiga_derecho@usmp.edu.pe
Web site : www.derecho.usmp.edu.pe
Fecha de Impresión : Marzo 2014

CONTENIDO

1. EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE LA PENA: ENTRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PENA Y EL ALCANCE ORGANIZADOR DE LAS EXIMENTES DEL PRINCIPIO NULLUM CRIMEN Maximiliano Rusconi	17
2. LA ESPECIALIZACIÓN DE LA VICTIMOLOGÍA: CIENCIA Y FILOSOFÍA. HACIA LAS VICTIMOLOGÍAS ESPECÍFICAS Wael Hikal	43
3. INTELIGENCIA CULTURAL: UNA DISCIPLINA EMERGENTE EN LOS ESTUDIOS DE INTELIGENCIA Enric Miravitllas Pous y Joan Antón Mellón	57
4. ESTÍMULOS FISCAIS DO ICMS E A UNANIMIDADE EXIGIDA NO CONFAZ Ives Granda Da Silva Martins	79
5. LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA Y LOS MODELOS DE CONTROL EN AMÉRICA LATINA Carlos Alberto Elbert	95
6. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DESC (DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES) EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL: CONTRIBUCIÓN A UNA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DEL SUFRIMIENTO HUMANO Antonio Madrid Pérez	107
7. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA JUSTICIA PENAL: ¿DEMOCRATIZACIÓN O ADORNO INÚTIL DE LOS TRIBUNALES? Hans-Jurgen Brandt	129
8. LAS COMUNIDADES NATIVAS DE LA AMAZONÍA PERUANA Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS INCISOS C) Y D) DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA. SITUACIONES ANÁLOGAS EN LA UNIÓN EUROPEA Paulino Rueda	155

9. LA CIUDADELA DE LA MORAL EN LA CORTE DE LOS JURISTAS	
Josep Joan Moreso Mateos	197
10.EPISTEMOLOGÍA DEL FILICIDIO: VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES	
Beatriz Kalinsky	215

EDITORIAL

EDITORIAL

En esta nueva edición de *Vox Juris*, los lectores podrán apreciar la colaboración académica de prestigiosos juristas y científicos sociales que tienen una relación estrecha con nuestra Universidad y especialmente con su Facultad de Derecho. Se trata de personalidades distinguidas por su condición de Profesores Honorarios o Miembros de Consejos Consultivos de nuestro Instituto de Investigación, lo que ciertamente confiere a la presente publicación un rasgo de sobriedad académica especialmente significativo para nuestra Alma Mater.

Las apreciadas colaboraciones antes referidas se agrupan en un eje central de índole jurídica, desde el cual atraviesan transversalmente diversas especialidades del Derecho, mostrando interesantes análisis desarrollados desde varias perspectivas particulares.

Sobre el ámbito penal, el distinguido profesor argentino y Profesor Honorario de nuestra Universidad, Dr. Maximiliano Rusconi, analiza los fundamentos de la pena y el alcance organizador de las eximentes del principio *nullum crimen sine lege*, para considerar que aquello que el legislador prevé normativamente y que, por imperio de la garantía, forma parte del escenario que no puede modificar luego del hecho, también configura las referencias normativas del contexto motivacional.

En un interesante artículo de índole criminológica, el estudioso profesor mexicano, miembro del Consejo Consultivo de nuestro Centro de Investigación en Criminología, Lic. Wael Hikal, postula una evolución de la victimología general a las victimologías específicas, así como la construcción de una política victimológica con la finalidad de educarnos para prevenir ser víctimas de algún delito.

Asimismo, en otro importante artículo de análisis meta penal e índole victimológica, los conocidos profesores españoles Enric Miravitllas Pous y Joan Antón Mellón, desarrollan el tema de la inteligencia socio cultural, con la finalidad de demostrar su utilidad en la prevención y neutralización de amenazas a la seguridad.

De otro lado, en la ilustrada colaboración de nuestro Profesor Honorario Dr. Ives Granda Da Silva Martins, el prestigioso jurista brasileño nos hace conocer su posición, la misma que expuso en la Comisión de Expertos nombrada por el Presidente del Senado para repensar el Pacto Federal y presentar un proyecto de ley de incentivos regulatorios comunes y complementarios, los beneficios y la exención del ICMS interestatal.

Por otra parte, el significativo artículo del acreditado profesor argentino Dr. Carlos Alberto Elbert, pone de manifiesto la crisis de los modelos de control en el siglo XXI y la situación a la que se ha visto constreñida la Criminología en un sistema de pensamiento único.

En otra vertiente intelectual, el interesante artículo del profesor Antonio Madrid Pérez, nos introduce al análisis de una realidad no considerada, como es la explicación de la causa del sufrimiento de las personas a partir de la epistemología jurídica, y nos invita a reflexionar en la necesidad de considerar los derechos económicos, sociales y culturales en los procesos de justicia transicional.

Desde otra perspectiva, el maduro artículo del ilustrado profesor Hans-Jurgen Brandt postula un nuevo modelo de impartición de justicia penal, a través de la incorporación de jueces escabinos, que no son abogados sino ciudadanos comunes, que aportarían su sentido común, experiencia de vida y su capacidad a la tarea de deliberación y toma de decisiones en justicia.

En otra línea disciplinaria, la investigación del profesor de nuestra Casa Superior de Estudios, Lic. Paulino Rueda, plantea la responsabilidad estatal en la protección de la biodiversidad de los territorios donde se asientan las comunidades nativas de la Amazonía peruana, por la contradicción existente entre las normas proteccionistas y las dictadas para acelerar algunos tratados de libre comercio.

Partiendo de la necesidad de recordar la indisoluble unión de derecho y moral, el inteligente artículo del docto profesor español y Profesor Honorario de nuestra Universidad, Dr. Josep Joan Moreso Mateos nos invita a reflexionar acerca de la conveniencia de que las argumentaciones jurídicas, especialmente en las decisiones judiciales, se sustenten en dicha indisoluble vinculación para conservar la fuerza normativa de las reglas positivas a través del razonamiento moral.

Retornando al entorno penal con el que se inicia este periplo intelectual, la Antropóloga Dra. Beatriz Kalinsky discierne los fundamentos epistemológicos y la actuación social de dos conceptos ligados a situaciones de violencia: “filicidio” y “síndrome de la mujer golpeada”, utilizando como referente empírico una investigación de campo realizada en la Provincia del Neuquén

(Argentina), literatura científica y su aplicación en las sentencias judiciales.

Como podrán apreciar, los temas desarrollados con impar experiencia y pericia por los autores que han contribuido a hacer realidad esta especial edición, giran en torno a la idea central de que el operador del derecho debe trascender la visión positivista para mejor contribuir precisamente con el thelos de la norma jurídica, a fin de interpretar dinámicamente el orden jurídico con base en principios y de acuerdo con el devenir de la realidad, en todas sus dimensiones, para coadyuvar a que alcance su finalidad de regular en justicia las relaciones intersubjetivas de las personas y colectividades humanas y aspirar a la paz social; por lo que nos complace presentar esta edición a la comunidad universitaria aspirando a que nuestros lectores desarrollen a través de la investigación el conocimiento y la praxis jurídica.

Dr. Gino Ríos Patio
Director del Instituto de Investigación Jurídica

ARTÍCULOS

**EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE
LA PENA: ENTRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PENA Y EL
ALCANCE ORGANIZADOR DE LAS EXIMENTES DEL
PRINCIPIO NULLUM CRIMEN...**

Maximiliano Rusconi

Abogado argentino, profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, de grado y posgrado, en la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Recibido: setiembre de 2013

Aceptado: octubre de 2013

SUMARIO

- I. Esplendor y miseria del error como problema.
- II. Problemas no resueltos.
- III. El error sobre las circunstancias objetivas de una situación de exigibilidad.
- IV. Excusas absolutorias y error.
- V. Conclusión.

RESUMEN

Algunos problemas vinculados con los errores relacionados con las circunstancias que operan en el nivel de culpabilidad y los errores vinculados con las circunstancias propias del juicio individual o general de punibilidad.

Palabras clave: problemática del error, circunstancias objetivas, situación de exigibilidad, absolución.

ABSTRACT

Some problems associated with circumstances related errors that operate at level of guilt and errors associated with individual judgment own circumstances or general criminality.

Key words: problems of error, objective circumstances enforcement situation, absolution.

I. ESPLENDOR Y MISERIA DEL ERROR COMO PROBLEMA

Como lo recuerda Bacigalupo, “en materia de error... los legisladores han pasado del silencio absoluto que caracterizó muchas leyes, entre ellas los Códigos Penales francés de 1810 y los

españoles desde 1848 hasta 1983, o la limitación a una sola regla relativa al error sobre las circunstancias del hecho punible, como en el caso el StGB alemán de 1871, a una doble regulación de los errores sobre circunstancias del hecho punible descrito en la ley (error de tipo) y de los que afectan a la antijuricidad del hecho típico (error sobre la prohibición). Así por ejemplo, el Código Penal alemán (parágrafos 16 y 17), el Código Penal austriaco (parágrafos 8 y 9), el Código Penal esloveno (arts. 20 y 21), el Código Penal portugués (arts. 16 y 17), el Código Penal suizo (arts. 19 y 20)” (Bacigalupo, 2009).

A pesar de que se ha desparramado como secreto a voces científico el hecho de que el estudio de la teoría del delito requiere tanto un análisis de su funcionamiento “al derecho” (teoría de la imputación), como una puesta en evidencia “al revés” (teoría del error), éste último ámbito, el propio del estudio del efecto excusante de los defectos de conocimiento, ha tenido un protagonismo menor, déficit que se expresa tanto en el menor desarrollo cuantitativo de sus problemas por parte de la ciencia, como en la mayor cantidad de zonas grises o en un delineo mucho más errático de sus fronteras.¹

No se nos escapa que, a pesar de este cuadro general, ha habido una época de esplendor en lo que refiere a la popularidad de las teorías del error, años en los cuales parecía que en el viaje entre la teoría unitaria del tratamiento del error y las teorías de la culpabilidad estricta y limitada, uno podía ver todo el paisaje problemático que estaba en condiciones de ofrecer la teoría del delito como edificio sistemático de imputación.

Se trató sin dudas de décadas en las cuales el pasaje del modelo clásico a la irrupción finalista podía explicarse casi totalmente de la mano de un debilitamiento de la categoría de la culpabilidad y de una paralela subjetivización del juicio de antinormatividad (tipicidad). El cambio de la ubicación del dolo y el consiguiente cambio de la ubicación de su exclusión (error de tipo) parecía explicar mucho más que lo que en verdad, bien visto hoy, explicaba. Asimismo, la parcialmente contemporánea a este proceso de discusión sobre la vigencia o inexistencia jurídica real de paradigmas latinos, tales como *error iuris nocet* o *ignorantia crassa*, parecía reflejar un ascenso del problema del error a las grandes ligas de las cuestiones dogmáticas.

Sin embargo, jueces y académicos, prácticos y teóricos, eramos testigos casi silenciosos de que existía un conjunto realmente trascendente de problemas que se ubicaban en el centro político criminal del error en el sistema de teoría del delito que no estaba

¹ Un ejemplo parcial, pero magníficamente expuesto, puede verse en el trabajo de Marcelo Sancinetti, “Relatividad de las teorías del error”.

recibiendo una adecuada respuesta sistemática, incluso en algunos casos ¡no había ninguna respuesta!

Como sabemos, luego de la paz relativa que significó en términos dogmáticos la instalación del modelo finalista en la opinión dominante y su paulatina influencia en las decisiones judiciales (hasta llegar al reino de la tópica que significó el primer desembarco de la teoría de la imputación objetiva), la teoría del error se ocupaba, en el ámbito de la tipicidad del error de tipo que alcanzaba a cualquier defecto cognitivo que recayera en elementos descriptivos de la materia de prohibición instalada en el tipo objetivo. El error de tipo sobre elementos normativos arrastraba una mayor dificultad debido a que en buena cantidad de ocasiones estaba vinculado al proceso de subsunción y ello generaba (por el alto grado de normativismo del error) serias dudas sobre si no se trataba de un legítimo error de prohibición o, como mínimo, sobre si no habría que usar ese modelo a través del proceso de analogía interpretativa *in bonam parte*.

En todo caso, el error de tipo inevitable excluía toda posibilidad de imputación al dolo y a la imprudencia, y el evitable dejaba subsistente esta última posibilidad.

En lo que respecta a la conciencia potencial del injusto, casi no había dudas acerca de que el error sobre la norma prohibitiva y el error sobre la norma permisiva, siempre que fueran inevitables, excluían la culpabilidad, y si el error era evitable, ello implicaba una reducción de la culpabilidad que condicionaba a una reducción de pena. Los problemas empezaban con el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que según los partidarios de la teoría de la culpabilidad limitada debía seguir los pasos del error de tipo: si es inevitable se obstaculizaba la imputación al dolo y a la culpa; si es evitable, solo se anulaba la hipótesis del dolo, pero no de la culpa.²

Esta era, y en gran medida sigue siendo, el cuadro que reflejaba todo el problema de error. Más allá de esta agenda, y salvo en

² Aunque últimamente se ha relativizado también la importancia de este debate. Ver, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, "De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo", en www.indret.com, junio 2008, p. 35: "La teoría jurídica del delito, ¿debe configurarse en dos o tres grandes bloques? La cuestión no reviste una importancia práctica que justifique el tiempo que algunas de las mejores cabezas de la dogmática penal le han dedicado. De hecho, carece de cualquier relevancia práctica, ya que todos los aspectos de la concreta atribución de responsabilidad penal que se supone se verían afectados por esta decisión (señaladamente, el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación), en realidad no lo hacen. Que durante largo tiempo se haya podido pensar lo contrario tiene ante todo que ver con la injustificada pero extendida identificación de la defensa de la estructuración bipartita con la TENT. Mejor dicho: con la peculiar versión de la TENT que se ha discutido en la doctrina jurídico-penal. ¿Significa eso que el lector está ante un trabajo subsumible dentro de lo que Burkhardt (2000) provocadoramente ha denominado "dogmática sin repercusiones" (*Folgenlose dogmatik*)? Si por ello se entiende "carente de repercusiones prácticas" (y entiendo que esta es la mejor interpretación), sin duda.

contadas y jerarquizadas excepciones, en un relevamiento de la opinión dominante solo se encontraban adicionalmente definiciones categóricas, llenas de optimismo, que han pretendido clausurar el espacio problemático. En verdad, como veremos, hay pocas razones para confiar en esta meseta.

II. LOS PROBLEMAS NO RESUELTOS

En efecto, es evidente que frente a este escenario todavía quedaban por definir situaciones de defectos cognitivos que dejaban la sensación de que debilitaban fuertemente la respuesta volitiva, pero cuyo tratamiento no estaba indicado por el sistema dogmático, por lo menos, con precisión.

Ello sucedía con el llamado error de validez,³ con los errores sobre las circunstancias objetivas de no exigibilidad (error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad disculpante), los errores sobre condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias y los errores sobre el tipo y la gravedad de la pena.

En todos estos casos, y más allá de la antigüedad del descubrimiento de cada uno de esos conceptos dogmáticos, reinaban más las dudas que las certezas y la coherencia menos que las contradicciones.

En este texto, y más allá de la madurez de las ideas que nos acompañen en el trayecto, solo nos dedicaremos a insistir en algunos problemas vinculados con los errores relacionados con las circunstancias que operan en el nivel de la culpabilidad y los errores vinculados con las circunstancias propias del juicio individual o general de punibilidad.⁴ Un camino que Bacigalupo recorrió con singular maestría.

³ En los últimos años se viene sosteniendo la necesidad de incluir como un caso más de error de prohibición al error no ya sobre la existencia misma de la norma de prohibición, sino a la creencia errónea de la ilegitimidad, por ejemplo constitucional, de la norma en cuestión (error de validez). El autor considera nula la prohibición que fundamenta la ilicitud del acto. Incluso el error puede estar correctamente motivado en la producción jurisprudencial, sin descartar aquella de máxima jerarquía funcional. Imaginemos un sujeto que haya seguido atentamente el fallo de la Corte Suprema de nuestro país que declaró inconstitucional el tipo penal que reprimía la tenencia de estupefacientes para uso personal. Es preciso decir, de todos modos, que en este tipo de error es francamente difusa la línea divisoria entre error de prohibición evitable y conciencia eventual de la antijuridicidad (algo parecido al dolo eventual en el ámbito de la culpabilidad). Sobre el llamado error de validez, véase Roxin (1997: 873). Según Roxin, en el error de validez, “el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p. ej., porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental o contra el principio de determinación. Se ha de juzgar este caso como error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los casos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico”.

⁴ Ver una muy clara sinopsis de los casos posibles, en Sancinetti (1990: 92).

III. EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE UNA SITUACIÓN DE INEXIGIBILIDAD

Como sabemos, este ha sido uno de tantos temas que integran el listado de problemas cuyo tratamiento sigue siendo motivo no tanto de debates encendidos sino de grises dudas, en particular en un sector cuantitativamente relevante del pensamiento penal. Ello explica (si no justifica) que intentemos volver sobre el problema.

Se trata de la desconexión que puede existir entre la presencia de este tipo de circunstancias en el caso concreto y la conciencia, errada o no, que tenga el autor en relación con este dato objetivo.

La pregunta es la siguiente: ¿quién cree que, en el marco de una actuación posiblemente antinormativa, se dan los presupuestos objetivos de un estado de necesidad disculpante, puede beneficiarse con ese error? ¿Tiene relevancia el error sobre las circunstancias de inculpabilidad?

El problema reside, como puede advertirse, en si el autor puede o no motivarse en las razones que fundamentan la imputación no ya objetiva, global, anónima, sino individual, subjetiva, personal. Se trata del alcance que debe tener el conjunto de condiciones de la pena que pueden ser abarcadas legítimamente por la motivación del autor.

Como hemos dicho, tradicionalmente, el edificio del sistema del hecho punible, incluso a partir de los aportes del finalismo ortodoxo que surgió de la pluma de Hans Welzel y los discípulos de la primera Escuela de Bonn, ha ofrecido lugares sistemáticamente claros para el tratamiento de dos tipos de error: 1) el error sobre los presupuestos objetivos que dan lugar a la fundamentación del ilícito (error sobre el tipo objetivo de la tipicidad), y 2) el error sobre la antijuridicidad del comportamiento (los diferentes tipos de error de prohibición: sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sobre la norma permisiva, sobre la norma prohibitiva y el más reciente y discutido error de validez). Más allá de los debates interminables sobre el lugar sistemático del error de subsunción (¿error de tipo?; ¿error de prohibición?) o del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (según la teoría de la culpabilidad estricta o la, aparentemente mayoritaria, teoría de la culpabilidad limitada), no ha habido un lugar claro para ningún otro tipo de defecto cognitivo.

Ello ha generado, por propias razones de construcción sistemática, una buena cantidad de dudas sobre la legitimidad, lugar sistemático y demás consecuencias de otro tipo de errores: error sobre las condiciones de inculpabilidad o inexigibilidad, error sobre excusas absolutorias, error sobre el tipo o magnitud de la pena, etc., etc. Sobre todo, teniendo en cuenta que, si se presta atención a las

razones arquitectónicas, la categoría de la punibilidad y, normalmente, también la llamada inexigibilidad, siempre ha llegado después en el análisis sistemático, del último lugar en el cual se revisaban instancias subjetivas (conciencia potencial de la antijuridicidad).

Las dudas que se han manifestado han rodeado a la totalidad de la problemática del error de punibilidad *lato sensu*, desde su consideración básica, pasando por sus efectos en el caso individual, y hasta las propias eximentes alcanzadas por el “tipo subjetivo de la punibilidad”. Nada ha quedado claro en lo que respecta al denominado error sobre el sí político criminal de la pena o la magnitud o tipo de la reacción estatal.

Estas dudas o desorientaciones, en nuestro Derecho local, no han podido beneficiarse de lo resuelto en la ley vigente; no han podido entonces reconducirse a los escenarios tranquilizadores de la argumentación de *lege lata*, ya que no hay una sola mención expresa, por lo menos que sea absolutamente clara en el Código Penal argentino, ni siquiera sobre el problema de la suposición errónea de los presupuestos objetivos del estado de necesidad disculpante (para mencionar el caso posiblemente menos complejo). Solución, como luego veremos, que sí está prevista de manera expresa, por ejemplo, en el Código Penal alemán.

Pero, incluso, para quien hubiera pensado por unos segundos que había alguna chance de echar mano a las reglamentaciones, estas sí expresas, de algún tipo de error de prohibición, la desilusión debió ser inmediata en el marco de la legislación penal argentina: incluso este tipo de errores no manifiesta su recepción normativa de modo absolutamente claro, de hecho todavía subsisten los ecos de los debates producidos en la década de los años 70 y 80 sobre la relación entre las teorías del error propias de los modelos clásicos, neoclásicos y finalistas, y el edificio legislativo vigente.⁵ Claro que nada hay que reprochar a un legislador que hace su tarea en los primeros 20 años del siglo XX y que no ha podido utilizar un lenguaje que estéticamente recuerde en forma inmediata a un tipo de clasificación de los errores que solo vio la luz en la ciencia y jurisprudencia alemana de mediados de ese siglo.

En los últimos años se ha afirmado: “Al igual que con el error sobre las causas de justificación, aquí también hay que distinguir tres casos. La creencia de que concurre una causa de exculpación no reconocida por el Derecho Penal (error sobre su existencia) tiene tan poca influencia sobre la culpabilidad del autor como la ampliación errónea de sus márgenes (error sobre sus límites), pues solo el legislador puede decidir en qué casos no cabe formular un reproche culpabilístico en atención a una reducción sustancial del

⁵ Ver, por todos, “Relatividad de las teorías del error” (Sancinetti, 1990: 1 y ss.).

contenido de injusto y de culpabilidad del hecho” (Jescheck-Weigend, 2002: 545).

Es posible que exista algo de razón en la aniquilación de cualquier poder eximente en aquellos comportamientos que se han motivado en la posible ventaja punitiva que significa la eventual existencia (no comprobada) de una circunstancia de inexigibilidad (lo que en el ámbito de la conciencia de la antijuridicidad, se denomina normalmente —aunque de modo errático— error directo). No es seguro que el imputado-autor tenga derecho a hacer prevalecer sus propias consideraciones de política criminal, por sobre las que decide el propio Estado. Ello posiblemente quitaría capacidad al Estado de establecer esas prioridades político-criminales a favor de la comunidad.

En la base de este tipo de decisiones se encuentra una consideración de fuerte tinte político-institucional sobre los contornos que el Estado pretende darle a la intervención del Derecho Penal, y es por ello que parece poco probable que se pueda justificar el efecto exculpante de las consideraciones meramente individuales sobre los límites debidos, desde una óptica divergente, pero no ejecutados, desde la óptica institucional. Como afirma Claus Roxin, “tal tolerancia no es un sobreentendido y tampoco es practicada por todos los ordenamientos jurídicos” (2004: 148).

A pesar de que los argumentos y los sistemas no están suficientemente generalizados, otra es la visión que se tiene frente al error sobre las condiciones objetivas de la exigibilidad. Aquí la tendencia a la recepción con consecuencias de este tipo de error, por lo menos en los supuestos de inevitabilidad, se encuentra difundida hasta el punto posiblemente de ser opinión dominante.

Según Jescheck: “Relevante es, por el contrario, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación reconocida legalmente. Tal y como evidencia la regulación del error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante, no se trata aquí ni de un error de tipo ni de prohibición, sino de un error *sui generis*” (2002: 545).

Con esta expresión es posible que lo único que pretenda afirmar Jescheck sea que se trata de un error para el cual el modelo sistemático dominante no había previsto un lugar operativo claro; sin embargo no existe en ella un demérito acerca de la necesidad de reconocer consecuencias en la reducción de la pena.

En el mismo sentido se han expresado Zaffaroni-Alagia-Slokar: “Cuando el agente supone falsamente la existencia de una situación de necesidad exculpante (la llamada necesidad exculpante putativa), el error excluye la culpabilidad. En la falsa suposición, el

autor sufre una coacción psíquica idéntica a la que correspondería a la existencia real de la situación de inculpabilidad. Real o falsa la situación, su autodeterminación se halla comprometida psíquicamente con motivo del error invencible sobre las circunstancias. En caso de vencibilidad del error sobre la situación de necesidad, no desaparece la exigibilidad, debiéndose tener en cuenta a los efectos de la pena para considerarlo un supuesto menor de culpabilidad. No se trata de un error de prohibición, pero se resuelve conforme a sus reglas” (1986: 587; 2000: 752).

Este argumento tiene sin duda alguna, fuerza de convicción. Quien se cree en la propia circunstancia de inexigibilidad que planificó el legislador o que se ha desarrollado, a través de una jurisprudencia constante, como eximente extralegal de modo pretoriano (por lo menos esa es la historia en el Derecho Penal argentino), posee una reducción de la libertad de elegir entre lo correcto y lo incorrecto, como si no hubiera ningún error sobre las circunstancias fácticas de la no punibilidad. Si la culpabilidad remite a un poder en lugar de ello, en el que prima la posibilidad de libre determinación, el mismo déficit o uno análogo se presenta en este tipo de casos. Por lo menos frente a errores no reprochables, inevitables o invencibles.

En opinión de Roxin, “para el tratamiento jurídico del error sobre circunstancias exculpantes existen tres modelos imaginables, los cuales también han encontrado seguidores en Alemania.

Según la primera solución, el autor bajo error debe ser tratado como si existiera de verdad la situación de necesidad que él ha supuesto; luego, debería exculparse. Esto se apoya en la idea de que el autor es exculpado debido a la presión psicológica bajo la cual actúa. Pero esta presión psicológica es tan igual en el peligro para la vida meramente imaginada que en la real. La segunda solución, que también defendió anteriormente el Tribunal Federal alemán, trata el error sobre circunstancias exculpantes de la misma manera como lo hace la doctrina dominante en caso de un error sobre circunstancias justificantes. O sea, excluye el dolo y pena eventualmente por un hecho imprudente (hay que aclarar que el autor se refiere a la teoría de la culpabilidad limitada). Finalmente, la tercera solución trata este error según el modelo que también es empleado en la regulación del error de prohibición: el error exculpa solamente en caso de su invencibilidad; pero si es vencible, el autor será reprimido con una pena de dolo atenuada” (1997: 149).

Es preciso tener en cuenta que en verdad, salvo la última de las opciones, las posibilidades son situaciones reflejas de los tratamientos que le brindaron hasta ahora al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (el llamado error indirecto de prohibición) las dos versiones de la teoría de la culpabilidad (limitada y estricta).

Nuestro Código Penal no ofrece una solución expresa, como era de esperar, teniendo en cuenta que ya el problema del error de prohibición ha sido receptado, en el mejor de los casos, de forma muy errática.

El dilema debe resolverse teniendo en cuenta, en primer lugar, si hay buenas o malas razones para pensar que la situación de necesidad que solo sucede en la cabeza del autor debe considerarse como si se hubiera producido de modo real. Para quien solo se trate, en los casos en los cuales se presentan los presupuestos objetivos, por ejemplo, del estado de necesidad exculpante, de una situación en la cual se ha tomado en cuenta cierta tolerancia sobre el sujeto sometido a ese conflicto y no de evaluar la presión psicológica que el sujeto activo vive en el momento del hecho, habrá de rechazarse esa posibilidad de equiparación. Según Roxin, “esa tolerancia presupone que realmente haya existido tal inevitable situación de necesidad. Iría demasiado lejos y no encontraría comprensión en la población que la liberación de pena sea otorgada ya en caso de un peligro imaginario. Y es que aquí tiene mayor peso la necesidad de proteger penalmente al perjudicado” (1997: 150).

Sin embargo, ello puede ser relativizado. No hay ninguna posibilidad de oponerse a que las situaciones reales presenten aristas que no se verifican en las imaginarias. Eso pasa siempre. En el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como la legítima defensa también el autor imagina un temible agresor que no es visible a los ojos de terceros, y aquí nadie se sorprendería, por lo menos el jurista, de la decisión de no punibilidad. Al contrario uno puede pensar que en el nivel de las decisiones de pena que operan en la categoría de la punibilidad o inexibilidad, junto con la mayor debilidad ética de la decisión estatal, hay una menor focalización del haz de argumentos, por ejemplo, si uno compara con otras eximentes (estado de necesidad justificante) que, justamente, permitirían extender el paño de la tolerancia con mayor fluidez.

Ahora bien, por su lado, Helmuth Frister refiere que en estos casos se trata de un “error sobre el tipo exculpante”. Más allá de si es pertinente utilizar el concepto “tipo” para la categoría de la punibilidad, él afirma que “el autor se ha representado circunstancias que si se hubieran dado lo habrían exculpado”, conforme al parágrafo 35, I; StGB.⁶ El error sobre el tipo exculpante

⁶ § 35. Estado de necesidad disculpante

(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso l., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

es un error de estructura comparable al error sobre el tipo permisivo, pero tiene consecuencias jurídicas distintas, en razón de la regulación —cuestionable desde el punto de vista de la política jurídica— del parágrafo 35, II, StGB.

Aunque el dolo del autor, en caso de que exista un error sobre el tipo exculpante, no está dirigido a decidirse de manera distinta a lo que el ordenamiento jurídico exige de él como afecto personal, tal error, al igual que el error de prohibición, excluye la punición aun por un delito doloso, solo si el autor no pudo evitar el error (parágrafo 35, II, 1era. oración, StGB). En caso de evitabilidad del error, está prevista solamente una atenuación de la pena, la cual, sin embargo —en esa medida a diferencia de lo que ocurre en caso de error de prohibición—, no queda deparada a la discreción del tribunal, sino que debe hacerse siempre (parágrafo 35, II, 2da oración, StGB).⁷

Sin embargo, como bien lo recuerda Frister, el StGB sólo regula la suposición errónea de circunstancias objetivas exculpantes, pero no el error sobre la norma exclupatoria en sí misma. Según la opinión completamente dominante, sería un error irrelevante aun cuando fuera inevitable.⁸

Para Frister, esto “es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad. Si el autor efectivamente no pudo reconocer que el ordenamiento jurídico exige también de él como afectado personal una decisión diferente, no puede ser objeto de un reproche de culpabilidad, del mismo modo que en el caso de que exista un error de prohibición inevitable. Por ello, dice Frister, debe ser aplicada analógicamente la regulación del parágrafo 17 StGB.⁹ Aquí Frister se aleja de la opinión dominante y brinda una línea argumental que nos permite ampliar los casos de errores admisibles más allá del tradicional indirecto inevitable.

En nuestro país, para Donna, “la cuestión es difícil, ya que no se trata de un error sobre la ilicitud o desaprobación jurídica del acto, pues en los casos de exclusión de la exigibilidad la conducta sigue siendo antijurídica. La equivocada suposición de los presupuestos objetivos de la causa de no exigibilidad disminuye o excluye la culpabilidad del autor dado que afecta sus posibilidades de

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces solo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.

⁷ Página 398.

⁸ Ver, en este sentido, por todos, Wessels/ Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Auflage, C.F. Müller, 2011, parágrafo 11, 490 (pág. 184). En el mismo sentido mayoritario, Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, Verlag C H Beck, 2011, parágrafo 26, 75 (página 287).

⁹ § 17. Error de prohibición.

Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar, entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1.

motivarse adecuadamente en la norma. Ello así, lo más adecuado es aplicar —para estos supuestos— el régimen del error sobre la prohibición” (2008: 321).

Aquí, Donna parece inclinarse (ante el silencio vinculado con los errores “directos”) por la relevancia solo del error sobre los presupuestos objetivos. Aunque en verdad la remisión al régimen de los errores de prohibición debe ser entendida como una remisión al tratamiento científico del problema, que, a no dudarlo ha otorgado relevancia a los tres casos de error (sobre los hechos, sobre la norma permisiva y sobre la norma prohibitiva).

Por ello quizá falten razones para reducir la analogía solo al caso del error sobre los presupuestos objetivos de la eximente.

Ello, como luego veremos, dejará las cosas un poco más cerca de la línea argumental que expondremos más adelante y que remite a un punto de partida constitucional.

IV. EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y ERROR ¹⁰

Otro de los problemas que requiere un mayor análisis se relaciona con los casos de “error sobre las circunstancias objetivas de no punibilidad”, es decir, los yerros que el autor pueda tener sobre la existencia o no de circunstancias como las excusas absolutorias o condiciones objetivas de la punibilidad que operan en esta última categoría.

Como venimos observando, ha sido imposible hasta este momento el logro del más mínimo acuerdo sobre los datos relevantes de las últimas eximentes del sistema (excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad) y son mucho más importantes los interrogantes que las respuestas. Se tiene la sensación de que, en verdad, todo lo que había que analizar con profundidad en el sistema de imputación, concluía en la confirmación de la culpabilidad.

Por lo menos en apariencia, el último nivel del edificio sistemático de la teoría del delito ha funcionado verdaderamente como un “cajón de sastre”, sin un rol político criminal definido en forma precisa, en el cual se ha colocado todo aquello que no reconocía un origen vinculable a las eximentes que operaban en niveles sistemáticos anteriores y más tradicionales. A esas confusiones propias de la categoría de la punibilidad se le ha sumado la falta de precisión a la hora de distinguir entre condiciones de la pena y condiciones de la perseguibilidad procesal.

¹⁰ Ver Bacigalupo, Enrique. El error sobre las excusas absolutorias. En *Cuadernos del Política Criminal*, número 6. Publicado en Bacigalupo, E. (2009: 589 y ss.).

Ha sido difícil reconducir a todas las condiciones objetivas de punibilidad y a la totalidad de las excusas absolutorias a un solo principio fundante o idea básica ordenadora.

Es inevitable observar cierta desconexión entre cada una de las eximentes, que, ello es más o menos claro, reflejan una idea político-criminal individual y autónoma. Aunque también es preciso reconocer que en otros niveles sistemáticos no ha sido fácil reconducir la totalidad de las estructuras normativas eximentes a un principio general. Sin ir más lejos, conviene que recordemos los permanentes fracasos a la hora de encontrar aquel principio que explicara la totalidad de las causas de justificación; ni la idea del interés preponderante, ni el mismo concepto de la ausencia de interés han podido vencer las diferencias fundamentales que ostentan ese tipo de permisos.

Pero, en verdad, el problema no ha residido principalmente en las dificultades normativas de la categoría en sí misma, sino en la notable ausencia de preocupación de la ciencia penal que ha trabajado temas de dogmática penal en las últimas décadas. Es realmente poco lo que se ha escrito sobre los elementos que constituyen la última categoría del sistema del hecho punible y lo que se ha reflexionado sobre el alcance normativo y efectos de cada una de estas circunstancias.

En principio, podemos afirmar que en la categoría de la punibilidad se definen, con una fuerte influencia de consideraciones previas de la más pura política criminal, por un lado, el sí o el no de la pena, manifestados en la exigencia de condiciones objetivas de punibilidad o en la presencia de excusas absolutorias, y, por el otro lado, en esta categoría, el sistema del hecho punible debe resolver sobre la cantidad de pena correspondiente al caso individual dentro de la orientación que brinda el marco previsto legislativamente en un sistema de penas relativas.

Hoy es bastante claro que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias,¹¹ más allá de ulteriores precisiones, solo difieren en la formulación negativa o positiva de la condición de pura política criminal que el legislador ha definido como requisito de la decisión punitiva. En el caso de la condición objetiva de la punibilidad, se trata de que esa instancia debe verificarse para habilitar las compuertas de la última decisión sobre la pena.

Por otro lado, en el caso de las excusas absolutorias, se trata de que en ocasiones el legislador prevé circunstancias en el marco de las cuales, de verificarse, la pena pierde justificación político-criminal (como sucede con la previsión de ciertas situaciones familiares en el marco de los delitos contra la propiedad).

¹¹ Para un estudio introductorio de conjunto ver Higuera Guimera (1993).

Últimamente se ha afirmado que las “excusas absolutorias son aquellas circunstancias que excluyen la punibilidad sin afectar ni lo ilícito ni la culpabilidad. En general, se sostiene que las excusas absolutorias tienen muy diversos fundamentos, pero que todos ellos tienen carácter extrapenal y de naturaleza político-jurídica. Así, se sostiene que la excusa absolutoria prevista para los próximos parientes en ciertos delitos contra el patrimonio o la propiedad (art. 268, C.P. español) tiene su razón de ser en intereses de carácter familiar que aconsejarían una retirada del Derecho Penal, a pesar de que la ilicitud y la culpabilidad del hecho no hayan sufrido merma alguna.

Este punto de vista ha sido puesto en duda, toda vez que las causas de justificación y las que excluyen la culpabilidad también provienen del Derecho Positivo y tienen, por lo tanto, una naturaleza político-jurídica: actúan en los casos en los que la aplicación de una pena resultaría injustificada por razones político-jurídicas, es decir, por su inconsecuencia con los fundamentos que legitiman la pena. Dicho de otra manera: también en la legítima defensa, por ejemplo, se renuncia a la pena por ser incompatible su aplicación con la idea central que legitima la pena” (Bacigalupo, 1983: 220).

Sin embargo, es posible pensar que el argumento de Bacigalupo merece un análisis adicional. En efecto, es cierto que ambos tipos de eximentes, las que operan en el ámbito de la justificación, por ejemplo, y las que tienen su lugar en la punibilidad, manifiestan cierta inconsecuencia con los fines de justificación de la sanción estatal. La diferencia y el argumento distintivo no podrían ser obtenidos de este punto de partida, pero ello porque la justificación de la pena nunca ha sido un lugar demasiado productiva para obtener precisiones en el sistema del hecho punible. Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal es bastante claro que en los casos de justificación se trata de una decisión de extremo sentido común, en el marco de un conflicto anticipado por el legislador, conflicto que se resuelve hacia el lado de mayor respeto a ciertas reglas económicas de administración de los bienes y riesgos en juego.

La acción justificada es preferible en términos objetivos, a partir de una racionalidad que, para exponerse como de toda evidencia, ni siquiera requiere acudir a una evaluación de los fines del Derecho Penal. Este diagnóstico, sin duda, no puede verificarse del mismo modo en los casos de excusas absolutorias y condiciones objetivas de la punibilidad. En la justificación se trata de la defensa del interés de mayor trascendencia y en ese sentido, la acción que lo defiende implica un comportamiento valorado positivamente en términos objetivos. De allí que incluso, sobre la base de argumentos de todos modos discutibles, se ha pretendido que la justificación tenga efectos que trascienden del Derecho Penal.

Aún más: que las causas de justificación implican una ecuación de máxima racionalidad queda demostrado en que, en verdad, es posible pensar que este tipo de eximentes no requiere ni siquiera el tipo subjetivo del autor para que este se beneficie. El permiso refleja una ecuación de justificación económicamente objetiva, en el marco de la cual el legislador expresa la opción preferible, preferencia que no depende del conocimiento del autor. Incluso es posible que se trate de normas que no se encuentran estructuradas sobre la base del destinatario individual —el autor—, sino sobre la base del destinatario institucional —el juez o intérprete—. El legislador manifiesta su ecuación al intérprete y ese mensaje no se debilitaría ni se interrumpiría, por el desconocimiento del autor del hecho. Por ejemplo, la evitación del mal mayor, aun a costa del mal menor, sigue siendo compatible con la ecuación de preferencia legislativa, aun si esa fórmula presente en el caso de costo-beneficio es desconocida por el agente.

Es decir, parece bien discutible que si fuera posible adelantar ese escenario de evaluación, el legislador prefiera que el sujeto no ejecute la realización de un mal menor que evitaría un mal mayor, aun cuando se sepa que el sujeto en ningún caso tendrá conocimiento del dilema.

En nuestro Derecho Positivo hay algunos ejemplos de excusas absolutorias y de condiciones objetivas de punibilidad que el legislador ha elegido para condicionar la reacción estatal.

Ejemplo de una clara condición objetiva de punibilidad es la que estipula la ley penal tributaria (24.769), referida al monto de la evasión tributaria investigada (p. ej., art. 1º). Se trata de una decisión que solo pretende reservar el sistema penal para aquellos casos de mayor trascendencia económica.

Por otro lado, es posible encontrar una verdadera excusa absolutoria en el art. 115 del C.P.: “Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes”.

Por otro lado, como también hemos mencionado, se regula una excusa absolutoria en el art. 185, en el ámbito de los delitos contra la propiedad: “Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la línea recta; 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. La excepción establecida en el párrafo anterior no es aplicable a los extraños que participen del delito”.

De este modo, el legislador retrae la intervención del Derecho Penal, frente a conductas que de todos modos serían reprochables, cuando el conflicto es propio del mundo interno del funcionamiento familiar.

Otra clara excusa absolutoria se encuentra regulada en el art. 277, inc. 4° del C.P.: “Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud”.

Nuevamente, se trata de consideraciones de los efectos nocivos de la intervención del Derecho Penal en situaciones en las cuales se coloca al ciudadano en un contexto, muy similar a la denominada no exigibilidad.

La técnica legislativa del delito imprudente, en nuestro sistema normativo, ostenta al propio resultado como condición objetiva de la punibilidad: ante dos acciones imprudentes que de modo similar han creado un riesgo jurídico penalmente relevante y han violado de modo igualmente claro el deber objetivo de cuidado, lesionando una norma reglamentaria en el escenario normativo del tipo de actividad desplegada, solo tiene castigo jurídico-penal aquella a la cual le puede ser imputado el resultado.

Es hoy algo bastante claro que incluso la última dimensión, aquella que se refiere a la cantidad última de la pena atribuida al hecho, debe remitirse a esta categoría sistemática como un verdadero problema de dogmática penal absolutamente derivado del sistema de imputación que se expresa en los niveles anteriores del sistema del hecho punible. La decisión sobre la determinación judicial de la pena, incluso en el sistema bastante amplio que han receptado los arts. 40 y 41 del C.P., no debe entenderse como desvinculada del sistema total de imputación que se verifica de modo más tradicional en el desarrollo de la teoría del delito hasta la categoría de la culpabilidad.

Las otras eximentes, de índole político-criminal similar, como acabamos de afirmar, solo que formuladas con estrategias lingüísticas diversas, representan evaluaciones legislativas de innecesariedad de la sanción penal, más allá de que nunca implican una valoración positiva del hecho.

A estos dos tipos de consideraciones hay que sumar, como ya hemos analizado en este ámbito, los casos de inexigibilidad y los supuestos de coacción. Ello si no se opta, como ha sucedido con una parte importante de la doctrina, por construir una categoría intermedia entre justificación y culpabilidad, la denominada

atribuibilidad o responsabilidad por el hecho, en la cual se incluyan los casos mencionados, con la ventaja adicional, y resaltable, de que, incluso en el marco de la teoría de la accesoriedad interna limitada, estas eximentes, una vez verificadas en el autor principal, pueden ser trasladadas a los partícipes.

Ahora, nuevamente, ¿cómo deber ser tratados los casos de desconexión subjetiva entre la creencia errónea del sujeto de que concurre una excusa absolutoria contemporánea al hecho y la ausencia de ese dato en la realidad? ¿Qué efecto debe tener el error sobre estas excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad?

Como es conocido, la obra *Delito y punibilidad*, importante investigación que sirvió para la obtención del segundo doctorado (esta vez en Madrid, en la Universidad Complutense), significó una primera gran culminación de ciertas preocupaciones que había manifestado Bacigalupo en su intensa actividad académica. En esa obra hay que destacar, sobre todo, un viaje muy atractivo entre cierto cambio en el método empleado (por lo menos en lo que respecta al mundo jurídico argentino, y quizá también hispano) por un lado y en un extremo, y la verificación de importantes consecuencias en lo que respecta al sí o no de la pena, por otro, en el otro extremo.

¿Por qué es posible afirmar este camino entre los fundamentos y las consecuencias en esa obra? Y ¿por qué ello es digno de mención?

Veamos. Las conclusiones de Bacigalupo solo pueden ser entendidas con claridad si se toma en cuenta el lugar del cual parte su análisis: para este objetivo es crucial recordar el camino que despliega en la tantas veces alabada introducción metodológica que inicia su investigación.

Bacigalupo parte por ocuparse de la descripción usual (por lo menos en ese momento) del método dogmático, que siempre había presentado su actividad como regida por un sistema de lógica deductiva en donde la ley cumple la función exclusiva y excluyente de ser la premisa mayor de la cual hay que deducir todo lo necesario para la respuesta por la punibilidad. Como bien lo interpreta Bacigalupo, “no cabe duda... que tales puntos de vista se basan en la convicción de que la dogmática penal logra sus resultados independientemente del arbitrio personal del intérprete, es decir, de sus decisiones personales” (1983: 24).

Pero, como el mismo Bacigalupo lo pone de relieve, si uno se ajusta a este programa científico, como el que inspiró los trabajos de Von Liszt, “nadie podría obtener ninguna de las teorías jurídicas que el propio Liszt formuló. Como descripción del comportamiento científico de los juristas del Derecho Penal, la imagen que surge de

los criterios enunciados es, por lo menos, incompleta. Como normas metodológicas a las que deberían someterse los dogmáticos del Derecho Penal en la elaboración de sus teorías, tales procedimientos carecen de la fuerza explicativa necesaria, pues no expresan el grado de complejidad que en verdad tienen las teorías dogmático- penales” (1983: 25).

Por ello, demostrada la falsedad de este modelo, la investigación de Bacigalupo se propone estudiar en primer lugar los fundamentos y la naturaleza de cierta toma de decisiones que, sin duda, son previas al encadenamiento argumental meramente normativo. Se trata de descubrir los “elementos ajenos a la deducción que no pueden ser sino decisiones del intérprete compatibles con la idea fundamental contenida en la premisa mayor” (1983: 42).

En este sentido, se transforma en un elemento trascendente, en el desarrollo de la investigación, la sistematización de las diferentes relaciones entre los fundamentos (relativo o absoluto) de la pena y los modelos sistemáticos vigentes en el ámbito de las concepciones sobre la categoría de la punibilidad. Como bien lo aclara el propio Bacigalupo, el grado de desarrollo sistemático del injusto culpable alcanzó rápidamente un desarrollo sorprendente; sin embargo, algo muy distinto y opuesto ocurrió con la categoría de la punibilidad.

Pero sobre todo en esa investigación se demuestra que la idea de que la conciencia de la punibilidad no debía ser considerada una condición de la pena provenía del modelo de teoría de las normas de Binding que, a su vez, tomaba como punto de partida una concepción absoluta en lo que refiere a la fundamentación de la pena. El problema, así visto, ¡estaba en Kant!

La recepción del tema en Von Liszt, quien sin embargo abrazaba una teoría preventiva, se mantuvo del mismo modo: también para Liszt la conciencia de la punibilidad no era una condición de la pena.

El valor de este camino investigativo reside en demostrar la necesidad del reconocimiento de una instancia, previa al sistema, de mayor contenido valorativo, y que cumple la función de comienzo de las cadenas argumentales. En este caso, le ha servido este procedimiento al autor argentino para apoyar su importante investigación sobre las relaciones entre ilícito culpable y punibilidad, aunque aquí debemos expresar un menor optimismo sobre si esos puntos de partida pueden y deben ser llenados por una determinada concepción de la pena.

En primer lugar, como la misma investigación de Bacigalupo lo demuestra, no se trata de conceptos que formulen senderos seguros y altamente confiables. Aquí no hay ninguna razón para desconocer que a cierta decisión sobre la pena es posible conectar con cierta

fluidez un punto de partida valorativo sobre el castigo; sin embargo, sí hay razones para desconfiar que ese camino sea el único posible o que a la misma decisión se pueda llegar con una concepción diversa sobre la justificación ética del castigo.

En segundo lugar, el acudir a la fundamentación de la pena trae aparejada una decisión difícil: la de no apoyar las decisiones externas del sistema en el mundo normativo, o por lo menos no hacerlo con certeza de ese reconocimiento. Por lo menos en la legislación argentina sería sumamente arriesgado afirmar que el sistema normativo ha optado por aquella o por esta función de la pena estatal.

Sin embargo ello no dice nada en contra del camino recorrido por el autor argentino: es francamente posible que las razones para que la evolución (o no evolución) del error sobre la punibilidad se haya dado de ese modo estén justamente donde él cree verlas. La pregunta que queda por responder remite al punto inicial del camino que ahora hay que recorrer.

Hay buenas razones para pensar que todavía es posible acudir a la sistemática normativa interna para resolver un buen número de problemas dogmáticos.

Hace relativamente poco tiempo se ha afirmado que la expresión criminalidad del inc. 1º del art. 34 debe entenderse abarcando la posibilidad de pena o punibilidad, derivada de la existencia de causas coetáneas a la acción que obstan legalmente a ellas.¹² Debe quedar claro que por error sobre la punibilidad se entiende aquí el error sobre causas personales de exclusión de ésta, que la doctrina tradicional llama error sobre las excusas absolutorias, es decir, la falsa suposición de una causa personal de exclusión de la punibilidad, sea porque el sujeto cree que están dados los supuestos fácticos o jurídicos de una de ellas, o porque suponga que lo ampara una causa personal de exclusión de la punibilidad que no está prevista en la ley (o porque entiende una prevista en la ley con alcance diferente y más amplio que el realmente establecido)” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000: 579).

Más allá de las idas y vueltas que ha experimentado la ciencia penal argentina sobre el alcance regulador de la primer parte del artículo 34 del Código Penal, ante una regulación de invocaciones tan débiles a nuestro problema central no se deben abrir tantas esperanzas. Algo distinto sucede en legislaciones más modernas en las que el hallazgo de la norma que recepta el problema se transforma casi en el fin del camino. En este caso el hallazgo es más o menos superfluo teniendo en cuenta que, de hecho, la expresión

¹² Sobre el cambio de opinión en este punto del profesor argentino, ver Sancinetti (1990: 47 y ss).

criminalidad de hecho padece de un tal alto grado de ambigüedad que sin duda permite una interpretación como la sugerida (y muchas otras). Sin un argumento o de mayor peso normativo o de mayor peso axiológico, la solución presenta una estabilidad muy débil.

Según Zaffaroni, “los errores exculpantes especiales son dos: (a) los que recaen sobre la situación objetiva de necesidad exculpante (falsa suposición de una situación objetiva de necesidad exculpante) y (b) los referidos a causas personales de exclusión de la punibilidad (falsa suposición de causas de exclusión de la punibilidad). Aquí se tratará el segundo, o sea, el error sobre las causas personales de exclusión de la punibilidad, también llamado error sobre la punibilidad” (2000).

“...Al igual que en otros casos, poco importa que se trate de un *error juris* o de un *error facti*, pues es igualmente relevante el error invencible de derecho que le hace suponer a alguien que existe una causa de exclusión de la punibilidad que la ley no reconoce o que no lo hace con la amplitud que el agente cree que tiene, o el error de hecho que hace que el agente suponga que se halla en otro territorio o que aún no cumplió los dieciséis años de edad o que el sujeto pasivo es su ascendiente” (2000: 740).

La conclusión del profesor argentino es correcta y, naturalmente, coincidimos con ella, solo que el argumento sobre el cual se pretende apoyar la conclusión es circular o solo aparente. Uno puede estar de acuerdo con que no debe importar que el error sea *facti* o *iuris*, pero ello no puede ser sostenido meramente con la afirmación dogmática de que la distinción es irrelevante. Todavía falta demostrar cuál es la razón por la cual podemos afirmar esta irrelevancia.

Zaffaroni continúa afirmando que “debe precisarse también que el error de punibilidad relevante se refiere solo al que recae sobre las causas que la excluyen y en ningún caso sobre las que la cancelan, porque las primeras son coetáneas a la realización de la conducta típica y antijurídica, en tanto que las cancelantes son sobrevinientes. Quien supone falsamente la existencia de una causa de cancelación de la punibilidad de la que podría hacer uso en el futuro mediante cierto acto u omisión, no ignora la criminalidad de su acción en el momento de realizarla sino que solo supone que podrá cancelarla en el futuro. Por tanto, es inadmisibles el error acerca de causas personales de cancelación de la punibilidad, por lo cual no sería relevante el error de quien creyese que pudiendo casarse con la ofendida de lesiones graves se extinguiría la acción penal” (2000).

Ahora bien, nuevamente aquí habrá acuerdo en la conclusión: el error sobre las excusas absolutorias post facto no tiene relevancia

alguna para obstaculizar la punibilidad. El problema es que no se acierta en el argumento, por lo menos a nuestro juicio: la razón principal por la cual este error es irrelevante es que, justamente, ¡no se trata de un error! Una apreciación divergente sobre hechos del futuro difícilmente puede ser considerado un error. Si un error es una “idea o expresión no conforme a la verdad” (Moliner, 1998: 1214.), entonces será difícil poder observarlo en casos en los cuales hay desconexión temporal entre el escenario de la creencia (primero) y el escenario “objetivo” de la verdad (segundo).

Según Zaffaroni, “el error relevante, pues, se limita a las llamadas tradicionalmente excusas absolutorias, o sea a circunstancias que, estando objetivamente presentes al momento de la realización de la acción, no excluyen la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad del acto, sino solo la punibilidad”. Si bien es cierto que basta con su existencia objetiva para eliminar la punibilidad, sin que importe que el agente las haya ignorado, se ha derivado, por una mera cuestión de pretendida simetría dogmática, que también es irrelevante que el agente las haya supuesto falsamente, o sea, que le haya sido inexigible en la situación concreta el conocimiento de la punibilidad. Tal es el criterio de la doctrina alemana dominante, que niega relevancia a este género de error a su respecto. Solo opiniones aisladas en la doctrina alemana sostuvieron que si bien la mera situación objetiva liberaba de pena, el desconocimiento de las circunstancias que la fundaban surtía el mismo efecto.

Por las razones que se han señalado oportunamente, la expresión “criminalidad” abarca las causas personales de exclusión de la punibilidad, cuya existencia corresponde analizar fuera de la teoría del delito, lo que pareciera generar una asimetría sistemática al considerar el error por falsa suposición de estas como excluyente de la culpabilidad: la asimetría radicaría en que la falsa suposición de circunstancias que aún no se han constatado excluye la culpabilidad. Sin embargo, la señalada asimetría es aparente: lo que excluye la culpabilidad es que el agente no haya podido saber que su conducta estaba conminada con pena, que es el único caso que interesa a la culpabilidad” (2000).

Ya hace más de 20 años, Sancinetti intentó dar una respuesta de Derecho Positivo a este interrogante. Este autor ha creído que el art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino permite incluir y considerar receptado el efecto excusante de todo error inevitable sobre el carácter impune del hecho ejecutado (1990: 75).

Según las propias afirmaciones de Sancinetti, habría sido Armin Kaufmann quien instaló la idea de que, en el marco de esa norma, el conocimiento de la criminalidad puede no agotarse (solo eso) en el conocimiento potencial de la antijuridicidad.

Pero claro, el mismo Sancinetti recuerda que una definición sobre esto dependerá en definitiva de la razonabilidad del postulado

teórico que afirma que la consciencia de la amenaza penal “debe” ser siempre irrelevante.

Ahora bien, como luego veremos, es posible que se le esté pidiendo demasiado rendimiento a la expresión “criminalidad” del art. 34 inc.1, solo a efectos de solucionar este trance dogmático, pero, aun cuando esta extensión semántica fuera admisible, solo tendríamos a favor de una cuestión tan trascendente como es el reconocimiento del error sobre la punibilidad, un argumento tan débil como lo es una determinada, y nunca unívoca, interpretación sobre el alcance de una clausura de la parte general. Si de esto dependiera la vigencia del error de punibilidad, se trataría de una inestabilidad muy deprimente.

Como veremos, si hay razones para pensar que el problema depende de las consecuencias que se extraigan del principio de legalidad, el escenario tiene una vitalidad muy distinta.

Ahora bien, al momento de plantearse el interrogante referido a la posibilidad de que la conciencia de la punibilidad se transforme en un obstáculo adicional para la aplicación de una pena legítima, Bacigalupo afirma: “Si queremos formular el primero de los interrogantes de una manera positiva habrá que preguntarse por la relevancia de la conciencia de la punibilidad entre las condiciones que deben cumplirse para la legitimación de la sanción de un hecho determinado. Como hemos visto en el curso de la investigación, esta problemática tiene que ver con el origen histórico de las formulaciones hoy dominantes del principio de culpabilidad. Estas están dominadas por la idea —que hoy ya ni se menciona— de que tomar en cuenta la motivación del ser humano por el temor a la amenaza de la pena, como fundamento de la responsabilidad penal, sería lesivo de la dignidad de la persona o de su “honor y libertad”. Si la conclusión a la que se llega demuestra que tal lesión no existe, quienes sostienen que la pena se fundamenta en la culpabilidad no estarían por ello obligados a abandonar su fundamentación, sino simplemente a redefinir el principio de culpabilidad. Se trata, en todo caso, de la remoción de un obstáculo más tradicional que conceptual” (2009: 192).

Desde el punto de vista de las teorías absolutas, el profesor argentino afirma: “Bajo estas condiciones no parece sostenible afirmar que la pena deba aplicarse sin tener en consideración el conocimiento de la amenaza penal, porque de esta manera se respetaría al hombre en su 'honor y libertad'. En realidad, proceder de esa manera implicaría más que respeto, lesión de la dignidad humana, ya que no sería sino obligar al ciudadano a compartir íntimamente aquello que el Estado considera como valores elementales de la vida en común. Solo de esta manera, es decir, obligando al ciudadano a compartir íntimamente lo que el Estado

piensa sobre los valores elementales de la vida en común, podría justificarse un deber emergente del orden jurídico en forma 'pura', o sea, sin referirlo a la existencia de amenazas penales. Pero si además de las circunstancias de que tal obligación sería difícilmente compatible con los imperativos constitucionales que protegen la dignidad de la persona humana, se toma en cuenta que 'la selección de comportamientos estigmatizados como desviados tiene lugar en base a criterios poco claros, tanto como la selección de las personas a las que el comportamiento desviado convierte en objeto de pena', parece no quedar ningún punto de apoyo para sostener que el Derecho Penal debe renunciar a considerar al conocimiento de la amenaza como presupuesto de la pena por respeto al honor y a la libertad de la persona. Sobre todo, cuando 'el Derecho Penal es cada vez menos claro' y esa falta de claridad obedece muy probablemente a las razones sociológicas que quedan apuntadas. En otras palabras, si se quiere respetar verdaderamente el honor y la libertad, es preciso que no se convierta en delincuente a quien se ha guiado por su intuición y esta no ha coincidido con la del Estado. Al Estado no debería importarle si el cumplimiento del deber solo se apoya en la conciencia del mismo o en la fuerza coactiva de una amenaza" (2009: 196).

Pero, bien observado, también el principio de legalidad puede brindarnos un punto de partida plausible, pues "el principio de legalidad es también una garantía para el ciudadano en tanto debe permitirle orientar sus acciones por medio de la ley. Este aspecto del principio de legalidad fue reconocido ya por Feuerbach, aunque al mismo tiempo neutralizado en sus efectos, pues Feuerbach sostuvo que el conocimiento de la amenaza debía presumirse" (Bacigalupo, 2009: 198).

Se afirma que "en la actualidad, el principio de legalidad resulta sensiblemente restringido en sus alcances, pues se lo define, por muchos autores, a partir del principio de culpabilidad. De esta manera se adopta un determinado contenido del principio de culpabilidad como condicionante de la amplitud del principio de legalidad. Sin duda, es correcto afirmar que "dado que el reproche de culpabilidad se basa en una decisión falsa, consciente o inconsciente, de realizar lo injusto específico de un tipo penal, la consecuencia necesaria es que, en el momento de la decisión, el tipo ya tiene que haber existido. Pero, como ya lo hemos apuntado, la amplitud del principio de legalidad se hace depender de la de otro principio, que a su vez requiere una definición y que puede tener un contenido más o menos amplio.

Parafraseando palabras de Mezger, el principio de culpabilidad puede ser tomado más o menos en serio. Mientras Mezger pensaba

que tomarlo verdaderamente en serio implicaba requerir el conocimiento de la punibilidad, hoy sostiene Grünwald que el punto de referencia del reproche de culpabilidad no es la ley penal, sino únicamente la prohibición de la acción correspondiente y que nadie ve como presupuestos de reproche de culpabilidad que el agente haya sabido o podido saber que la prohibición prevea además una amenaza penal” (Bacigalupo, 2009: 199).

El análisis de Bacigalupo tiene, a no dudarlo, un doble mérito, aunque requiere una aclaración. El primer mérito reside, justamente, en haber ofrecido como punto de partida de cadena argumental a una garantía constitucional, incluso a un principio del sistema internacional de protección de los derechos humanos, de la importancia del principio de legalidad. Esa decisión implica un camino lleno de consecuencias que, posiblemente, todavía haya que ir descubriendo desde el punto de vista sistemático.

El segundo mérito reside en resguardar al principio de legalidad de limitaciones nocivas. En verdad, como veremos, el principio de legalidad tiene un funcionamiento incluso autoexplicable en términos de filosofía política.

Sin embargo, es preciso aclarar que esta elección de punto de partida constitucional, según puedo verlo, no se debería llevar bien con un punto de partida que se base en alguna fundamentación metafísica de la pena. O se parte del sistema de garantías o se parte de la justificación de la pena; pero ambas cosas es difícil conjugarlas en el mismo modelo sistemático y, esto es lo importante, pueden llevar a consecuencias contradictorias.¹³

Ahora bien, la propuesta de Bacigalupo, que nos permite dar un argumento consistente a una visión amplia de la recepción del sistema de los errores sobre la culpabilidad y sobre la punibilidad, puede resistir a cualquier intento de reducción de su ámbito de aplicación por parte de una determinada lectura del principio de culpabilidad. Lo que queremos decir es que si se lo entiende bien, como garantía, al *nullum crimen sine culpa*, no hay razones para que del juego de estos principios surja una lesión al funcionamiento del ámbito de aplicabilidad del principio de legalidad.

Sin embargo, como veremos, Bacigalupo asegura el ámbito del principio de legalidad, transformando a este en el eje central del puntapié axiológico. En seguida retomaremos esta argumentación en sus propias palabras.

¹³ Es posible que la dogmática de la imputación penal pueda prescindir de una discusión como la que se ha expuesto en el debate sobre la justificación de la pena, que se ha mostrado como posiblemente incapaz de arribar a un punto satisfactorio y que, salvo en un pequeño porcentaje del sistema de determinación judicial de la pena, no ha mostrado efectos nitidos. Por otro lado, no es seguro que la elección por un punto de partida u otro desemboque en una oferta ampliada de argumentos para resolver, frente a un dilema teórico, sobre el sí de la pena o la magnitud de la reacción estatal.

Por ahora es posible ir concluyendo que la relación entre principio de legalidad¹⁴ y principio de culpabilidad puede en verdad servirnos mucho más que lo que parece apreciarse: todo lo que garantiza la esfera protectora del principio de legalidad debe estar incluido en la garantía subjetiva del principio de culpabilidad. De este modo, al ser bastante claro que las consecuencias punitivas y todas sus exigencias forman parte de aquello a lo que se refiere el principio de legalidad (en particular en lo que respecta al mandato de *lex praevia*), entonces los defectos que surgen cognitivos pero influyen en el proceso de motivación deben ser protegidos por propio imperio del principio de culpabilidad.

Según Stratenwerth, “se afirma que el conocimiento de la prohibición, la consciencia del ilícito, no exige ni el conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento del precepto legal que contiene la prohibición. Esto es menos obvio de lo que pudiera parecer. En lo que se refiere a la consciencia de la punibilidad, se puede argumentar, ciertamente, que el autor tiene la posibilidad de doblegarse ante el ordenamiento jurídico con tal que conozca la norma jurídica de conducta como tal, independientemente de la conminación penal. Sin embargo, el conocimiento de la conminación de la pena, en ciertas circunstancias, es lo que transmite la consciencia del especial rango de una norma que no tenga relevancia ético-social inmediata, influyendo de tal modo al menos en la medida de la culpabilidad” (2005: 299).

Ahora bien, el argumento de Stratenwerth (Bacigalupo, 2009: 200), más allá de ser correcto en aquello que describe, presenta alguna contradicción, como afirma Bacigalupo: “Si la consciencia de la punibilidad no es elemento de la culpabilidad, mal puede influir en su medida. Pero además, si puede influir en su medida, esta influencia se debería ejercer no solo cuando el autor ignore la punibilidad, sino también cuando suponga erróneamente la no punibilidad” (2009: 200).

Sobre la base de este punto de partida, Bacigalupo cree que el análisis de Grünwald es falso: “El principio de culpabilidad no es una entidad fija e inamovible. El principio de culpabilidad requiere un contenido que no se expresa por sí mismo. A nuestro juicio, el problema central no es el de independizarse ambos principios, sino el de invertir la relación jerárquica entre ellos. Lo erróneo... está precisamente en ese punto: no es el principio de culpabilidad el que debe fundamentar el alcance del de legalidad, sino a la inversa. Será la culpabilidad la que recibirá su contenido del principio de legalidad: si este se refiere —como nadie lo niega— a las

¹⁴ Sobre las garantías derivadas de este principio, puede verse la pequeña y maravillosa obra de Mir Puig (2011: 72 y ss.)

consecuencias jurídicas, la culpabilidad debería tomar en cuenta la consciencia de la punibilidad” (2009: 199).

V. CONCLUSIÓN

Allí está, posiblemente, la llave para encontrar la solución al dilema planteado: todo aquello que viene alcanzado por el *nullum crimen sine lege* y sus consecuencias forma parte de la base valorativa a la cual el sujeto puede acudir en su proceso de motivación. ¿Qué diferencia esencial puede haber si el sujeto se motiva ya en la mera existencia de la norma imperativa, en la enérgica distribución de castigo o, por último, en cualquier última consideración de política criminal que cierra o abre definitivamente las compuertas de la reacción punitiva? Aquello que el legislador prevé normativamente y que, por el propio imperio de la garantía, forma parte del escenario que no puede modificar luego del hecho, también configura las referencias normativas del contexto motivacional.

De todo lo expuesto, pareciera que en gran parte de los errores sobre algunas condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, incluso en supuestos de error sobre el tipo de reacción,¹⁵ está claro que el autor yerra sobre el carácter de relevancia normativa y jurídico-penal que posee la conducta y, en ese sentido, el proceso motivacional refleja un debilitamiento fuerte del escenario de libertad para elegir, con buenas razones, entre lo correcto y lo incorrecto —la infracción—. Por ello, la situación es básicamente similar a lo que sucede con aquellos errores de prohibición que influyen en el juicio de culpabilidad *stricto sensu*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bacigalupo, E. (2009). Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho Penal europeo actual. En Bacigalupo, Enrique. *Teoría y práctica del Derecho Penal*. Tomo I (pp. 885 y ss.). Madrid: Marcial Pons.

Bacigalupo E. (1983). *Delito y punibilidad*. Madrid: Civitas Ediciones.

Donna, E. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo IV, Teoría general del delito, III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Higuera Guimera (1993). *Las excusas absolutorias*. Madrid: Marcial Pons.

¹⁵ Ahora bien, junto con los casos del error sobre las circunstancias objetivas de una eximente prevista legalmente, el eventual concepto “error de punibilidad” debiera englobar adicionalmente a los errores sobre el tipo y la magnitud de la pena y aquel que implica una suposición errónea de una norma excusante no prevista, no reconocida legalmente.

Jescheck-Weigend (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Trad. de la 5ª ed., renovada y ampliada, por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares.

Moliner M. (1998). *Diccionario del uso del español*. Tomo a-i. Madrid: Gredos.

Mir Puig, S. (2011). *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general*. T. 1, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal. Madrid: Civitas, Madrid.

Roxin, C. (2004). *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Lima: ARA.

Sancinetti, M. (1990). *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*. Buenos aires: Hammurabi.

Stratenwerth, Günther (2005). *Derecho Penal. Parte general. El hecho punible*. Traducción de Marcelo Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, de la 4ª ed. alemana. Buenos Aires: Hammurabi.

Zaffaroni-Alagia-Slokar (1986). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni-Alagia-Slokar (2000). *Derecho Penal. Parte general*. 2da. Edición. Buenos Aires: Ediar.

LA ESPECIALIZACIÓN DE LA VICTIMOLOGÍA: CIENCIA Y FILOSOFÍA. HACIA LAS VICTIMOLOGÍAS ESPECÍFICAS

Wael Hikal (México)

Sociedad Mexicana de Criminología, Capítulo Nuevo León. Máster en Criminología (becario CONACYT) y Licenciado en Trabajo Social por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Miembro de la Sociedad Americana de Criminología.

Recibido: octubre 2013

Aceptado: noviembre 2013

SUMARIO

1. El cambio de interés en el sujeto de estudio del criminal a la víctima.
2. De la victimología general a las victimologías específicas.
3. La victimología científica y la victimología académica como sustento de las victimologías específicas. 4. El amplio catálogo de víctimas y el futuro por hacer. 5. Política victimológica o victimología preventiva.

RESUMEN

Con el transcurso de los años nace la criminología que se encarga de estudiar el fenómeno criminal en todos sus aspectos (hecho e individuo), pero quedando marginada la victimología y la atención y estudio de la víctima. Actualmente no se puede olvidar la gran vinculación existente entre ambas disciplinas, pues no se las concibe separadas; es decir, el conocimiento del criminal y en especial de su conducta obligadamente debe hacerse conociendo, analizando y comparando la personalidad y comportamiento que la víctima observó durante el desarrollo del crimen.

Palabras clave: criminal, víctima, victimología preventiva, victimologías específicas.

ABSTRACT

Over the years born criminology that is responsible for studying the criminal phenomenon in all its aspects (made and individual), but being marginalized and attention victimology and victim present study can not forget the great link between both disciplines is not conceived as separate, ie, knowledge of criminal and especially their conduct should be compulsorily knowing, analyzing and comparing

the personality and behavior that the victim observed during the development of crime.

Key words: criminal, victim, preventive victimology, specific victimologies.

1. EL CAMBIO DE INTERÉS EN EL “SUJETO” DE ESTUDIO: DEL CRIMINAL A LA VÍCTIMA

En algunos textos de criminología (si no es que en la mayoría) se señala que cuando se atiende a una pareja criminal, el que interesa más es el delincuente. Algunos exponen generalmente acerca de la atracción hacia el victimario por el poder que representa (el criminal ha elevado paulatinamente su protagonismo en el sistema penal hasta llegar a ser merecedor de un sinnúmero de derechos, no así la víctima, que por lo general debe padecer la llamada *sobrevictimización*, en ocasiones institucional.

Este olvido de la víctima, en efecto, tiene orígenes psicológicos por la lógica postura de que nadie quisiera verse víctima; por el contrario, la rebeldía que expresa el criminal, tomando en cuenta a Alfonso Reyes Echandía (1987), José Adolfo Reyes Calderón (2001), Hilda Marchiori (2004), Aleyda Ángeles Astudillo, Antonio Beristain, Octavio Alberto Orellana Wiarco (2007), Fernando A. Barrita López (2008), Javier Jiménez Martínez (2009), Varela, Sarmiento y Reguero,¹ entre otros, expresa el poder que le inhibe de las reglas sociales, que contradice el trabajo de la sociedad o bien común (que sería el progreso); por otro lado, expone el sentimiento de culpa proyectado, según Marchiori, Barrita López, Hikal (2011), y Varela, Sarmiento y Reguero; es decir, al conocer al delincuente se descansa que no es uno el que ha causado daño, o que la atención se enfoca a este.

Sin embargo, el estudio científico de la víctima es aún más joven que el estudio científico del criminal, si bien, del criminal ha habido durante siglos múltiples explicaciones, a través de la demonología, psiquiatría, psicología. Según Reyes Echandía, Márquez Piñero, Reyes Calderón, Restrepo Fontalvo, Silva, Zaffaroni, Marchiori, Reynoso Dávila, Tieghi, Trujillo Mariel, Pérez Pinzón y Pérez Castro, Orellana Wiarco, Barrita López, González Vidaurri y Sánchez Sandoval, Rodríguez Campos (2007) y Hikal, entre otros, la víctima escasamente surge en su descripción, o bien, se especifica a manera de la justicia restaurativa antigua.²

¹ V. Sánchez Rodríguez, F. y García Mercader E. (coords.) (2010). *victimología forense*. España: Estudios Victimales.

² Por siglos la atención se ha centrado en el victimario, hecho que ha favorecido inmensamente el olvido de la víctima, al grado que se han generado mayores avances en la búsqueda y reconocimiento de los derechos del criminal, en comparación con la víctima, y es a esta última a quien recientemente se le empieza a dar un lugar en la explicación del fenómeno criminal.

Con el paso de los siglos, nace por Lombroso, Ferri y Garófalo, la criminología, que se encargará de estudiar el fenómeno criminal en todos sus aspectos: crimen (hecho), criminal (individuo) y criminalidad (generalidad), pero el centro de atención fue el jurídicamente llamado sujeto activo del delito, quedando fuera, o apenas acariciada por la criminología, la victimología o la atención y estudio de la víctima, de acuerdo con Varela, Sarmiento y Reguero. Sin embargo, actualmente no se debe olvidar la gran interrelación existente entre ambas ciencias, pues no se concibe la una sin la otra (criminología-victimología criminológica o penal), es decir, el conocimiento del criminal y en especial de su conducta obligadamente debe hacerse conociendo, analizando y comparando la personalidad y comportamiento que la víctima desarrolló durante el *iter criminis* o *iter victimae*, según sea el caso a observar.

Al tiempo, el paradigma de la explicación criminal pasa a la víctima; es decir, la atención comienza ahora a surgir en el estudio de la víctima (clínica victimológica): su atención, características, tipos, participación o involucramiento en el delito, etcétera, análisis hecho comúnmente dentro del estudio criminológico, error aparentemente grave si se separan sus partes; por un lado, aún no se ha podido explicar la conducta criminal y mucho menos rehabilitar al delincuente, cuando la atención se ha tornado a los objetivos anteriores señalados para la víctima. Y así, con el tiempo surgen textos de victimología clásicos y contemporáneos (Jiménez de Asúa, 1967; Aniyar, 1969; Neuman, 1984; Marchiori, 1998; Reyes Calderón, 2000; Beristain, 2007; Zamora Grant, 2009), ONG, programas especiales en la ONU (principalmente las encuestas de victimización), entre tantos más.

Pero cabe plantear la siguiente: ¿Se estará en posibilidad científica, académica, de infraestructura, gubernamental y demás necesario para atender y estudiar a una víctima?

Otro planteamiento que queda pendiente desde el enfoque científico-académico es acerca de si existe una victimología general y otra victimología criminológica o penal. De ello, ha de derivarse quiénes son los victimólogos de licenciatura, maestría o doctorado generales y otros específicos, qué países llevan liderazgo en el tema o si ha de atribuirse la labor al psicólogo, jurista, sociólogo o criminólogo. Y en el caso de que le corresponda a alguno de estos, deberá exigírseles tener posgrado en victimología, y de ser así, tendrán la capacidad académica para atender a todos los tipos de víctimas si se toma en cuenta que hay víctimas de terremotos, accidentes, huracanes, deslaves de cerros, accidentes aéreos, de animales bravos, entre otras situaciones.

Sin embargo, poco se ha hecho, al menos en México, por propiciar la especialización en esta materia a través de dichos posgrados,

reduciéndose el contexto actual solo cursos de menor cuantía académica y que no forman profesionales especializados en victimología. Y más allá de eso, se espera que se abra el espacio laboral para quien logre la especialización al respecto, pues la criminalidad contemporánea se caracteriza por la generación casi masiva de víctimas en nuestro entorno.

De lo anterior se puede desprender que hay varios tipos de victimologías, si bien al momento actual no se reconocen. Quien esto escribe no tiene duda de que un futuro próximo exista la especialización victimológica, esperando que la situación no sea igual que para la criminología, que a más de 100 años de “reconocimiento científico” apenas en algunos países ha logrado escasos avances en su interior. De ello podrá hablarse en un futuro de victimología clínica, criminológica, médica, de los derechos humanos, penitenciaria, forense (Sánchez y García, 2010), entre muchas más, incluso una filosofía victimológica.

2. DE LA VICTIMOLOGÍA GENERAL A LAS VICTIMOLOGÍAS ESPECÍFICAS

Habrá que entender sencillamente que la victimología “es la ciencia que estudia a las víctimas en general, las causas y los efectos de la victimización, así como la respuesta de las personas particulares y del Estado ante este fenómeno” (Sánchez y García, 2010).

Hay muchas situaciones en las que personas se ven dañadas en múltiples aspectos; por ejemplo, luego de un padecimiento médico, el sujeto sobreviviente o en recuperación deberá recibir un tratamiento psicovictimológico, así como sus familiares en el caso que su allegado se haya recuperado o haya fallecido. Por otro lado están quienes luego de una violación de derechos humanos merecen un resarcimiento de cualquier tipo, lo que puede asignarse a una labor igualmente de tratamiento victimológico (victimología de los derechos humanos). Y de igual a forma los que padecen por haber perdido sus bienes a causa de desastres naturales, u otros padecimientos de todo tipo.

Ampliando el concepto inicial, victimología general es el estudio clínico, tratamiento y rehabilitación hechos por especialistas, de los que padecen por una conducta antisocial, y no solo se refiere al sujeto pasivo del delito, sino a todos los que se ven afectados por él, como los familiares, incluyendo también a las víctimas de algún accidente, a las víctimas de la discriminación, de la contaminación, de los abusos de poder, víctimas de accidentes laborales, víctimas de desastres naturales, entre otras (Hikal, 2009).

Ahora, a continuación se presentan los conceptos de victimología clínica, victimología criminológica, forense y penitenciaria, así

como de filosofía victimológica, esto de forma enunciativa mas no limitativa:

- Victimología clínica. Estudio clínico, tratamiento y rehabilitación de los que padecen por una conducta antisocial. No solo se refiere al sujeto pasivo del delito, sino a todos los que se ven afectados por él, como los familiares. Una parte de esta puede considerarse como *victimología etiológica-multifactorial*, auxiliada por otras áreas que serán importantes en la investigación de las causas que llevan a alguien a ser víctima, como la *victimología psicológica*, *victimología sociológica*, *victimología biológica*.
- Victimología criminológica o victimología penal. La victimología trata de curar las lesiones de las víctimas, restituirles la paz y la serenidad que nunca debieron haber perdido, reparar el daño moral y la dignidad por las humillaciones que recibieron en el alma, compensarles por las pérdidas sufridas en un camino que nunca eligieron como propio, y evitarles una futura victimización como consecuencia de la dejadez de los hombres deshumanizados y de las legislaciones incapaces de proteger lo que destruyen. Es volver a construir a las personas destrozadas por la barbarie en lo que realmente son: seres humanos dotados de razón y conciencia.
- Victimología forense (perfilación victimal). Disciplina que coadyuva con el órgano de justicia para investigar la forma en que tienen relación las víctimas del delito en el desarrollo de este. Si se considera que la víctima en muchas ocasiones tiene participación en el proceso del *iter criminis* y/o el *iter victimae* (Romero, 2010), será importante analizar si la víctima es provocadora, imaginaria, entre otras.
- Victimología penitenciaria. Tiene como sujetos de estudio a aquellos que son sometidos a un proceso penitenciario por el tiempo que fuera, desde la prisión preventiva hasta su estancia prolongada, con o sin sentencia. Es común saber que los internos a su vez son victimizados por el maltrato del personal penitenciario, las condiciones de vida, la policía, alimentación, falta de ejercicio, entre otros. También existe la victimización que sufre quien siendo inocente es sometido a investigación, ya sea por sospechoso o por otras condiciones de abuso de autoridad.
- Inclusive existen figuras dignas de un tratamiento victimológico en los centros penitenciarios. Es el caso de personas que padecen condiciones particulares de sufrimiento, aunadas a las condiciones terribles que comúnmente ofrecen estas instituciones.

- Filosofía victimológica. Elbert (1996) apunta que todos los saberes buscan incansablemente su imperialismo científico. Una vez que estos saberes que buscan autonomía científica logran cierto estatus dentro de la filosofía, surgen los quehaceres epistemológicos que cuestionan sin cesar el origen del conocimiento, y junto con ello, una serie de metodólogos, filósofos y otros científicos comienzan un análisis que en ocasiones se torna incansablemente riguroso. Así, filosofía victimológica es la parte de la filosofía general que se refiere al proceso de pensar en todo lo relacionado con la victimología, acumula todo el conocimiento útil para el entendimiento del fenómeno victimal, así como a conocer y estudiar el origen de la victimología, su historia, relación con otras ciencias, casos prácticos, tratamiento, evolución científica, técnicas y demás (Sánchez y García, 2010).

Por otro lado, se tiene a la *victimología vial*, descrita por José Francisco Alcolea Abenza como una ciencia empírica e interdisciplinaria que utiliza el método de las ciencias no exactas o probabilísticas (estadística probabilística o inferencial). Es su objeto de estudio la realidad victimal, en la persona de la víctima, como sujeto activo o pasivo; el lugar del hecho; la interacción de esta con el agresor; la respuesta social sobre el comportamiento de esta y su pareja criminal, y el descubrimiento de las tasas de siniestrabilidad positiva o negativa, según sea conocida o no, siempre con relación a los delitos viales. También se halla vinculada con los siniestros de tráfico de cuyas consecuencias se derive una infracción penal o una transgresión de la norma que ponga en riesgo la integridad física y la vida de las personas (Alcolea, 2010).

Otros términos que se emplean son: *victimidad*, *victimización*, *factores victimógenos*, en los que el primero se entiende como el estado físico o corporal de padecer por algún delito o conducta antisocial. La victimización es la acción de ejecutar un acto por el cual una persona se convierte en víctima, y por último (más no limitativo), los factores a que se hacen referencia son las condiciones en el ambiente o en el interior de alguien que conducen o favorecen a que sea víctima, como por ejemplo, una casa desprotegida, la oscuridad, el descuido, la elegancia en exceso, la ceguera, la invalidez corporal, la edad, entre otros.

Por otro lado, el sujeto esencial de estudio ha de ser la víctima: “El sujeto que recibe los efectos externos de una acción u omisión dolosa o culposa, causando un daño en contra de su integridad física, de su vida o de su propiedad” (Montiel, 2002).

Cabe señalar también que las víctimas tienen su clasificación, siendo el parámetro más conocido el siguiente, de acuerdo con Israel Benjamin Mendelshon: *inocentes* (que no tienen relación con

el hecho), *culpables* (intervinieron en el acto o dieron lugar), *provocadoras* (incitan con su conducta al hecho criminal), *imprudenciales*, *voluntarias* (ponen a la vista su deseo de ser victimizadas), *ignorantes* (las que facilitan su victimización), *agresoras*, *simuladoras* (la que acusan falsamente), *imaginarias* (inventan su condición de víctimas) (Jiménez, 2009). Dependiendo del autor y la tendencia, será la clasificación.

3. LA VICTIMOLOGÍA CIENTÍFICA Y VICTIMOLOGÍA ACADÉMICA COMO SUSTENTO DE LAS VICTIMOLOGÍAS ESPECÍFICAS

La victimología ha crecido a las faldas de diversas disciplinas: la psicología, criminología, el Derecho Penal, medicina, sociología, entre otras. Cada una le ha aportado un conocimiento útil y le ha proporcionado el camino que debe seguir.

La psicología aporta la parte diagnóstica y terapéutica, la criminología la etiológica y el Derecho Penal el restaurativo de sus bienes jurídicamente tutelados. Por otro lado, sin la comprobación científica-académica, se quedaría hueca y carente la victimología, pues es la que construye y da fortaleza, para posteriormente pasar al reto que esta debe enfrentar ante la indiferencia del Derecho Penal (más específicamente ante la justicia penal); pero más allá de lo anterior, debe enfrentarse toda la labor que implica esta: tipologías de víctimas, diagnóstico, terapia, rehabilitación médica y psicológica, restauración de bienes, entre otras, de modo que rigurosamente necesitará de conceptos y terminologías previos a la puesta en acción, durante y posterior a esta, o viceversa: sistematizar un conjunto de acciones y crear una nueva ciencia, disciplina, técnicas, profesión, etcétera.

Es bien conocido en el ámbito de la criminología, que esta es frecuentemente considerada como “hipótesis temporal de trabajo” porque aquella no tiene objeto-sujeto de estudio propio sino que es señalado por el Derecho Penal —y a este se los señala la sociología general y sociología jurídica penal, y sin la criminalística, sería casi imposible reconstruir el delito—.

Así mismo, respecto de la victimología, se preguntaba Hans Goppinger cómo ésta podía ser ciencia (proveniente de la criminología) si es rama de otra que tampoco lo es. Por ello, se desarrolla un conflicto científico-académico referente a la autonomía de la victimología. Existen obras dedicadas a la afirmación y a la negación de esta con conocimiento metódico científico (cómo suele perderse el tiempo aún en la criminología —y se considera pérdida de tiempo, pues, como se mencionó anteriormente, las obras de criminología son generales e introductorias y no especializadas—).

Es sabido por algunos metodólogos flexibles (e historiadores de todas las ciencias) que la evolución conduce a una revolución que permitirá descubrir errores, y que la misma hará que se modifiquen y que haya cambios en los descubrimientos previos al nuevo nacimiento de alguna teoría o ciencia.

Márquez Piñero indica que una ciencia debe tener lo siguiente: objeto de estudio, conjunto de conocimientos, método y resultados. Así, actualmente no hay duda de que la victimología tiene como objeto (o sujeto) de estudio a la víctima, que tiene su conjunto de conocimientos relativos a esta en sus causas, intervenciones y posibles remedios, y los tiene de forma ordenada y sistemática; que emplea el método que todas las ciencias emplean, el científico, el método general y de los pasos anteriores llega a conclusiones y comprobaciones —que definitivamente quedan a prueba del tiempo, no hay teorías eternas—; pero más allá de lo escrito aquí, se halla obligada a desarrollar tareas de investigación científica e intervención.

Por otra parte, Orellana Wiarco señala que hay etapas en la investigación que dan lugar a tomar estudios previamente desarrollados y de este nuevo enfoque generar nuevos resultados.

De lo anterior, sin seguir un régimen estricto en cuanto a la metodología o filosofía de las ciencias, se asegura que la victimología es la nueva ciencia que ha tomado fuerza y misma que ha dado lugar a la creación de áreas especializadas en el tema. Así como la enfermedad es un victimario, sus enfermos son las víctimas, y estas son estudiadas por los médicos junto con su causante (el victimario), del mismo modo, la criminología debe aportar datos sobre el delincuente y su abanico de comportamientos, en tanto la criminalística se ocupa de su acto. En consecuencia, la victimología deberá tomar los datos aportados por estas para hacer una reconstrucción de hechos que ayuden a componer también la fractura ocasionada en la víctima y no generar más víctimas.

Respecto a la victimología académica, cabe revisar también que la victimología ha seguido el mismo camino que la criminología en su nacimiento, pasando por tres etapas:

1) Como una materia dentro de otra profesión: a nivel licenciatura o posgrado. Aquí comúnmente entra en una diversidad de áreas, derivadas de la misma interdisciplinariedad con la que nace; es decir, puede verse la victimología dentro de las escuelas de medicina, psicología, Derecho, criminología, entre otras, ya que perteneciendo a una escuela con previa experiencia en infraestructura, planes de estudio, profesores, etcétera, facilita la implementación —lo que no facilita es la improvisación cuando, a

pesar de circunstancias contrarias, “se impone” una nueva profesión o materia—.

2) Como una licenciatura. Aquí se considera que la victimología puede y/o debe independizarse como una profesión aparte, y no podría atribuirse a la débil criminología, que no ha podido cumplir con las obligaciones que se le han impuesto; menos podría cumplir con “una encomienda más”, además de lo ya expuesto sobre la variedad de objetos-sujetos propios de la victimología que implican un desarrollo académico y aplicativo autónomo.

3) A nivel de posgrado, donde ocurre lo mismo que en el caso de la materia vista en una carrera ya consolidada.

4. EL AMPLIO CATÁLOGO DE VÍCTIMAS Y EL FUTURO POR HACER...

Con toda seguridad, al igual que lo que ha ocurrido con otras disciplinas y/o ciencias, los objetivos iniciales sobrepasan los alcances prácticos, pues la doctrina, al igual que las legislaciones, queda alejada de la realidad. De ello, si se considera que la victimología general ha de llevar a cabo el proceso completo de identificación, estudio, tratamiento, clasificación y rehabilitación de una víctima para todos, entonces ha de tener un enorme campo visual de sus víctimas, en específico, víctimas de desastres naturales, tormentas, terremotos, explosiones de volcanes, maremotos, sequías, vientos fuertes, contaminación, enfermedades ocasionadas por las condiciones ambientales (Rodríguez, 2007), víctimas de enfermedades —además del médico y el enfermero, ¿quién más debe tener preparación para tratar a las víctimas terminales y sus familiares? ¿El tanatólogo, el criminólogo o victimólogo general?—.

Es importante también conocer a las víctimas de los gobiernos, cuando el abuso de poder ocasiona desastre social, debido al no cumplimiento por parte de este de los derechos fundamentales. Deben ser consideradas víctimas aquellos que carecen de vivienda, educación, servicios de salud, de alimento. Si se aborda el fenómeno criminal en su análisis causal y se trabaja en una *victimología etiológica-multifactorial* en la que se buscan las causas de su victimización, por una lado, se tiene al Gobierno que inhibe o dificulta el acceso a los bienes básicos de desarrollo, y a su vez se estudian las posibilidades de que el pobre, el que no tiene posibilidades de crecimiento social, pueda llegar a delinquir, con lo que resulta también víctima el futuro delincuente y viceversa. También, habrá que considerar a las víctimas de los abusos de policías, militares, servidores públicos de alto nivel.

Además de estas, hay que observar a las víctimas de terrorismo, de tráfico de órganos, trata de personas, mutilaciones, de guerras

(soldados y ciudadanos), animales, de abuso sexual, de abusos médicos, de profesionistas, entre tantos tipos más, y no solo limitarse a aquella primera clasificación mendelsoniana.

Sin que el listado anterior sea esa totalidad de víctimas, se debe tener en cuenta que la victimología y sus ramas (si se llegará a especializar de tal forma) tienen una labor muy compleja por cumplir.

5. POLÍTICA VICTIMOLÓGICA O VICTIMOLOGÍA PREVENTIVA

Debemos educarnos para prevenir ser víctimas de algún delito (Hikal, 2011).

Existen muchas víctimas que guardan relación con el victimario, puede ser el caso limitado a los delitos cometidos en el hogar, en donde comúnmente el esposo o conyugue maltrata a su pareja e hijos. En otros tipos de delitos, como por ejemplo terrorismo, será difícil determinar la vinculación con la víctima, pues muchas veces sufren personas ajenas al delito; contrariamente a esto, en los casos de venganza es sobrado el aspecto relativo a la relación, pues se mantiene la relación ya sea con el crimen organizado, con la policía, con el mandatario, con el presidente, con el encargado de cierta área. Otros tipos de delitos son aquellos en los que la víctima es ajena al victimario; suele suceder que este previamente analizó a su víctima, pero no hay una relación directa.

Lo importante es conocer la relación a manera de una futura prevención. Conociendo las formas del delincuente, su modo de operar y su catálogo de víctimas, se podrá lograr reducir el índice. Al hacer referencia al catálogo de víctimas, se significa que a cada tipo de delito o de delincuente especializado le corresponde un tipo de víctima. Posiblemente, y sin negar posibilidad al error, el violador mantiene cercanía con la víctima, sin dudar que exista quienes sin conocerla tomen la iniciativa. Al narcotraficante le corresponden las víctimas fuertes, policías, mandatarios administrativos de la función pública y también los débiles como los distribuidores menores. Habiendo diversas formas de robo, cada especialista tendrá su víctima, el que robe joyerías o el carterista, el ladrón de casas, entre otros. Y así a cada delincuente le viene su víctima.

De dicha relación se pueden construir planes preventivos. Difícilmente se logrará resarcir a quienes ya sufrieron un hecho, pero las experiencias pueden servir para hechos futuros y de otras personas. El estudio victimológico clínico y/o forense arrojará muchos resultados de ambas personalidades. Será la criminología la que aporte aquellos datos sobre el delincuente, en tanto que la victimología complementará su análisis con cada caso particular.

Para poder llevar a cabo una prevención, hay que definir el concepto de esta. Se deberá imaginar con anterioridad un hecho criminal y preparar los medios necesarios para impedirlo. En la prevención se emplean otros términos a manera de sinónimos, como control, intimidación y predicción. La política criminológica puede ser entendida como la puesta en práctica del conjunto de medidas preventivas y de acción posdelictiva, y ha de comprender todo lo que esté a disposición para tratar y reducir la criminalidad.

Veamos algunos aspectos de la política victimológica, según Rogelio Romero Muñoz:

El trabajo preventivo victimológico, es decir, el trabajo preventivo con la víctima y no con el delincuente es una herramienta que pretende cerrar las puertas al crimen al enseñar o educar al ciudadano común para generar en él una conciencia igualmente preventiva, que le permita escapar de la tan temida victimización. Con lo anterior, estaríamos previniendo el delito de manera integral pero con especial atención a la educación preventiva victimológica, es decir, estaríamos haciendo prevención del delito pero, desde una perspectiva victimológica.

Así entonces, es necesario considerar el momento de realizar estrategias anticrimen a las víctimas, coordinando y entablando las acciones necesarias para que llegue hasta ellas la información oportuna para evitar el ya señalado proceso de victimización. ¿Y qué se persigue al realizar estrategias anticrimen desde una perspectiva victimológica? Bueno, pues, en términos técnicos estaríamos haciendo lo siguiente: evitando que el *iter criminis* y el *iter victimae* se encuentren, estaríamos disminuyendo el riesgo victimal, estaríamos haciendo prevención y/o profilaxis victimal, estaríamos reduciendo los factores que favorecen la victimogénesis, y con ello, estaríamos haciendo más fuerte la capacidad de nuestra población de defenderse preventivamente del delito y cerrando el camino al criminal, evitando que cometa crímenes y reduciendo de esta manera la criminalidad (2010).

Comúnmente se reciben correos electrónicos con advertencias preventivas para evitar ser futuras víctimas de un delito. Estas son algunas:

- Al ir a un cajero automático para extraer dinero, no hacerlo solo; es preferible ir acompañado y en un horario diurno.
- Si un vehículo se empareja con el que conduce, mantener la calma, bajar cristales y cooperar a fin de evitar sustos y ser

percibidos como sospechosos del crimen organizado, ser secuestrables, etc.

- En el caso de balaceras o enfrentamientos, tirarse al suelo y no escandalizarse, a fin de evitar ser confundido.
- No compartir números de cuenta, contraseñas o información confidencial.
- No dar sus contraseñas a desconocidos.
- No andar por la calle solo o a altas horas de la noche.
- No mostrar joyas, dinero o valores en público.
- Usar vestimenta adecuada en mujeres.
- No salir con extraños que se conozca en la calle.
- No abrir la puerta a extraños.
- En caso de extorsión telefónica, colgar y denunciar.
- No participar en la corrupción (tránsito, policías u otros).³

En todo esto y más consiste la *política victimológica*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcolea Abenza, J. *et al.* (2010). *Victimología Vial*. España: Estudios Victimales.

Ángeles Astudillo, A. (2007). *Psicología criminal. Análisis de las psicopatologías del delincuente para encontrar su perfil en el Derecho Penal*. 2ª ed. México: Porrúa.

Barrita López, F. (2008). *Manual de criminología*. México: Porrúa.

Beristain, A. (2007). *De Dios legislador en el Derecho Penal, la criminología y la victimología*. México: Porrúa/ Universidad Iberoamericana.

Elbert, Carlos (coord.) (1996). *Criminología latinoamericana (Parte primera)*. Argentina: Universidad.

Hikal, Wael (2011). *El futuro de la victimología*. México: Colegio Libre de Estudios Universitarios.

Hikal, Wael. (2009). *Introducción al estudio de la criminología y a su metodología*. México: Porrúa.

Jiménez Martínez, J. (2009). *Las ciencias penales en México*. México: Ubijus.

³ Cfr. Hikal (2011).

- Marchiori, H. (2004). *Criminología*. Porrúa: México.
- Montiel Sosa, J. (2002). *Criminalística*. Tomo 2. México: Limusa.
- Orellana Wiarco, O. (2007). *Manual de criminología*. 11ª ed. México: Porrúa.
- Reyes Calderón, J. (2001). *Criminología*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Reyes Echandia, A. (1987). *Criminología*. Colombia: Temis
- Rodríguez Campos, C. (2007). *Las víctimas del delito en el Distrito Federal*. México: Porrúa.
- Romero Muñoz, R. (2010). Política victimológica. *Archivos de criminología, criminalística y seguridad privada*, (IV). México: Sociedad Mexicana de criminología, Capítulo Nuevo León.
- Sánchez Rodríguez, F. y García Mercader, J. (coords.) (2010). *Victimología forense*. España: Estudios Victimales.

INTELIGENCIA CULTURAL: UNA DISCIPLINA EMERGENTE EN LOS ESTUDIOS DE INTELIGENCIA

Enric Miravitllas Pous & Joan Antón Mellón

Enric Miravitllas Pous es profesor asociado de la Universidad de Barcelona. Docente de las asignaturas Política Internacional y Ciencia Política II. Miembro del Centre de recerca en Governança del Risc (GRISC).

Joan Antón Mellón es profesor titular de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona), España.

Recibido: noviembre de 2013

Aceptado: diciembre de 2013

SUMARIO

1. Introducción.
2. Definición.
3. Modelo conceptual.
4. Objeto.
5. Inteligencia sociocultural.
6. Bibliografía.

RESUMEN

La denominada inteligencia sociocultural o simplemente inteligencia cultural todavía no ha sido considerada como una disciplina autónoma dentro del ámbito de los estudios de inteligencia; por ello resulta conveniente contribuir a ese objetivo y demostrar su utilidad en la prevención y neutralización de amenaza a la seguridad individual y colectiva.

Palabras clave: inteligencia, cultura, seguridad, modelo conceptual, grupo social, aplicaciones empíricas, usos.

ABSTRACT

The so-called cultural intelligence or simply cultural intelligence, has not yet been considered as a separate discipline within the field of intelligence studies, hence it is appropriate to contribute to this goal and demonstrate its utility in the prevention and neutralization of threats to individual security and collective

Keywords: intelligence, culture, security, conceptual model, social group, empirical applications, uses.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo constituye una aproximación a un tipo de inteligencia, la “inteligencia sociocultural”, cuya práctica no ha derivado todavía en una formulación teórica. A pesar de los avances registrados en la investigación de la dimensión cultural o sociocultural de los asuntos de seguridad en los últimos años, la inteligencia sociocultural todavía no ha sido reconocida como disciplina dentro de los estudios de inteligencia.

Con vistas a contribuir a la teorización de esta nueva disciplina y a demostrar su utilidad en la prevención y neutralización de amenazas a la seguridad, el presente trabajo se estructura en cuatro apartados: en el primero, revisaremos las diferentes definiciones propuestas por la literatura reciente y propondremos una acepción del concepto “inteligencia sociocultural”; a continuación, plantaremos un modelo conceptual de lo que esta inteligencia pretende comprender: la cultura de un actor o de un grupo social determinado; en tercer lugar, abordaremos los objetivos y posibles aplicaciones empíricas de la inteligencia sociocultural; finalmente, reflexionaremos acerca de los usos —legítimos e ilegítimos— de los que puede ser objeto este tipo de inteligencia.

1. DEFINICIÓN

La noción objeto de este capítulo es conocida indistintamente como “inteligencia cultural” (CULINT) o “inteligencia sociocultural” (SOCINT) por la literatura reciente, sin que medien grandes diferencias entre ambos conceptos. Los autores que últimamente han optado por el segundo término (Patton, 2010; Sorrentino, 2011; Navarro, 2012) o términos similares (Friedland et al., 2007; Pool, 2011) enfatizan el carácter de la SOCINT como disciplina dentro de los asuntos de inteligencia y subrayan su vinculación con un amplio abanico de ciencias sociales más allá de la antropología.

Aunque es pronto para determinar si la SOCINT es el producto de la evolución del concepto de CULINT, en este capítulo usaremos el primer término al entender que refleja de forma más precisa el uso por esta disciplina de diversos métodos y fuentes de información procedentes de distintas ciencias sociales.

Para construir una definición que sea la síntesis de los dos conceptos es necesario revisar la respuesta que ofrece la literatura reciente a tres preguntas clave: ¿qué se pretende comprender?, ¿a quién se pretende comprender? y ¿con qué finalidad?

La SOCINT intenta analizar y comprender la cultura de un grupo social determinado, pese a que la noción sobre lo que se considera “cultura” difiere según los autores. Algunos investigadores la

definen como el conjunto de creencias, valores, actitudes y comportamientos compartidos que explican no solo cómo actúa un determinado grupo social sino por qué lo hace (Coles, 2006: 7; McRae, 2006: 7). Otros sostienen que se trata de un conjunto de redes y sistemas de relación humanos que se construyen a través de múltiples nodos y vínculos y que constituyen un todo (Patton, 2010: pos 1545;¹ Strader, 2006: 12-13; Pool, 2011: 17-30). Finalmente, una tercera corriente de investigadores entiende que la SOCINT apunta a la comprensión de la cultura entendida como aquellos elementos históricos, sociales, religiosos, demográficos, o artísticos que pueden desencadenar procesos de radicalización ideológica o violencia (Sorrentino, 2011: 1-2; BRG, 2012).

Respecto a la segunda cuestión, el sujeto que la SOCINT se propone analizar, la literatura ofrece respuestas que van de lo más general a lo más preciso. Mientras algunos investigadores (Anderson, 2004: 4; Davis, 2009: 9; Gavriel, 2010: 75) hablan de forma genérica de “grupos de personas” o “grupos sociales” a los hay que analizar en sus propios términos eliminando nuestro sesgo cultural, otros aclaran que se trata de comprender a “nuestros enemigos y a nuestros aliados” desde su punto de vista (Coles, 2006: 7; McRae, 2006: 7; Spencer, 2010: 15-16). Así, la SOCINT debería estudiar tanto a los actores habitualmente dispuestos a cooperar (por ejemplo, población doméstica o de otros Estados, Gobiernos, OIG, OING) como a los que suponen una amenaza (por ejemplo, grupos insurgentes, organizaciones terroristas, Estados débiles).

En cuanto al objeto de la SOCINT, la mayor parte de investigadores destacan su aplicabilidad y su clara vocación de constituir un instrumento útil en la toma de decisiones en materia de seguridad. La SOCINT es más que un simple método de recopilación de datos demográficos, ya que genera conocimiento aplicable que permite anticipar las diversas reacciones de un actor determinado (Coles, 2006; McRae, 2006) para alcanzar fines estratégicos a través de medios no letales (Anderson, 2004; Patton, 2010; Pool, 2011; Spencer, 2010).

Puesto que la naturaleza de los nuevos conflictos ha demostrado la insuficiencia de las soluciones cinéticas, el reto que se plantea a la SOCINT es doble: por un lado, incrementar la eficacia de las políticas de seguridad mejorando nuestro conocimiento y comprensión de nuestros aliados —y por tanto nuestra comunicación y relación con ellos—, y por el otro, conocer de forma más profunda a los actores que suponen una amenaza a la seguridad — sus motivaciones, actitudes, comportamientos y la forma en que toman sus decisiones—, más allá de estereotipos o percepciones erróneas o nociones superficiales.

¹ Las referencias de este autor corresponden a un libro electrónico, por lo que en lugar de la página se ofrece la posición.

Como apunta Spencer, la SOCINT permite afectar la operatividad de un adversario, derrotarlo o neutralizarlo identificando y atendiendo agravios reales o percibidos que justifican su existencia, erosionando sus bases de apoyo desacreditando sus mensajes informativos o su discurso ideológico, o influyendo y afectando sus procesos de toma de decisiones y sus alianzas (Spencer, 2006: 15).

La respuesta de la literatura a la triple interrogante antes planteada (qué pretende comprender, a quién y con qué fin) nos permite articular una definición operativa de SOCINT como aquella inteligencia que analiza la cultura de un actor para mejorar la seguridad de un entorno social, político o económico determinado. O de una forma más exhaustiva, como aquel tipo de inteligencia que analiza información sobre asuntos sociales, políticos, económicos y demográficos para comprender los comportamientos, valores y estilos de razonamiento de un actor o grupo social determinado con el fin de prevenir y neutralizar riesgos o amenazas a la seguridad.

2. ¿QUÉ HAY QUE COMPRENDER? UN MODELO CONCEPTUAL PARA ENTENDER LA CULTURA

La SOCINT pretende comprender la cultura de un actor o grupo social determinado. Ahora bien, para aplicar la noción de cultura a los asuntos de inteligencia es necesario crear un modelo conceptual que permita adquirir el mayor grado posible de cultural awareness. La conciencia cultural o cultural awareness es la habilidad de reconocer y entender los efectos de la cultura sobre los valores y comportamientos de las personas (Wunderle, 2007: 9), y especialmente el impacto que estos tienen sobre la seguridad de un entorno determinado.

El concepto de cultura tiene tres componentes principales: influencias culturales (historia, religión, organización social, tradiciones, lengua), variaciones culturales (comportamientos, valores, formas de pensar) y manifestaciones culturales (demostraciones concretas de comportamientos e ideas). En el modelo planteado por Wunderle, las influencias culturales explican las variaciones culturales, y estas a su vez son causa de las manifestaciones culturales. Así, grandes factores como la historia o las tradiciones, así como los comportamientos o los valores, determinan las expresiones externas observables de una cultura concreta.

En la producción de inteligencia, las variaciones culturales constituyen el componente más importante a considerar del modelo conceptual, puesto que explican aquella parte de la cultura que “emerge a la superficie” y que podemos observar. Las variaciones nos permiten explicar y prever manifestaciones

culturales como el estilo de planificación o de negociación de un actor determinado, sus reacciones ante actos de autoridad o de jerarquía, su actitud frente a un potencial acuerdo, su percepción sobre el riesgo de una operación o el tiempo que necesita para tomar una decisión.

<i>¿Por qué?</i>		<i>¿Qué?</i>
Influencias culturales	Variaciones culturales	Manifestaciones culturales
Historia y herencia extranjera	<i>Comportamientos</i>	Estilo de planificación
Organización social	Espacio personal	Visión de la autoridad
Tradiciones	Sensibilidad contextual	Estilos de negociación
Lengua	<i>Valores</i>	Disposición al acuerdo
	Individualismo	Aversión al riesgo
	Distancia de poder	Tiempo para decidir
	Formalidad vs informalidad	
	Actitud frente a la incertidumbre	
	Énfasis en la relación vs énfasis en el acuerdo	
	Orientación temporal	
	Estilos cognitivos	
	Razonamiento dialéctico	
	Razonamiento hipotético	
	Razonamiento contrafactual	
	Percepción	
	Atribución de la causalidad	

Las variaciones culturales comprenden el conjunto de comportamientos, valores y estilos de razonamiento comunes a una cultura. Los comportamientos, esto es, las normas sociales y costumbres de una cultura, presentan dos dimensiones relevantes para la recopilación de inteligencia: el espacio personal y la sensibilidad contextual del lenguaje.

La sensibilidad (alta o baja) de una lengua a su contexto determinará hasta qué punto es posible atribuir significados a palabras de forma literal, sin tener en cuenta las circunstancias que rodean al acto comunicativo. En lenguas con alta sensibilidad contextual como el árabe es tan importante lo que se dice como el entorno en qué se dice, el lenguaje corporal y hasta lo que se silencia. “Uno puede pasar una palabra escrita de Bin Laden a 15 áraboparlantes y obtener 15 traducciones distintas” (Wunderle, 2007: 37). El conocimiento de la distancia física más allá del cual el

acceso de otra persona se considera tabú es también importante para evitar desconsideraciones o faltas de respeto que afecten negativamente la comunicación. Por ejemplo, dado que esa distancia es de un pie para un árabe de Oriente Medio y de cinco pies para un estadounidense, en un encuentro de ambos el segundo tenderá de forma inconsciente a retirarse para evitar la cercanía del contacto, corriendo el riesgo de ofender a su interlocutor (Wunderle, 2007: 37-38).

El segundo tipo de variaciones culturales son los valores, los principios que sirven para elegir entre alternativas distintas o evaluar las consecuencias de las propias decisiones. Los valores constituyen los juicios básicos sobre lo que se considera “bueno” o “malo” en una cultura, por lo que en algunos casos permiten hacer predicciones sobre el comportamiento de actores que plantean amenazas. Hofstede señala seis dimensiones fundamentales de los valores de una cultura: la distancia de poder aceptable, la actitud frente a la incertidumbre, la orientación temporal, la identificación con el individualismo o el colectivismo, la preferencia por la formalidad o la informalidad y el interés por las relaciones personales o los acuerdos. (Hofstede et al., 2010)

La distancia de poder es la diferencia de autoridad entre un superior y un subordinado que los miembros menos poderosos de una sociedad consideran aceptable. En culturas con grandes distancias de poder, la desigualdad se acepta como un hecho y las decisiones de las élites raramente son cuestionadas, por lo que cabe esperar menos iniciativas individuales y menos ideas no convencionales.

La actitud frente a la incertidumbre es el valor que se asigna a los riesgos, el grado de estrés que suscita lo incierto y la medida en que se evita. Es un indicador que mide la tolerancia a la ambigüedad de una cultura e indica el grado de comodidad o incomodidad de sus miembros frente a situaciones no familiares, nuevas, sorprendentes o distintas. Las culturas con alta aversión al riesgo tratan de eliminar la incertidumbre estableciendo normas sociales y medidas de seguridad estrictas, además de promover en el terreno religioso o filosófico la existencia de una verdad absoluta.

La orientación temporal es el grado en que una cultura toma como referencia el pasado, el presente o el futuro en sus decisiones. Las culturas que se centran en el pasado y el presente tienen una orientación a corto plazo en la toma de decisiones. Las que lo hacen sobre el futuro demuestran una orientación a largo plazo a la hora de decidir. Además, la orientación temporal también se refiere a tendencia policrónica o monocrónica de un grupo cultural. En los sistemas monocrónicos las personas no realizan varias actividades al mismo tiempo, y el tiempo está segmentado en pequeñas unidades. En los policrónicos, el tiempo se divide en unidades

mayores, la programación es menos rígida y las personas realizan diversas actividades simultáneamente. La orientación temporal adquiere especial importancia en procesos de negociación en los que participan actores con culturas diferentes.

El individualismo o colectivismo mide la tendencia de las personas a identificarse en primer lugar como individuos o como colectivo y, por consiguiente, a anteponer sus propios intereses o los de la comunidad. Las sociedades árabes de Oriente Medio son colectivistas. El grupo (familia, clan, vecindario, pueblo) determina la identidad del individuo, su estatus y sus perspectivas de éxito en la vida. Según Wunderle, “la influencia del colectivismo en Oriente Medio puede ayudar a explicar por qué tantas personas están dispuestas a sacrificar sus vidas por el bien de sus camarillas” (Wunderle, 2007:39).

La formalidad o informalidad valora la importancia que una cultura atribuye a la tradición, las ceremonias, las normas sociales y el rango social. Las culturas formalistas tienden a estructurarse jerárquicamente, y los individuos son plenamente conscientes de su estatus dentro la jerarquía social. Dada la formalidad de las culturas árabes de Oriente Medio, Wunderle recomienda al personal militar estadounidense desplegado en la zona dirigirse a sus interlocutores por sus nombres de título y familia a menos que éstos especifiquen otra cosa (Wunderle, 2007: 39).

El interés por las relaciones personales o los acuerdos es una variable que mide la prioridad de unas u otros en el mundo de los negocios o a la hora de entablar negociaciones de cualquier tipo. En las culturas individualistas, las personas tienden a centrarse más en las cualidades del acuerdo que pueda derivarse de una negociación, y menos en cuál sea su contraparte o la fortaleza del vínculo previo existente. En cambio, en las culturas que otorgan un alto valor a las relaciones personales, los individuos prefieren hacer negocios con amigos, familiares o, en general, personas bien conocidas por ellos. En Oriente Medio, es esencial comprender que hay que destinar tiempo suficiente a construir relaciones y ganar credibilidad. “Un extranjero no debe esperar entrar, decir que esto tendrá que pasar mañana y luego sorprenderse cuando las cosas no salen bien” (Wunderle, 2007: 40).

Los estilos de razonamiento constituyen el tercer tipo de variaciones culturales. Se trata de los distintos procesos que una determinada cultura utiliza para la solución de problemas, la toma de decisiones y la representación del conocimiento. Las formas de razonamiento explican por qué conceptos como “la realidad” o “la verdad” son tan distintos en función de la cultura. A grandes rasgos, estos estilos pueden agruparse bajo las siguientes categorías (Wunderle, 2007: 17-18):

- Dialéctico: estilo de razonamiento en el que las distintas opciones que se presentan han sido delineadas para mostrar sus diferencias, o en el que las opciones se combinan para hacer posible mantener perspectivas contradictorias.
- Hipotético: estilo cognitivo en el que el individuo usa circunstancias hipotéticas para mostrar posibles implicaciones de las acciones o basa sus argumentos en el contexto o en la experiencia.
- Contrafactual: lógica según la cual un individuo usa circunstancias contrafactuales (opuestas a las que se conocen como ciertas) para mostrar posibles implicaciones de las acciones.

3. ¿A QUIÉN Y PARA QUÉ? OBJETO DE LA INTELIGENCIA SOCIOCULTURAL

La inteligencia sociocultural dirige sus esfuerzos a comprender la naturaleza y el entorno de los actores que plantean un riesgo o una amenaza (ARA) para la seguridad de una población, a la integridad de un territorio, al funcionamiento del Estado de Derecho o a la estabilidad de un sistema político. Actores estatales y no estatales —grupos terroristas o insurgentes, organizaciones criminales, partidos políticos, asociaciones religiosas, milicias o individuos— constituyen un riesgo para la seguridad cuando adquieren capacidades que les permiten usar la violencia contra personas, territorios, instituciones —públicas o privadas— o patrimonios. Y se convierten en amenazas cuando advierten de su intención de utilizar esas capacidades —militares, económicas y/o políticas (Goldman, 2006: 134)— para causar daños.

La SOCINT pretende intervenir sobre los riesgos antes de que emerjan o se conviertan en amenazas (enfoque preventivo), aunque la utilidad de sus productos de inteligencia también alcanza a las segundas (enfoque reactivo). El objetivo de la inteligencia sociocultural consiste en prevenir o neutralizar riesgos o amenazas analizando las influencias, variaciones y manifestaciones culturales de los actores que los plantean. El análisis de la cultura de los ARA ofrece un conocimiento de alto valor aplicativo que permite eliminar su razón de ser, erosionar su legitimidad frente a la población o afectar su organización y funcionamiento. A través de la inteligencia sociocultural, podemos identificar las causas profundas de las amenazas y diseñar respuestas que las aborden (3.1); conocer y comprender las redes en las que los ARA participan (3.2); o restar legitimidad a discursos de contenido violento (3.3).

3.1. *Winning the hearts and minds*: abordar las causas profundas de las amenazas a la seguridad

Una de las principales aplicaciones empíricas de la inteligencia sociocultural hunde sus raíces en la estrategia de contrainsurgencia empleada por el Reino Unido en Malaya entre 1948 y 1960. Según el general Gerald Templer, la insurgencia malaya debía ser respondida “no con la introducción de más tropas en la jungla” sino intentando ganar los “corazones y mentes [*hearts and minds*] de la gente”. Para Templer, el éxito de la estrategia de la contrainsurgencia británica en esta colonia dependía en un 75 % de obtener el apoyo de la población civil y solo un 25 % del uso de la fuerza militar (Dixon, 2009: 361-362).

Así, las estrategias que pretenden acabar con los ARA requieren del apoyo emocional (“corazones”) y racional (“mentes”) de las comunidades en las que están insertos. Para conseguirlo, es necesario combinar dos elementos: el uso de la mínima fuerza posible en la neutralización de estos grupos y el abordaje de las causas profundas que han dado lugar a su aparición.

Por un lado, minimizar el uso de la fuerza en las operaciones de contrainsurgencia o contraterrorismo contribuye a contener los efectos colaterales de la violencia y a diferenciar entre aquellos que plantean amenazas y las comunidades que los acogen. Una diferenciación que limita el grado de identificación entre el ARA y su entorno y, por consiguiente, su legitimidad frente a él.

Por el otro, identificar las causas profundas que han dado lugar a un conflicto y que, a su vez, han provocado la emergencia de amenazas o riesgos para la seguridad, permite intervenir sobre los fundamentos que legitiman la existencia de un ARA. Ofrecer respuestas a los agravios —reales o percibidos— sobre los que un ARA justifica sus acciones erosiona su razón de ser. La implementación de políticas que aborden desequilibrios de cualquier naturaleza —económica, social, política o cultural— que constituyan una fuente de conflicto socava la legitimidad de los ARA y contribuye a incrementar la percepción de seguridad del conjunto de la población.

Un ejemplo de esta aplicación de SOCINT es el Grupo Asesor y de Asistencia Militar (MAAG²), creado por el ejército estadounidense durante la guerra de Vietnam. Esta unidad operativa, formada por expertos en la región de Indochina con experiencia sobre el terreno, tuvo como misión “integrarse permanentemente en los pueblos indígenas para aprender todo lo posible e identificar necesidades, preocupaciones y acciones creíbles que pudieran adoptarse para

² Siglas de Military Assistance and Advisory Group, que luego se convirtió en el Military Advisor Corp Vietnam Studies and Observation Group (MACV-SOG).

ganar los “corazones y mentes de la población local” (Patton, 2010: pos 275). El éxito de esta unidad y del programa que la sucedió impidió pérdidas adicionales de vidas durante la guerra. “La falta de conocimiento de la cultura, las religiones o las lenguas existentes en Vietnam hicieron perder a Estados Unidos miles de vidas americanas y millones de dólares” (Patton, 2010: pos 282).

Estudios recientes han confirmado la existencia de una relación directa entre programas de desarrollo y situación de seguridad en diferentes áreas del planeta (Bradbury y Kleinman, 2010; Gordon, 2011). Por ejemplo, la mejora en la provisión de servicios públicos en Irak ha provocado una reducción de la violencia por parte de la insurgencia desde 2007 (Berman et al., 2011). Otros autores cuestionan la eficacia del enfoque de “ganar los corazones y mentes” por sus problemas metodológicos y su escasa base empírica (Duyvesteyn, 2011).

3.2. Conocer las redes de los ARA

La inteligencia sociocultural permite identificar las redes socioculturales en las que los ARA participan. La SOCINT reconstruye y conecta sistemas de relación a partir de la localización de sus vínculos y nodos, ya sean personas físicas o jurídicas. La teoría de sistemas es “un elemento crítico en cualquier entorno geopolítico” (Navarro, 2011). Mediante la comprensión del comportamiento humano en estas redes —ya sean de naturaleza formal, informal o emergente—, podemos incrementar nuestras opciones de influir en ellas.

A través de la recreación de estos sistemas, podemos identificar personalidades clave para la operatividad de los ARA, tales como líderes políticos u operativos, facilitadores, logistas o especialistas en actos violentos. Por ejemplo, la representación del sistema de parentesco y tribal iraquí hizo posible que la Cuarta División de Infantería del ejército estadounidense localizara y capturara con vida a Saddam Hussein (McFate, 2005: 45).

También desde un punto de vista operacional, la comprensión del sistema de organización social de la comunidad en la que los ARA están insertos contribuye a la identificación de sus aliados y patrocinadores, a la reconstrucción de sus rutas de financiación y aprovisionamiento, a la localización de posibles santuarios y a comprender sus sistemas de comunicación.

En algunos entornos operativos los ARA suelen establecer redes encubiertas que, incrustadas en actividades públicas o legales, utilizan como “líneas de vida” para su organización. Hogares, hospitales o comercios pueden servir para cualquier tipo de actividad, incluyendo el tráfico o la fabricación de armas. Las disciplinas tradicionales de inteligencia pasan por alto con

demasiada frecuencia este tipo de redes, ya que se centran en los ARA como objetivo, interviniendo sobre ellos a través de medios letales. Nuevos operativos de inteligencia, con experiencia en el terreno y con una formación humanística —lingüistas, geógrafos, antropólogos, psicólogos, economistas, demógrafos, arqueólogos, genealogistas, etnógrafos, psicólogos cognitivos y expertos en información, comunicación y documentación (Navarro, 2011)—, deben hacer posible identificar esas redes y actuar sobre ellas a través de medios no letales.

Comprender cómo circulan los mensajes es clave para interceptarlos o descodificarlos. Según McFate, el desconocimiento por parte del ejército estadounidense del sistema de transmisión de la información de la cultura iraquí, en el que el rumor y la comunicación informal juegan un papel relevante, le hizo perder la posibilidad de influir en la opinión pública del país y la opción de recopilar inteligencia clave para el éxito de su misión (McFate, 2005: 44). Gracias a operativos de inteligencia cultural, se ha comprobado que Al-Qaeda ha abandonado el uso de móviles entre sus líderes y utiliza mensajeros en su lugar (Patton, 2010: pos160).

Los métodos y fuentes de recopilación de carácter técnico no son eficaces a la hora de identificar redes, comunicaciones y otras herramientas de las que se valen los ARA en su funcionamiento. Por esta razón, la inteligencia sociocultural reclama el uso de HUMINT y de técnicas de observación participante de expertos en ciencias sociales, ya que han demostrado ser más efectivos en los hoy frecuentes conflictos asimétricos en los que intervienen al mismo tiempo diversos actores con diversas bases de apoyo (Patton, 2010: pos 431).

El entendimiento de la organización sociocultural de un grupo nacional, social, étnico, o tribal ofrece ventajas en el diseño de estrategias de contrainsurgencia o contraterrorismo. En primer lugar, a través del uso de los sistemas socioculturales locales, incrementa la legitimidad de las operaciones de inteligencia. El uso o respeto hacia las normas o costumbres del área geográfica de intervención contribuye a incrementar el apoyo —explícito o implícito— de la población o a reducir su grado de hostilidad hacia ellas. Así, la utilización de estos sistemas incentiva la emergencia de actitudes cooperativas en la neutralización o prevención de sus amenazas de los ARA.

Por otro lado, la comprensión de factores socioculturales permite conocer la estructura de la insurgencia o el terrorismo que se pretende combatir, dado que estos factores impregnan la forma y funcionamiento de las organizaciones violentas. Ignorar este tipo de factores puede conducirnos a errores graves en el diseño de las estrategias de inteligencia: “[...] aparentemente, la administración Bush no comprendió la naturaleza tribal de la cultura y la sociedad

iraquíes. Asumió que el aparato civil del gobierno permanecería intacto después que el régimen fuera decapitado. [...] Después de la desbaathificación, la red tribal se convirtió en la columna vertebral de la insurgencia. La insurgencia tribal es el resultado directo de la falta de comprensión de la cultura iraquí”. (McFate, 2005: 44).

3.3 Deconstruir el discurso de los ARA y diseñar contranarrativas

La batalla de las ideas frente al discurso de los ARA es otra de las posibles aplicaciones de la inteligencia sociocultural. Enmarcada dentro de lo que se conoce como operaciones psicológicas o de información,³ la construcción de contranarrativas ha sido puesta en práctica en los últimos años por los Estados Unidos y sus aliados en contextos bélicos como Iraq y Afganistán (ver Segell, 2011 y Muñoz, 2012).

Las narrativas violentas constituyen una expresión de comportamientos, valores y estilos cognitivos del entorno cultural de actores que usan la violencia indiscriminada para conseguir objetivos políticos. La deconstrucción de su discurso permite aislar sus elementos narrativos fundamentales y diseñar contranarrativas que erosionen su base de apoyo y tengan impacto en su ciclo vital. Tal como apuntan Casebeer y Russell, “comprender las narrativas que influyen en la creación, crecimiento, maduración y transformación de organizaciones terroristas nos dota de capacidad para diseñar una estrategia mejor para socavar la eficacia de esas narrativas y disuadir, desbaratar y derrotar a grupos terroristas” (Casebeer y Russell, 2005: 3).

Podemos situar múltiples causas por las que una persona puede decidir crear una organización terrorista o incorporarse a una ya existente: alineación causada por el entorno, percepción de falta de oportunidades o necesidades no atendidas, sentimiento de discriminación del propio grupo respecto a otros, identificación con aquellos que abogan por el uso de la violencia, entre otras. Sin embargo, todas estas causas se activan mediante un mecanismo psicológico —la influencia de las narrativas— que determina el acercamiento de las personas a los ARA.

Las narrativas son historias unificadas y coherentes que disponen de una estructura con tres partes: una introducción que plantea una situación difícil o un agravio (por ejemplo, en la narrativa de Al Qaeda, “Los musulmanes están siendo atacados por todo el mundo”), una segunda parte en la que se produce un clímax y en la que emerge un agente (héroe o protagonista) o una posible solución

³ PSYOP e IO en sus siglas en inglés.

al problema planteado en la introducción (“Solo Al Qaeda y sus seguidores están luchando contra los opresores del Islam”), y la última parte de las narrativas ofrece una solución al agravio sufrido o reta a los receptores a actuar por sí mismos contra él (“Si no estás apoyando a Al Qaeda, entonces estás apoyando a los opresores”) (Quiggin, 2009: 24).

Las narrativas desempeñan un papel muy importante en el ciclo de vida (gestación, crecimiento, maduración y transformación) de las organizaciones violentas. Por esta razón, constituyen un instrumento relevante para frustrar la emergencia de este tipo de organizaciones, interrumpir su desarrollo o impedir su adaptación a nuevos entornos.

Para diseñar una contranarrativa es necesario tener en cuenta algunos principios fundamentales (Casebeer y Russell, 2005: 6-13):

1. Tomar en consideración las características culturales del entorno del ARA. No existe una única narrativa genérica capaz de hacer frete a un discurso violento porque cada contranarrativa debe tomar en consideración los rasgos culturales concretos de las comunidades que ofrecen apoyo a los ARA. Además, hay que tener en cuenta la existencia de distintos destinatarios de nuestra narrativa (ejecutores de actos violentos, activistas o simpatizantes), a los que hay que abordar de forma diferenciada. Por ejemplo, para hacer frente al discurso jihadista, algunos autores advierten la necesidad de usar hasta cuatro contranarrativas distintas (Leuprecht *et al*, 2009: 32).

2. Tener en cuenta que las contranarrativas deben ser competitivas. El discurso propio debe sacar ventaja de la heurística y los sesgos existentes en la cultura del ARA para poder competir con su narrativa. Una aplicación de este principio es la construcción de mitos fundacionales alternativos que compitan con los creados por las organizaciones violentas. En este caso, no se trata de menoscabar los mitos fundacionales del ARA, hecho que podría reforzar la narrativa que se quiere enfrentar, sino de construir nuevos mitos que representen “una historia mejor” a los ojos de sus bases de apoyo. En Irak, una unidad de información establecida en Campo Victoria intervino en 2005-2006 para persuadir a la población local de no apoyar el terrorismo construyendo una narrativa que trataba de ofrecer un “futuro realista mejor” que el proyectado por los grupos violentos (Segell, 2011: pos 49-50⁴)

3. Entender los elementos y contenidos de la narrativa adversaria. Evaluar la influencia de una narrativa sobre una comunidad es

⁴ Las referencias de este autor corresponden a un libro electrónico, por lo que en lugar de la página se ofrece la posición.

necesario para construir una alternativa que se oponga a ella. Para hacerlo, debemos comprender previamente cuáles son sus componentes narrativos principales y cómo se organizan. En concreto, debemos identificar cuál es el *ethos* de quien crea el discurso —cómo establece su credibilidad—, el *pathos* de su narrativa —cómo apela a las emociones de la audiencia— y su *logos* —cómo asegura su consistencia racional del discurso—. Después de analizar la narrativa adversaria podremos intentar, por ejemplo, impulsar un cambio en las metáforas que dan forma al pensamiento de la comunidad que apoya a los ARA. Un cambio efectivo de metáforas puede provocar un cambio en la percepción sobre los agravios que han dado lugar al nacimiento de un ARA. Convencer a alguien de que “conjunto de células” es una metáfora más apropiada que “joven humano” para un embrión nonato puede hacer cambiar su opinión respecto al aborto. De forma análoga, evolucionar la metáfora referida a un miembro de un ARA de “luchador por la libertad” a “terrorista” puede modificar la actitud de sus bases de apoyo respecto a la violencia.

4. *Prestar tanta atención a las historias introducidas por el adversario como a las relatadas explícita o implícitamente por nosotros.* Debemos considerar no solo si nuestra narrativa se está contando correctamente, sino también si nuestras acciones la están afectando o contradiciendo. Tal como apunta De Graaf, hay que tener en cuenta los mensajes no intencionados que acompañan los mensajes explícitos difundidos por la contranarrativa. “Las narrativas oficiales son menos persuasivas que la experiencia práctica de los terroristas y sus simpatizantes en sus encuentros con el Estado y con la sociedad” (De Graaf, 2009:9).

5. *Las contranarrativas han de ser flexibles y adaptables al entorno.* A pesar de que cambiar nuestras historias demasiado a menudo puede menoscabar nuestra credibilidad (*ethos*), la necesidad de mantener la coherencia interna (*logos*) hace recomendable modificar sus protagonistas, antagonistas, argumentos básicos y puntos culminantes. Además, en determinados contextos emergerá una tensión entre los objetivos tácticos a corto plazo de la contranarrativa y los diseñados a largo plazo. Por esta razón, deberemos construir historias que puedan responder a distintos requerimientos temporales sin verse afectadas de forma significativa. Por otro lado, las historias deben disponer de cortafuegos. Las contranarrativas deben incluir un sistema defensivo que las haga difícilmente refutables. Para ello habrá que analizar sus vulnerabilidades y establecer barreras discursivas con el fin de prevenir su potencial manipulación o destrucción.

4. INTELIGENCIA SOCIOCULTURAL: ¿MANIPULACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA O INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DEL ESTADO DE DERECHO?

La *inteligencia sociocultural* es una potente herramienta que puede disminuir o aumentar la cultura cívica en cualquier sociedad, dependiendo del uso que de ella se haga, de ahí que el final de este capítulo lo dediquemos a describir dos ejemplos de esta doble perspectiva del modo y la forma como puede utilizarse. Como ejemplo de manipulación describiremos la aparición y el uso propagandístico desde finales del siglo XX y comienzos del XXI del término “islamofascismo”. Mientras que, desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho, expondremos un estudio de caso sobre una línea de investigación académica (financiada con fondos públicos) sobre procesos de radicalización islamistas.

El término “islamofascismo” fue difundido propagandísticamente en la opinión pública occidental formando parte de las estrategias de respuesta de la administración Bush hijo como consecuencia de los atentados del 11 S. En la medida en que el presidente de EE.UU. declaró la guerra al terrorismo (Alarcón y Soriano, 2004), formaba parte de la guerra psicológica. De este modo, el problema del terrorismo, que hubiera debido ser encarado como un tema de amenaza a la seguridad y libertades de los ciudadanos, fue adscrito a la lógica militar de eliminación física del adversario.

Tras la caída del muro de Berlín, el “imperio del mal” (soviético) necesitaba un sustituto como enemigo, que fue hallado en el denominado “eje del mal” (Irán, Irak y Corea del Norte), los denominados “Estados canallas” y el movimiento yihadista dirigido hasta su eliminación por O. Bin Laden. La idea básica era establecer como totalitarismos del s. XXI a dichos Estados canallas y al islamismo radical. El “islamofascismo” permitía enlazar culturalmente el rechazo occidental a los horrores y demonización del fascismo clásico (1919-1945) (Antón-Mellón, 2012) con el miedo a la capacidad terrorista de los yihadistas. Obviamente, la lógica *islamofobia* que esto produjo traía sin cuidado a los halcones de Bush.

Previamente a esta “guerra psicológica”, la derecha conservadora norteamericana había hecho profuso eco de la teoría del “choque de civilizaciones”, expuesta por primera vez por el historiador británico Bernard Lewis en 1990 y popularizada por el politólogo norteamericano Samuel Huntington. Este en su famoso artículo “The Clash of Civilizations?” (Huntington, 1993) expuso que: “(...) la fuente fundamental de conflictos en este nuevo mundo no será ideológica o económica. Las grandes divisiones de la humanidad y la fuente dominante de conflicto serán culturales. (...) El choque de civilizaciones será la línea de batalla del futuro”. Y para preservar la

cultura occidental de sus enemigos Huntington recomienda que “(...) Occidente mantenga el poder económico y militar necesario para proteger sus intereses en relación con esas civilizaciones.”

Este es el análisis que los neoconservadores norteamericanos de la Administración Bush hijo deseaban oír y que los adscribe, en paralelo a otros factores doctrinales, a la Derecha Radical Occidental, ya que explicitan en su producción teórico-ideológica las tres características consustanciales a todo discurso de extrema derecha/derecha radical: fetichismo ultranacionalista de la identidad colectiva, creencia en la desigualdad humana como categoría ontológica y axiológica, y visión polemológica de los seres humanos (Bihl, 1998). Ilustrativamente, los textos doctrinales de Al Qaeda compartían con los *neocons* un trasfondo ideológico común: la visión histórica de un inevitable choque de civilizaciones.

El trauma y la humillación padecidos por EE.UU. en los atentados del 11 S permitió a los halcones e ideólogos de la Administración Bush el poder desplegar sin cortapisas sus belicistas⁵ planteamientos doctrinarios: recuperación de un dominio geoestratégico mundial basado en la superioridad militar USA, “soluciones” militares a los problemas internacionales (Irak, Afganistán), impunidad para las acciones de los servicios de información, incluyendo los asesinatos selectivos, y doctrina de la guerra preventiva.

El neoconservadurismo norteamericano actual es un conservadurismo reconciliado con el liberalismo clásico y que ha eliminado su tradicional paternalismo proteccionista de los sectores sociales más desfavorecidos. De ahí que los términos neoliberales y neoconservadores sean intercambiables. Sus premisas son las contrarias a las ideas-fuerza de los Estados de Bienestar y de las sociedades que se definen como Estados Sociales y Democráticos de Derecho. Se propugna mercantilizar al máximo la sociedad (en la línea de las teorías del economista M. Friedman y de su escuela de pensamiento económico) y establecer que el Estado no es la solución sino el problema, ya que, en frase del pensador R. Nozick, “toda redistribución es un robo que atenta contra los derechos individuales”.

Por tanto, todo aquello que pudiera ser cualificado de socialista debe ser anametzado al ser visto como un “camino de servidumbre” en la terminología del pensador convertido en gurú neoliberal F. Hayek. (Antón y Lara, 2009).

⁵ Como es sabido, las administraciones republicanas son mucho más agresivas en las relaciones exteriores que las demócratas por sus conexiones directas con la potentísima industria norteamericana de armamento.

De este modo, las administraciones republicanas norteamericanas desde los años ochenta del pasado siglo hasta la llegada al poder del demócrata Obama se han caracterizado por las políticas desregularizadoras y antiintervencionistas en materia económica, el potenciamiento de un neotradicionalismo cristiano socialdarwiniano y fundamentalista en materia cultural, y la opción imperialista en materia de política exterior y relaciones internacionales. En conclusión, y como hemos establecido, el periodístico término “islamofascismo” y su amplio uso propagandístico (como una operación de inteligencia sociocultural manipuladora de la Administración Bush) tuvo lugar en el marco de este referenciado contexto histórico e ideológico-político.

Solo baste añadir, paradójicamente, que un análisis comparativo riguroso y, por tanto, científico y no al servicio de planteamientos ideológico-doctrinarios evidenciaría que sí existen varios elementos de concomitancia entre el fascismo clásico y el islamismo radical yihadista: la obsesión por la decadencia y la amoralidad de Occidente, el objetivo supremo de la palingenesis o renacimiento de la comunidad, el nihilista culto a la muerte y a la violencia, la glorificación del héroe, la doctrina vivida como religión política, el doctrinarismo maximalista, el unitarismo como medio y el imperialismo como fin. Factores, todos ellos, que requieren un estudio de rigor científico y ética democrática. *Tertia non datur.*

El estudio de caso que hemos elegido como ejemplo de una posible intervención estatal en materia de inteligencia sociocultural concierne a procesos de radicalización y contraradicalización islamista en España. Estudio efectuado desde los parámetros de inteligencia proactiva (Antón, Miravitllas, Serra, 2012) superadora del viejo paradigma meramente reactivo y como ejemplo de lo que ha venido en denominarse Comunidad Ampliada de Inteligencia (Arcos, Antón, 2010) y de colaboración entre la Administración y la comunidad académica.

Se trata de entender, desde una perspectiva epistemológica contextual, cuáles son los factores socioculturales y políticos que facilitan la difusión de idearios islamistas radicales. La perspectiva contextual rechaza, por ingenuos, los enfoques textualistas (que buscan en los textos clásicos la explicación causal de planteamientos políticos y comportamientos) y parte de la premisa de que lo que está ocurriendo en Occidente con las poblaciones musulmanas es una reislamización efectuada según criterios integristas que pretenden regresar a una hipotética pureza doctrinal primigenia (Roy, 2003).

Dicha reislamización es un campo de batalla ideológico en el que se mezclan diferentes actores en pugna: las administraciones públicas occidentales y sus políticas de integración de los inmigrantes, naciones como Arabia Saudita que expanden sus criterios religiosos

wahabitas o Marruecos que pretende ejercer influencia y/o control sobre sus nacionales instalados en Europa y, finalmente, diferentes organizaciones cultural-religiosas como Justicia y Caridad, Tabligh, Salafistas, Hizb ut-Tahrir y los Hermanos Musulmanes.

Todos estos actores pretenden que sus criterios sean los hegemónicos en un proceso que los antropólogos culturales denominan proceso de configuración comunitaria, cuya hipótesis clave es que la población musulmana en España (1 446 000 personas aproximadamente, de las cuales el 72 % son extranjeras) se halla en un campo religioso en construcción.

Obviamente este tema es una cuestión relevante dado que, como sabemos, nuestros ideales democráticos de integración y de aumento de la cultura cívica es incompatible con la difusión de idearios islamistas radicales que pretenden el aislamiento social de los musulmanes y la pervivencia de normas y comportamientos discriminatorios, cuyo ejemplo más claro es el de los temas de género. Además del indudable hecho de que los problemas identitarios y socioeconómicos de la población musulmana pueden ser instrumentalizados por colectivos terroristas que manipulen políticamente a los individuos que, previamente, hayan sido radicalizados en los aspectos religiosos.

Por tanto la radicalización debe ser entendida como un proceso que constituye unos graves factores de riesgo y amenazas (sobre todo en las segundas generaciones). Todo ello debe ser contrarrestado en sus fases iniciales, cuando las administraciones públicas pueden realizar un amplio paquete de medidas que los anule en la medida de lo posible o minimice. Esas medidas deben abarcar aspectos políticos, económicos, culturales, educativos, sanitarios, educativos y securitarios. En la medida en que no seamos capaces de detectar los riesgos y amenazas, no entendamos sus causas profundas y no hagamos nada, nuestro margen de actuación se irá reduciendo, habremos perdido un gran número de posibilidades y al final de ese proceso de radicalización solo nos quedará una actuación represiva/reactiva. Inmenso error que nos costará muy caro.

Se tratará, por tanto, de analizar exhaustivamente qué está ocurriendo en los procesos de configuración comunitaria de la población musulmana en España, a partir del análisis comparativo de varias poblaciones en las que el índice de población musulmana sea relevante. Una vez recogidos los datos que se juzguen pertinentes (mediante metodologías cualitativas y cuantitativas), esos datos serán procesados para convertirlos en información y, a la luz de preguntas adecuadas, se transformará en conocimiento. La fase final será elaborar modelos analíticos para su extrapolación y el redactado de unas guías de actuación para las diferentes

administraciones que sirva para saber cómo actuar y contrarrestar la difusión de idearios extremistas, eliminando o corrigiendo aquellos factores detectados que los favorecían.

Esta última fase del estudio puede ser calificada de inteligencia sociocultural democrática, como hemos visto, a años luz de la inteligencia sociocultural manipuladora y no democrática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón, C., Soriano, R. (2004): *El nuevo orden americano. Textos básicos.*, Córdoba: Almuzara.

Anderson, D. J. (2004). *Cultural Intelligence, Meeting today's Challenges.* 686 Cushing Road Newport, RI 02841-1207: Joint Military Operations Department Naval War College

Anton-Mellón, J. (Coord.) (2012). *El fascismo clásico (1919-1945) y sus epígonos. Nuevas aportaciones teóricas.* Madrid: Tecnos.

Anton, J., Miravitllas, E. y Serra, J. (2012): De la inteligencia estratégica a la inteligencia proactiva. En González Cussac, J. L. *Inteligencia.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Antón, J., Lara, J. (2009). Las persuasiones neoconservadoras: F. Fukuyama, S.P. Huntington, W. Kristol y R. Kagan. En Maiz, R.: *Teorías políticas contemporáneas.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Arcos, R., Antón, J. (2010). Reservas de inteligencia: hacia una comunidad ampliada de inteligencia. *Inteligencia y seguridad. Revista de análisis y prospectiva*, (8, junio-noviembre).

Berman, E., Shapiro, J. N. y Felter, J. H. (2011). Can Hearts and Minds Be Bought? The Economics of Counterinsurgency in Iraq. *Journal of Political Economy* (April 2011).

BRG Research & Intelligence (2012). Recuperado desde http://www.brgresearchgroup.com/Cultural_Intelligence.html

BIHR, A. (1998). *L'actualité d'un archaïsme.* Lausanne: Editions Pade deux.

Bradbury, M. y Kleinman, M. (2010). *Winning Hearts and Minds? Examining the Relationship Between Aid and Security in Kenya.* Feinstein International Center.

Casebeer, W .D. y Russell, J. A. (2005). Storytelling and Terrorism: Towards a Comprehensive 'Counter-Narrative Strategy'. *Strategic Insights*, IV (3).

Coles, J. P. (2006). Incorporating Cultural Intelligence into Joint Doctrine. *IO Sphere Joint Information Operation Center*.

Davis, K. D. (2009). *Cultural Intelligence and Leadership: An Introduction for Canadian Forces Leaders*. 17 Wing Winnipeg Publishing Office: Canadian Defence Academy Press.

De Graaf, B. (2010). Counter-Narratives and the Unrehearsed Stories Counter-Terrorists Unwittingly Produce. *Perspectives on Terrorism*, 3 (2).

Dixon, P. (2009). 'Hearts and Minds'? British Counter-Insurgency from Malaya to Iraq. *Journal of Strategic Studies*, 32(3).

Duyvesteyn, I. (2011). Hearts and Minds, Cultural Awareness and Good Intelligence: The Blueprint for Successful Counter-insurgency? *Intelligence and National Security* 26 (4).

Friedland, L., Shaeff, G. W. y Turnley, J. G. (2007). *Socio-Cultural Perspectives: A New Intelligence Paradigm*. McLean, Virginia: MITRE Center for National Security Programs.

Gavriel, A. J. D. (2010). Red, White, or Pink SA? Understanding the Need for a Holistic Approach to Culture in Military Intelligence. *The Canadian Army Journal*, 13 (1).

Gordon, S. (2011). *Winning Hearts and Minds? Examining the Relationship between Aid and Security in Afghanistan's Helmand Province*. Feinstein International Center.

Goldman, J. (2006). *Words of Intelligence: A Dictionary*. Scarecrow Press.

Hofstede, G., Hofstede, G. J. y Minkov, M. (2010). *Cultures and Organizations: Software of the Mind*. 3rd ed. McGraw-Hill.

Huntington, S. (1993). *The Clash of Civilizations? Foreign Affairs*.

Leuprecht, C., Hataley, T., Moskalenko y S., Mccauley, C. (2009). Winning the Battle but Losing the War? Narrative and Counter-Narratives Strategy. *Perspectives on Terrorism*, 3(2).

Mcfate, M. (2005). The Military Utility of Understanding Adversary Culture. *Joint Force Quarterly* (issue thirty-eight).

Mcrae, K. D. (2006). *The Role of Culture on Joint Operations*. 686. Cushing Road Newport, RI 02841-1207: Joint Military Operations Department Naval War College.

Muñoz, A. (2012). *U.S. Military Information Operations in Afganistan Effectiveness of Psychological Operations 2001–2010*. RAND Corporation.

Navarro Bonilla, D. (2011). *Nuevas cartografías: inteligencia sociocultural y perspectivas de especialización*. Recuperado desde [Http://Diegonavarrob.Blogspot.Com.Es/2011/08/Nuevas-Cartografias-Inteligencia.Html](http://Diegonavarrob.Blogspot.Com.Es/2011/08/Nuevas-Cartografias-Inteligencia.Html)

Navarro Bonilla, D. (2012). Variantes del análisis como especialización profesional: retos y oportunidades de la inteligencia sociocultural. En J. J. Fernández Rodríguez, D. Sansó-Rubert Pascual, J. Pulido Grajera y R. Monsalve (Eds.). *Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea*. Primera edición. Ministerio de Defensa Dirección, General de Relaciones Institucionales.

Patton, K. (2010). *Sociocultural Intelligence: A New Discipline in Intelligence Studies*. Continuum Intelligence Studies.

Pool, R. (2011). *Sociocultural Data to Accomplish Department of Defense Missions: Toward a Unified Social Framework*. Washington DC: The National Academies Press.

Quiggin, T. (2009). Understanding al-Qaeda's Ideology for Counter-Narrative Work. *Perspectives on Terrorism*, 3 (2).

Roy, O. (2003). *El Islam mundializado*. Barcelona: Bellaterra.

Segell, G. (2011). *Creating Intelligence: Information Operations in Iraq*. London: BM Letaba View.

Sorrentino, D. (2011). Socio-Cultural Intelligence. Recuperado desde http://www.brgresearchgroup.com/uploads/Article_-_SocioCultural_Intelligence_-_2011_02_10_02.pdf

Spencer, E. (2010). Brains and Brawn Cultural Intelligence (CQ) as the 'Tool of Choice' in the Contemporary Operating environment. *Canadian Military Journal*, 11 (1).

Strader, O. (2006). *Culture: The Key Terrain Integrating Cultural Competence into JIPB*. 250 Gibbon Ave Ft. Leavenworth, KS 66027: School of Advanced Military Studies.

ESTÍMULOS FISCAIS DO ICMS E A UNANIMIDADE EXIGIDA NO CONFAZ

Ives Gandra da Silva Martins

Especialista en Derecho Tributario y Ciencias de las Finanzas de la Universidad de Sao Paulo. Doctor en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mackenzie, Brasil.

Recibido: noviembre de 2013

Aceptado: diciembre de 2013

RESUMEN

El artículo está referido a un breve estudio y consideraciones sobre la naturaleza jurídica del ICNS, que debe dar lugar a un proyecto de ley de incentivos regulatorios comunes y complementarios capaces de extinguir el impuesto de guerra. Proyecto necesario para obtener la decisión unánime de los Estados.

Palabras clave: pacto federal, enmiendas constitucionales, resoluciones del senado, leyes complementarias, beneficios, exenciones, impuestos

RESUMO

O artigo está referido a um breve estudo e consideraciones sobre a natureza jurídica do SNIC, o que deve resultar em um projeto de lei de incentivos e complementarios regulamentares comuns capazes de extinguir a guerra fiscal. Projeto necessário para obter a decisão unânime dos Estados.

Palavras-chave: acordo federal, emendas constitucionais, senado que resolve, leis complementares, vantagens, isenções, taxas.

Particpei da Comissão de Especialistas nomeada pelo presidente do Senado Federal —éramos 13— para repensar o pacto federativo. Entre os 12 anteprojetos de Emendas Constitucionais, Resoluções do Senado, Leis Complementares e ordinárias, apresentamos um anteprojecto de lei complementar regulador dos incentivos, beneficios e isenções do ICMS nas operações interestaduais, capaz de encerrar a guerra fiscal.

Durante as discussões da Comissão presidida por Nelson Jobim e relatada por Everardo Maciel, formulei minha posição pessoal sobre os estímulos fiscais do ICMS, entendendo que sua concessão só poderia ser feita por unanimidade da deliberação dos Estados e que

tal unanimidade não decorria de livre formulação do legislador complementar, mas advinha da própria Constituição e era cláusula pétrea.

Neste artigo esclareço os fundamentos jurídicos da minha posição, que é praticamente o parecer que dei para a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

Princípio este breve estudo com rápidas considerações sobre a natureza jurídica do ICMS.

Tratase de tributo que deveria ser, no Sistema Brasileiro, um tributo federal ou centralizado, como ocorre na esmagadora maioria dos países que adotam a técnica do valor agregado.⁶

Embora o regime adotado seja o da “não cumulatividade”, —que guarda apenas semelhanças com a técnica e com o princípio do valor agregado, para o fim de viabilizar a desoneração da tributação das operações anteriores nas posteriores— este tributo de “vocaçao nacional” foi regionalizado, com a EC nº 18/65, o CTN e pelas Constituições de 67 e 88.⁷ Não adotou, o país, a compensação de base contra base, mas o do imposto contra o imposto, em apuração periódica, conforme determina o artigo 155, § 2º, inciso I, da CF, assim redigido:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

.....

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

.....

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

⁶ Jean Jacques Philippe, em seu "La taxe sur la valeur ajoutée" (Ed. Berger - Levraut), ao dizer: "Impôt moderne, la TVA est cependant l'héritière d'une histoire déjà longue" (p. 21), enumera, embora de forma perfunctória, a evolução desde 1917, passando pelas "Taxes Générales sur les affaires et taxes unives spéciales (1917-1936)", "la taxe sur les paiements (1917-1920)", "l'impôt sur chiffre d'affaires (1920-1936)", "les taxes unives (1925-1936)", "la taxe à la production (1937-1954" até chegar à lei francesa de nº 54.404, de 10/4/1954, que instituiu a primeira TVA, substituída posteriormente pela lei de 6/1/1966, que passou a vigorar a partir de 1/1/1968".

⁷ Bernardo Ribeiro de Moraes lembra a luta pela implantação do imposto sobre o valor agregado: "Conforme se verifica, o imposto sobre as vendas, do tipo em cascata, criado como instrumento de rápida e volumosa receita pública para os países que sentiam o impacto do após-guerra, recebeu nova técnica, com o propósito exclusivo de eliminar certas repercussões econômicas inconvenientes ao Estado moderno, passando a denominar-se IMPOSTO SOBRE O VALOR. ACRESCIDO (sobre o valor "acrescentado", "acumulado", "agregado", "somado" ou "juntado").

I- será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

.....

Em outras palavras, por entender o nosso constituinte, à luz das lições dos especialistas que elaboraram os anteprojetos dos dois primeiros diplomas citados, que os Estados deveriam ter receita própria de impostos, regionalizaram o tributo, nada obstante o indiscutível impacto que isso causaria, nas operações interestaduais, para os Estados vinculados à operação.⁸

Sem me aprofundar nas razões que levaram a esta solução —Gilberto de Ulhôa Canto, um dos pais do atual sistema, contou-me que Rubens Gomes de Souza, autor do anteprojeto de CTN, confidenciara-lhe, durante os trabalhos preparatórios, que, com o “ICM”, iria acabar a guerra fiscal do IVC, imposto sobre vendas e consignações—, o certo é que o problema da guerra fiscal permaneceu e foi exacerbado, após a CF de 88, quando a União, por ter perdido receita de IPI e de I. Renda para Estados e Municípios, deixou de praticar políticas regionais.⁹

Interessam-me, para este estudo, os incisos IV, V e VI do § 2º do artigo 155, assim redigidos:

*§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

.....

Esta nova denominação representa o mesmo imposto geral sobre as vendas, sendo uma modalidade deste, agora mais aperfeiçoado tecnicamente, mais “enobrecido”, como diria RICARDO CALLE SAIZ.

A luta para o aperfeiçoamento do imposto sobre vendas, do tipo em cascata, objetivando evitar certos inconvenientes do imposto cumulativo, nasceu juntamente com a idéia da criação do referido imposto. Em 1918, na Alemanha, quando se pensava no estabelecimento do imposto sobre as vendas, de incidência múltipla, (“Umsatzsteuer”), forte oposição ao projeto foi feita pelo conselheiro FRIEDRICH VON SIEMENS, que propôs, então, a utilização de um imposto sobre o valor acrescido, o que não foi aceito. No ano seguinte, quando VON SIEMENS recomendou o enobrecimento do imposto alemão sobre vendas, de incidência múltipla, com a alíquota de 1%, substituindo-o por um gravame sobre o valor acrescido, o Conselho Econômico do Reich reconheceu que a proposta permitia suprimir os inconvenientes da tributação múltipla sobre as vendas, embora não aceita diante das necessidades da Fazenda em auferir maior receita. Desta forma, o governo alemão deixou de aceitar uma inovação fiscal que, posteriormente, triunfaria em quase todos os países” (Caderno de Pesquisas Tributárias vol. 3, O fato gerador do ICM, coordenação minha, co-ed. Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, 1978, p. 40/41).

⁸ Aliomar Baleeiro lembra:

“III. A TRANSFORMAÇÃO DA EMENDA N.º 18. — Do ponto de vista econômico, o I.C.M. é o mesmo I.V.C., que concorria com cerca de 3/4 partes da receita tributária dos Estados-membros. Arguia-se que só diferia do imposto de consumo e do imposto de indústrias e profissões sobre comerciantes e industriais, pelo ‘nomen juris’, pois os três sangravam a mesma realidade econômica: — a introdução da mercadoria no circuito comercial.

A Emenda 18, pretendendo remediar essa contingência daquela realidade, inventou novas normas e formulou o fato gerador de modo diverso, confundindo quase o imposto de consumo

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

.....

Houve por bem, o constituinte, fortalecendo o princípio desenhado na Lei Complementar 24/75 - de canhestra redação -, estabelecer, conforme o § 2º, incisos IV, V e VI do § 2º do artigo 155 da CF, todo um sistema de controle da determinação de alíquotas estaduais e interestaduais pelo Senado Federal, objetivando: a) eliminar os riscos de que incentivos outorgados por um Estado tivessem impacto de descompetitividade em relação a Estados que dele recebessem mercadorias com ICM estimulado, mediante a exigência de aprovação de alíquotas mínimas para as operações internas e máximas nas mesmas operações, em caso de conflito entre os Estados; b) estabelecer as alíquotas aplicáveis para as operações interestaduais e de exportação; c) exigir a unanimidade de Estados e DF para aprovar tratamento mais favorável às

e o I.V.C. Pela Constituição de 1946, o fato gerador do I.V.C. era o contrato de compra e venda, o negócio jurídico, no qual figuravam, como vendedores, os comerciantes e produtores, inclusive industriais, e só eles.

A Emenda n.º 18 e a Emenda n.º 1/1969 deram para fato gerador do I.C.M. o mesmo que o legislador ordinário fixara há muitos anos, para o imposto de consumo, que estes diplomas rebatizaram de imposto de produtos industrializados; — o momento ou fato de a mercadoria sair do estabelecimento do contribuinte para negócio. Mas o I.P.I. incide também na saída da alfândega ou depois do leilão das mercadorias importadas abandonadas. — Acontece praticamente o mesmo com o I.C.M. O art. 8º, do A.C. 36/67, que revogou expressamente o inciso II do art. 52, "caput" do CTN, foi por sua vez revogado pelo art. 1º, II, do dec.-lei 406/68. Este restabeleceu o inciso II do art. 52, fazendo o I.C.M. incidir sobre a entrada de mercadoria estrangeira no estabelecimento de quem a importou" (Direito Tributário Brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 10 a. ed., 1981, p. 218/219).

9 O interessante, todavia, é que no projeto da Comissão Revisora do anteprojeto de Rubens, o imposto continuava como IVC e assim foi enviado pelo Ministro Osvaldo Aranha à Presidência:

"Art. 34. O imposto sobre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, (Const., art.) tem como fato gerador:

I- a venda assim entendida a transmissão, por ato entre vivos, da propriedade de coisa móvel, contra pagamento de preço em dinheiro;

II- a consignação, assim entendida a remessa de coisa móvel a outrem, para que este a venda" (Codificação do Direito Tributário, contribuição do Inst. Bras. de Direito Financeiro ao estudo do Projeto de Código Tributário Nacional, ed. IBDF, 1955, Rio de Janeiro, p. 332).

operações internas —e, implicitamente, para as externas—; d) exigir que as alíquotas internas não fiquem abaixo das previstas para as operações interestaduais, salvo acordo de todos os Estados e Distrito Federal.¹⁰

E ao falar em Estados e Distrito Federal no que concerne a isenções, incentivos e benefícios, impôs a necessidade de votação unânime, para não provocar favorecimento que desse a qualquer um deles maior competitividade, no mercado interno, o que resta reforçado pela disposição de que as alíquotas internas não sejam inferiores às definidas para as operações interestaduais. *E a unanimidade decorre de não ter o constituinte estabelecido “quorum” menor para aprovação dos estímulos fiscais.*

O inciso VI, portanto, determina que, só pela deliberação unânime dos Estados, as alíquotas internas podem ser *inferiores* às interestaduais, muito embora para a definição das alíquotas interestaduais e de exportação *–idênticas para Estados e Distrito Federal–* o Senado, por maioria absoluta, determinará quais são as alíquotas aplicáveis.

Repito, para alíquotas internas diferenciadas, ou seja, estimuladas entre Estados e Distrito Federal, falou o constituinte em “Estados e Distrito Federal”, o que representa unanimidade, pois não oferta exceções deliberativas, nem a possibilidade de exclusões de Estados ou do Distrito Federal. Não se referiu a *2/3 ou maioria de tais entidades federativas*, como ocorre nas deliberações do Senado, quanto ao voto dos Senadores representantes dos Estados. Vale dizer, tal deliberação terá que ser dos Estados, ou seja, todos eles mais o Distrito Federal. Isto ocorre porque concedidos sem autorização unânime, poderiam provocar descompetitividade. Para a definição de uma alíquota *uniforme* entre Estados, basta a maioria absoluta do Senado, pois nenhuma descompetitividade será gerada; não havendo mercadorias menos ou mais oneradas, por força de incentivos dados. As alíquotas seriam idênticas, mesmo levando em consideração a existência de

¹⁰ José Afonso da Silva lembra que:

“Resoluções do Senado Federal e o ICMS. O Senado Federal, por via de resoluções aprovadas ora por maioria absoluta, ora por dois terços de seus membros, desempenha papel importante na prevenção de conflitos tributários. Não é novidade da Constituição vigente. Desde a de 1934 ele vem recebendo incumbências nessa área, o que se acentuou com a Constituição de 1967.

O campo de atuação das resoluções do Senado Federal em matéria tributária circunscreve-se ao disposto no art. 155, § 2, IV e V, e VI. O primeiro prevê que resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação. Aqui, a resolução do Senado é requerida de modo peremptório. É, porém, facultativo o estabelecimento de alíquotas mínimas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada por maioria absoluta de seus membros; assim também a fixação de alíquotas máximas, nas mesmas operações, para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros” (Comentário contextual à Constituição, 7^a. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010, p. 686).

regiões diversas de Estados e D.Federal, pois alíquotas uniformes para cada uma delas. Para tal definição, basta, pois, a maioria do Senado, que é a Casa Legislativa da Federação, com representação equalitária de todos os Estados.¹¹

Se houver, de qualquer forma, conflito entre os Estados para alíquotas internas —não interestaduais—, apenas por 2/3 o Senado poderá deliberar para fixar ALÍQUOTAS MÁXIMAS, ou seja, as alíquotas válidas para todos os Estados e D.Federal, que não poderão ser ultrapassadas, lembrando-se sempre que as alíquotas internas, não podem ser inferiores às aplicáveis às operações interestaduais.

Neste caso, o Senado age em nome da Federação, prevalecendo pois a possibilidade de “quorum” inferior à unanimidade.

No caso de acordo entre os Estados, não, pois cada Estado fala em nome próprio, razão pela qual a unanimidade é requisito essencial. É de se lembrar que o inciso VI refere-se expressamente à letra “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 referente a estímulos fiscais.

Por esta razão, interpreto que a unanimidade, que para incentivos fiscais é exigida do CONFAZ, não é senão um reflexo infraconstitucional do regime de fixação de alíquotas, imposto pela Constituição ao Senado Federal, ou seja, a) unanimidade deliberativa dos Estados e Distrito Federal para alíquotas estimuladas e diferenciadas internas, sem o piso das alíquotas interestaduais; b) maioria absoluta do Senado para as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação; c) maioria absoluta do Senado para estabelecer alíquotas interestaduais; d) 2/3 dos senadores para fixar alíquotas máximas em caso de conflito; e e) as alíquotas internas não poderão ser inferiores às interestaduais.

Em outras palavras, o inciso VI estabelece regra de unanimidade para evitar descompetitividade nas deliberações de Estados e Municípios. Por isto, o constituinte não fala em maioria, nem em 2/3, como nos incisos anteriores para definição das alíquotas internas QUE PODERÃO SER INFERIORES ÀS ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS, mas em unanimidade, ou seja, a deliberação de todos os entes regionais.¹²

¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o inciso IV, lembra: “Resolução do Senado. Como é sabido, a Constituição atribui ao Senado Federal a função de representar os Estados e o Distrito Federal (v., acima, art. 46, caput). Em razão disso, segundo já estava no direito anterior (Emenda n. 1/69, art. 23, § 52, com a redação dada pela Emenda n. 23/83), cabe ao Senado, *no interesse de todos esses entes*, fixar por meio de resolução as alíquotas relativas às operações e prestações interestaduais e de exportação” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, Ed. Saraiva, 1999, p. 126).

¹² No mesmo espírito, leia-se a ementa da ADI 3936: “Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2 da Lei n2 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal para que o Estado do

Concluo esta parte do estudo, dizendo que o texto constitucional, quando se refere à deliberação dos Estados e Distrito Federal no tocante a estímulos fiscais outorgados, necessariamente impõe a deliberação de todos os Estados e Distrito Federal, VISTO QUE NÃO ESTABELECEU QUALQUER “QUORUM” MÍNIMO.

Por esta linha de raciocínio, entendo que a unanimidade exigida pelo CONFAZ não decorre da legislação infraconstitucional, mas decorre, à luz da Constituição de 1988, do próprio texto supremo, tese, aliás, fortalecida com a interpretação que agora darei do artigo 146-A da Lei Suprema.

Reza o artigo 146-A da CF:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).¹³

Embora aplicável a todos os tributos previstos na lei suprema, diz respeito especialmente ao ICMS, onde mais aguda se faz a descompetitividade, e vem, definitivamente, reforçar a interpretação que ofertei aos retro incisos IV, V e VI, ou seja, de que apenas a concordância unânime de todos os Estados e do Distrito Federal pode justificar isenções, incentivos ou benefícios fiscais diferenciados, a privilegiar um Estado, na competitividade de seus produtos, em relação a outros.

O artigo, porém, dá valor especial à lei complementar como veículo de prevenção à “descompetitividade tributária”, reforçando a interpretação que desde a década de 60 tenho dado a esse instrumento legislativo de que, quando cuidando de normas gerais em matéria tributária, obriga todas as entidades da Federação: é

Paraná, por meio de seu poder executivo, desencadeie a denominada “guerra fiscal”, repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e § 36, 37 e 38 do Decreto estadual nº 5.141/2001. Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, § 2, XII, g, da CF/88. *A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF.* A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino” (grifos meus) (ADI 3.936-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19-9-07, Plenário, DJE, de 9-11-07)” (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 8ª. ed., Ed. Atlas, 2011, p. 1755).

¹³ Nada obstante a pouca clareza do texto, aliás apontada por José Afonso da Silva, teve um caráter sinalizador de justa política tributária. Diz José Afonso:

“3. PREVENÇÃO DE DESEQUILÍBRIOS DA CONCORRÊNCIA. A Emenda Constitucional 42/2003 criou também o art. 146-A, com a pretensão de prevenir desequilíbrios da concorrência. O texto não é muito claro, porque, para tanto, autoriza (é simples faculdade) à lei complementar estabelecer critérios especiais de tributação, sem prejuízo da competência da União, por lei, de estabelecer normas de igual objetivo. Texto confuso, como se vê, porque a lei complementar também é da competência da União. O que o dispositivo quer dizer é que a lei

uma lei nacional, uma lei da Federação, produzida pelo aparelho legislativo da União e emprestado a todas as entidades federativas.¹⁴

Tanto é que abre espaço, o constituinte, para a União estabelecer lei federal com igual teor, à evidência, obrigando apenas à própria União.

Admitir que a lei federal produzida poderia, também, obrigar Estados e Municípios nulificaria a produção de lei complementar, pois tanto uma quanto outra poderiam ter a mesma eficácia no mesmo campo de abrangência. Vale dizer, promulgaria a União, uma Lei Complementar ou uma lei ordinária e seus efeitos seriam os mesmos!!! Por respeito ao constituinte, não posso admitir tal exegese.

O que o dispositivo torna claro é que aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios não foi outorgada a mesma faculdade de produzir uma norma geral capaz de obrigar toda a federação, a fim de evitar a descompetitividade.

Nitidamente, o artigo 146-A consagra o princípio da “livre concorrência”, esculpido no inciso IV, do artigo 170, assim redigido:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

IV - livre concorrência;

que, à evidência, poderia desaparecer, - embora, a meu ver, esteja implícito em vários pontos da lei suprema - se não fosse explicitado pela Emenda Constitucional n. 45/05.¹⁵

complementar, no caso, situada no âmbito do sistema tributário, não exclui a competência que o art. 173, § 42, dá à lei ordinária, já existente, de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (Comentário contextual à Constituição, ob. cit. p. 660).

¹⁴ Escrevi: “Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação —no que têm razão—, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 6, tomo I, Celso Bastos Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 2001, 2ª. ed., p. 79).

O artigo 146-A é principiológico, sendo, a meu ver, de aplicação imediata, muito embora, com o advento da lei complementar explicitadora, sua aplicação virá a ganhar forma procedimental.

Ocorre com o artigo 146-A o que ocorreu com o artigo 102, inciso I, da Lei Suprema:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I-processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

.....,

em que, apesar de a Lei 9868/99 só ter surgido 11 anos depois de promulgada a Constituição, isso não impediu que mais de mil ações diretas fossem propostas e julgadas por rito regimental do próprio STF, dando à norma constitucional aplicação imediata. Só com a Lei 9868/99 é que o rito atual tornou-se obrigatório; mas a ausência de lei por 11 anos, não impediu a aplicação do preceito constitucional.¹⁶

Assim, para o ICMS —antes ICM—, a própria Constituição anterior, como demonstrei na primeira parte deste estudo, já proibía a descompetitividade, ao exigir a unanimidade dos Estados e Distrito Federal para autorização de instituição de incentivos fiscais. É que sua concessão por um Estado, sem o aval dos demais, poderia tornar seu produto menos oneroso, devido à carga de ICMS menor, por força da não cumulatividade, de observância obrigatória pelo Estado receptor de mercadorias.¹⁷

É de se lembrar que, qualquer política para reequilibrar desequilíbrios regionais, em matéria tributária, só pode ser de

¹⁵ Celso Ribeiro Bastos ensina: “A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, à diminuição dos seus custos, enfim, na procura constante da criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, 7º volume, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 27).

¹⁶ Gilmar Mendes e eu publicamos o livro “Controle concentrado de constitucionalidade”, em 3 edições pela Saraiva, em que mostramos que a Lei 9868/99 inovou pouco em relação ao rito anterior, nada obstante algumas novidades, como a da inclusão do “amicus curiae”. Por divergência de interpretação no que concerne à Lei nº 12.063/09 (declaração de inconstitucionalidade por omissão) deixamos de publicar novas edições.

responsabilidade da União, como se verifica da leitura do artigo 151, inciso I, da Lei Suprema:

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País; (grifos meus)

.....¹⁸

Nem Estados, nem Municípios têm tal responsabilidade, a não ser que concordem, por unanimidade, com uma política comum de incentivos.

Sabidamente assim agiu o constituinte, pois tem a União – e agora mais do que em 1988, por força das contínuas elevações de alíquotas de COFINS e PIS, tributos não partilháveis- maiores recursos tributários e pode fazer política nacional de estímulos, sendo ESTA A ÚNICA HIPÓTESE DE DESCOMPETITIVIDADE TRIBUTÁRIA admitida pela Lei Suprema, que não fere o artigo 150, inciso II da CF, assim redigido:

¹⁷ Escrevi no artigo A UNANIMIDADE NO CONFAZ que:

“.....Em outras palavras, sempre que um Estado concede incentivos fiscais ou financeiros, dispensando o recolhimento do tributo ou devolvendo-o após um pagamento meramente escritural, gera, nas operações interestaduais, um crédito que terá que ser suportado pelo Estado para onde o produto é remetido, que só poderá cobrar o diferencial entre o valor do referido crédito e o valor do débito ocorrido em seu território.

Desta forma, se a saída de uma mercadoria dentro do Estado sofre tributação à alíquota de 18% e a mesma mercadoria vinda de um Estado estimulador chega “sem tributo pago” na origem, à alíquota de 7% ou 12%, conforme a região, este produto terá uma carga tributária de 6% ou 11%, contra os 18% do produto fabricado no Estado de destino.

Para evitar esta guerra fratricida é que foi criado o Confaz e promulgada a Lei Complementar nº 24/75, que permite ao Estado de destino, prejudicado em sua arrecadação e competitividade, anular os créditos correspondentes às operações interestaduais provenientes de Estados, que, independente de Convênio, concedem incentivos à revelia dos demais. Por decisão da Suprema Corte, essa lei foi considerada recepcionada pela Constituição de 1988.

.....” (O Estado de São Paulo, 16/06/12, A2 – Espaço Aberto).

¹⁸ Por esta razão, foi recepcionada a Lei Complementar nº 24/75.

Leia-se na ADIN 2549, a parte da emenda que transcrevo:

“ * ADI 2549, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-209 DIVULG 28-10-2011 PUBLIC 03-11-2011 EMENT VOL-02618-01 PP-00024 RET v. 14, n. 82, 2011, p. 92-105:

.....
VII - O art. 155, § 2º, inciso XII, g, da Constituição Federal dispõe competir à lei complementar, mediante deliberação dos Estados membros e do Distrito Federal, a regulamentação de isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou revogados, no que diz respeito ao ICMS. Evidente necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da pernicioso “guerra fiscal” entre eles. *À lei complementar restou discricionária apenas à forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional. A questão, por sua vez, está regulamentada pela Lei Complementar 24/1975,*

que declara que as isenções a que se faz referência serão concedidas e revogadas nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. VIII - Necessidade de aprovação pelo CONFAZ de qualquer política extrafiscal que implique na redução ou qualquer outra forma de desoneração do contribuinte em relação ao ICMS. Precedentes do STF. IX - O Decreto

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;.....¹⁹

Em outras palavras, apenas e exclusivamente a União pode fazer políticas que afetem a competitividade, em prol de desenvolver regiões mais pobres do país. Essa é a única forma de descompetitividade que é considerada constitucional e que não fere nem o inciso II do art. 150, nem o inciso IV do artigo 170, porque viabiliza alcançar o objetivo previsto no art. 3º, III da CF e se coaduna com as regras do artigo 155, § 2º, incisos IV, V e VI da Lei Maior.²⁰

20.957, de 13 de janeiro de 2000 teve os seus efeitos integralmente exauridos, enquanto que os Decretos 21.077/00, 21.082/00 e 21.107/00 foram revogados, fato que implicou na carência superveniente da ação. Interesse processual. X - Parcial procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso I e seus §§ 2º e 3º; do artigo 5º, seus incisos I, II e III e seu parágrafo único, inciso I; do artigo 6º, na sua integralidade; e dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 7º, todos da Lei 2.483, de 19 de novembro de 1999" (grifos meus).

¹⁹ Escrevi sobre o princípio o seguinte:

"Equivalente é um vocábulo de densidade ôntica mais abrangente do que 'igual'. A igualdade exige absoluta consonância em todas as partes, o que não é da estrutura do princípio da equivalência. Situações iguais na equípólencia, mas diferentes na forma, não podem ser tratadas diversamente. A equivalência estende à similitude de situações a necessidade de tratamento igual pela política impositiva, afastando a tese de que os desiguais devem ser tratados, necessariamente, de forma desigual. Os desiguais, em situação de aproximação, devem ser tratados, pelo princípio da equivalência, de forma igual em matéria tributária, visto que a igualdade absoluta, na equivalência não existe, mas apenas a igualdade na equiparação de elementos (peso, valor etc.). Qual foi a razão para tal elasticidade ofertada pelo constituinte, para proteção dos contribuintes, vedando ao Poder Tributante adoção de técnica diversa?"

A tradição brasileira de pouco respeito aos direitos dos cidadãos em matéria tributária --o Presidente Collor acaba de pedir ao Congresso a redução dos direitos dos contribuintes para fazer uma reforma tributária, que tem na essência o princípio de "maiores tributos, menores direitos"--, certamente levou o constituinte a amarrar os poderes tributantes (três sobre o mesmo "pagador de tributos") aos grilhões seguros do princípio da igualdade, evitando simultaneamente: a) que, a título de tratamento desigual dos desiguais, se multiplicassem as hipóteses de situações diversas para neutralização do princípio da igualdade; b) servisse a redução legislativa do princípio da igualdade como forma de tratamento aplicável às perseguições fiscais em relação a setores, que estivessem em conflito com os governos.

Entendo ter sido esta a razão fundamental que levou o constituinte, em relação ao princípio da igualdade, seja em seu aspecto subjetivo, seja naquele objetivo, a proteger todos os contribuintes contra o tratamento desigual, exigindo que este tratamento deva ser igual não

apenas para situações iguais, mas para situações equiparadas, equivalentes, com núcleo comum de identidade. Compreende-se assim porque o discurso do inc. II é concluído com a afirmação de que a situação equivalente será detectada independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos dos contribuintes.

Em outras palavras, quaisquer que sejam os contribuintes, quaisquer que sejam os fatos imponíveis, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discriminatória" (Caderno de Pesquisas Tributárias nº 17, Co-edição CEU/Resenha Tributária, 1992, p. 19/21).

²⁰ Já entendi, em passado distante, fiel ao princípio da livre concorrência, que a própria competência da União em fazer políticas regionais poderia gerar desequilíbrios, em inteligência que hoje me parece excessivamente radical:

"O novo Texto, se, de um lado, abre a possibilidade de tratamento diferencial, em outro dispositivo proíbe tal tratamento (art. 150, II), com o que o conflito evidente poderá desembocar na solução do direito alemão, de considerar um dos dispositivos inconstitucional.

Isto porque a concessão de incentivos não está adstrita à competência da União, nem será veiculada

Por esta razão, com sede na Constituição —e exclusivamente na Constituição— é que entendo que a unanimidade dos Estados para autorizar incentivos, estímulos e benefícios no ICMS, que possam reduzir o peso do tributo nas operações internas e interestaduais, gerando, pois, descompetitividade tributária, é elemento fundamental. Está a Lei Complementar 24/75, portanto, recepcionada. Qualquer outra que venha a ser produzida DENTRO DAS FRONTEIRAS PREVIAMENTE ESTABELECIDAS pela Lei Suprema, não poderá fugir deste preceito. A unanimidade do apoio de Estados e Distrito Federal a qualquer tipo de estímulo fiscal a ser instituído no âmbito do ICMS é, a meu ver, princípio fundamental, porque destinado a evitar a descompetitividade interestadual e a preservar a Federação.²¹

O artigo 155, § 2º, letra “g” do inciso XII da Constituição Federal, assim redigido:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

.....

XII - cabe à lei complementar:

.....

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

.....²²

por lei complementar, de tal forma que a igualdade constitucional pode ficar maculada, por inteiro, com essa amplidão concessiva outorgada, transformando-se o inc. II do art. 150 em letra morta e inútil no Texto.

Em uma interpretação sistemática, poder-se-á entender que os incentivos fiscais apenas serão concedidos desde que não impliquem tratamento desigual que privilegie atividades mais oneradas em outras regiões, decididamente sendo inaplicável ao menor sintoma de que o tratamento desigual não esteja estabelecendo equilíbrio, mas desequilíbrio, que atinja contribuintes em situações diversas” (Comentários à Constituição do Brasil, 6 volume, tomo I, Ed. Saraiva, 2ª. ed. 2001, p. 251/252).

²¹ ** ADI 3664, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00017:

1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2.

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 27.427/00, do Estado do Rio de Janeiro. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de alíquota e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. *Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF.* Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ” (grifos meus).

²² Escrevi:

“O atual dispositivo estende a deliberação, além das isenções, para outras formas de estímulo, com o que os benefícios e incentivos fiscais passam a ser também de competência da deliberação conjunta.

não pode, portanto, quebrar tal preceito fundamental, que permitiu que um tributo de vocação nacional fosse regionalizado, sem que unidades federativas viessem a ser prejudicadas quando contrárias à concessão de estímulos. Vale dizer, que não tenham seus produtos sujeitos à concorrência predatória, em virtude de incentivos concedidos por outras unidades da federação, para os mesmos produtos nelas produzidos.²³

E isto me leva à observação final desta opinião legal, ou seja, de que tal preceito é uma cláusula pétrea.

Reza o artigo 60, § 4º, inciso I, da Lei Suprema, que:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

.....

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

.....”

Como se pode verificar, o dispositivo falou em “abolir”, significando que o sistema federativo é assegurado como cláusula imodificável da lei suprema.

Parece-me mais adequado o texto da nova Constituição que o da anterior, posto que a isenção é uma das formas de estímulo fiscal, mas não é a única” (O sistema tributário na Constituição, 6ª. ed., Ed. Saraiva, 2007, p. 656).

²³ “* ADI 3674, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-01 PP-00011:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PREFERENCIAL – AUSÊNCIA DE CONSENSO DAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ADEQUAÇÃO. *Mostra-se adequada a ação direta de inconstitucionalidade quando há tratamento tributário diferenciado em lei da unidade da Federação, sem remissão a consenso entre os demais Estados.* TRIBUTO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – DELEGAÇÃO AO PODER EXECUTIVO – ALÍQUOTA – IMPROPRIEDADE. *Surge discrepante da Constituição Federal lei por meio da qual se delega ao Poder Executivo fixação de alíquota de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, pouco importando a previsão, na norma, de teto relativo à redução.* PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. TRIBUTO – “GUERRA FISCAL”. Consubstancia “guerra fiscal” o fato de a unidade da Federação reduzir a alíquota do ICMS sem a existência de consenso, mediante convênio, entre os demais Estados” (grifos meus).

É que o sistema federativo poderia restar modificado e sensivelmente desfigurado, passando a ser apenas formalmente federativo, se emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais reduzissem à expressão quase nenhuma a autonomia política, financeira ou administrativa das unidades federativas.

Na autonomia financeira é de se compreender inserta a liberdade de decidir sobre seus destinos conforme as regras constitucionais. Não podem, a Constituição ou outras leis, criarem condições que retire das entidades federativas o direito de exercer tal autonomia.²⁴

Na autonomia financeira dos Estados, é o ICMS a sua grande fonte de receita, tributo cuja estadualização implica a existência de regras na lei Suprema destinadas a evitar que os Estados sejam privados do direito de dirigir suas políticas regionais, ou que sejam pressionados a concederem benefícios, por autênticos “leilões” provocados por investidores que escolhem o local de sua instalação em função dos benefícios que este ou aquele Estado lhes ofereçam.

Na atual guerra fiscal, são os investidores que negociam e impõem às Secretarias dos Estados sua política, obtida, por se instalarem naqueles que lhes outorgarem maiores vantagens. Tal fato representa, de rigor, que a verdadeira política financeira não é definida pelos governos, mas exclusivamente pelos investidores. E, muitas vezes, gera descompetitividade no próprio Estado para estabelecimentos, já há longo tempo lá estabelecidos, que não poderão dos estímulos se beneficiar.

Ora, é exatamente este tipo de “leilão” que a Suprema Corte atalhou recentemente, exigindo que, para a concessão de estímulos no âmbito do ICMS, haja unanimidade autorizativa dos 26 Estados e do Distrito Federal, em clara sinalização de que, agir de forma contrária, sobre ferir a Constituição, DIRETAMENTE, feriria, também, o sistema federativo do Estado Brasileiro.²⁵

²⁴ Américo Lacombe explica:

“O Pacto Federativo é, portanto, como vimos acima, decorrência da nossa Constituição, que fixa princípios a serem respeitados, tais como: *a não intervenção, a discriminação de competências e a discriminação de rendas, e a imunidade tributária recíproca, a participação dos Estados membros na vontade federal, e a inexistência do direito de secessão*” (grifos meus) (Princípios constitucionais relevantes, Lex Magister/Fecomércio, Porto Alegre, 2012, p. 162).

²⁵ ADI 2688, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-01 PP-00015:

Ementa: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ISENÇÃO CONCEDIDA A TÍTULO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE AOS INTEGRANTES DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR EM ATIVIDADE OU INATIVIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CONVÊNIO INTERESTADUAL. PERMISSÃO GENÉRICA AO EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.561/2002 DO ESTADO DO PARANÁ. 1. *A concessão de benefício ou de incentivo fiscal relativo ao ICMS sem prévio convênio interestadual que os autorize viola o art. 155, § 2º, XII, g da Constituição.* 2. Todos os critérios essenciais para a identificação dos elementos que deverão ser retirados do campo de incidência do tributo (regra-matriz) devem estar previstos em lei, nos termos do art. 150, § 6º da Constituição. A permissão para que tais elementos fossem livremente definidos em decreto do Poder Executivo viola a separação de funções estatais prevista na Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (grifos meus).

É que sem autonomia financeira, a autonomia política fica reduzida e a administrativa limitada. A Federação, fragilizada, manter-se-ia apenas por força de um formalismo legal e não de uma autêntica realidade, construída, a duras penas, desde 1891 com a 1ª. Constituição Republicana.

Se um Estado sofre, na Federação, desfiguração tributária devido à sistemática não cumulativa do ICMS, sendo obrigado a reconhecer créditos presumidos, mas inexistentes, concedidos por outros Estados, SEM A SUA CONCORDÂNCIA, as empresas estabelecidas em seu território tornam-se descompetitivas e sem condições concorrenciais, dada a invasão de produtos estimulados, à margem do consenso unânime. Nitidamente, o pacto federativo torna-se uma farsa e a Federação, um sistema debilitado, restando a tríplice autonomia (política, administrativa e financeira) seriamente maculada.²⁶

Por esta razão, entendo que a expressão “abolir” deve ser entendida como abrangendo todas as situações em que o verdadeiro sistema federativo é fragilizado por atos que ponham em xeque a tríplice autonomia de que gozam as unidades federativas, a ponto de se digladiarem, sem objetivo comum e ficarem à mercê dos interesses dos investidores, e não de seu povo ou seu governo para o atendimento do interesse público.

A meu ver, retirar o direito de –dentro das regras constitucionais de que os Estados não estão obrigados a suportar políticas destinadas a promover o reequilíbrio regional, cabendo esta atribuição exclusivamente à União– o Estado opor-se a incentivos fiscais de ICMS de outra unidade que lhe prejudiquem diretamente, é abolir o verdadeiro pacto federativo, mantendo-se uma Federação apenas formal, o que, manifestamente, não desejaram os constituintes, ao instituírem a regra da unanimidade em nível de Lei Suprema, hoje com conformação legislativa infraconstitucional e jurisprudencial.

A unanimidade exigida para a concessão de incentivos, estímulos ou benefícios fiscais de todos os Estados e Distrito Federal é, a meu ver, cláusula pétrea constitucional, não podendo ser alterada nem

²⁶ Lembro questão que formulei ao comentar este dispositivo sobre a corrente predominante sobre o pacto federativo:

“A primeira delas é a de que o inc. I cuida da Federação Brasileira como foi plasmada pela Constituição, e qualquer alteração em seu perfil é forma de reduzir o sistema federativo, atingindo norma pétrea que não poderia ser modificada. Não de qualquer sistema federativo, mas do sistema federativo brasileiro, cuida a “norma pétrea”, e este sistema, como plasmado foi em 1988, é o que não pode ser modificado” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, tomo I, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 3ª. ed., 2002, p. 405).

por legislação inferior e nem por emenda constitucional, por força do § 4º, inciso I, do artigo 60 da CF.²⁷

²⁷ J.J. Gomes Canotilho sobre as cláusulas imodificáveis leciona:

Limites expressos ou textuais são os limites previstos no próprio texto constitucional. As constituições seleccionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão. Exemplo característico e muito significativo é o art. 288.º da Constituição portuguesa (cfr., também, art. 8º/2 da Constituição de 1911).

Outras vezes, as constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta” (Direito Constitucional e teoria da Constituição, 3ª. ed., Almedina, Coimbra-Portugal, p. 994/995).

LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA Y LOS MODELOS DE CONTROL EN AMÉRICA LATINA

Carlos Alberto Elbert

Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Recibido: noviembre 2013

Aceptado: diciembre 2013

SUMARIO

1. Los dos momentos teóricos de la disciplina criminológica.
2. La evolución teórica a partir de los setenta.
3. La crisis actual de los modelos de control frente al modelo único.

RESUMEN

La criminología está cargada de problemas del mundo globalizado y la principal dificultad para iniciar un estudio sobre el particular, radica en establecer un aspecto crítico que permita hacerlo. Se estima que pueden ser dos enfoques analíticos como son la situación penal, procesal, penitenciaria y si la criminología es una ciencia con metodología propia y su vinculación con otras disciplinas.

Palabras clave: realidad social, criminología, globalización, aspectos críticos, modelos de control, inseguridad, epistemología, métodos, relaciones, objeto de estudio.

ABSTRACT

Criminology is fraught with problems of the globalized world and the major difficulty in initiating a study on the subject, is to establish a critical aspect that allows it. It is estimated that two approaches can be analytical like the situation and penal law, prison and if criminology is a science with its own methodology and its relationship with other disciplines

Key words: social, criminology, globalization, critical aspects, models of control, insecurity, epistemology, methods, relationships, object of study.

INTRODUCCIÓN

En el siglo XXI, hablar de crisis es un lugar común, o bien el punto común de partida de cualquier análisis sobre la realidad social.

Obviamente, la criminología de todo el orbe está surcada por los dilemas del actual mundo globalizado y la principal dificultad para exponer el tema aquí propuesto sea, curiosamente, por cuál de los aspectos críticos comenzar. En esta oportunidad, prestaré atención a dos de los enfoques analíticos que considero más determinantes en la hora actual. Por ende, analizaré las siguientes cuestiones:

- La crisis de la criminología como parte de la crisis de los modelos de control del siglo XX (situación penal, procesal y penitenciaria, el paradigma de la inseguridad y las sociedades de la exclusión global).
- La crisis de la criminología en el marco general de las ciencias sociales, dentro del cual puede analizarse la cuestión epistemológica, determinando, por ejemplo, si la criminología es una ciencia y en su caso, cuáles son sus métodos y objetos de estudio y la compleja relación que debe mantener con otras disciplinas.

Pese a la gran síntesis que reclama un panorama tan vasto, me veo obligado a exponer, previamente y en pocos rasgos, el desarrollo de la criminología en el siglo XX, esto es, cuáles modelos explicativos alcanzaron hegemonía teórica y con qué resultados prácticos.

1. Los dos momentos teóricos de la disciplina criminológica

La criminología es una disciplina científica inmersa en el conjunto de las ciencias sociales, fáctica e interdisciplinaria, ligada a los fenómenos de las conductas delictivas y las técnicas destinadas a su control. Por cierto, la criminología no es un lecho de rosas en cuanto a su carácter científico, su objeto, métodos, etc., pero remito a los trabajos donde específicamente me he ocupado de esos problemas (Elbert, 1996, 2012).

En la historia de la criminología dominó, desde su consolidación científica hasta los años cincuenta del siglo pasado, el *enfoque positivista*, que tuvo un fuerte contenido biológico o etiológico. Esa concepción ha sido llamada, con justicia, el "paradigma etiológico". Según sus proposiciones, *la sociedad es una y homogénea, la vigencia formal de la ley le otorga legitimidad, y la actuación de la justicia atrapa por igual a todos los transgresores, aplicándoles las penas que correspondan*. Luego, el *producto* "delincuente" debe ser sometido a tratamientos diversos, para que se corrija, no reincida y se reinserte provechosamente en la sociedad.

El derecho penal, por su parte, se ocupaba de juzgar el delito y la criminología de estudiar al delincuente. Este tipo de criminología se concentró en cuestiones biopsicológicas de carácter marcadamente individual. Una de las pocas preocupaciones de delito colectivo que

aparece en el primer positivismo fue lo referente a la actividad sindical y anarquista. A comienzos del siglo XX, a las huelgas se las llamó “delitos de muchedumbres” y dieron lugar, en la Argentina, a las famosas leyes de Residencia y de Defensa Social. No hubo un especial interés en temas generales, como por ejemplo *la corrupción*, que trascendieran lo individual. Por otra parte, para estas corrientes de la criminología positivista y de la *tradicional* que posteriormente no la cuestionó, *no está en discusión la legitimidad del Derecho Penal*, que expresaría, en cierto modo, una moral consensual y compulsiva.

La historia criminológica sufrió un vuelco importante con la publicación, en 1949, del libro *El delito de cuello blanco*, del relevante sociólogo norteamericano Edwin Sutherland (1999, 2009). Desde el campo de la sociología, este autor se interesó por las conductas dañosas que se producían en el campo empresarial. Por tal motivo generó sus propias definiciones de lo delictivo y estudió los registros penales de las 70 mayores corporaciones de aquel entonces. Para su sorpresa, todas las grandes corporaciones incurrieron en graves faltas de carácter contable, impositivo, de control de calidad, de publicidad, en violación a leyes antimonopólicas, de competencia comercial, etc. Pese a ello, los registros condenatorios eran escasos, como también la reincidencia, pese a que se sabía de su importancia.

Como en muchos grandes descubrimientos, Sutherland abrió, sin querer, una puerta que permitió ver un universo que, hasta ese momento, había permanecido oculto. La razón era simple: o tales conductas no tenían sanción penal o la mayoría de las penas eran pecuniarias o administrativas y discurrían mediante procesos que, al igual que las reglamentaciones, parecían estructurados para favorecer a estos infractores.

Según la definición de Sutherland, el delito de cuello blanco es “el cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto, en el curso de su ocupación”. Los delitos de cuello blanco eran *conductas de gran magnitud económica* que afectaban a una cantidad indeterminada de personas, potencialmente numerosa, pese a lo cual, no surgían en la superficie de las noticias generales sobre el delito, ni parecían causar conmoción social. Por el contrario, era visible que se ventilaban mediante fueros y procedimientos especiales, que permitían resolver conflictos sin juicio, pactando acuerdos con los fiscales, que no dejaban antecedentes registrados, etc. En suma, un conjunto de particularidades que contrastaban con las de los procesos ordinarios por delitos comunes o menores.

A partir de la obra comentada, las bases de la criminología establecida fueron blanco de fuertes críticas, porque se habían desmitificado pilares esenciales del Derecho Penal y la criminología tradicional: quedaba acreditado que *la sociedad no funcionaba*

consensual ni igualitariamente, porque la ley no alcanzaba a todos los sectores por igual; que el problema básico de la conducta delincuyente no radicaba ni en la enfermedad ni en la autodeterminación, sino en la forma de estructurar y actuar el Derecho; que los bienes jurídicos tutelados no eran necesariamente los más importantes, que el Derecho Penal perdía su carácter de moral social igualitaria, que el bien y el mal eran más ubicuos de lo imaginado, etc.; tampoco las reacciones penales funcionaban igualmente para todos, ni podían explicarse por propósitos resocializadores, etc.

Como corolario notable, se sacaba la explicación del fenómeno criminal de las manos de penalistas, alienistas, biólogos, psicólogos, para depositarla en las de los sociólogos, quienes se lanzarían a sumar teorías que constituyen un caudal propio y original.

2. La evolución teórica a partir de los setenta

Con posterioridad, y partiendo de dos núcleos de investigación sociológica (en California e Inglaterra), se generó un importante desarrollo teórico, nunca uniforme, pero conocido de manera genérica por los membretes de “criminología crítica” o “criminología radical”. Si los teóricos de Berkeley fueron esencialmente contestatarios contra una sociedad de bienestar que les resultaba injusta, los de Inglaterra se ocuparon de procurar un modelo social de reemplazo para resolver los problemas criminológicos —a su entender insuperables— del capitalismo. Para ello recurrieron al marxismo, buscando un modelo no dogmático, superador de las desigualdades del control social vigente (Taylor, Walton y Young, 1990). También es sabido que esta corriente tuvo una importante recepción en América Latina, y que generó intensos debates y oposiciones, en especial enfrentando a la dogmática penal y a las políticas criminales institucionalizadas en nuestros países.

Sería muy complejo entrar en detalles sobre esta etapa evolutiva, pero lo cierto es que los cambios geopolíticos acaecidos a partir de los años noventa del siglo XX consagraron un mundo globalizado, y acarrearón la muerte o agonía del bloque socialista, fracturando los modelos ideológicos y sociales totalizadores. Al verse privada la criminología crítica de las utopías de futuro, a las que en buena medida se remitía en sus análisis, el sector más dinámico y creativo de la disciplina cayó en un estado anómico, y cierto grado de desconcierto y postración.

De acuerdo a estos antecedentes, la disciplina ha quedado a mitad de camino en la elaboración de un paradigma definido, justamente en circunstancias históricas por demás difíciles en materia de control social. De allí nace el esfuerzo de algunos teóricos, orientado a recuperar y reformular la criminología, procurándole un marco de intervención más seguro y fundado que el recibido del siglo anterior.

Personalmente, me encuentro muy comprometido con estos esfuerzos y tuve la suerte de poder dirigir la realización de un congreso criminológico de gran trascendencia. Me refiero al que llevó por título *La criminología de América Latina en el siglo XXI*, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires entre el 15 y el 18 de septiembre de 1999.

Sería osado sintetizar en unas líneas el contenido de las discusiones, que quedaron documentadas en las publicaciones pertinentes;¹ de todos modos, me siento autorizado a afirmar que hubo coincidencia generalizada sobre la importancia de la criminología y la necesidad de su desarrollo futuro. También en cuanto a la necesidad de un perfil epistemológico más sólido, con mejor delimitación del objeto y de la metodología interdisciplinaria. Allí pude exponer y reiterar un modelo de convergencia de las diversas líneas evolutivas de la criminología, que se centra en el estudio de los sistemas penales como objeto, y que propicia la coexistencia de un enfoque etiológico con uno crítico, en ambos casos con modalidades fundamentalmente empíricas o fundamentalmente teóricas (Elbert, 2012).

3. La crisis actual de los modelos de control frente al modelo único

Visto el estado de cosas de la criminología en el campo teórico de las ciencias sociales, intento, a continuación, analizar el marco de crisis de los modelos de control del siglo XX, en el que le tocó —y le toca— desenvolverse a la criminología.

Creo que estamos asistiendo a la desarticulación del Derecho Penal liberal que conocimos, como resultas de su obsolescencia para servir al tipo de control que exigen las funciones y necesidades de la globalización del siglo XXI. Para explicar este proceso, uniré, según un simple orden cronológico, los eslabones del proceso que vincula al *paradigma de la inseguridad* con la más moderna evolución teórico-penal, la política, el rumbo internacional que está tentando al Derecho Penal, y, en fin, poniéndolos todos al servicio de sus intereses operativos. Los efectos de tal “preparado” están revelándose como letales o paralizantes para la concepción garantista-limitativa del control y para la disciplina criminológica. En este sentido, los datos de la realidad que admite y refleja el *paradigma de la inseguridad* llevan directamente a *controlar a todo discurso liberal y garantista previamente conocido*.

Empezaré por despejar la intriga que ya tendrá el lector acerca de lo que denomino “paradigma de la inseguridad”. Se trata de que, en

¹ La primera parte de las ponencias puede verse en *La criminología del siglo XXI en América Latina* (Elbert, 1999), y la segunda parte, en la edición de 2002. Otras ponencias y textos de conferencias pronunciadas aparecieron en la edición especial de la revista *Capítulo Criminológico* (Maracaibo, Venezuela, N° 3, diciembre de 1999) y en el número 1 de marzo de 2000.

un modelo global de exclusión, dos tercios de las personas dejan de ser funcionales (útiles al modelo), y se procede con ellos ignorándolos, en coincidencia con las ideas antes propuestas por Malthus y Spencer, sosteniendo que los excluidos no debían venir al mundo sin tener asegurada la subsistencia, o que era deseable la muerte de los ineptos incapaces de alcanzar los puestos de inclusión. Este tipo de concepción antropológico-social pretende ignorar también la respuesta lógica de violencia y disfuncionalidad que tales masas gigantescas y abandonadas devolverán, fatalmente, al sistema de mercado.

Pensar lo contrario sería algo así como tirar todos los peces fuera del agua, pretendiendo que, un par de días después, la costa del río huelga a magnolias. De modo tal, el norte interpretativo del delito y la delincuencia, realmente funcional al sistema, *es la inseguridad de los que tienen, frente a la presunta* barbarie de los hambrientos expulsados del paraíso de mercado. Los delitos contra la seguridad física y material se hacen psicológicamente insoportables, los medios de comunicación los reproducen sin interrupción y los valores de la clase gerencial se tornan “sentido común de la sociedad”. La aparente sensibilidad democrática por el terror de la sociedad frente al incremento delictivo no hace sino servir a las necesidades del modelo económico vigente.

El discurso de la seguridad se vuelve hegemónico y casi se diría lógico, de aquellos que pueden pagarla, siendo que conforma una cosmovisión aristocrática e insensible. Los actuales engendros de la seguridad son presentados, aplaudidos, legislados y llevados a la práctica como si fuesen políticas criminales, pese a las incoherencias del discurso o la irracionalidad de los fundamentos. A esto llamo “el paradigma de la inseguridad”, o sea, el modelo que permite encerrar más infelices, más cruelmente y por más tiempo, para que no molesten la paz de la business society.

Veamos ahora qué pasa en el campo del Derecho Penal. Allí, los intentos de acomodamiento más importantes tienen, como casi siempre, características de tecnicismo teórico y abstracto, orientado hacia una mejor funcionalidad interna del raciocinio dogmático. Las teorías modernas, que arrancan en Luhmann y pasan por Jakobs, consideran a la realidad como un dato fatalmente dado y objetivo, ajeno a ellos y propio del “legislador”, omitiendo toda evaluación de significados sociales que no correspondan a la lógica autónoma, interna, del esforzado laberinto dogmático (Baratta: 75).

Obsérvese, sin embargo, cómo el recurso al funcionalismo sociológico es una clara heterodoxia respecto a la tradición de las reglas de interpretación dogmática. Se ha construido una naranja mecánica que mezcla sociología con lógica, tal como la criminología originaria mezcló antropología con Derecho Penal. En este caso no

se identifica al delincuente nato, pero se saltan los vallados del bien jurídico, el elemento subjetivo, la autodeterminación y otros elementos analíticos que, al menos, establecían límites teóricos a una disciplina normativa para seres de carne y hueso.

En muchos discursos dogmáticos actuales parecería, por momentos, que teniendo bien fundadas las categorías internas de la teoría del delito, todo estaría resuelto en el mundo. ¿Puede la máquina de castigar abstraerse cada vez más de la realidad, seguir la lógica del mercado y declararse ajena a los resultados?

Aquí pretendo demostrar que la realidad global ha logrado esterilizar y paralizar los discursos del Derecho Penal y de la criminología, ejerciendo un control rígido de sus aptitudes garantistas y liberales, desde la concepción psicológico-política del “paradigma de la inseguridad”. A cambio, se deja el campo libre para que el razonamiento jurídico tome los rumbos más esotéricos, siempre que el hombre —centro del sistema, según el Iluminismo— se disuelva en lo abstracto.

Para ser más claro, me valdré de una observación de Foucault, según quien “la ley es una gestión de los ilegalismos, que no se opone globalmente a la ilegitimidad, SINO QUE LA ORGANIZA” (1981: 277).

Es dable advertir que los protagonistas del mercado (y quienes dependen vitalmente de sus reglas de funcionamiento) están causando perjuicios sociales cada día más graves, desembozados y masivos, lo que, de acuerdo a la lógica y la tradición del Derecho Penal liberal, debería conducir a formas enérgicas de control social formal, para preservar a las mayorías sociales de su exterminio comunitario a manos de una minoría omnipotente y arbitraria. En una primera aproximación a esta posibilidad, pareciera insinuarse un interés interventor del Derecho, a caballo de la tematización de la “criminalidad organizada” y del debate sobre la internacionalización del Derecho Penal. Estas intenciones podrían coincidir incluso en malam partem con el simplismo político, que, en medida creciente (ya casi no hay campaña política que no se base en promesas de este tipo) apela al abordaje de los conflictos sociales mediante su penalización.

Sin embargo, he aquí que los estados nominales que dejó la globalización en el tercer mundo conocen la arbitraria exclusión social de la abrumadora mayoría de los ciudadanos de sus países, pero son impotentes para modificar los mecanismos configuradores de la realidad social. Por supuesto, la maquinaria financiera global no permite siquiera rozar los fabulosos intereses en juego y —mucho menos— interferirlos con evaluaciones fundadas en la moral, la ética o la equidad. En esto no hay términos medios, y debe decirse que si algo positivo cabe reconocer al

sistema neoliberal es su frontal y explícita asunción de la amoralidad del funcionamiento del mercado global.

Ante tal estado de cosas, la única política criminal disponible para los Estados residuales latinoamericanos es la de regular algunos excesos, apelando, como ya está dicho, a la ley penal. Recurrir a la ley penal para resolver cualquier problema políticamente imposible es, como sabemos, un mal hábito, una salida mágica, con la máscara de la eficacia y la severidad, que apunta más a lo publicitario, al impacto mediático que instale en el imaginario colectivo la sensación de que un grave problema ha concluido, porque el rigor de la justicia lo exterminará.²

Sin embargo, sabemos que luego, en el plano de la realidad no ocurrirán transformaciones sustanciales, salvo la caída excepcional de algún pequeño pez o algún poderoso disfuncional en la red legal así construida. He aquí, ejemplificadas, tanto la frase de Foucault (la organización de la ilegalidad) como la tan aludida función simbólica del Derecho.

Introduzco, entonces, otra interrogante: ¿por qué el Derecho Penal posible en nuestras sociedades no puede hacerse cargo de los perjuicios sociales cada día más graves, desembozados y masivos que surgen de las necesidades globales?

En primer término, especifiquemos que la operatividad del mercado actual implica una intensa movilidad de capitales, buena parte de los cuales tienen origen ilícito, o se combinan y reciclan mediante una permanente combinación de lo legal y lo ilegal. Sabemos que son blanqueados, protegidos en paraísos fiscales, reinvertidos, etc., generando situaciones de monopolio, evasiones impositivas y todo tipo de transacciones prohibidas, espionaje, contrabando y daños ambientales. Las transacciones que se realizan con este dinero “purificado” son precedidas por políticas de tierra arrasada en materia de protección laboral, asistencial, etc. Cabría entonces esperar, según la lógica más elemental, que la “opinión pública” estuviese reclamando airadamente por el control enérgico de estas circunstancias; sin embargo, la *realidad insoportable* sigue siendo el ladrón a mano armada.

Presenciamos, entonces, la separación de dos territorios del control; en uno, lo dañoso es socialmente insoportable, mientras que en el otro es *indispensable para el buen funcionamiento del planeta* (Sutherland ya había descrito prolijamente los mecanismos por los cuales los sectores poderosos aseguran su impunidad, mediante una legislación y un control a la medida de

² Desarrollo con amplitud este tema la parte segunda de mi obra *Criminología latinoamericana* (Elbert, 2009a), capítulo VII, La génesis del modelo de control.

sus intereses). En lo jurídico, la situación social, que no interesa a la dogmática, genera, sin embargo, profunda inquietud en otros ámbitos especializados del Derecho (laboral, social, previsional, impositivo, etc.), desde donde se reclama por formas de legislación especial que apunten al control de la delincuencia profesional, económica, a los mecanismos de obtención de capitales y a la protección del consumidor.

Así, se está llamando crecientemente la atención hacia temas como la responsabilidad de las personas jurídicas (Shecaira, 1998) y el delito organizado (Gomes y Cervini, 1997).³ Por razones de síntesis, no entraré en el análisis de este problema, pero me permitiré señalar dos cuestiones: que la responsabilidad de las personas jurídicas no puede resolverse sistemáticamente dentro del Derecho Penal elaborado a lo largo del siglo XX y que la delimitación de la delincuencia organizada es una labor imposible, por la incompatibilidad de pautas que se aplican para incluir o excluir especies de delitos dentro de un concepto tan genérico.

Continuando con mi razonamiento, estoy convencido de que el sistema penal no puede ni podrá hacerse cargo de los grandes daños que deja la globalización, precisamente, *por su carácter estructural*. Un control profundo de la actividad económica nunca sería funcional a la buena marcha del sistema, porque el *capitán puede hacer cumplir muchas órdenes, menos la de hundir el buque en el que ejerce su poder*. Con la actual rapidez ubicua de los capitales del circuito financiero global, los dineros se independizan de su origen y las fronteras de lo permitido se atraviesan como un colador. Los dineros sucios que entran a los bancos salen saneados y aún *bendecidos explícitamente*, por su aptitud potencial de generar ocupación. Para los países del tercer mundo, todo intento de *asignarles moral* a los capitales golondrina sería un suicidio económico, y los primeros en protestar serían los propios desocupados.

La excepción a esta parálisis del control se verifica en situaciones donde una determinada fuente de financiación pone en juego la supervivencia misma del Estado, como en el caso de Colombia o México.

Como regla general, bien conocida por las experiencias del siglo XX a las que dedicara tantas páginas y pasión nuestra criminología crítica, el control penal que declama apuntar a las cúspides del delito económico y/u organizado termina aplicándose siempre contra pequeños segmentos de poco poder o caídos en desgracia, esto es, descendiendo hacia un control “ligero” *de segunda o tercera*

³ También analicé el tema en mi conferencia “Criminalidad organizada y sistema de justicia penal”, en el Seminario sobre Criminalidad Organizada, Facultad de Derecho, U.B.A., 20 al 23 de marzo de 2000.

categoría. Esta es la experiencia de la legislación antidrogas, que termina encerrando al consumidor y al transportista, excepto en casos excepcionales, que mayormente se resuelven por la violencia, como en el caso del capo colombiano Escobar, o bien, muchas veces al precio de violar todo tipo de garantías y derechos humanos consagrados.

Al final de estos procesos, cuando se agotan los esfuerzos de establecer un control eficaz dentro del territorio del mercado, nos encontramos con una anomia forzosa, o la solución británica de estatizar la piratería: quien roba para la corona, realiza una actividad lícita.

De este modo, el único espacio de legitimación para un control penal unilateral proviene siempre del “otro” territorio del control formal: el tradicional, de los delitos de menor relevancia económica y perfil individual, que termina atrapando el material humano de los estratos más bajos de la población. Como dije, para este segmento ha entrado en vigencia una modalidad histórica e ininterrumpida de las antiguas campañas ocasionales de ley y orden, según las cuales, los delitos individuales hacen totalmente imposible la vida ordenada según las necesidades del mercado. El funcionalismo, como vimos, ha aportado los argumentos oportunos para que la estabilización del sistema reafirme la fe en la sociedad global.

Por su parte, la creciente violencia social del sistema de exclusión se refleja en las características del delito común que genera. Los robos y agresiones a personas desde el campo de la delincuencia ordinaria se tornan cada vez más violentos y gratuitos, lo que es correspondido con una exacerbación de la violencia homicida por parte de los organismos del control, envueltos en una psicosis de guerra.

Es posible que en Europa o Estados Unidos resulte de mayor relevancia el estudio del control del crimen organizado o del segmento más poderoso de la ilegitimidad. Personalmente, creo que en América Latina, el centro de la atención político-criminal no abandona todavía el segundo espacio geográfico, articulado como un *espectáculo público continuado de televisión*, entre secuestro y secuestro, asalto y asalto, motín y motín.

La pregunta más importante que resta formular es si todo lo dicho representa el final de la dogmática penal del siglo XX con aquellos parámetros éticos de garantía y respeto al individuo. En mi interpretación, este proceso exterioriza la decadencia final del ideario iluminista, dicho esto con profundo pesar, y convocando a impedirlo (Elbert, 2012).

También creo que el paradigma de la inseguridad tiene como principales objetos de neutralización al Derecho Penal y la criminología, no obstante que por causas distintas. En el caso de la dogmática, algunos estudiosos se aferran al mantenimiento más o menos nostálgico del viejo ideario garantista, y otros a la fuga en formulaciones ajedrecísticas que se alejan fatalmente de la sociedad, del individuo y del ilícito material. En cuanto a la criminología —y aludo con ella a la que conserva su sustancia crítica—, se encuentra en una situación cultural semejante a la de los cristianos en la Roma Imperial: su ámbito de debate puede discurrir solo en las catacumbas, porque si asoma a la superficie, será arrojada a los leones. En un sistema de pensamiento único, no hay espacio para la crítica no complaciente.

De esta manera, por cierto muy esquemática y tal vez demasiado vehemente, he tratado de delinear la situación de la criminología en los dos grandes espacios analíticos propuestos al comienzo como punto de partida para posteriores debates y elucubraciones.

Para terminar, es posible que mi caracterización de la realidad sea valorada como pesimista. Por mi parte, estoy convencido de su realismo, y me sumo a lo expresado por Giovanni Sartori, cuando expresó que “es lógico que se me acuse de ser un apocalíptico, pero esta es una crítica de rigor que no me impresiona. Si las cosas van mal —digo sin demasiado 'salomonismo' que van mal—, tal vez exagero un poco, pero es porque la mía quiere ser una profecía que se autodestruye, lo suficientemente pesimista como para asustar e inducir a cautela” (Sartori, 1999: 17).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Baratta, A. (1994). Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. *Justicia Penal y Sociedad*, (5) 75.

Elbert, C. (1996). *Criminología latinoamericana*. Parte I. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Elbert C. (1999) (Coord.). *La criminología del siglo XXI en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzal y Culzoni.

Elbert, C. (1999a). *Criminología latinoamericana*. Parte II. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Elbert, C. (2012). *Manual básico de criminología*. Quinta edición. Buenos Aires: Eudeba.

Elbert, C. (2012). *Criminología, ciencia y cambio social*. Buenos Aires: Eudeba.

Foucault, M. (1981). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI.

Gomes, L. y Cervini R. (1997). *Crime organizado*. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Sartori, G. (1999). *Homo videns, la sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus.

Shecaira, S. (1998) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco*. Versión abreviada, Endymon, Madrid, 1999 y Ediciones La Piqueta, Madrid, sin fecha.

Sutherland, E. (2009). *El delito de cuello blanco*. Primera edición completa. Traducción de Laura Belloqui (Nº 6 de la colección Memoria Criminológica). Montevideo-Buenos Aires: Editorial B. de F.

**LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DESC (DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES) EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA
TRANSICIONAL: CONTRIBUCIÓN A UNA EPISTEMOLOGÍA
JURÍDICA DEL SUFRIMIENTO HUMANO**

Antonio Madrid Pérez

Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de
Derecho de la Universidad de Barcelona.

Recibido: noviembre de 2013

Aceptado: diciembre de 2013

SUMARIO

1. La normalización jurídica del sufrimiento. 2. ¿Qué se entiende en este artículo por epistemología jurídica del conocimiento humano? 3. La fundamentación de los DESC en los procesos de justicia transicional. 4. Razones para la inclusión del derecho a la propiedad y a la tierra en los procesos de justicia transicional. 5. Conclusión.

RESUMEN

En este texto se estudian las razones que justifican la introducción de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) en los procesos de justicia transicional. Este estudio, que se centrará especialmente en el derecho a la propiedad y a la tierra, se enmarca en un ámbito de reflexión más amplio: la relación entre la epistemología jurídica y el padecimiento de las personas derivado, por lo menos en parte, de estructuras político-jurídicas, militares, económicas o administrativas. A través del estudio de la presencia de los DESC en los procesos transicionales, se muestra la relevancia que tiene la utilización de una u otra epistemología jurídica sobre las causas del padecimiento de las personas.

ABSTRACT

In this paper, we study the reasons for the introduction of social, economic and cultural rights in transitional justice processes. This study, which will focus on the right to property and land, is part of a wider reflection field: the relationship between legal epistemology and the suffering of the people derived, at least in part, political structures -legal, military, economic or administrative-. Through the study of the presence of social, economic and cultural rights intransitional processes, shows there levance of the use of one or

another legal epistemology on the causes of the suffering of the people.

Palabras clave: derechos económicos, sociales y culturales, epistemología jurídica, sufrimiento, paz.

Key words: economic, social and cultural rights, legal epistemology, suffering, peace.

INTRODUCCIÓN

Nadie discute que la medicina, en tanto que saber teórico-práctico, entiende del sufrimiento de las personas. Un estudiante de medicina pronto comprende esta relación. Incluso es posible que la elección de sus estudios tenga que ver con una inclinación a ayudar a las personas a superar y/o prevenir situaciones físicas y/o mentales de padecimiento. En el caso del Derecho, esta relación no es tan evidente. No es habitual que un estudiante de derecho, o un jurista ya formado, piensen que su formación y su actividad profesional tienen que ver con el padecimiento de la gente. Resulta llamativa la distancia que en el conocimiento jurídico existe entre las herramientas jurídicas y el fenómeno del sufrimiento.

El jurista, en tanto que posee un conocimiento especializado, se relaciona con la realidad mediante conceptos, modelos interpretativos, elecciones valorativas, métodos de prueba, preconcepciones... que le llevan a tratar los fenómenos sociales a través de conceptos como: “daño”, “pena”, “derechos”, “dolo”, “delito”, “lesión”, “negligencia”, “responsabilidad” y otras herramientas conceptuales que poseen una construcción jurídica diferenciada respecto del uso coloquial del lenguaje. Sin embargo, estos conceptos, aunque casi nunca sean presentados bajo esta perspectiva en los procesos de formación jurídica, mantienen una relación esencial con el fenómeno personal y social que es el sufrimiento. Además de cumplir funciones técnicas, estos conceptos median en la forma en la que el jurista aborda y gestiona el fenómeno social del sufrimiento.

1. La normalización jurídica del sufrimiento

En este texto se asume una premisa que ha sido desarrollada ampliamente en *La política y la justicia del sufrimiento* (Madrid, 2010): el Derecho es un instrumento de institucionalización y normalización del sufrimiento. En el libro citado se pueden encontrar las referencias ampliadas que permiten discutir en profundidad el alcance de esta premisa. Estas referencias no serán repetidas aquí. Baste, a los propósitos de este artículo, con resumir tres argumentos centrales.

1.1. El sufrimiento como objeto de regulación jurídica

El derecho convierte al sufrimiento en objeto —directo o indirecto— de su regulación en la medida en que regula relaciones sociales de las que forman parte las experiencias de sufrimiento y resuelve, o trata de resolver, conflictos en los que el sufrimiento suele aparecer como consecuencia y, en ocasiones, también como factor desencadenante.

Esta relación entre derecho y sufrimiento se evidencia en los procesos de justicia transicional. Las situaciones de conflicto que se tratan de resolver mediante los mecanismos transicionales abordan situaciones de padecimiento intenso y, en ocasiones, afrontan también las situaciones de padecimiento que pudieron contribuir a la gestación del conflicto. Por ejemplo, la elaboración de los registros de víctimas, en tanto que instrumento necesario dentro de los procesos transicionales, afronta buena parte de las dificultades concretas que surgen en un proceso de paz: ¿quiénes son reconocidos como víctimas?, ¿qué daños son atendidos?, ¿cómo son atendidos?, ¿qué marco temporal se atiende?

En el caso del registro único de víctimas peruano,¹ se decidió atender los daños derivados de la violencia ocurrida entre mayo de 1980 y noviembre de 2000.² Se reconoció como víctima del conflicto a

(...) las personas o grupos de personas que hayan sufrido actos u omisiones que violan normas de los derechos humanos, tales como desaparición forzada, secuestro, ejecución extrajudicial, asesinato, desplazamiento forzoso, detención arbitraria, reclutamiento forzado, tortura, violación sexual o muerte, así como a los familiares de las personas muertas y desaparecidas durante (...).³

Pero no se reconoció como víctima, a los efectos de esta ley, a los “miembros de organizaciones subversivas”. Se estableció quién podía ser considerado víctima directa y quién indirecta (por ejemplo, los hijos concebidos mediante violación sexual). También se establecieron los efectos jurídicos de esta distinción entre víctima directa y víctima indirecta. A estas cuestiones, como sucede en los procesos de justicia transicional, se sumaron muchas otras que ejemplifican abundantemente la relación entre Derecho y sufrimiento.

En el caso colombiano, la determinación de la condición de víctima se realizó mediante la Ley 1448 de 2011:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un

¹ <http://www.ruv.gob.pe/registro.html> Última consulta: 20-8-2013.

² Vid. la Ley del Congreso de la República peruana N° 28592 por la que se crea el Plan Integral de Reparaciones, de 28 de julio de 2005.

³ Artículo 3 de la Ley peruana N° 28592.

daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

1.2. Representación, interpretación y decisión

La segunda cuestión que se resume para presentar mínimamente la perspectiva de estudio seguida en este artículo es la cuestión de cómo aborda el Derecho el fenómeno personal y social que es el sufrimiento. Esta relación se construye a partir de tres operaciones fundamentales: la representación, la interpretación y la decisión. Mediante la representación se forma la idea jurídica del sufrimiento. La interpretación de normas y hechos precisa la situación a resolver y la resolución del caso. Y por medio de la decisión (un acto legislativo o una sentencia, por ejemplo) se establece qué padecimientos son jurídicamente relevantes y qué respuesta jurídica se les da. Las tres operaciones poseen características teórico-prácticas y están interrelacionadas.

Sin la representación jurídica del sufrimiento sería imposible crear normas que hablasen del sufrimiento y de qué hacer con él. Sin interpretación, el Derecho no saldría del texto para ser aplicado a los casos concretos. No se ha de olvidar que el Derecho no camina solo. El Derecho es palabra aplicada. Sin la decisión, ni se establecería qué sufrimientos son relevantes jurídicamente —no todos los sufrimientos adquieren el mismo estatus jurídico— ni se producirían efectos en la vida de las personas.

1.3. El Derecho normaliza el sufrimiento

En tercer lugar se destaca que el Derecho normaliza el sufrimiento: lo somete a norma y, al hacerlo, lo *normaliza*. Lo hace en la medida en que crea normas que representan el sufrimiento, son utilizadas en la interpretación de los hechos y deciden qué se ha de hacer ante este fenómeno. En la medida en que se crean y aplican estas normas, el sufrimiento pasa a ser, en términos jurídicos, una experiencia normalizada. El Derecho Penal o el Derecho de Daños, por ejemplo, son expresiones de este quehacer jurídico.

2. ¿Qué se entiende en este artículo por epistemología jurídica del conocimiento humano?

Una vez presentadas de forma sintética los tres argumentos anteriores, es preciso aclarar en qué sentido se utiliza en este artículo la expresión “epistemología jurídica del sufrimiento humano”. Por epistemología se entiende en este artículo los fundamentos del conocimiento jurídico: en concreto, los fundamentos del conocimiento jurídico del sufrimiento. No se aborda aquí la cuestión de la metodología utilizada para adquirir

este conocimiento. Si el Derecho aborda el fenómeno del sufrimiento como objeto de su actividad, es posible hablar de un conocimiento jurídico sobre ese fenómeno. Y, como se verá, este conocimiento también asume una pregunta: ¿para qué sirve el sufrimiento cuya causación queda legitimada jurídicamente (la privación de libertad en tanto que contenido de la sanción penal, por ejemplo)?

Por tanto, la epistemología jurídica del sufrimiento humano se pregunta acerca de las respuestas que el Derecho da a preguntas como: ¿qué padecimientos son relevantes jurídicamente?, ¿por qué han de serlo?, ¿qué sufrimientos puede imponer el Estado a sus súbditos, en qué casos y cómo se legitiman estos usos?, ¿qué es justo hacer ante los padecimientos directos o indirectos derivados de un conflicto armado?, ¿qué entendemos en términos jurídicos por “víctima”?

La preocupación acerca de la epistemología jurídica es relevante desde el momento en que se toma conciencia de que el Derecho mantiene una relación dual con el sufrimiento. Por una parte, el sufrimiento es un fenómeno dado al Derecho: la persona que clama justicia ante un tribunal constituye un interrogante para el Derecho y para quienes lo aplican en su función de autoridad. Por otra parte, el Derecho, en tanto que instrumento de actuación del Estado, hace uso de la capacidad de coerción. Esta capacidad se traduce en el uso legalizado del dolor. La imposición de la pena de privación de libertad o la ejecución de un desahucio de la vivienda familiar por impago son ejemplos de este uso legalizado del dolor al que se hace referencia.

En estas dos relaciones con el padecimiento humano, el Derecho responde a un elemento previo que frecuentemente queda escondido o poco explicitado: la asunción de una o varias premisas cognoscitivas que actúan como fundamentos de la relación entre Derecho y sufrimiento. La cuestión del sufrimiento queda inmersa frecuentemente en las categorías básicas a partir de las cuales se construye el discurso jurídico-político: soberanía, autoridad, Estado, pena, ciudadanía, derechos, estado de naturaleza, contrato social, justicia, libertad, igualdad... Esto hace que la pregunta acerca de qué hacer con el sufrimiento y la descripción de lo que se hace con él aparezca frecuentemente como una cuestión de segundo orden, cuando no una cuestión ignorada.

En realidad, y esta es una de las tesis de fondo de este artículo, las respuestas que el Derecho ofrece a la cuestión del sufrimiento están condicionadas por las premisas cognoscitivas que se dan por válidas y que frecuentemente no se discuten. Junto a esto, destacan los conflictos de intereses en juego y la jerarquización de los objetivos a alcanzar mediante los instrumentos jurídicos en cada escenario concreto. Como se sabe y se recordará al hablar de la

presencia de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales) en los procesos de justicia transicional, la relación del Derecho con el padecimiento humano puede ser analizada desde una perspectiva técnico-jurídica, pero la existencia de esta dimensión no esconde la politicidad de la relación entre Derecho y sufrimiento.

2.1. Premisas epistemológicas implícitas y explícitas: tres ejemplos

Para precisar esta relación seminal entre conocimiento jurídico y sufrimiento se propone un breve análisis, a modo de ejemplo, de algunos de los razonamientos que siguieron tres autores clásicos: Platón, Aristóteles y Hobbes. Este ejercicio se puede hacer en relación a otros autores que hayan abordado en profundidad la relación entre cómo se ha de ordenar la vida en sociedad y la naturaleza del ser humano. Los tres autores elegidos, en la medida en que propusieron modelos de regulación de la convivencia social, tuvieron que enfrentarse a una exigencia argumentativa: justificar la legitimidad de la propuesta normativa que presentaban en sus escritos. Si se sigue a Robert Alexy (2008: 40), los argumentos sobre la naturaleza del Derecho giran en torno a tres problemas: el concepto de norma y sistema normativo, su dimensión fáctica y su legitimidad.

Si la relación entre Derecho y sufrimiento se piensa desde estas tres perspectivas, las cuestiones que surgen son: mediante qué tipo de normas se aborda la cuestión del sufrimiento, qué eficacia social tienen y qué autoridad las sustentan, y, en tercer lugar, qué legitimidad poseen las normas y los contenidos regulatorios de las mismas.

2.1.1. Platón

Platón fundamentó el castigo penal en una concepción antropológica y social coherente con las funciones que atribuía a las sanciones penales. Su teoría de las penas forma parte de su concepción acerca de la naturaleza del hombre y de la sociedad. Entendía que el castigo justamente impuesto mejoraba al delincuente —o lo hacía menos miserable (347 a C., 1972: 854 a/ 855b)—, y también a quienes observaban la aplicación del castigo (función ejemplarizante de la pena). Y para que esto fuera posible, decía Platón, era preciso que el delincuente pasase por los dolores y los sufrimientos del castigo.

Solo teniendo presente esta concepción antropológica se puede explicar por qué Platón (347 a C., 1972:880d / 882 a) defendía la aplicación de la pena más extrema como el único medio para apartar del crimen a los que carecían de toda educación y cuya naturaleza era perversa. Este razonamiento quedaba reforzado por una creencia religiosa: las penas prescritas se correspondían con

los sufrimientos que experimentarían los transgresores en el Hades (380 a.C., 1972: 524 b / 527 c; 347 a.C., 1972: 861 d / 863 a).⁴

2.1.2. Aristóteles

Los mecanismos de justificación del castigo penal se hacen presentes, con las variaciones debidas, en otros ámbitos de la ordenación social del sufrimiento. Si se toma como ejemplo el castigo físico en la escuela, veamos cómo planteaba Aristóteles la interacción entre el modelo político, el modelo educativo y la estructuración social de la ciudad. Aristóteles creía que el gobierno de la ciudad requería plantear cuál era la mejor manera de educar a los niños. Con este fin, estableció una serie de prevenciones: alejarlos de los espectáculos groseros, favorecer su libre movimiento, acostumarlos a soportar el frío, preservarlos del trabajo penoso... y también postuló unos medios de corrección para los casos en los que los niños transgredieran las normas:

debe ser azotado para que escarmiente; y si en lugar de un niño fuere un hombre, se castigará su inclinación servil aplicándole el castigo que esté prescrito para los esclavos.

Aristóteles recomendaba el castigo corporal como mecanismo de corrección. Desde luego, esta recomendación carece de originalidad. Lo relevante es preguntarse por las razones que llevan a aceptar el castigo corporal como instrumento corrector. En Aristóteles la respuesta se halla en una concepción de la condición humana según la cual:

hacemos lo malo a causa del placer, y nos apartamos del bien a causa del dolor. Por ello, debemos haber sido educados en cierto modo desde jóvenes (...) para podernos alegrar y *dolernos como es debido*, pues en esto radica la buena educación (1995: 162) [subrayado mío].

En esta misma línea pedagógica coincidió muchos siglos después Bertrand Russell. Al plantearse cómo debía ser la educación en una sociedad organizada con criterios científicos, indicaba que los niños que estuvieran destinados a formar la clase gobernante debían recibir una educación acorde a la misión que se les encomendaba. Entre otras cosas, estos futuros gobernantes debían acostumbrarse al esfuerzo físico y al dolor. Para conseguirlo, Russell (1974: 200-1) proponía algunos ejercicios que, como mínimo, resultaban llamativos: revolcarse desnudos en la nieve, ayunar, correr muchas millas en días calurosos, aventuras físicas en las que tuvieran que mostrar valor y no quejarse cuando experimenten dolor físico.

⁴ La consideración histórica de la relación entre las representaciones del infierno y la noción del castigo es de gran interés. Como texto introductorio a las representaciones del infierno puede verse Minois (1994).

2.1.3. Hobbes

La obra de Hobbes está presidida por una fuerte preocupación por la eficacia de sus propuestas en un mundo convulso como el que le tocó vivir (Tönnies, 1998). Su obra se vio influenciada por sus vivencias, de forma que su pesimismo antropológico ha de ser entendido a la luz de sus experiencias vitales. En broma y en serio, contaba que ante la amenaza de la flota española que Felipe II había enviado contra Inglaterra, su madre pasó tanto miedo que parió prematuramente gemelos: “A mí y al miedo al mismo tiempo”. Si esto decía de su nacimiento, finalizaba la crónica de su vida con estas palabras: “Casi he concluido el largo drama de mi vida” (Hobbes, 1992: 151 y 163).

Hobbes coloca al individuo en el centro de su reflexión. Entiende que para los hombres la muerte violenta es el mal supremo (Hobbes, 1993: 4), mientras que el principal bien es la propia conservación (Hobbes, 1993: 18; Hobbes, 1979: 203). El principio de conservación de la propia vida o, como aquí se lee, la prevención y evitación de los daños que encuentran en su extremo la muerte ocupan el eje natural de su teoría política. En consecuencia, nada tiene de absurdo ni de reprehensible o de contrario a la recta razón que alguien dedique todo su esfuerzo a defender su propio cuerpo y sus miembros de la muerte y del dolor (Hobbes, 1993: 18). En otros términos, es conforme a la razón protegerse de eventuales daños y prevenir las situaciones que puedan provocar sufrimiento. Para Hobbes, el dolor, además de un estorbo y una amenaza, es un requerimiento que nos aparta de lo que nos molesta (Hobbes, 1979: 142; Hobbes, 1992b: 43).

El hombre está amenazado por el temor a la muerte, la pobreza y otras calamidades (Hobbes, 1992b: 88). Para salir de la situación natural de guerra de todos contra todos y para que sea posible que el hombre cumpla su tendencia a la conservación, es preciso crear el Estado. En su planteamiento, el Estado, en tanto que hombre artificial con mandamientos propios —razón de Estado— (Hobbes, 1992b: 222), previene y evita sufrimientos a los súbditos. La condición de súbdito ciertamente es miserable ya que el súbdito queda en manos del soberano.

Ahora bien, dado que la condición humana nunca puede verse libre de una u otra incomodidad, es preferible el gobierno a las miserias y horribles calamidades que acarrea la guerra civil. Incluso es preferible el estado de súbdito, dice Hobbes, a esa disoluta condición de los hombres desenfrenados, sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándolos de la rapiña y la venganza (Hobbes, 1992b: 150). El Estado va a cumplir esta función pacificadora, va a ser el poder común y superior que los hombres obedezcan por temor a la muerte y a las heridas

provocadas por otros hombres (Hobbes, 1992b: 80; Hobbes, 1993: 7-8). Es el miedo recíproco lo que hace salir del estado de guerra natural entre los hombres (Hobbes, 1993: 20; Hobbes, 1992b) y es este miedo mutuo, que no la benevolencia, el fundamento de las sociedades grandes y duraderas (Hobbes, 1993: 17).

En resumen, el miedo a ser dañado por otro hombre es superior al miedo que se pueda tener respecto del daño recibido del Estado. O dicho en otros términos: el Estado garantiza menos sufrimiento que el que me garantiza mi vecino en ausencia del Estado.

Conforme pasó el tiempo, Hobbes incrementó su desconfianza hacia el pueblo llano. Consideraba que el pueblo privilegiaba su interés particular y que había sido y seguiría siendo ignorante de su deber para con lo público: “Si creéis que las recientes miserias les han hecho más sabios, eso pronto se olvidará y entonces no seremos más sabios que antes” (Hobbes, 1992c: 53-4). Se trata, en la concepción de Hobbes, de un pueblo con escasa capacidad de autoaprendizaje que ha de ser tutelado, enseñado y, en su caso, castigado. El pueblo llano nada sabe por su propia meditación de lo recto y lo indebido, hay pues que enseñarle los fundamentos de su deber y las razones de por qué la desobediencia de sus legítimos soberanos siempre acarrea calamidades (Hobbes, 1992c: 188).

El Estado se servirá de las penas para asegurar la obediencia de los súbditos. Un delito es un *pecado* que consiste en la comisión de lo que la ley prohíbe o en la omisión de lo que ordena (Hobbes, 1992b: 238). La ley queda respaldada por el temor de la pena, sin este temor no sería ley sino palabras vanas (Hobbes, 1992b: 240). Por pena entiende el

... daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda conocer, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia (Hobbes, 1992b: 254).

La finalidad del daño contenido en la pena es, sobre el papel, pedagógica: disponer a los hombres a obedecer la ley, formar la voluntad del hombre tal como la quiso quien instituyó el castigo (Hobbes, 1993: 120; Hobbes, 1992b: 125). Hobbes, como autor moderno, entendía que ni la venganza ni la descarga de la ira debían ser finalidades de la pena. Se trataba de corregir tanto al ofensor como de advertir al resto del pueblo mediante el ejemplo de la pena aplicada. Los castigos más severos debían reservarse para aquellos crímenes que resultasen más peligrosos para el común de las gentes (Hobbes, 1992b: 286).

La pena, en Hobbes, no es simplemente el precio o redención de un delito. El castigo ha de cumplir algunos requisitos para ser

considerado como pena. En primer lugar, el daño infligido mediante la pena ha de ser mayor que la satisfacción que naturalmente le sigue al delito cometido (Hobbes, 1992b: 256). No basta con igualar los males, la pena ha de superar el mal que supone el delito.

Tampoco sería considerado como pena el daño infligido si la persona no se somete voluntariamente. Hobbes entiende que la obediencia a la ley ha de ser un acto voluntario. Ninguna acción involuntaria puede tomarse como sumisión a la ley. Quien piense que su sufrimiento ha de considerarse obediencia, no solo tiene que no resistirse, sino que además no tiene que huir ni esconderse para evitar el castigo (Hobbes, 1992c: 68). Si el súbdito no se somete voluntariamente, se sitúa fuera de la ley y se convierte en enemigo.

En último lugar, no se considera pena el daño infligido al enemigo, pudiendo ser considerado enemigo tanto el que no está sujeto a la ley como quien se niega a someterse a la ley. Hobbes sostiene que en casos de hostilidad declarada es legal infligir un mal:

...si un súbdito, de hecho o con palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado (...) puede legalmente hacérsele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado, es decir, según sea la voluntad del representante del Estado (Hobbes, 1992 b: 257).

Como se ha intentado mostrar en las páginas precedentes, los modelos político-jurídicos contienen concepciones acerca de qué es el sufrimiento, cómo condiciona el comportamiento humano y cómo ha de ser afrontado y utilizado por el Estado mediante los instrumentos jurídicos. Estos modelos, como ya se ha indicado más arriba, afrontan tres grandes cuestiones: el instrumento normativo, su capacidad para producir efectos y su legitimidad. En el breve análisis realizado a modo de ejemplos, algunas premisas quedan explicitadas, mientras que otras se sobreentienden. Estas premisas actúan como auténticos fundamentos del conocimiento jurídico sobre el fenómeno del sufrimiento ya que responden directamente a preguntas esenciales o participan en la elaboración de respuestas: ¿qué utilidad tiene el sufrimiento impuesto mediante la sanción penal?, ¿qué sanciones puede imponer el Estado?, ¿a quién?, ¿cuándo se considera que una persona que ha sufrido un daño es víctima?

3. La fundamentación de los DESC en los procesos de justicia transicional

Los apuntes presentados en los apartados anteriores argumentan algunos aspectos de la relación existente entre el conocimiento jurídico y el sufrimiento. En este apartado, la atención se centra en el papel que los DESC juegan y, sobre todo, pueden jugar en los procesos de justicia transicional. En este apartado se defiende argumentativamente una tesis: el desarrollo de los DESC en el marco de la justicia de transición previene el surgimiento de conflictos que causan sufrimiento a las personas y, al mismo tiempo, dan respuesta a las necesidades de reconocimiento, restitución y reparación característicos de los procesos de justicia transicional.

3.1. El concepto de justicia transicional

Las guerras civiles, los regímenes autocráticos, los conflictos armados, causan muchas clases de sufrimiento. Se pueden distinguir sufrimientos vinculados a la confiscación o destrucción de una propiedad (la casa o las tierras, por ejemplo), el sufrimiento personal derivado de violaciones, asesinatos, torturas o desapariciones forzadas y también los sufrimientos intangibles en forma de privación de oportunidades para la educación o para el desarrollo personal, por ejemplo (Elster, 2012: 21).

El Secretario General de la ONU, en un informe al Consejo de Seguridad (ONU 2004) propuso la siguiente definición de justicia transicional:

La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.

Esta conceptualización presenta dos rasgos que establecen un primer eje a tener en cuenta en la fundamentación de la presencia de los DESC en los procesos de justicia transicional: uno temporal y otro material. Desde el punto de vista temporal, la justicia transicional va a moverse en las coordenadas pasado-presente-futuro. Desde el punto de vista material, se plantea la necesidad de

afrontar las raíces de los problemas que condujeron al conflicto que se intenta resolver (Bonet, Alija, 2009). Se plantea pues una primera cuestión determinante: ¿la justicia transicional ha de tener como objetivo principal volver al *statu quo* previo al conflicto o ha de subsanar las causas del conflicto para de esta forma prevenir futuras confrontaciones y/o vulneraciones de derechos humanos?

Si los procesos de paz se orientan en este segundo sentido (subsanación de las causas del conflicto y prevención de futuros conflictos), la pregunta en relación a la inclusión de los DESC en los acuerdos de paz incorpora una doble perspectiva: la vuelta a la situación anterior de las personas que vieron vulnerados sus derechos y la utilización del acceso a estos derechos como mecanismo de justicia social. El Derecho Internacional Humanitario aporta elementos suficientes para que los procesos de justicia transicional no sean exclusivamente una vuelta a la situación previa al estallido del conflicto. Por ello, la justicia transicional puede ser entendida como un proceso material y simbólico de reparación, pero también como un proceso de construcción de un modelo que afronte las causas de los problemas que condujeron al conflicto. Estas causas pueden hallarse, según cuál sea el caso concreto, en el régimen de tenencia de la tierra, en el reparto de la riqueza, en el acceso a los bienes de producción, en el acceso y uso de recursos naturales, en el reparto de derechos y privilegios, en los abusos gubernamentales, en el reconocimiento de creencias religiosas, culturales y lingüísticas o en otras causas que se podrían identificar con los distintos instrumentos jurídicos de reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.

Si se opta por incluir en el proceso de transición esta función ampliada (remover las causas del conflicto), se suelen abordar cuestiones como la reforma agraria orientada a conseguir la redistribución de la propiedad de la tierra o, en algunos casos, se plantea la redistribución de otros medios de producción o la modificación del modelo de tenencia y explotación de los mismos (Rose-Ackerman, 2004: 190-5).

La justicia transicional, en la medida en que puede contener elementos instituyentes, puede asumir objetivos más o menos transformadores. A diferencia de la intervención de la justicia ordinaria, la justicia transicional se desarrolla en circunstancias excepcionales. Una parte de esta excepcionalidad deriva precisamente de la incapacidad de los mecanismos preexistentes para resolver el conflicto y atender a sus consecuencias. Visto de esta forma, la justicia transicional constituye la excepción a la justicia ordinaria en un intento por reconfigurar un orden estatal. Es precisamente por estas razones que los procesos de justicia transicional han de ser pensados como procesos políticos (Teitel, 2000).

La inclusión de una idealidad transformadora en los procesos de justicia transicional no suele aparecer recogida en la literatura especializada ni en los instrumentos internacionales. Lo más próximo es la atribución de una función preventiva. Se acepta que ha de servir no solo para remediar las injusticias cometidas y fomentar la reconstrucción social, sino también que ha de cumplir una función hacia el futuro: prevenir conflictos futuros. Esta función preventiva es más difícil de precisar que la función restaurativa, pese a la dificultad que esta pueda tener.

Un segundo eje a tener presente en este ejercicio de fundamentación tiene que ver con el grado de rigidez que se le da al proceso de paz. Desde este punto de vista, hay dos planteamientos teóricos apriorísticos acerca de la comprensión de la justicia transicional: una concepción basada en la aplicación de unos principios y finalidades irrenunciables y otra basada en la concepción pragmática en la que tanto principios, como finalidades y procedimientos son negociables (ICHRP, 2006). En cada proceso de paz que históricamente se ha dado se pueden encontrar aspectos de estas dos posturas.

La relevancia de este segundo eje se pone en evidencia al tener que establecer las responsabilidades criminales por los daños producidos durante un conflicto, la restitución de propiedades y tierras o, mucho más complejo aún, al discutir, como se ha señalado anteriormente, si el proceso transicional ha de devolver el estado de cosas a la situación anterior al inicio del conflicto o bien hay que incluir en el proceso de transición la remoción de los elementos que condujeron al conflicto.

3.2. Los DESC en los acuerdos de paz

En términos cuantitativos, los DESC tienen una presencia escasa en los acuerdos de paz. Si se compara con los derechos civiles y políticos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estos tienen mayor incidencia en los acuerdos de paz que los DESC. Para el estudio de los documentos que configuran los distintos procesos de paz y que recogen los acuerdos a los que se ha llegado en cada escenario de conflicto, se puede utilizar la base de datos disponible en la Universidad de Ulster (<http://www.peaceagreements.ulster.ac.uk/>), aunque la fuente documental que permite acceder a un mayor número de documentos es la base de datos de las Naciones Unidas: <http://peacemaker.un.org/>.

3.2.1 El derecho a la propiedad y a la tierra

El derecho a la propiedad y a la tierra ha sido reconocido por distintas normas internacionales. El artículo 17 de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos (1948) establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente; y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. Por su parte, el Protocolo Adicional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) reconoce en su artículo 1 la protección del derecho a la propiedad. Y el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1952) reconoce que tanto la persona física como la jurídica tienen derecho al respeto de sus bienes. Este derecho puede verse limitado por causa de utilidad pública, y también según las condiciones que se establezcan en la ley y que sean acordes con los principios generales del Derecho Internacional. Estas limitaciones se aceptan cuando los Estados las orientan hacia la defensa del interés general o “para garantizar el pago de impuestos, de otras contribuciones o de multas”.

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) sí contempla en su artículo 21 el derecho a la propiedad privada. Plantea este derecho en su dimensión individual, aunque se establece que el derecho a la propiedad privada puede quedar supeditado al uso y goce del interés social si así lo establece la ley. Junto a esta disposición, se contempla la expropiación mediante indemnización justa por razones de utilidad pública e interés social. Este mismo artículo 21 prohíbe la usura y cualquier forma de explotación del hombre por el hombre. Otras normas internacionales, como la Convención sobre El Estatuto de Los Refugiados (1951), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) o el Convenio 169 de la OIT, entre otras, protegen diferentes aspectos del derecho a la propiedad y a la tierra.

El derecho a la propiedad y el derecho a la tierra no aparecen reconocidos como tales ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966). Sin embargo, estos derechos están íntimamente relacionados con otros derechos que sí aparecen reconocidos en el PIDESC. La presencia de los derechos a la propiedad y a la tierra en los procesos de justicia transicional persigue en general dos objetivos: volver a la situación anterior al conflicto (mediante la restitución de la propiedad de la tierra, por ejemplo) y, en algunos casos, proveer mecanismos que favorezcan la integración social de excombatientes o la superación de desigualdades existentes. Se puede decir que en numerosas ocasiones estos derechos ocupan una posición estratégica, no solo en el armazón jurídico, sino fundamentalmente como piezas claves en la resolución de los conflictos planteados.

3.2.2. Las implicaciones del reconocimiento del derecho a la propiedad y a la tierra

Los procesos de justicia transicional tratan de recomponer una normalidad en un contexto de conflicto o postconflicto en que buena parte de las normalidades preexistentes han quedado profundamente alteradas. Durante la fase de conflicto se producen vulneraciones de derechos humanos. Entre ellas, las que afectan más directamente al derecho a la propiedad y a la tierra son: la destrucción de propiedades, el desplazamiento forzado de población, la apropiación indebida de tierras, la incautación de bienes o la ocupación y explotación de tierras por parte de terceras personas.

El derecho a la tierra actúa como un posibilitador de los derechos civiles y políticos (Monsálvez Suárez, 2004). La tierra es un recurso vital del que puede depender directamente la alimentación de las personas en determinados contextos productivos.

El desplazamiento forzado, especialmente de población rural, o la apropiación indebida de tierras provocan que las personas afectadas se vean privadas, en muchas ocasiones, de su principal fuente de provisión de alimentos. A esta dimensión nutricional, se suman otros aspectos considerados esenciales desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos: el acceso y uso de los recursos naturales (el agua, por ejemplo), la preservación y vivencia de elementos culturales vinculados a la tierra como normas tradicionales o vínculos espirituales, así como el derecho al trabajo, entendido como interacción con el medio natural y como mecanismo de integración social. En ocasiones, la protección de la propiedad y tenencia de la tierra es la mejor estrategia para la defensa de las personas y de sus condiciones de vida.

La centralidad de la tenencia de la tierra se observa en múltiples conflictos (OEA, 2009: 66). Si se toma como referencia la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se puede encontrar numerosos conflictos en los que el derecho a la tierra y a la propiedad se ven afectados. Estos casos muestran las interconexiones entre los distintos derechos reconocidos por el Derecho Internacional Humanitario y las condiciones de vida de las personas y, en consecuencia, la necesidad de analizar y abordar relacionadamente los contextos en los que tiene lugar la vulneración de derechos humanos.

En los casos que se citan a continuación, el derecho a la tierra y el derecho a la propiedad ocupan un papel estratégico: comunidad de paz de San José de Apartado⁵ contra Colombia, caso del pueblo

⁵ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, por la que se ordenan medidas provisionales a la República de Colombia.

indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador,⁶ comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni contra Nicaragua,⁷ comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó contra Colombia,⁸ y caso de la comunidad Yakye Axa contra Paraguay,⁹ entre otras.¹⁰

En 2005, la Corte emitió resolución sobre el caso de la comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. En este conflicto, iniciado en los años 90, uno de los elementos en discusión era la posesión y la propiedad de la tierra que había ocupado ancestralmente la comunidad Yakye Axa. En esta lucha por la tierra se conjugaron elementos y acontecimientos como los siguientes: la petición de que el Estado reconociese la titularidad del territorio a favor de la comunidad (las tierras reclamadas eran propiedad de compañías privadas: “Florida Agricultural Corporation”, “Livestock Capital Group INC.” y “Agricultural Development INC.”), la situación de pobreza, la falta de medios para enseñar a los niños en su propia lengua (el enxet), las limitaciones estatales a la utilización agraria de su territorio ancestral, la falta de medios sanitarios, las amenazas de muerte que habían recibido, las acciones de hostigamiento, los ataques con armas de fuego, la obligación de vivir al lado de una carretera por falta del reconocimiento del derecho de usar y disfrutar tierras propias y la situación de desempleo generalizado entre los miembros de la comunidad.

En este caso, la Corte entendió que se había vulnerado el derecho a la propiedad reconocido en la Convención, así como otros derechos contemplados: derecho a la vida, derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Mediante la sentencia se exigió que el gobierno paraguayo identificara el territorio tradicional de la comunidad y entregara este territorio de forma gratuita o, de no ser posible, tierras equivalentes que permitieran la subsistencia y desarrollo de la comunidad. Mientras esto no se produjera, el Estado debía proveer a la comunidad los bienes y servicios básicos de subsistencia. Además de estas obligaciones, también se exigió al Estado otras vinculadas al reconocimiento del daño causado, la creación de fondos económicos ligados al desarrollo de la comunidad y la adquisición de tierras.

Sirve de referencia central la consideración que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo en la sentencia de 15 de

⁶ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de junio de 2005.

⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2007, por la que se ordenan medidas provisionales a la República de Nicaragua.

⁸ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2010, por la que se ordena la adopción de medidas provisionales a la República de Colombia.

⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de junio de 2005.

¹⁰ Las resoluciones pueden encontrarse en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Se pueden consultar, en términos similares a los casos seleccionados: caso de la comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005; caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006; caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006; caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007; caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010.

junio de 2005. En esta consideración se estableció la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que protege el derecho a la propiedad, incluida, por interpretación evolutiva, la propiedad comunal de las tierras:

La protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra.

4. Razones para la inclusión del derecho a la propiedad y a la tierra en los procesos de justicia transicional

Lo que se expone a continuación son razones de fondo que argumentan la conveniencia de incluir los DESC en los procesos de justicia transicional. Estas razones se exponen como fundamentos transicionales que habría que adaptar a las circunstancias propias de cada conflicto. En esta exposición se parte de la premisa según la cual los fundamentos tienen una naturaleza política.

4.1. Relación con los derechos civiles y políticos

Los DESC han de ser vistos en su relación con los derechos civiles y políticos, no separados de estos. Se ha ido imponiendo progresivamente la concepción según la cual los derechos han de ser contemplados en sus interdependencias en atención a las condiciones en las que las personas desarrollan su vida y ven satisfechas (o vulneradas) sus expectativas legítimas recogidas en el lenguaje de los derechos. Esta cuestión suele ser expresada mediante la concepción holística de los derechos. En vez de atender por separado a los derechos, la concepción holística contempla las interdependencias existentes entre los derechos en atención al desarrollo de la vida de las personas y las comunidades.

Por ello, esta visión integradora se preocupa por el desarrollo del marco institucional en el que han de aplicarse los derechos en los marcos transicionales: por ejemplo, el desarrollo de la administración, la existencia de registros y del personal adecuado, la formación de los fiscales o el funcionamiento de los tribunales (Greiff, 2010: 29).

Esta visión holística surge al amparo de la aspiración universalista del reconocimiento internacional de los derechos humanos, lo cual no omite dificultades que son insoslayables como, por ejemplo, la concurrencia entre derechos reconocidos constitucionalmente. El desarrollo de los llamados neoconstitucionalismos afronta en este terreno una discusión central acerca de cómo han de resolverse los casos o las políticas públicas en las que hay que priorizar unos

derechos frente a otros que también han sido reconocidos constitucionalmente (Carbonell, 2003).

4.2. Justicia restaurativa y distributiva

La justicia transicional puede orientarse a la reparación de las injusticias causadas por el conflicto. Los principios transicionales de restitución e indemnización sirven a este propósito. Además de esto, el proceso instituyente que es la justicia transicional puede impregnarse de los fundamentos de la noción de justicia distributiva (Bergsmo *et al.*, 2010). De orientarse en este sentido complementario, la justicia transicional tendría que ocuparse de identificar y eliminar las fuentes de injusticias que condujeron al conflicto y no solo orientarse a la recuperación del *statu quo* anterior al conflicto.

4.3. Minimizar la vulnerabilidad y vulnerabilización de las personas

La justicia transicional (tanto en su faceta restaurativa como en la distributiva que puede adquirir), así como el fundamento último de los derechos pensado desde la aspiración universal por el reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos, ha de pensarse en relación al sufrimiento de las personas (Elster, 2012: 21; Ferrajoli, 1998; Rodotà, 2010: 237-52; Madrid, 2010). Esta relación se extiende tanto a las fuentes naturales de los padecimientos que afrontan las personas (las consecuencias de un terremoto, por ejemplo) como a las estructuras políticas, jurídicas, económicas y sociales que configuran la convivencia entre los seres humanos. Si se parte de esta concepción, el fundamento esencial de la justicia transicional (ya sea restaurativa y/o redistributiva) es afrontar tanto la vulnerabilidad del ser humano (hasta donde esto es posible) como, sobre todo, la vulnerabilización de los seres humanos (ya sea a título individual o colectivo) ínsita en las estructuras económicas, políticas, sociales y jurídicas (Young, 2011).

4.4. La lucha contra las desigualdades

Una forma de acercarse a los mecanismos vulnerabilizadores es identificar las desigualdades y su origen en una sociedad concreta. Las desigualdades, especialmente cuando son amplias, pueden estar presentes en la generación de conflictos. Y lo pueden estar, en tanto que coadyuvantes conflictuales, en dos sentidos: a aquellos que se consideran perjudicados, les da argumentos para enfrentarse al poder gubernamental y a los sectores privilegiados; por su parte, a los privilegiados les hace tener interés en defender sus privilegios y al poder gubernamental siempre que contribuya a

la defensa de sus intereses (Tilly, 2007 y 2010). Por su parte, el poder gubernamental tiende a aliarse con los beneficiarios de las desigualdades, ya que entre ellos suelen estar los gobernantes, que poseen mejores medios de organización y más capacidad de influencia.

4.5. Los DESC como posibilitantes de la democracia

Los DESC son posibilitantes de la democracia. Así se consideró, por ejemplo, durante el proceso de paz en Ruanda. El Protocolo de Acuerdo sobre el Estado de Derecho considera en su artículo 9 (firmado en Arusha el 18 de agosto de 1992) que el desarrollo económico, social y cultural del país, así como la lucha contra la ignorancia, el hambre, la enfermedad y la pobreza eran imprescindibles para promover y consolidar la democracia.

En términos históricos, los DESC pueden ser concebidos como logros colectivos que se convierten en base material de la democracia. En este sentido, los derechos han de contemplarse desde su dimensión formal y material, desde su reconocimiento y su materialización. Las condiciones de la democracia no se limitan a la titularidad del derecho al sufragio pasivo y activo. Siendo este derecho esencial, también lo es, por ejemplo, el derecho a la tierra, especialmente en aquellos contextos en los que la tierra es el factor productivo que puede garantizar la supervivencia de la persona o del grupo, su cultura, el ejercicio de sus libertades básicas o la vinculación comunitaria.

La democracia, vista como proceso deliberativo participativo, también guarda una relación esencial con los procesos de justicia transicional. Si los acuerdos se establecen entre élites, sin posibilidad de participación de las personas implicadas en el conflicto y en la situación postconflicto, el proceso tiende a ser considerado como injusto, como excluyente. Por ello, en orden a conseguir fundamentar el proceso transicional de forma que favorezca la reconciliación social y se prevengan conflictos futuros, se hace necesario abrir el proceso a la deliberación pública, transmitir información y dar voz a las personas (Atuahene, 2010).

4.6. La transversalidad de los DESC

Los procesos de justicia transicional, en la medida en que también son procesos políticos, se hallan atravesados por las relaciones de poder existentes y sus medios de conservación y transformación. Sería iluso pensar que en los contextos de transición el único poder actuante a tener en cuenta es el del Estado. Sin duda, se tienen en cuenta a los distintos actores en el conflicto, siendo uno de los

problemas no menores establecer quiénes son los portavoces de estos poderes. La inclusión de los DESC facilita poner de relieve que además del espacio de poder estatal, existen otros espacios que detentan poder y en los que se ejerce poder, como son las estructuras de producción, las de mercado, la de la comunidad y las constitutivas del ámbito doméstico.

Desde esta perspectiva ampliada, los DESC pueden ser vistos como elementos partícipes en estos espacios de poder que están interconectados pero poseen lógicas diferenciadas. Así se planteó, por ejemplo, en los acuerdos de paz de Guatemala al incluir mecanismos que favorecieran el acceso de la mujer a la tierra.

CONCLUSIÓN

Los procesos de justicia transicional muestran como una herida abierta la estrecha relación existente entre los instrumentos jurídicos y el padecimiento de las personas derivado, directa o indirectamente, de la situación de conflicto que se intenta resolver. En este artículo se ha prestado atención a la importancia que tiene, en orden a la orientación de estos procesos de paz, la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como instrumentos aptos para la resolución de conflictos presentes y la prevención de futuros conflictos.

Desde la perspectiva de una epistemología jurídica del sufrimiento, la argumentación a favor de la presencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los procesos transicionales se fundamenta, como última ratio, en la consideración según la cual estos derechos pueden dar respuesta, por parcial que sea, a situaciones de padecimiento experimentadas por las personas y también prevenir futuras situaciones de vulnerabilización que causan sufrimiento.

La preocupación por la epistemología jurídica del sufrimiento humano intenta evidenciar las premisas que en no pocas ocasiones quedan ocultas, y facilitar, de esta forma, el debate público sobre las mismas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Aristóteles (1995). *Ética Nicomaquea*. Madrid: Gredos.

Atuahene, B. (2010). Property and Transitional Justice. 58 *Ucla Law Review Discourse* 65.

Bergsmo, M. *et al.* (2010). *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkel Opshal Academic E Publisher.

Bonet, J. y Alija, R. (2009). *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Carbonell, M. (2003). *Neo constitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Elster, J. (2012). Tierra, justicia y paz. En Morten Bergsmo *et al.* *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Greiff, P. de (2010). A Normative Conception of Transitional Justice. *Politorbis*, 50 (3) 17-29.

Hobbes, T. (1992). Vida de Thomas Hobbes de Malmesbury. Escrita en verso por el autor, 1672. En *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Madrid: Tecnos.

Hobbes, T. (1992b). *Leviatán o La materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, 1651. Buenos Aires: FCE.

Hobbes, T. (1992c). *Behemoth*, 1668. Madrid: Tecnos.

Hobbes, T. (1993). *El ciudadano*, 1642. Madrid: Debate.

Hobbes, T. (1979). *Elementos de Derecho Natural y Político*, 1640. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ICHPR (2006). *¿Negociar la justicia? Derechos humanos y acuerdos de paz*. International Council on Human Rights Policy. www.ichrp.org

Madrid, A. (2010). *La política y la justicia del sufrimiento*. Madrid: Trotta,

Minois, G. (1994). *Historia de los infiernos*. Barcelona: Paidós.

Monsálvez Suárez, S. (2004). Derecho a la tierra y derechos humanos. *El otro derecho*, agosto (31-32) 41-57.

<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr031-32/elotrdr031-32-02.pdf>

OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*. OEA / Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre.

ONU (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Documento S/2004/616, de 3 de agosto.

ONU (2005). *Resolución 60/147 sobre principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

Platón (347 a. C., 1972). *Las Leyes. Obras completas*. Madrid: Aguilar.

Platón (380 a C., 1972). *Gorgias. Obras completas*. Madrid: Aguilar.

Rose-Ackerman, S. (2004). Establishing the Rule of Law. En Robert I. Rotberg (ed.). *When States Fail. Causes and Consequences*. Princeton: Princeton University Press.

Rodotà, S. (2010). El dolor. En *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Trotta.

Russell, B. (1974). *La perspectiva científica*. Barcelona: Ariel.

Teitel, Ruti G. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Tilly, C. (2007). *Violencia colectiva*. Barcelona: Hacer.

Tilly, C. (2007). *Confianza y gobierno*. Buenos Aires: Amorrortu.

Tönnies, F. (1988). *Hobbes*. Madrid: Alianza.

Young, I. (2011). *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Ediciones Morata.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA JUSTICIA PENAL: ¿DEMOCRATIZACIÓN O ADORNO INÚTIL DE LOS TRIBUNALES?

Hans-Jürgen Brandt

Abogado y especialista en Reformas Judiciales.

Este trabajo fue publicado por primera vez por la
Fundación Hanns Seidel/Lima en octubre de 2010.

http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/images/documentos/Informe_DrBrandt.pdf

Recibido: noviembre de 2013

Aceptado: diciembre de 2013

SUMARIO

Introducción. I. Relevancia del tema para el país. II. Los escabinos en el panorama del Derecho Comparado. III. Problemas, juicios y alcances. IV. Atribuciones y deberes de los jueces ciudadanos. V. Conclusiones. VI. Recomendaciones.

RESUMEN

Con la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal se han introducido cambios profundos en el sistema de justicia penal; por tanto, la actividad procesal del juez cambia del sistema inquisitivo a la de un juez con capacidad de decisión objetiva sobre la acusación, y puede recibir el apoyo de jueces ciudadanos, llamados escabinos, que no son abogados sino ciudadanos comunes porque tendrían que aportar su capacidad, su experiencia de vida y su sentido común a la deliberación y la toma de decisiones del tribunal.

Palabras clave: justicia penal, Código Procesal Penal, jueces legos o escabinos, conformación de tribunales

ABSTRACT

With the implementation of the new criminal procedure code, profound changes have taken place in the criminal justice system therefore judge the procedural activity of the inquisitorial system changes to accommodate a judge's factual decision on the prosecution and may be supported by citizen judges, called jurors, who are not lawyers but ordinary citizens because they would have to do their capacity, their life experience and common sense to the deliberations and decisions of the court.

Key words: criminal justice, Criminal Procedure Code, lay judges or jurors, courts shaping.

INTRODUCCIÓN

Hoja de instrucciones para jurados.

Si eres jurado... percibe al juez en dos sentidos: el hombre que tiene más experiencia que tú en la maquinaria de la lógica judicial... El juez conoce mejor que tú las artimañas y los aspectos de los crímenes: esa es su ventaja; es truncado y preso de los conceptos estrechos de su pequeña clase de funcionarios: esa es su desventaja. Tu función es corregir esa desventaja.

KURT TUCHOLSKY (escritor alemán, 1890 -1935)

Recuerdo mi primera audiencia como presidente de un Tribunal de Escabinado en Berlín. Para entender el problema que tuve, hay que añadir que el escabinado es una variedad del jurado. Nació históricamente en Alemania, donde actualmente está conformado por un juez profesional y dos jueces ciudadanos, que tienen votos iguales. Yo era un juez joven —es decir, hace muchísimo tiempo— recién nombrado, mientras los dos escabinos ya tenían una larga experiencia. Al fin del proceso penal contra un imputado adolescente acusado por estafa, el fiscal solicitó una multa y trabajos sociales, siguiendo la recomendación del representante de la Asistencia Judicial a la Juventud. Para mí la solicitud fue convincente, pero de repente en la fase de la deliberación con los dos escabinos me di cuenta de que ellos pensaban que este doctorcito necesitaba el consejo de los “experimentados”. Casi como ejecutores testamentarios de mi antecesor, me comunicaron que este hubiera determinado una pena mucho más drástica y que ellos iban a votar por una pena de cárcel. Dos votos contra uno, ellos tenían la mayoría. Fue mi primera controversia con escabinos, e ilustra cómo la cooperación entre jueces técnicos y legos no siempre es fácil. ¿Cómo solucioné el problema? Voy a regresar a esta anécdota más adelante.

¿Por qué el tema de los escabinos es relevante para el Perú?

I. La relevancia del tema para el país

La promulgación del Código Procesal Penal en julio del 2004 y su implementación paulatina en los Distritos Judiciales del Perú de acuerdo a un calendario oficial significa una reforma profunda del sistema de justicia penal con cambios estructurales. Mientras en el sistema anterior —el sistema inquisitivo— se requiere un juez capaz de investigar los casos, en el sistema acusatorio su rol cambia hacia un juez con capacidad de decisión objetiva sobre la acusación. Tiene que valorar los hechos delictuosos, evaluar si están probados y determinar si el acusado tiene responsabilidad.

En este proceso puede recibir el apoyo de jueces ciudadanos, también llamados escabinos, que no son abogados sino ciudadanos comunes.

Bajo el principio de la oralidad del proceso penal, los jueces legos tendrían que aportar sus capacidades como ciudadanos, su experiencia de vida y su sentido común a la deliberación y la toma de decisión del tribunal.

Esta idea fue plasmada en un Proyecto de Ley que constituye a los “Jueces Ciudadanos” en la administración de la justicia en materia penal, que el Presidente de la República, Alan García Pérez, y el Presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo Gálvez, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros sometieron en noviembre de 2006 a la consideración del Congreso, solicitando un trámite con carácter urgente. La exposición de motivos expresa la expectativa de que mediante la participación ciudadana en la justicia penal, como modalidad de control social y “forma de democratizar el país”, se disminuya “la falta de credibilidad de la población en los jueces técnicos y la enorme sospecha de corrupción respecto a ellos”. Resumiendo, se espera que se mejore “la percepción de la población respecto al servicio de justicia que brinda el Estado”.

El Proyecto de Ley prevé que en cada provincia haya cuando menos un Juzgado Especializado o Mixto integrado por un juez técnico y dos ciudadanos comunes que no deben ser abogados. En una fase transitoria, las salas penales o mixtas de las Cortes Superiores quedarán integradas por un magistrado técnico y dos ciudadanos, a partir de la convocatoria para juzgamientos de procesos ordinarios. Sin embargo “en los distritos judiciales en los que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se aplica el (nuevo) Código Procesal Penal, los jueces ciudadanos integrarán solamente los colegiados penales de primera instancia”.

Los jueces legos son incorporados en el juzgado por sorteo para cada juicio específico entre los que figuren en un registro. Este tiene su base en una lista de personas, elaborada por la Corte Superior respectiva. Luego, el Consejo Nacional de la Magistratura habilita a los jueces ciudadanos que son incluidos en el “Registro de ciudadanos habilitados para desempeñar la Judicatura ciudadana”. La participación del juez ciudadano es temporal en el proceso para el cual ha resultado sorteado. Es convocado solo para el juicio oral hasta su culminación, pudiendo ser designado en un máximo de 3 procesos al año. El proyecto de ley no establece competencias especiales de los jueces ciudadanos, lo que significa que los jueces profesionales y los legos tendrán durante la audiencia las mismas atribuciones y deberes.

El juez ciudadano cumple un cargo cívico, el cual no es remunerado. Los empleados públicos gozarán de licencia mientras desempeñan el cargo. Si se trata de un trabajador independiente, recibirá una contraprestación económica equivalente al 30 % del haber diario que percibe un juez especializado, por cada día de labor judicial.

Cabe preguntarse si los objetivos del Proyecto de Ley son realistas y cuáles son las experiencias de otros países con jueces ciudadanos.

II. Los escabinos en el panorama del Derecho Comparado

En Latinoamérica son 2 países los que adoptaron el escabinado a fines de la década de los noventa: Bolivia y Venezuela. Estos países establecieron los sistemas participativos antes de los gobiernos populistas de Hugo Chávez /Venezuela (desde el 6 de diciembre del 1998) y de Evo Morales/Bolivia (desde el 22 de enero del 2006). En ambos países, los jueces ciudadanos son considerados integrantes del tribunal. En Bolivia tienen los mismos deberes y atribuciones que los jueces técnicos durante la sustanciación del juicio. En cambio, en Venezuela deliberarán con el juez profesional solo lo referente a la culpabilidad o inocencia del acusado, correspondiéndole al juez presidente la imposición de la pena correspondiente.

En Asia, recién en mayo 2009 Japón estableció tribunales mixtos integrados por 3 jueces profesionales y 6 jueces legos para juzgar delitos amenazados con la pena capital o la condena perpetua. El objetivo de la reforma procesal penal fue mejorar la confianza de la población en la justicia.

En la mayoría de los Estados de la Unión Europea existe una participación ciudadana en el proceso penal, sea en forma de jurados o tribunales de escabinado.

De los 27 Estados miembros de la Unión Europea, solo 5 no cuentan con una participación ciudadana en la justicia penal: Chipre, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos y Rumania. Por otro lado, se observa que predominan los sistemas de escabinado. Varios países adoptaron ambos sistemas y muy pocos cuentan con una participación ciudadana solo en la modalidad de jurados. Fuera de Europa, el jurado —proveniente de la tradición anglosajona— es parte esencial de los procedimientos penales de los Estados Unidos, Canadá y Australia.

¿Cuál ha sido el motivo para la introducción del sistema de escabinado en Europa continental? En Alemania y en otros países fue en primer lugar la desconfianza de los ciudadanos en el siglo XIX con los jueces profesionales, que en las monarquías semiabsolutistas de la época no fueron considerados como

garantes del Derecho sino como dependientes del Estado, siendo ejecutores de la voluntad del poder.

Por la misma razón, el escabinado fue restablecido en Alemania después del sistema de injusticia de los nazis, luego de la última guerra mundial. El motivo central fue la democratización del Poder Judicial. Se pensaba que en un Estado democrático el ciudadano no debería ser solo el objeto de la justicia sino también su sujeto. En el concepto ideal, el juez lego es representante del pueblo, que vigila el cumplimiento del debido proceso y es un garante de los principios de la oralidad y publicidad. Los jueces ciudadanos son los llamados a introducir en las deliberaciones de los tribunales los valores principales que rigen a la población y promover procedimientos transparentes y entendibles. Mediante el control social de los jueces profesionales se busca un acercamiento del Poder Judicial a la sociedad. De esta manera se quiere reforzar la confianza de la población en dicha institución.

Antes de discutir las ventajas y problemas de este sistema, esbozaré en lo siguiente, a grandes rasgos, el escalón de la judicatura penal alemana:

En los juzgados de primera instancia, el juez penal tiene la competencia de disponer una pena privativa de libertad hasta de 4 años. En la práctica, tramita las acusaciones contra imputados en su función como juez unipersonal, si se cuenta con una pena privativa de libertad hasta de 2 años. La fiscalía entabla la acusación ante el Tribunal de Escabinado en casos complejos o si se calcula con una condena entre 2 y 4 años. El tribunal está compuesto por el juez penal de primera instancia y 2 jueces legos.

Contra las sentencias de estos 2 juzgados de primera instancia procede el recurso de apelación ante la Pequeña Sala Penal de la Corte Provincial. Dicha instancia es integrada por 1 juez profesional y 2 jueces ciudadanos (escabinos). Contra los fallos de la Sala se puede interponer el recurso de “revisión” ante la Corte Superior donde operan solo jueces técnicos.

La revisión significa una evaluación de la aplicación correcta del Derecho y no de un examen de las pruebas.

La Gran Sala Penal de la Corte Provincial se compone de 2 o 3 jueces profesionales (de acuerdo a la decisión de la Sala en el inicio del juicio) y 2 escabinos. Tiene competencia para fijar penas que superan 4 años de privación de libertad. Contra sus sentencias procede el recurso de revisión ante la Corte Federal.

Como podemos ver, en el sistema alemán los escabinos operan en primeras y segundas instancias penales donde se valoran los hechos y las pruebas, conjuntamente con el juez profesional y con

las mismas atribuciones y deberes deciden sobre la culpa del acusado y las sanciones. En cambio, las instancias de revisión, donde procede únicamente un examen de la aplicación del Derecho (incluso las máximas jurisprudenciales y doctrinales, por supuesto), están compuestas solo por jueces técnicos.

No es el momento para profundizar los diferentes aspectos de los procedimientos penales; el caso alemán sirve solo como referencia. En Alemania existen jueces legos en todas las judicaturas ordinarias y especiales, salvo en la Corte Federal Constitucional; es decir, hay jueces ciudadanos no solo en la justicia penal sino también en la jurisdicción comercial, en los tribunales de lo contencioso administrativo, de asuntos sociales, de materias tributarias y en la judicatura de trabajo. Son miles de ciudadanos, elegidos por 5 años, que desempeñan su cargo honorífico en las diferentes ramas de justicia. En la jurisdicción penal operan más de 36 000 escabinos, 5 veces más que los jueces profesionales.

Quisiera discutir a continuación las ventajas y desventajas del sistema, tocar algunos prejuicios en torno del escabinado y presentar problemas actuales que sirven como base de experiencia para algunas recomendaciones en el caso peruano.

III. Problemas, prejuicios y alcances

3.1. ¿Los argumentos provenientes de la historia de Derecho son obsoletos?

Como hemos visto, el motivo central para el establecimiento de los Tribunales de Escabinado fue el control social de los jueces profesionales por jueces legos como representantes del pueblo y la democratización de la justicia penal. De esta manera se buscaba un incremento de la confianza en el Poder Judicial.

Actualmente, estos argumentos convencen solo de manera parcial. En la práctica judicial, los jueces ciudadanos están apenas en condiciones de velar sobre la aplicación de los principios del debido proceso por la falta de conocimientos jurídicos. Este control lo asumen actualmente los medios de comunicación en forma mucho más eficiente.

Sin embargo, el control que los escabinos ejercen sigue siendo importante, pero en un sentido diferente: en la fase de la deliberación, los jueces profesionales son obligados a explicar a los escabinos su interpretación de los hechos, la valoración de las pruebas y las consecuencias jurídicas. En la medida que el juez profesional aclara su opinión en palabras sencillas y entendibles para un ciudadano común, procede un control de plausibilidad sobre los motivos y un autocontrol. Este se ve forzado a reflexionar sobre su decisión, considerando los argumentos de los jueces ciudadanos. De esta manera, la participación de los escabinos

tiene como efecto que los jueces abogados superan su idioma técnico, fundamentan los fallos en una forma que finalmente también los imputados pueden entender y evitan el centrismo jurídico y la rutina judicial. Si el juez quiere que la sociedad acepte su sentencia es muy conveniente que antes tenga que convencer a los jueces ciudadanos. La consecuencia de ello es que la calidad de la jurisprudencia aumenta.

Estudios realizados en Inglaterra, Dinamarca y Alemania revelan que uno de los efectos de la presencia de jueces ciudadanos en la audiencia es que los jueces profesionales se comportan más corteses con imputados y testigos si actúan como integrantes de un tribunal colegiado de escabinado o jurado, y más duros como jueces unipersonales. Sin embargo, un clima justo en las audiencias es un factor decisivo para la confianza en el Poder Judicial.

En cuanto al argumento de la democratización de la justicia penal, hay que considerar que la participación directa del ciudadano en el Estado es un aspecto vital de la democracia.

Actualmente se puede observar en todos los países un distanciamiento entre los ciudadanos y el Estado por los procedimientos burocráticos y decisiones ininteligibles. Una salida de este problema es la participación ciudadana en las actividades del Estado. Para el Poder Judicial, cuyos órganos son “encargados de administrar justicia en nombre del pueblo” pero que, de acuerdo a las estadísticas, generan poca confianza por parte de la sociedad, el sistema de “jueces ciudadanos” sería un modelo específico de participación ciudadana que contribuya a la legitimación democrática del Poder Judicial.

En consecuencia, el escabinado no es históricamente obsoleto, y no se trata de una reminiscencia a un supuesto romanticismo social del siglo XIX.

3.2. ¿Jueces legos no son idóneos por falta de conocimientos jurídicos?

Un argumento clásico contra la participación ciudadana en la justicia penal es que los jueces tienen que aplicar la ley que los jueces legos generalmente no conocen. De manera polémica se ha dicho que el Congreso, con la introducción del escabinado, destruye sus propias tablas de la ley. De acuerdo a esta corriente de opinión, el proceso de valorar las pruebas y de dictar sentencia es un procedimiento racional. En este trámite se aplican las leyes y los criterios de la jurisprudencia vinculante y de la doctrina de Derecho, lo que requiere un juez capacitado como abogado. Los escabinos, en cambio, deciden de acuerdo a su leal saber y entender. En muchos casos, por ejemplo, si el tribunal tiene que tomar una decisión sobre la solicitud de nuevas pruebas o su

denegación, los jueces ciudadanos dependerían de los conocimientos jurídicos del juez profesional y de su consejo.

Se dice que por la falta de una formación jurídica, los jueces legos no puedan ejercer plenamente sus derechos de participación en la audiencia. Además, desde la perspectiva de la división de trabajo en el Estado moderno, que trae consigo una profesionalización y cientificación también del sector de justicia, la participación ciudadana puede significar un retroceso.

En este debate se puede observar una pelea entre un argumento tecnócrata que defiende la profesionalización de la justicia con un argumento democrático, que exige la participación popular. Sin embargo, los abogados que siguen la corriente tecnócrata no pueden negar que no existe un método científico para llegar en un proceso penal a una sentencia justa. La interpretación de las declaraciones de los acusados y de los testigos y la evaluación de la culpabilidad no tienen su base en normas sino en el juez que aplica su lógica y también sus conocimientos y su experiencia de vida cotidiana. En esta comprensión no hay diferencias entre un jurista y un ciudadano común. En la práctica cotidiana de procesos penales raras veces hay que resolver problemas legales complicados. Son sobre todo problemas de valoración de las pruebas, de la prognosis sobre el peligro de la reincidencia del acusado y la búsqueda de una sanción adecuada. El jurista alemán Karl Radbruch ha expresado que en el proceso penal un gramo de conocimientos jurídicos es equivalente a un quintal de experiencia de vida.

En Alemania, la gran mayoría de jueces profesionales aprecia la introducción de conocimientos y experiencias del campo extrajudicial en el proceso penal por los jueces legos. Aparte del control sobre la rutina judicial por parte de los jueces legos, se reconoce que los escabinos pueden percibir aspectos que el juez no ha visto, en el sentido de que tres personas observan mejor que una. Generalmente, la participación ciudadana en la justicia penal no es cuestionada; algunos hablan ya de una vaca sagrada.

3.3. ¿Jueces profesionales deciden racionalmente, escabinos emocionalmente?

La hipótesis de que los abogados toman sus decisiones en forma racional mientras los jueces ciudadanos deciden emocionalmente es muy difundida, especialmente entre abogados. Se teme que los jueces legos juzguen de manera subjetiva, es decir, arbitraria, que estén encaminados por sus sentimientos; por ejemplo, que sean influenciados por una simpatía o antipatía con el acusado o la víctima, que tengan compasión por el acusado o menosprecio por la víctima, que estén influenciados por el comportamiento del acusado durante la audiencia, etc.

En un proceso penal contra un comerciante de grúas por estafa, tramitado ante el Tribunal Provincial en Bochum, Alemania, en el año 2007, una jueza ciudadana se enamoró del acusado en el transcurso de la audiencia que demoró cinco meses. Le escribió una carta de amor a la cárcel y no se dio cuenta de que la correspondencia con los acusados es controlada por el juez. La jueza fue recusada por parcialidad, con la consecuencia de que el proceso tuvo que repetirse: cinco meses perdidos, declaraciones del acusado y testigos, etc.

Se teme que los jueces legos tengan prejuicios obsoletos que todavía se mantienen en la sociedad, que a veces desfavorezcan inconscientemente a personas de diferentes estratos sociales o etnias. Se dice que los jueces legos no conocen el sentido de la pena —articulado en la dogmática jurídica— y que piensan muchas veces en categorías de revancha, que por la falta de una experiencia judicial califican en casos muy graves rápidamente a un delincuente como peligro para la sociedad. La consecuencia sería penas drásticas que no concuerdan con la dogmática jurídica o la jurisprudencia vinculante.

Finalmente, existe el temor de que algunos jueces legos puedan ser guiados por conceptos de justicia que no corresponden con la ley. Durante las elecciones de escabinos en Alemania en 2008, el partido de la ultraderecha “NPD” animó a sus afiliados a postular. El objetivo del partido fue “infiltrar en los procesos la conciencia jurídica popular” —en el sentido nazi— y “condenar más drásticamente a criminales extranjeros así como a violentos izquierdistas”.

En algunos pocos casos esta maniobra tuvo éxito, y ahora los tribunales de primera instancia afectados quieren sacarlos de las listas. El problema es que hay pocas razones para destituir a un juez ciudadano. Las más importantes son haber cometido una falta o delito y sido condenado con una pena privativa de más de 6 meses, o haberse abierto una instrucción penal contra el juez. Sin embargo, el año pasado (2008) el Tribunal Federal Constitucional estableció en un caso de queja contra la destitución de un juez ciudadano de un Juzgado de Trabajo, que también los jueces legos tienen una obligación especial de lealtad constitucional y que candidatos no son admisibles si luchan contra el ordenamiento democrático. En el caso concreto, el juez ciudadano que trabajó en una banda de rock nazi y que cantó canciones racistas permaneció destituido.

Los casos mencionados tuvieron repercusión nacional, pero son acontecimientos aislados.

Considerando que existen en Alemania más de 36 000 escabinos, hay muy pocas noticias sobre irregularidades. Además, el

argumento de que algunos jueces legos puedan actuar en base a conceptos de justicia que no corresponden a la ley, presupone que las decisiones de los jueces profesionales generalmente concuerdan con los valores de justicia establecidos por la ley. Sin embargo, es obvio que también los jueces profesionales frecuentemente no aplican la ley correctamente. Basta revisar la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional para constatar rápidamente que muchas sentencias de jueces profesionales vulneran derechos fundamentales y no coinciden con preceptos de justicia articulados en el Derecho Procesal y Constitucional.

Lamentablemente, hay pocos estudios empíricos sobre la toma de decisiones por parte de los jueces legos. Un estudio publicado en 1993 por Rennig sobre la base de más de mil encuestas revela que las decisiones de los jueces ciudadanos no difieren cualitativamente de los jueces profesionales. También las determinaciones de los jueces legos corresponden en gran medida con criterios de racionalidad, las reflexiones de ambos grupos son determinadas por los mismos factores. No se puede afirmar que para los jueces legos sentimientos de simpatía o antipatía con el acusado son de importancia, y no dan generalmente preferencia a penas drásticas. Los jueces ciudadanos suelen perseguir en los procesos penales los mismos objetivos que los jueces profesionales. No hay indicios para la hipótesis de que los jueces legos juzgan solo con su corazón o con un deseo intransigente de mantener el orden público.

Considerando que la elección de los escabinos debería reflejar la composición social de la población, no sorprende que estos resultados coincidan con estudios sobre la conciencia jurídica de la población. De acuerdo a un estudio significativo sobre el concepto de pena, un 53 % de las personas encuestadas favorece medidas de prevención y una disuasión específica contra el delincuente, 42 % una exhortación y 20 % una pena correccional y la reparación civil. Ciudadanos que favorecen la revancha son una pequeña minoría.

3.4. ¿La influencia de los escabinos es incipiente?

Es muy común la crítica de que los jueces profesionales tienen un papel dominante en las deliberaciones y decisiones de los tribunales. Se dice que los jueces legos, por la falta de conocimientos jurídicos, no están en condiciones de controlar si la traducción de los términos jurídicos en un idioma usual por parte de los jueces profesionales es correcta, que los jueces abogados pueden bloquear una discusión abierta sobre el caso mostrando un comportamiento de superioridad y arrogancia.

Es cierto que los jueces legos tienen que tener conocimientos mínimos sobre el derecho procesal, especialmente sobre las fases del proceso y los roles y derechos de los actores.

Estos conocimientos son imprescindibles en la fase de la deliberación del tribunal si el juez lego quiere fundamentar su voto divergente. En Alemania, los escabinos reciben estas informaciones mediante folletos y cursillos. Parece que estas actividades tienen el efecto esperado: 92 % de los jueces técnicos del tribunal de primera instancia tienen la impresión de que los jueces legos están en condiciones de entender la materia y de escuchar a los demás actores sin mayores problemas.

A pesar de los intentos de capacitar a los jueces legos, no se puede negar que el magistrado profesional siempre ocupa un rol destacado. Sin embargo, la opinión de que los jueces legos son siempre dominados por los profesionales no es sostenible. Un tercio de los escabinos señala que han presentado durante la audiencia por lo menos una pregunta al acusado, la víctima o testigos. Los jueces técnicos relatan de preguntas de los jueces ciudadanos en 43 % de las audiencias. Durante las deliberaciones del tribunal, la mitad de los jueces legos participa activamente, mientras el resto apenas se pronuncia. Las decisiones no se toman siempre por unanimidad. Puede ocurrir una disparidad de opiniones entre el presidente del tribunal y los escabinos en cuanto a la culpa o la pena adecuada. Un estudio empírico —aunque poco actual— ilustra la dimensión de la divergencia de opiniones. Los desencuentros sobre la culpabilidad (11 % de los juicios) son menos frecuentes que sobre el monto de la pena (20 %). Parece que en la mayoría de casos de desacuerdo inicial, los jueces ciudadanos optan finalmente por la opinión de los jueces técnicos: 70 % desisten de su posición inicial y aceptan un compromiso. Los restantes insisten en la votación, y en 25 % de los juicios los disidentes vencen por mayoría de los votos al magistrado técnico. Regresando a mi experiencia personal como juez joven en la deliberación con 2 escabinos rebeldes, finalmente logré convencerles porque yo tenía —supongo— los mejores argumentos. Hablamos sobre el sentido de las penas y la intervención pedagógica en el caso concreto contra el imputado adolescente, y aprendí una primera lección sobre la comunicación abierta, sencilla, como colega con los jueces ciudadanos. Regresando a la situación general, las estadísticas indican claramente que la tesis de que el voto de los jueces profesionales sea dominante y que los jueces legos no tengan ninguna influencia no es justificada. Como en todos los gremios, hay personas pasivas y serviles, pero se pueden encontrar también ejemplos contrarios.

Un factor decisivo es el trato de los jueces ciudadanos por los profesionales. Aquellos escabinos que se sienten aceptados como colegas del juez técnico, participan más activamente y finalmente tienen más confianza en el Poder Judicial.

Sin embargo, la influencia de los escabinos en la sentencia concreta es considerada por los jueces ciudadanos como relativamente baja.

A la pregunta de si el tribunal sin participación de los escabinos hubiera decidido en forma diferente, 20 % de los escabinos encuestados en dos ciudades opinan que los jueces profesionales no hubieran juzgado de manera distinta, más de 60 % señalaron que “en algunos casos” hubieran decidido diferentemente, y solo una minoría de alrededor del 10% tiene la impresión de que sin su colaboración el fallo en la mayoría de los casos hubiera sido distinto. Es decir, los jueces ciudadanos piensan que solo en algunos casos tenían influencia concreta en el fallo.

Es interesante que, a pesar de este resultado, los jueces profesionales y los fiscales opinan que la participación de los jueces ciudadanos tiene sentido.

3.5. ¿El escabinado no tiene sentido?

Más de 70 % de los actores de justicia expresa que el sistema de escabinado hace sentido:

Importancia del sistema de escabinado (Respuesta: sí)

Escabinos	Jueces profesionales	Fiscales
98 %	74 %	76 %
n = 1091	n = 135	n = 204

Preguntados por qué, contestan:

Justificación de la participación ciudadana (Principio democrático)

Escabinos	Jueces profesionales	Fiscales
49 %	58 %	47 %

Experiencia de vida de los escabinos: Escabinos 67%, Jueces Profesionales 45% , Fiscales 42 %

Prevención contra rutina judicial de los jueces profesionales: Escabinos 56 %, Jueces Profesionales 29 %, Fiscales 42 %

Aumento de confianza de la población en los jueces técnicos: Escabinos 23 %, Jueces Profesionales 51 %, Fiscales 51 %
(Respuestas múltiples)

Entre los jueces técnicos y fiscales prevalece la opinión de que la participación ciudadana corresponde a un principio democrático y aumenta la credibilidad de la población en los jueces, mientras los jueces ciudadanos mencionan como decisivo el aporte de su experiencia de vida y la prevención contra una rutina judicial.

3.6. Objetivos pedagógicos populares

A la pregunta de cuál es el objeto social del sistema de escabinado, se puede escuchar frecuentemente la respuesta de que la participación ciudadana en la justicia penal tiene una función pedagógica popular en el sentido de que sirve al fomento de la conciencia jurídica de la población. Con su participación en los procedimientos penales, los representantes del pueblo obtienen una experiencia directa y una comprensión de la labor del Poder Judicial. Se espera que su colaboración sirva a la reducción de la distancia entre el Poder Judicial y la población, disminuya el anonimato del aparato de justicia y la enajenación entre jueces profesionales y el pueblo. En síntesis, se requiere una integración social de la Justicia.

Es difícil medir si los objetivos pedagógicos populares se logran. Encuestas indican que apenas un tercio de los jueces ciudadanos relata en el círculo de familiares y amigos sobre sus experiencias. Es decir, el efecto multiplicador de los escabinos es limitado. Puede ser que los escabinos opinen que el deber de discreción profesional de los jueces les impide comentar su trabajo. Sin embargo, el simple hecho de que 36 000 jueces ciudadanos cooperen en Alemania con el Poder Judicial ya significa una puesta a tierra de la justicia penal.

3.7. Elección de personas idóneas

¿Cuáles son las personas idóneas para el cargo y como encontrarlas?

En el Perú, el Proyecto de Ley (Art. 180 B LOPJ) establece:

1. Ser peruano, mayor de 30 años.
2. Gozar del pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.
3. Haber cursado estudios superiores.
4. Domiciliar en el territorio de la circunscripción judicial.
5. No haber sido condenado por delito doloso.
6. No haber sido objeto de sanción por inconducta funcional por el Colegio Profesional del que forme parte.
7. No estar incurso en alguna causal de incapacidad absoluta o relativa, de conformidad con los artículos 43° y 44° del Código Civil, como los ciegos, sordos o los retardados mentales.

Los criterios en Alemania son semejantes, aunque existen diferencias. Por ejemplo, los límites de edad son desde 25 hasta 70 años. No se conocen sanciones de Colegios Profesionales que puedan ser un impedimento para el cargo, y no se prescribe un nivel mínimo de educación; sin embargo, escabinos que cumplieron dos períodos consecutivos de nombramiento no deberían postular para el siguiente período.

En ambos países, determinadas personas no son consideradas como aptas para la función de jueces. Son aquellas que por problemas de salud no están en condiciones de entender los procedimientos o de escuchar; por ejemplo, los sordomudos o los “ebrios habituales”.

Algunas funciones públicas en ambos países son incompatibles con el cargo de juez ciudadano. No pueden ser nombrados, de acuerdo al Proyecto de Ley peruano, por ejemplo, abogados, empleados del aparato de justicia, integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía. En Alemania, la Ley Orgánica del Poder Judicial agrega, además: el Presidente de la República, integrantes del gobierno, sacerdotes y pastores religiosos.

Además, existen en Alemania grupos de personas que pueden rehusar el cargo, como diputados, médicos o personas para los cuales el cargo significaría un agravio inaceptable, sea por razones económicas o porque tienen que cuidar a familiares. Ni el Proyecto de Ley peruano ni la ley alemana definen una calificación específica de los jueces ciudadanos. Pero, sin lugar a dudas, no se puede negar que los jueces tienen que ser capaces de entender la materia del caso, de evaluarla y de juzgar imparcialmente. En la literatura jurídica se definen las siguientes capacidades de los jueces ciudadanos:

Competencia social. El juez tiene que entender los motivos de los acusados y valorar los hechos ante el trasfondo social de las personas involucradas.

Empatía. El juez tiene que determinar si un testigo o el acusado dice la verdad.

Pensamiento lógico. El juez ciudadano tiene que valorar diferentes testimonios y pruebas, compararlos con las declaraciones del acusado y examinar la coherencia. La experiencia profesional es la base de conocimiento sobre la naturaleza humana e imprescindible para la capacidad de juzgar.

Imparcialidad. En un juicio, el juez ciudadano frecuentemente es confrontado con hechos brutales y comportamientos de acusados o testigos insoportables. En estas situaciones, tiene que juzgar en forma neutral, objetiva y ponderada.

Capacidad de dialogar. Tiene que ser capaz de preguntar si no ha entendido los hechos y de comunicarse con los demás jueces en la fase de la deliberación del juzgado.

¿Cuál es el método para encontrar estas personas?

El Proyecto de Ley peruano establece que la Corte Superior elabora el “Registro de Ciudadanos Habilitados para desempeñar la

Judicatura Ciudadana”, el cual incluye titulares y suplentes. El Consejo Nacional de la Magistratura se encuentra a cargo del proceso de habilitación de los jueces ciudadanos de acuerdo a un Reglamento.. Considerando que el Reglamento todavía no fue elaborado, no se conocen los detalles del nombramiento.

En Alemania, este proceso tiene varias etapas y es bastante complejo. A grandes rasgos:

1) Cada cinco años, el Presidente de la Corte Provincial (*Landgericht*) y el Presidente del Juzgado de Primera Instancia (*Amtsgericht*) determinan la cantidad necesaria de escabinos titulares y suplentes para las Salas Penales de la Corte así como para los Tribunales de Escabinos en los Juzgados de Primera Instancia (*Amtsgerichte*), considerando que cada escabino titular participaría en no más de 12 días de audiencia.

2) Luego, el número de escabinos es asignado a cada uno de los distritos territoriales o municipios, de acuerdo al tamaño de la población local.

3) El distrito elabora una lista de candidatos que contiene la doble cantidad de escabinos titulares necesarios. Esto significa que en Alemania cada cinco años los distritos tienen que designar en total a más de 70 000 personas.

I. En la primera fase de la elaboración de la lista, la administración del distrito tiene que buscar una cantidad suficiente de postulantes. ¿Cómo recluta la administración los postulantes?

a. En algunos distritos son los partidos políticos, representados en los parlamentos locales, los que proponen postulantes. La ventaja es que los regidores conocen la idoneidad de las personas. Aquí existe una diferencia con el sistema peruano: en Alemania no hay ningún problema en cuanto a la afiliación de jueces con un partido político. Tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos.

b. El método más efectivo es que la administración distrital pida a las asociaciones civiles nominar candidatos. La ventaja es que estas organizaciones realizan una preselección de personas capaces entre sus integrantes. Hay numerosas organizaciones que pueden contribuir: asociaciones de diferentes intereses, como deporte o cultura, cámaras de industria y de comercio, sindicatos, colegios profesionales, iglesias, organizaciones caritativas como la Cruz Roja, etc. Este método corresponde al sentido político-judicial del sistema de escabinado: establecer una participación de la sociedad organizada en la postulación de los candidatos.

c. Existe también la posibilidad de que personas que tienen interés en la función postulen directamente. Algunos distritos y

municipalidades invitan con anuncios a los ciudadanos a concurrir.

d. Finalmente, si la administración distrital no encuentra suficientes postulantes, se puede llenar los plazos faltantes por sorteo de nombres obtenidos del Registro Civil. Sin embargo, no tiene sentido reclutar a personas que no tienen interés en el desempeño del cargo; por esta razón, habría que lograr el consentimiento de los postulantes obtenidos por sorteo.

II. En la segunda fase, el Consejo Distrital / Municipal decide con dos tercios de los votos de regidores presentes o la mitad de sus integrantes legales sobre la lista.

Generalmente la administración prepara la decisión. En algunos distritos, el Consejo entrega la lista antes a una comisión. El Consejo puede votar para cada uno de los postulantes, pero puede aceptar con sus votos también la lista entera, elaborada por la administración.

III. Luego, la lista de candidatos está expuesta en el tablón de anuncios de la municipalidad o del distrito. La lista contiene nombre, apellido, fecha de nacimiento, dirección postal y ocupación. Los ciudadanos tienen el derecho de objeción contra la lista dentro del plazo de una semana.

IV. El Alcalde manda la lista de candidatos y las quejas al Juzgado de Primera Instancia. El Juez de Primera Instancia agrega las listas de los diferentes distritos y municipalidades y prepara la resolución sobre las quejas.

4) Cada cinco años, los escabinos son elegidos por un comité electoral formado por el Juez de Primera Instancia, un servidor público como representante del Gobierno del Estado federado y siete personas de confianza. Estas personas son elegidas por el Parlamento Distrital / Municipal con dos tercios de los votos de los regidores presentes o por lo menos la mitad de los integrantes legales. Deben reunir los mismos requisitos que los escabinos. El comité tiene quórum, si el presidente, el representante del Estado y por lo menos tres personas de confianza elegidos están presentes. El comité decide con mayoría simple sobre las quejas y con dos tercios de los votos sobre los escabinos titulares y los suplentes. El cargo tiene una duración de 5 años.

¿Cuáles son los criterios de decisión? La ley solamente establece que el comité electoral debería considerar todos los grupos de la población de acuerdo al sexo, edad, profesión y estatus social. La ley no establece la forma concreta de la elección. En la práctica, se han desarrollado diferentes métodos, como el siguiente: el comité

ordena los candidatos de acuerdo a los criterios sociales (sexo, cuatro grupos de edad, cinco grupos de ocupación) y luego decide —de acuerdo a la cuota porcentual que corresponde a los grupos en la sociedad— cuántos escabinos hay que elegir de cada grupo. En seguida, el Presidente saca de cada grupo tantas cartas con nombres de candidato como corresponden a este grupo. Finalmente, el comité elige a cada uno de los escabinos con la mayoría necesaria.

Hay que señalar que no se logra siempre una representación equitativa de todos los grupos. Actualmente, la representación de mujeres, de trabajadores/empleados del sector privado y de varones menores de 39 años es demasiado baja. Sin embargo, este sesgo no tiene como consecuencia que la composición del juzgado sea ilegal. La norma correspondiente no es obligatoria sino define un objetivo.

5) Los juzgados llevan los titulares y los suplentes en dos listas diferentes. Los días de audiencia de cada juzgado son determinados para el año completo. Luego, el Juez de Primera Instancia competente incorpora a los ciudadanos en los Tribunales de Escabinados del juzgado por sorteo, de manera que cada escabino participaría en 12 días de audiencia. La sesión es abierta para el público. En el caso de los jueces ciudadanos de las Salas de la Corte Provincial, corresponde al Presidente de la Corte realizar el sorteo.

6) Luego, los jueces ciudadanos reciben una notificación que les informa sobre los días de audiencia y las consecuencias de su ausencia. Generalmente se les manda también una información sobre sus atribuciones y deberes y un folleto sobre el juicio penal y las funciones de los escabinos. También los candidatos no elegidos reciben una nota.

7) En la primera audiencia, procede la prestación del juramento de cada juez ciudadano ante el Presidente del juzgado. Los escabinos juran o prometen (si no quieren jurar por razones religiosas) que cumplirán con sus deberes como jueces ciudadanos de acuerdo a la Constitución y las leyes, de manera imparcial, según su leal saber y entender y que servirán solo a la verdad y a la justicia.

A pesar del complejo procedimiento, ocurre que escabinos incapaces son elegidos. En la prensa se puede encontrar repetidamente artículos que relatan acerca de jueces ciudadanos que causaron la interrupción del debate con la consecuencia de que el juicio tuvo que repetirse. En Hamburgo, un juez tuvo que romper la audiencia en 2001 porque un juez ciudadano con nacionalidad alemana pero nacido en Rusia no dominaba el idioma alemán. El juicio por el incendio en el aeropuerto de Dusseldorf fue interrumpido en 2004 luego de ocho meses, porque el Presidente

detectó que uno de los jueces ciudadanos era alcohólico. Sin embargo, considerando la gran cantidad de jueces ciudadanos, estos acontecimientos son casos muy raros.

El procedimiento de elección de jueces ciudadanos en Alemania —con su preelección comunal y su elección por el comité electoral— es bastante complicado y no sirve, salvo en algunos aspectos, como modelo para otros países.

3.8. Capacitación de los jueces ciudadanos

Antes de asumir el cargo, los jueces ciudadanos tienen que recibir una instrucción sobre su función, especialmente sobre atribuciones y deberes. El Poder Judicial, que utiliza el servicio de los ciudadanos, tiene que ponerles en condiciones de cumplir con sus facultades. Para estos fines se distribuyen hojas informativas y folletos, algunos publicados en la Internet. En Alemania se ha constituido a nivel nacional una asociación de jueces ciudadanos que fomenta la capacitación y el intercambio de experiencias. Las organizaciones de educación de adultos brindan seminarios y cursillos para escabinos. Sin embargo, estos esfuerzos todavía son incipientes. No todos los jueces ciudadanos participan en estos cursos. La mayoría de los jueces ciudadanos así como los jueces profesionales y fiscales reclaman que la participación de los escabinos en los seminarios sea obligatoria.

Sobre el contenido deseado hay unanimidad:

1. Atribuciones y deberes de los jueces ciudadanos en el juicio penal
2. Desarrollo del juicio penal
3. Penas y sanciones
4. Objetivos del procedimiento y de las penas.

El objetivo principal debería ser el fortalecimiento de la competencia de actuar.

3.9. Satisfacción de los jueces ciudadanos y el juicio justo

Considerando que el éxito de todas organizaciones depende de la satisfacción de sus empleadores, esta condición es también importante para el buen funcionamiento del Tribunal de Escabinado. Encuestas muestran que la mayoría está satisfecha con su rol de escabino.

Más interesante todavía es la correlación entre la aceptación de los jueces legos por los profesionales, el tratamiento justo de los imputados y la satisfacción con el fallo. Y aunque no todos están de acuerdo con los fallos, se pueden apreciar altos grados de satisfacción. Aquellas personas que consideran los juicios y

tratamientos como injustos y no se sienten aceptados son una muy pequeña minoría. Los ciudadanos califican el clima de las audiencias y los resultados generalmente como justos. El factor decisivo es la aceptación de los jueces ciudadanos por sus colegas profesionales.

4. Atribuciones y deberes de los jueces ciudadanos

Generalmente, durante el juicio oral los jueces ciudadanos tienen en Alemania las mismas atribuciones y deberes que los jueces profesionales. Esto significa que los escabinos tienen que participar en todas decisiones que hay que tomar en la audiencia; por ejemplo el sobreseimiento del juicio, la denegación de pruebas, etc.

4.1. Atribuciones

Los derechos principales de los jueces ciudadanos son:

- Conocer la acusación.
- Preguntar a acusados, testigos y peritos.
- Independencia, es decir, el juez ciudadano es libre de instrucciones e inamovible salvo por resolución de un juez en casos definidos por la ley; además es protegido por ley contra perjuicios, especialmente represalias de su empleador.
- Participar en la deliberación y votación o en decisiones procesales —como la admisión de pruebas, la exclusión del público, la orden de detención etc.— y/o sobre la sentencia o el auto de sobreseimiento.
- En resoluciones procesales, los jueces deciden con mayoría absoluta. En cambio, las decisiones sobre la culpabilidad del acusado y la pena o sanción requieren una mayoría calificada de dos tercios de los jueces del juzgado. Esto significa que en el Tribunal de Escabinado y en la Pequeña Sala Penal de la Corte Provincial —ambos compuestos por un juez profesional y dos jueces legos— se precisan dos votos para el fallo. En consecuencia, dos escabinos podrían vencer por mayoría de votos al juez profesional. En cambio, en la Sala Penal Grande de la Corte Provincial —compuesta por 2 o 3 jueces profesionales y 2 escabinos— la mayoría calificada es de 3 o 4 votos, lo que significa que los jueces técnicos no pueden tomar decisiones contra los escabinos unidos. Si no se logra la mayoría calificada, vale la opción menos agravante para el acusado.
- En la deliberación, los jueces discuten sobre los hechos que se dan por probados o improbados, luego de lo cual el juez profesional explica las consecuencias legales. Sin embargo,

en la fase de votación los jueces ciudadanos tienen el derecho de emitir su voto antes del Presidente del juzgado, el más joven antes del mayor. Si en la Sala Penal Grande se ha nombrado un relator, este vota primero, y el Presidente, al último. Se nota el gran poder de los jueces ciudadanos.

- Finalmente, los jueces ciudadanos gozan de una compensación en cuanto a sus gastos, como los desembolsos de viaje, el tiempo invertido, la pérdida de ganancias, etc. Sin embargo, tratándose de un cargo honorífico, no perciben sueldos.

4.2. Deberes

Los jueces ciudadanos tienen que participar en las audiencias asignadas. Si no comparecen de manera injustificada, si llegan demasiado tarde o si vulneran sus obligaciones procesales (por ejemplo en el caso de ebriedad o si se niega a votar), el Presidente del tribunal puede ordenar una multa de hasta 1 000 Euros. Además, se les impone los gastos causados, por ejemplo honorarios adicionales de los abogados y peritos, gastos de viaje, etc. En cuanto a los jueces ciudadanos, las medidas disciplinarias del Presidente son mucho más amplias que aquellas contra los jueces profesionales del mismo juzgado.

Otro deber es la discreción, especialmente en cuanto a los detalles de la deliberación del juzgado, como opiniones expuestas y la votación.

Tiene que ser imparcial. No debe ser influenciado por los medios de comunicación o por sentimientos de simpatía o antipatía con acusados o testigos. En el caso de que se sienta parcial, tiene que informar a los demás integrantes del juzgado. Igual como los jueces profesionales, los jueces ciudadanos pueden ser sancionados en casos de corrupción, prevaricación o persecución de inocentes.

5. Conclusiones

Como dije al inicio, he tomado el sistema alemán de escabinado solo como caso de referencia. No se puede trasplantar por completo un sistema que funciona en un país determinado a otro país. Las condiciones sociales, culturales y económicas son siempre diferentes. Sin embargo, estoy convencido de que se puede aprovechar de otras experiencias al instalar un nuevo sistema.

El tema de la participación ciudadana en la justicia penal provoca polémica. Como hemos visto, se trata de una controversia entre dos conceptos de justicia: una de orientación tecnócrata y otra que quiere extender la democracia. Todo depende del concepto de cada

uno de una democracia vívida. Para unos, esta se limita a elecciones libres y al control de las instituciones democráticas por el Parlamento, el Poder Judicial y el Tribunal de Garantías Constitucionales. Para otros, esto no es suficiente. Esta corriente de opinión sostiene que la democracia vívida requiere la participación de un ciudadano activo en las instituciones democráticas. Tengo que enfatizar que no es mi mensaje que el país tenga que introducir un sistema de escabinado. Pero es una opción que hay que estudiar sin prejuicios; finalmente, se trata de una decisión política. A mi entender, la participación directa del ciudadano en el poder del Estado es un aspecto vital de la democracia. La desvinculación entre sociedad y Estado puede ser superada solo si se logra la participación activa de la sociedad en tareas públicas principales. Esto es válido especialmente para la justicia penal, que ejerce su función jurisdiccional “en nombre del pueblo”. Habría que superar la percepción de un Poder Judicial como instrumento de dominación —que desde tiempos de la colonia tienen grandes sectores de la sociedad—, para presentarlo como un mecanismo de servicio no solo para la sociedad sino de la sociedad.

El Perú es un país pluricultural. Sin embargo, esta diversidad prácticamente está excluida en los procesos penales. Los jueces provinciales raras veces hablan el idioma indígena local, no encargan a peritos culturales, y no emplean intérpretes, por ejemplo en el idioma quechua.

Tienen dificultades para entender el entorno sociocultural del lugar. En esa situación, los jueces ciudadanos podrían ayudarlos a entender el trasfondo de los conflictos y los motivos de los acusados y finalmente encontrar una sanción adecuada.

Cabe la pregunta de si es el momento oportuno para implementar un sistema de ésta índole, o tal vez si habría que esperar hasta que la sociedad sea más homogénea y justa.

Los peruanos desconfían de la justicia. Pero he escuchado que desconfían también en general entre sí. Se dice que el latente racismo, el menosprecio entre clases diferentes, las diferencias por lugar de origen, motivan las relaciones y las separaciones entre los diferentes estratos sociales. No se puede descartar que se genere el problema de que un habitante de San Isidro se sienta violentado solamente porque alguien de San Juan de Lurigancho o Comas pretenda juzgarlo, y a la inversa. Esta opinión llevaría a concluir que el pueblo peruano todavía no está suficientemente maduro para este experimento y que hay que esperar unos años hasta que la sociedad sea más homogénea, hasta que los prejuicios van disminuyendo y hasta que conceptos de clases superiores o inferiores sean superados. ¿Cuándo será? ¿Cuántos años hay que esperar hasta que la participación ciudadana se convierte en un reclamo popular?

¿Pero existen pueblos maduros? Hace falta leer a Carlos Marx para darse cuenta de que Alemania no era un país homogéneo sino un país extremadamente clasista a mediados del siglo XIX, cuando establecieron el sistema de escabinado.

He escuchado el argumento de que sistemas de escabinado funcionan solo en países con un sistema de justicia más justo y eficaz que el peruano. Sin embargo, Venezuela y Bolivia tampoco son países más homogéneos que el Perú. No se puede decir que su Poder Judicial sea más justo y eficaz. Al parecer, en estos países el sistema de participación ciudadana en la justicia penal funciona sin mayores problemas.

El Proyecto de Ley peruano se inserta a una corriente y una tradición judicial a nivel mundial.

Hemos visto que en los últimos años tres países en Latinoamérica y Asia implementaron sistemas de escabinado con el objetivo de mejorar la credibilidad y la confianza del pueblo en la justicia. En 22 de los 27 Estados de la Unión Europea existe una participación ciudadana en el proceso penal —sea en forma de jurado o mayoritariamente en forma de escabinados— por los mismos motivos.

Las experiencias en Alemania muestran que hay una serie de prejuicios falsos en el mundo académico y en la sociedad por un lado, y que la justicia de escabinado cumple una función importante por el otro:

1. La participación ciudadana es un instrumento para superar la rutina y el centrismo judicial. El Poder Judicial es un sistema de autorreferencia. En este sistema, donde se toman las decisiones en base de normas y la jurisprudencia vinculante, existe una comunicación horizontal solo entre jueces, fiscales y abogados. Prácticamente no hay una comunicación directa con otros subsistemas de la sociedad. La participación de jueces legos tiene el efecto de abrir este circuito cerrado hacia la sociedad. En la fase de deliberación, los jueces profesionales son obligados a explicar a los escabinos su interpretación de los resultados del juicio en palabras sencillas y entendibles para un ciudadano común. De esta manera procede un control de plausibilidad sobre los motivos y un autocontrol del juez. Esto tiene como efecto que los jueces profesionales superan su idioma técnico, fundamentan los fallos en una forma que finalmente también los acusados pueden entender, con la consecuencia de que la calidad de la jurisprudencia aumenta.

2. La falta de una formación jurídica de los escabinos no es un problema que imposibilita su cooperación. Estudios empíricos muestran que raras veces tienen dificultades para entender la

materia del juicio y los procedimientos. La interpretación de las declaraciones de los acusados y testigos y la evaluación de la culpa no tienen su base en normas, sino que el juez aplica su lógica y también las máximas de experiencia de su vida. En esta comprensión no hay diferencias entre un jurista y un ciudadano común. Raras veces se presentan problemas legales complicados en la práctica cotidiana de los procesos penales.

3. Los jueces ciudadanos no juzgan menos racionalmente que los jueces profesionales. Estudios relevan que las decisiones de los jueces ciudadanos no difieren cualitativamente de las de los jueces profesionales. Se corresponden en gran medida con criterios de racionalidad. No hay indicios para la hipótesis de que los jueces legos juzgan solo con su corazón o con un deseo intransigente de mantener el orden público. Generalmente, persiguen en los procesos penales los mismos objetivos que los jueces profesionales.

4. La influencia de los escabinos no es insuficiente. Es cierto que el magistrado profesional siempre ocupa un rol destacado, pero estudios empíricos en Alemania indican que la opinión de que los jueces legos son siempre dominados por los profesionales no es sostenible. Como en todos los gremios, hay personas pasivas, pero se puede encontrar también ejemplos contrarios. Sin embargo, mucho depende del estilo de comunicación de los jueces profesionales. Tienen que tratarlos como colegas y evitar comportamientos de superioridad o actitudes autoritarios.

5. Existe una correlación entre la aceptación de los jueces legos por parte de los profesionales, el tratamiento justo de los imputados y la satisfacción con el fallo. Un clima justo en las audiencias es para jueces ciudadanos así como para el público un factor decisivo para la confianza en el Poder Judicial.

6. Jueces y fiscales aprecian la participación ciudadana. Entre jueces técnicos y fiscales prevalece la opinión de que la participación ciudadana corresponde a un principio democrático y aumenta la credibilidad de la población en los jueces, mientras los jueces ciudadanos mencionan como decisivo el aporte de su experiencia de vida y la prevención contra una rutina judicial. En Alemania, la participación ciudadana en la justicia penal generalmente no es cuestionada.

7. El efecto multiplicador de los escabinos es limitado. Solo una minoría habla con sus familiares o amigos sobre esta experiencia. Sin embargo, no se puede negar que la colaboración de 36 000 jueces ciudadanos con el Poder Judicial fortalece la integración del Poder Judicial en la sociedad.

8. Hace falta una capacitación de los escabinos antes de asumir el cargo. El Poder Judicial, que aprovecha del servicio de los

ciudadanos, debería encargarse de realizar eventos de capacitación y de publicar folletos informativos.

En el caso de una decisión positiva del Congreso del Perú sobre el establecimiento de jueces ciudadanos en la justicia penal, sería tal vez recomendable implementar el sistema paulatinamente de acuerdo a un plan piloto, empezando con el distrito judicial de Huaura, donde el Poder Judicial ha acumulado más experiencias con el nuevo Código Procesal Penal.

De esta manera, luego de un determinado tiempo, se puede evaluar el sistema y optimarlo antes de una implementación en todos distritos judiciales, o, según sea el caso, derogarlo.

“Antes de estar en el sistema no estaba de acuerdo con los jueces ciudadanos, porque yo decía cómo un lego, un ignorante, puede sentarse a mi costilla. Yo, después de haber estudiado cinco años en la Facultad, hacer postgrado, prepararme y que juzgue igual, no lo concibo. Pero luego de la experiencia como juez con participación ciudadana, tuve que morderme la lengua y hacer de apóstol de que el sistema de Bolivia en materia de justicia con participación ciudadana es una situación de democracia verdadera”. Samuel Saucedo, presidente de la Asociación de Magistrados de Santa Cruz, de Bolivia,

6. Recomendaciones

Podría ser prematuro discutir sobre el mejoramiento del Proyecto de Ley pero en una perspectiva de mi conocimiento del Perú, me atrevo a formular algunas recomendaciones.

Habría que agregar al Proyecto de Ley que la LOPJ debería:

- Enfatizar que los jueces ciudadanos tienen las mismas atribuciones y deberes que los jueces profesionales en la audiencia, especialmente el derecho de plantear preguntas a los acusados, testigos y peritos, así como en la toma de decisiones.
- Definir las reglas de voto en la deliberación. Es recomendable que los jueces legos tengan el derecho de votar antes de los profesionales.
- Definir en el Reglamento cómo se determina la cantidad de ciudadanos habilitados por juzgado que hay que incorporar en el registro y cuáles serán los procedimientos necesarios para mantener el registro actualizado. Es obvio que para la instalación de un nuevo sistema no basta promulgar una ley; hay que preparar a los actores para cumplir con sus nuevas

funciones. Esto requiere de un sistema complejo de capacitación y asesoría.

- Disponer que las Cortes Superiores realicen seminarios de capacitación para todos los ciudadanos habilitados. Estos eventos tendrían que contener por lo menos los siguientes contenidos:
 - Atribuciones y deberes de los jueces ciudadanos.
 - Pasos del juicio penal.
 - Roles de los operadores de justicia y de los abogados en el proceso.
 - Objetivos de las penas.
- Definir la metodología orientada a fortalecer la competencia de actuación de los jueces ciudadanos. Habría que incorporar en los seminarios fiscales y abogados defensores como docentes y prever el intercambio con jueces ciudadanos de experiencia, así como la visita de juicios penales y de centros penitenciarios. Es recomendable realizar luego de un determinado tiempo seminarios de reflexión y evaluación con los jueces ciudadanos y demás operadores de justicia.
- Proponer a la Academia de la Magistratura el dictado de cursos para jueces profesionales sobre:
 - Atribuciones y deberes de los jueces ciudadanos.
 - Objetivos de las normas de la LOPJ sobre la participación ciudadana y los deberes de los jueces profesionales para lograrlos. La confianza del pueblo en la justicia se puede mejorar solo si el juez profesional: o desarrolla un clima de comunicación de colegas, es decir, horizontal y no vertical con los jueces ciudadanos; o mantiene una comunicación correcta con el acusado y le explica en la lectura de la sentencia en palabras sencillas por qué ha sido condenado.
 - Capacitación de los deberes de los jueces profesionales frente a los jueces ciudadanos. El director de debate tendría que: o informar a los jueces ciudadanos sobre la materia del proceso y explicar las consecuencias legales; o dirigir el proceso de deliberación en forma participativa y evitar cualquier comportamiento que pueda ser entendido como prepotente.

Finalmente, el Consejo Nacional de la Magistratura, que se encuentra a cargo del proceso de habilitación de los jueces ciudadanos, tendría que preparar a los vocales y empleados de las Cortes Superiores mediante cursos y folletos para la obtención y el alistamiento de postulantes con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil, como asociaciones civiles de diversos intereses culturales, de deporte, caritativas, u organizaciones femeninas, colegios profesionales, cámaras de comercio y de industria,

sindicatos, iglesias, organizaciones campesinas e indígenas, federaciones de rondas campesinas, etc.

Esta tarea no es completamente nueva para el Poder Judicial. Las Cortes Superiores ya tienen experiencia con participación ciudadana en la Justicia de Paz.

**LAS COMUNIDADES NATIVAS DE LA AMAZONÍA PERUANA Y
EL CUMPLIMIENTO DE LOS INCISOS C) Y D) DEL ARTÍCULO
10 DEL CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA.
SITUACIONES ANÁLOGAS EN LA UNIÓN EUROPEA**

Paulino Saúl Rueda Romero

Sociólogo por la Universidad Mayor de San Marcos. Doctor en Educación por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor investigador del Instituto de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la USMP.

Recibido: noviembre de 2013

Aceptado: diciembre de 2013

SUMARIO

Marco legal. Del convenio. Concordancia. Marco metodológico. Elección del tema y objeto de estudio. Hipótesis. El marco conceptual y el geográfico. Marco conceptual. Definición operacional. Marco geográfico. La geografía amazónica. Familias etnolingüísticas y grupos étnicos en la Amazonía peruana. Análisis e interpretación. Artículo 10: utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, inciso c). Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, inciso d). Comprobación del cumplimiento en función de la hipótesis. Concordancia: programa 21 desarrollo sostenible. Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades. El convenio 169 OIT. Directrices de Addis Abeba. Analogías. La unión europea: utilización sostenible de la biodiversidad, artículo 10 del convenio, incisos a), b), c) y d). A manera de conclusión.

RESUMEN

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, se firmó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que obliga a los Estados firmantes a luchar contra la extinción de especies en todo el mundo. Su Secretario Ejecutivo sostuvo: “Los servicios que la naturaleza nos brinda son gratuitos, pero el hombre tiene una inconsciencia profunda de lo que representa su destrucción [...] si la humanidad no pone freno a la degradación de la biodiversidad, el legado para las generaciones futuras quedará hipotecado [...] tengamos el coraje de mirar a nuestros hijos a los ojos y admitir el fracaso [...] admitir que continuamos perdiendo biodiversidad a un ritmo sin precedentes, estaremos hipotecando su futuro”. Palabras que rubrican premoniciones futuras acerca del

tratamiento de la extinción de una gran parte de la diversidad biológica existente, que si no le damos un tratamiento, su destrucción se aceleraría y estaríamos yendo en contra del nuevo esquema del desarrollo sostenible.

En el presente trabajo, analizo y discuto, desde la perspectiva de los derechos sociales, ambientales y económicos, el cumplimiento de los incisos c) y d) del artículo 10 de dicha Convención en las comunidades nativas de la Amazonía peruana, zona de permanente conflicto entre el Estado peruano y las comunidades nativas.

El trabajo consta de seis partes. La primera explica el marco legal y la jurisprudencia; la segunda abarca la metodología, e implica señalar el método y el planteamiento de las hipótesis; la tercera comprende el marco teórico, el marco geográfico y la recopilación de información; la cuarta, el análisis e interpretación; en la quinta, se establece una analogía con algunos resultados de la Unión Europea y países de América del Sur; y en la sexta parte se formulan algunas conclusiones y nuevas perspectivas para el futuro.

Palabras clave: derechos sociales, ambientales y económicos, comunidades nativas, Convenio sobre Diversidad Biológica, desarrollo sostenible, Convenio 169 OIT. Addis Abeba, Unión Europea, utilización sostenible, biodiversidad.

ABSTRACT

In the United Nations conference on environment and development, signed the Convention on Biological Diversity, which obliges the signatory States to combat the extinction of species throughout the world. Its executive secretary said: "the services that nature offers us are free, but the man has a deep unconscious of what he represents their destruction [...] If humanity does not brake to the degradation of biodiversity, the legacy for future generations will be mortgaged [...] must have the courage to look our children in the eye and admit failure [...] admit that we continue losing biodiversity at an unprecedented pace, we are mortgaging their future". Words that initialed by premonitions future about the treatment of the extinction of a large part of the existing biodiversity, that if we do not a treatment, their destruction would speed up and we would be going against the new scheme of sustainable development.

In this paper, I analyze and discuss from the perspective of social rights, environmental, and economic, compliance with subparagraphs (c) and (d) of article 10 of the said convention in the native communities of the Peruvian Amazon, an area of permanent

armed conflict between the Peruvian State and the native communities.

The work consists of six parts. The first explains the legal framework and jurisprudence; the second covers the methodology, and will draw attention to the method and the approach of hypotheses; the third the theoretical framework, the geographical framework and the gathering of information; The fourth on analysis and interpretation; in the fifth set out an analogy with some of the results of the European Union and countries of south America; in the sixth part formulates some conclusions and new perspectives for the future.

Key words: social rights, environmental, and economic, native communities, Convention on Biological Diversity, sustainable development, Convention 169 OIT. Addis Abeba, European Union, sustainable use, biodiversity.

INTRODUCCIÓN

En julio del 2010 participé en el curso de “Derechos sociales, ambientales y económicos: perspectiva internacional, regional y nacional” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Uno de los temas tratados fue acerca del Convenio de la Diversidad Biológica, sobre todo el artículo 10 y sus incisos “c” y “d”, que a la letra dicen:

Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

...

c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;

d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido.

Como resultado de estas discusiones es la presente investigación que aplico a las comunidades de la Amazonía peruana, donde el Estado peruano está interesado en mantener las zonas protegidas de la selva con la finalidad de evitar la explotación de la diversidad biológica allí existente.

Escogí esta zona porque el convenio subraya el papel de las comunidades locales y poblaciones indígenas en materia de

conservación de la biodiversidad. En efecto, estas poblaciones dependen estrecha y tradicionalmente de los recursos biológicos en los que se basan sus tradiciones; son las más vulnerables del país, donde la población nativa mantiene aún sus costumbres ancestrales, su cosmovisión propia, y su relación con la tierra y la naturaleza forma parte de su vida cotidiana; a pesar de ello, muchas comunidades están orientando su producción hacia el mercado, pasando de una economía de autosuficiencia con una producción familiar a una mixta, en la que se produce para el consumo doméstico pero también para el mercado.

La conservación y la explotación sostenible de la diversidad biológica son indispensables para alcanzar un desarrollo sostenible, así como los objetivos del milenio para el desarrollo relativo a la pobreza, la salud y el medio ambiente. En la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible de Johannesburgo, donde fue reconocido como el instrumento principal en esta materia, los Jefes de Estado allí reunidos se pusieron de acuerdo sobre la necesidad de reducir el índice de pérdida de la diversidad biológica de forma significativa, y el Consejo Europeo de Gotemburgo adoptó el objetivo de detener la pérdida de diversidad biológica para el 2010, responsabilizando a los Estados de su conservación y utilización sostenible.

La información y los conocimientos sobre la diversidad biológica son todavía insuficientes; para mantenerla, resulta necesario desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales con el objeto de lograr un entendimiento básico que permita planificar y aplicar las medidas adecuadas, su conservación, la utilización sostenible de sus componentes y el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos a través del acceso adecuado.

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen el medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. El convenio recomienda el fomento de la conciencia pública y la propagación a través de medios de información así como la inclusión de estos temas en los programas educativos sobre la importancia de la conservación de la diversidad biológica.

Finalmente hago una analogía con la forma en que la Unión Europea está dando tratamiento al artículo pertinente y esta cubre un área geográfica muy vasta y diversa, que alberga numerosos tipos de ecosistemas y especies. Sin embargo, la diversidad biológica se encuentra amenazada a todo lo largo y ancho de la UE. Según la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) y otras

organizaciones, el tamaño de los hábitats sigue disminuyendo y están cada vez más fragmentados, en forma similar a lo que ocurre en las comunidades nativas de la Amazonía peruana. Estos paradigmas hay que tenerlos presente a fin de fomentar políticas de desarrollo y conservación de la biodiversidad en la Tierra.

I. MARCO LEGAL

1.1. Del Convenio

Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica.

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

Inciso c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;

Inciso d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido.

1.2. Concordancia

PROGRAMA 21 DESARROLLO SOSTENIBLE:

- “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades”.

II. MARCO METODOLÓGICO

2.1. Elección del tema y objeto de estudio

En uno de los documentos entregados a los participantes en el Curso “Derechos Sociales, Ambientales y Económicos. Perspectiva Internacional, Regional y Nacional”, titulado “Carta a la tierra”,¹ el segundo principio, me llamó poderosamente la atención que a la letra dice:

¹ Entre las muchas recomendaciones incluidas en Nuestro Futuro Común (1987) —informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CMMAD)— se encontraba la iniciativa para crear una “Declaración Universal sobre la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible” en la forma de una “nueva Carta” cuyos principios guiaran a las naciones en la transición hacia el desarrollo sostenible. Basándose en esta recomendación, Maurice F. Strong, Secretario General de la Cumbre de la Tierra (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992), propuso que se redactara y se adoptara la Carta de la Tierra mientras se desarrollaba dicha Cumbre. Durante el proceso preparatorio de la misma se celebraron consultas intergubernamentales sobre la Carta de la Tierra, pero no se logró un acuerdo intergubernamental con respecto a sus principios. La “Declaración de Río” que promulgara la Cumbre contuvo una valiosa serie de principios pero no satisfizo el aspecto de la visión ética inclusiva que mucha gente había esperado encontrar en la Carta de la Tierra.

- e. Manejar el uso de recursos renovables como el agua, la tierra, los productos forestales y la vida marina, de manera que no se excedan las posibilidades de regeneración y se proteja la salud de los ecosistemas.
- f. Manejar la extracción y el uso de los recursos no renovables, tales como minerales y combustibles fósiles, de forma que se minimice su agotamiento y no se causen serios daños ambientales.

El inciso a) no solo recomienda, sino que ordena elaborar planes de desarrollo sostenible a fin de llevar a cabo las regulaciones que permitan incluir la conservación y la rehabilitación ambientales como parte integrante de todas las iniciativas de desarrollo. Desde esta perspectiva, se deja de lado toda forma de conceptualizar el desarrollo, como las definiciones iniciales que establecían las diferencias entre países desarrollados y subdesarrollados medidos según el grado de crecimiento únicamente. Las definiciones de Rostow,² por ejemplo, ya pasaron a la historia.

Por otro lado, el inciso b) señala con mucha claridad salvaguardar las reservas viables para la naturaleza y biósfera [...] para mantener la biodiversidad. Lo que ordena este inciso es que

² Rostow (1980) desarrolla un modelo de crecimiento estructurado en etapas, desde el estado original de subdesarrollo que considera a la sociedad tradicional, a la etapa de consumo en masa. Este modelo de crecimiento económico es una de las claves de la llamada *Teoría del desarrollo*. *Primera etapa: sociedad tradicional*. La economía de este período se caracteriza por una actividad de subsistencia, donde la totalidad de la producción está destinada al consumo de los productores, más que para el comercio. Este comercio a pequeña escala se desarrolla gracias a sistemas de intercambio de mercancías y bienes, a modo de trueques, en una sociedad donde la agricultura es la industria más importante. La mano de obra empleada contrasta con la escasa cantidad de capital invertido, a la vez que la localización de los productos está firmemente determinada por los métodos tradicionales de producción. *Segunda etapa de transición (condiciones previas para el "despegue económico")*. El incremento de la especialización en el trabajo genera excedentes para el comercio, a la vez que emerge una incipiente infraestructura de transportes para propiciar las relaciones comerciales. Por otra parte, los ingresos hacen que el ahorro y la inversión crezcan, facilitando la aparición de nuevos empresarios. Asimismo, se dan relaciones comerciales con el exterior que se concentran fundamentalmente en productos primarios básicos. *Tercera etapa: el despegue económico*. Aumenta la industrialización, con un número cada vez mayor de trabajadores que se desplazan de la agricultura a la industria. No obstante, este crecimiento se concentra en ciertas regiones del citado país y en una o dos industrias manufactureras; mientras, el nivel de inversión alcanza el 10 % del PIB. Las transiciones económicas están acompañadas por la evolución de nuevas instituciones políticas y sociales que respaldaban la industrialización. El crecimiento es autosostenible a la vez que las inversiones conducen a un incremento de los ingresos que genera una mayor cantidad de ahorro para inversiones futuras. *Cuarta etapa: camino de la madurez*. La economía se diversifica en nuevas áreas, gracias a que la innovación tecnológica proporciona un abanico diverso de oportunidades de inversión. Además, la economía produce una gran diversidad de bienes y servicios de los que hay menos dependencia respecto de las importaciones. *Quinta etapa: consumo a gran escala*. La economía está avanzando hacia el consumo masivo, lo que hace que florezcan industrias duraderas de bienes de consumo. El sector servicios se convierte crecientemente en el área dominante de la economía. De acuerdo con Rostow, el desarrollo requiere una inversión sustancial de capital. Para las economías de los LDC (*Low Developed Countries*), las condiciones necesarias para este crecimiento deberían haber sido creadas en esta etapa. Al igual que si se les suministra ayuda o se realiza cualquier inversión extranjera en la tercera etapa, la economía local debería haber alcanzado la segunda etapa, lo que, de haber sido así, debería llevar a un rápido crecimiento. Por el contrario, se critica a Rostow que su modelo haya sido desarrollado considerando únicamente a las culturas occidentales, sin poder ser aplicable a los LDC. Asimismo, no detalla las condiciones previas para el crecimiento, a la vez que estas etapas son difícilmente identificables en la realidad según van emergiendo juntas. Así pues, la

debemos tener mucho tacto en no hacer un uso exclusivo sino inclusivo de las reservas, teniendo en cuenta a los que habitan en estas áreas que se vienen depredando continuamente.

Estos aspectos me han iluminado para escoger el presente tema, que espero desarrollarlos en cumplimiento de los incisos c) y d) del artículo 10 de la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB).

2.2. Objeto del estudio

- a. Explicar las formas de conservación de la diversidad biológica en las comunidades nativas de la Amazonía peruana mediante los sistemas ancestrales.
- b. Señalar las amenazas de la explotación y sobreexplotación de diferentes especies que forma esta diversidad.
- c. Establecer analogías con otras realidades entre ellas, la Unión Europea y algunos países latinoamericanos.

2.3. Hipótesis

2.3.1. Las comunidades nativas de la Amazonía peruana conservan desde tiempos ancestrales su diversidad biológica, haciendo uso adecuado de la flora y fauna para el sustento familiar.

2.3.2. El concepto de diversidad biológica se sustenta en la conservación de plantas que lo consideran sagradas para el uso de medicina tradicional.

2.3.3. Su territorio es sagrado y forma parte de la vida de la población nativa.

2.3.4. El Estado no implementa el convenio 169 de la OIT, que trae consigo el desarrollo de conflictos sociales.

III. EL MARCO CONCEPTUAL Y EL GEOGRÁFICO

3.1. Marco conceptual

3.1.1. Del Convenio

Antecedentes

Veamos en primer lugar, a manera de diagnóstico, los principales acontecimientos, propuestas, pronunciamientos y fundamentos que dieron origen al Convenio. Así, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA),³ en 1987 reconoció la

inversión resalta como elemento principal para el crecimiento económico, no tanto como el desarrollo en un significado amplio.

³Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Fue creado por recomendación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Humano (Estocolmo, 1972). Tiene como

necesidad de incrementar y canalizar los esfuerzos internacionales para proteger la diversidad biológica, creando para ello un grupo de trabajo para investigar “la conveniencia de elaborar un convenio de carácter general y la forma que podría adoptar con el fin de racionalizar las actividades en curso en esta esfera y abordar otras esferas que correspondan al ámbito de aplicación de dicho convenio” (PNUMA, Decisión del Consejo de Administración 14/26, 1987). La primera reunión del grupo a finales de 1988 concluyó que los convenios existentes trataban cuestiones específicas sobre la conservación de la diversidad biológica, pero que, en razón de su marcada especificidad, no respondían adecuadamente a las necesidades de conservación de la diversidad biológica a nivel global.

Así mismo, en 1990 el grupo de trabajo concluyó que se necesitaba un tratado global sobre conservación de la diversidad biológica. La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza realizó un fundamental aporte a través de propuestas elaboradas por la Comisión de Derecho Ambiental. Estas propuestas, junto con las de la FAO y el PNUMA, fueron la base para un primer borrador del Convenio. El proceso formal de negociaciones se inició en febrero de 1991, cuando el grupo de trabajo cambió su denominación a Comité Intergubernamental de Negociación de un Convenio sobre la Diversidad Biológica. La fecha impuesta para la firma del Convenio, la cual debería suceder durante la Convención de las Naciones Unidas del Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), sirvió como incentivo para el acuerdo final sobre el contenido del Convenio.

Siguiendo con la secuencia, en 1992 se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Aquí se firmaron dos acuerdos jurídicamente vinculantes de gran importancia ambiental: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), que ganó rápidamente una aceptación general, donde más de ciento cincuenta gobiernos firmaron el documento en el marco de la Cumbre en Río de Janeiro.

Uno de los mayores logros es su enfoque holístico, integral, al definirla en sus tres dimensiones: genes, ecosistemas y especies. Es “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte, y comprende la diversidad dentro de cada especie y de los ecosistemas”.⁴ Se señalan metas de gran alcance y

misión dirigir y alentar la participación en el cuidado del medio ambiente inspirando, informando y dando a las naciones y a los pueblos los medios para mejorar la calidad de vida sin poner en riesgo las de las futuras generaciones.

⁴ Artículo 2 del CDB, “términos utilizados”.

aborda la cuestión fundamental del futuro de la humanidad, constituyéndose en un hito en el Derecho Internacional. Reconoce por primera vez que la conservación de la diversidad biológica es una preocupación común para la humanidad y forma parte del proceso de desarrollo. El Convenio abarca todos los ecosistemas, especies y recursos genéticos respetando la soberanía de las Partes.

Establece nexos entre las medidas tradicionales de conservación y la meta económica de utilizar en forma sostenible los recursos biológicos, sienta principios para la distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes del uso de recursos genéticos, abarca la rápida expansión en el ámbito de la biotecnología, y aborda temas de desarrollo y transferencia de tecnologías, la distribución de beneficios y la seguridad de las biotecnologías. Recuerda a los encargados de la toma de decisiones, que los recursos naturales no son infinitos y establece una nueva filosofía para el siglo XXI en el uso sostenible. Reconoce que los ecosistemas, las especies y los genes deben utilizarse en beneficio de la humanidad sin afectar la diversidad biológica.

Continuando con el diagnóstico, en el 2002, estos mismos países pactaron frenar la frenética pérdida de especies que sufre el planeta. La fecha fijada era este año, 2010. Sin embargo, la extinción de la fauna y flora mundial sigue siendo un problema que no se ha resuelto y eso es, precisamente, lo que pretende solucionar esta cumbre. Según el último informe de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, que se hizo público en 2009, más de mil cien especies de animales estarían ya extintas, y casi diecisiete siete mil están en peligro de desaparecer.

Los medios de comunicación nos informan que a este ritmo la Tierra se enfrentaría a la sexta gran extinción de la historia en lo que a biodiversidad biológica se refiere, si se tienen en cuenta las pérdidas de fauna y flora. También la ONU presentó una serie de datos nada halagüeños a la hora de implicar a los delegados de los diferentes países a llegar a un plan estratégico real y posible, para evitar la pérdida de la biodiversidad biológica; así, una de cada ocho especies de aves está a punto de desaparecer, uno de cada tres anfibios se encuentra en peligro de extinción, y lo mismo pasa, aunque en diferentes proporciones, con los mamíferos.

La revista *Science*⁵ analizó la situación de 25 780 especies de la “lista roja” de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) de especies amenazadas, para investigar la

⁵ Revista especializada de gran circulación. Es una revista científica y órgano de expresión de la AAAS (American Association for the Advancement of Science: Asociación Estadounidense para el Avance de la Ciencia).

situación de los vertebrados del mundo (mamíferos, aves, anfibios, reptiles y peces). Los resultados muestran que, en promedio, cincuenta y dos especies de mamíferos, aves y anfibios se acercan cada año a la extinción debido a los impactos de la expansión agrícola, como la tala, sobreexplotación y las invasiones de especies exóticas.

Estos son solo algunos ejemplos de una problemática mundial que debe controlarse urgentemente. Entre las causas que provocan este desastre ecológico se encuentran la sobreexplotación de recursos, la contaminación, la modificación de los hábitats y el cambio climático. Este último, la humanidad lo viene soportando con mayor fuerza; así nos lo informan los medios de comunicación social. La desglaciación y la pérdida de ingentes recursos forestales y de fauna silvestre son evidentes a medida que pasan los años.

3.1.2. Del Preámbulo del Convenio

El preámbulo señala, entre otros aspectos, lo siguiente:

“Los países miembros conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes [...] de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biósfera, afirman que la conservación de la diversidad biológica, es interés común de toda la humanidad, que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos, por tanto, son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos.

Preocupados por la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas [...] conscientes de la general falta de información y conocimientos sobre la diversidad biológica y de la urgente necesidad de desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales para lograr un entendimiento básico que permita planificar y aplicar las medidas adecuadas [...] observando que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica; que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.

Es muy clara la preocupación mostrada por los presidentes y jefes de Estado al hacer un balance y diagnóstico de la diversidad biológica. Si se continúa con la constante depredación de los mismos, las generaciones futuras estarán desamparadas; de allí que señalan con meridiana claridad los objetivos que han de perseguir, como la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, el acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes. Teniendo en cuenta todos los derechos sobre los recursos y las tecnologías, así como mediante una financiación apropiada, se pueden cumplir los objetivos señalados.

No dudamos del derecho soberano que tienen los Estados sobre sus recursos; sin embargo, estos mismos lo vienen depredando en función de una mayor captación de ingresos con la finalidad de cumplir con sus gastos públicos. Muchos no han tomado las medidas necesarias a fin de evitar la depredación de dichos recursos, como la minería, por ejemplo, que ha cambiado el hábitat no solo de los seres humanos sino también de muchas especies.

En el caso de las comunidades nativas de la Amazonía peruana, la explotación del petróleo amenaza permanentemente la extinción de muchas especies naturales, contamina las aguas de los ríos y empobrece a los miembros de las comunidades nativas.

Este derecho soberano del Estado debe ser compartido con las poblaciones existentes en estas áreas. Revisando la historia fueron los Estados, a través de los gobiernos, los que incentivaron dicha depredación. Nunca es tarde. Los gobiernos ahora tienen la responsabilidad de hacer cumplir este Convenio.

3.1.3. Definición operacional

En el marco conceptual y siguiendo los lineamientos de la Convención de la Diversidad Biológica firmada por los Estados miembros y, con la finalidad de aclarar los conceptos, se hace la siguiente definición operacional tomada del mismo texto:

Área protegida. Es el área definida geográficamente que ha sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

Condiciones in situ. En las que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitats naturales y, en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Conservación ex situ. Se entiende la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales.

Conservación in situ. Se entiende la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Diversidad biológica. Es la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte. Comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Ecosistema. Es un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

Especie domesticada o cultivada. Especie en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades.

Hábitat. Es el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o una población.

Material genético. Es todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.

Organización de integración económica regional. Es una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencias en los asuntos regidos por el presente Convenio y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o adherirse a él.

País de origen de recursos genéticos. Es el país que posee esos recursos genéticos en condiciones *in situ*.

País que aporta recursos genéticos. Es el país que suministra recursos genéticos obtenidos de fuentes *in situ*, incluidas las poblaciones de especies silvestres y domesticadas, o de fuentes *ex situ*, que pueden tener o no su origen en ese país.

Recursos biológicos. Son los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

Recursos genéticos. Es el material genético de valor real o potencial.

Utilización sostenible. Es la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de esta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras

3.1.3. Utilización y depredación de los recursos genéticos de las poblaciones amazónicas

El Convenio reconoce la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Desde este punto de vista, el marco conceptual está planteado. Sin embargo, es necesario explicitar temas que aún no han sido lo suficientemente desarrollados, como la presión de los mercados en la permanente depredación de la biodiversidad biológica. La aplicación de una economía de libre mercado en condiciones de bajos precios internacionales para los productos tradicionales de origen tropical, acompañada de tendencias crecientes para los precios de fertilizantes, conducirá inicialmente a un empobrecimiento de los agricultores más pobres explotando tierras marginales. Esto, a su vez, incrementará la presión por deforestación y degradación de la Amazonía.

Este fenómeno podrá extenderse en el tiempo, a menos que la economía, en las áreas más fértiles de la Amazonía y el resto del país, reaccione rápidamente ante las oportunidades y nuevas reglas de juego del modelo económico, generando empleo y oportunidades productivas para los más pobres. Esta reacción será difícil o imposible en el sector agrario si no ocurre una efectiva modernización productiva para reducir costos de producción e incrementar la calidad y si no se abren mercados para nuevos productos de la Amazonía.

Es en el sector de la Amazonía peruana donde se han dado las formas más deplorables de sobreexplotación de la madera, produciéndose la deforestación y explotación de la población nativa. Adjunta a ella están las apropiaciones del conocimiento y saberes nativos por laboratorios y empresas transnacionales, que hicieron del conocimiento nacional verdaderos negocios, al patentar no solo la riqueza biológica sino también sus saberes tradicionales. Debe darse un giro completo a este problema, y debería existir una

interrelación, un *toma y daca*. Estas empresas farmacéuticas transnacionales deberían ser partícipes de los esfuerzos de preservación y uso de la biodiversidad e invertir en la domesticación de las plantas cuyos productos son hoy de manejo extractivo.

La domesticación es la única forma de convertir estos productos en cultivos estandarizados, maximizando la concentración del producto activo y haciendo más confiable y eficiente su producción. Este compromiso implica renunciar parcialmente al lucro potencial de la industria químico-farmacéutica en el corto plazo, para promover la justa distribución de los ingresos entre recolectores y agricultores amazónicos y, por ende, proteger los recursos naturales amazónicos, disminuyendo presiones de pobreza sobre el bosque.

El caso de plantas medicinales como la “sangre de grado” (cicatrizante), “uña de gato” (desinflamante), “ojé” (antihelmíntico), “chanca piedra” (solvente de cálculos renales y hepáticos) y otras, se requerirá un compromiso de las empresas farmacéuticas transnacionales para sintetizar los productos activos del efecto curativo de cada una de ellas, solo en casos excepcionales y pagando los *royalties* a las sociedades locales dueñas del conocimiento. Esta simbiosis daría lugar al reconocimiento de la riqueza amazónica, cuya única propietaria son las comunidades nativas de la selva, y se evitaría de esta forma la depreciación no solo de los suelos sino también de toda la biodiversidad existente.

Hoy, dichas empresas farmacéuticas gozan de franquicias al patentar y hacer suya la explotación de estas riquezas, generando conflictos sociales que se agudizan por la inacción del Estado, agregándose a ello las continuas colonizaciones que se vienen sucediendo; esto muchas veces propiciado por algunos organismos no gubernamentales, o por los propios interesados en depredar las riquezas existentes. A menudo se observan “invasiones” de grupos asentados en los territorios que pertenecen a las comunidades nativas. Estos asentamientos, debido a la extensión del territorio de la selva, van formalizándose. Otras veces, se dedican a cultivos ilegales de plantas con fines lucrativos, y llegan a depredar parte de estos territorios. De allí surge la necesidad de proteger la biodiversidad.

3.2. Marco geográfico

3.2.1. La geografía amazónica

Empecemos por ubicar a las comunidades nativas en el mapa del Perú: Las regiones donde están asentadas las comunidades nativas son: Loreto, Ucayali, San Martín, Cusco, Madre de Dios, Puno, Junín, Pasco y Ayacucho. La Amazonía peruana tiene diferentes

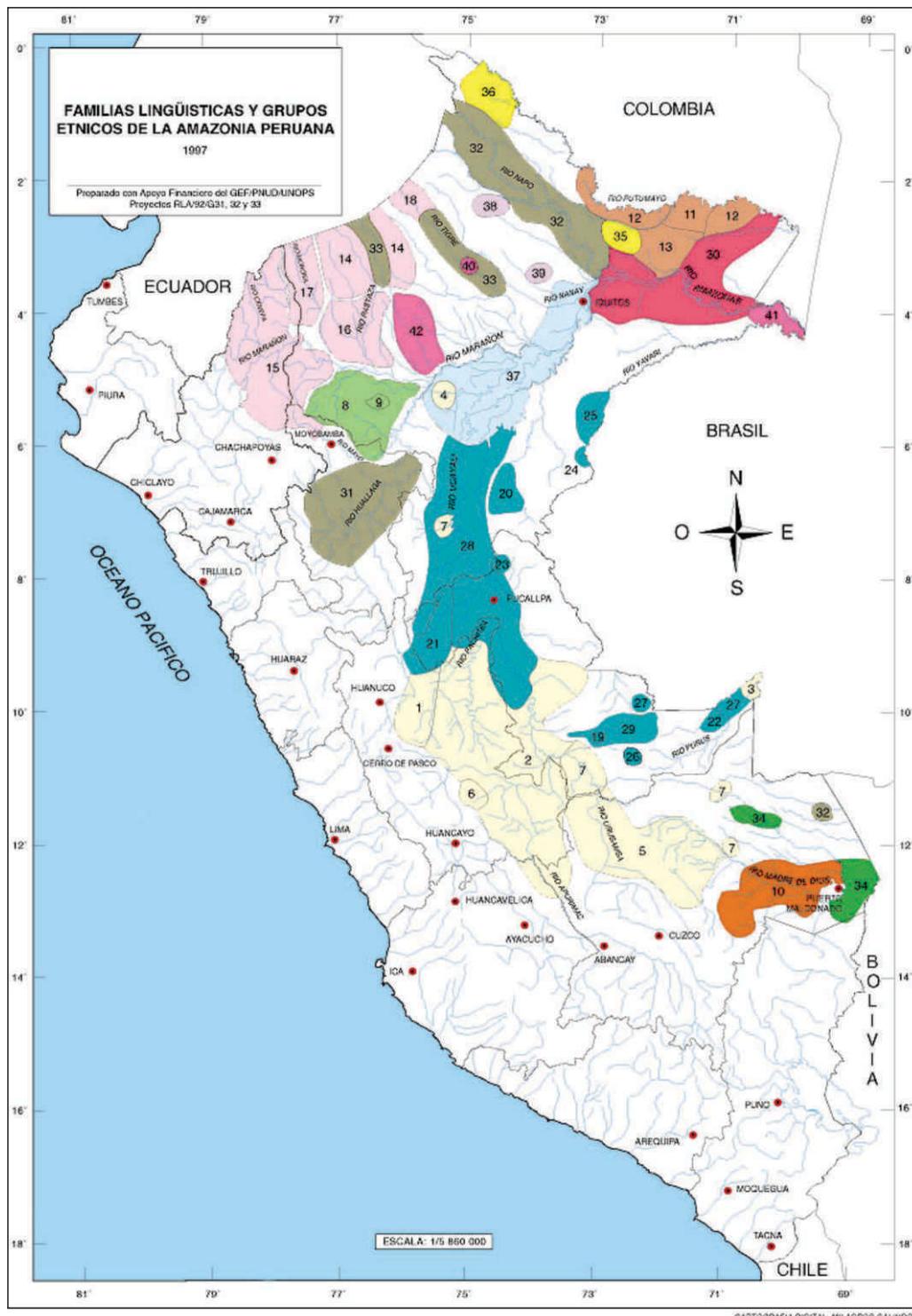
clasificaciones de ecosistemas, de acuerdo a criterios usados por diferentes autores. Según el ecólogo peruano Antonio Brack,⁶ la Selva Alta se ubica entre los quinientos y mil novecientos m.s.n.m., al lado oriental tropical y subtropical de la Cordillera de los Andes. Tiene un relieve bastante ondulado y una hidrografía de ríos torrentosos. El clima es cálido y húmedo, con fuertes precipitaciones de noviembre a abril, y una temporada de menos lluvia, de mayo a octubre. La gradiente altitudinal proporciona diversos climas y zonas que forman ecosistemas diferenciados a menor escala y una gran diversidad biológica.

La Selva Baja a gran escala es un ecosistema ubicado entre los noventa y quinientos m.s.n.m., presenta un relieve bastante plano con algunas elevaciones, es denominada “llanura amazónica” y ocupa la mayor parte del territorio amazónico peruano. Se caracteriza por un clima tropical de altas temperaturas y fuertes precipitaciones, fisiografía mayormente llana y abundante vegetación y biodiversidad. A una escala menor, se presenta una gran diversidad o mosaico de ecosistemas originados por procesos geológicos y climáticos.

La Sabana de Palmeras es un ecosistema hidromórfico, con vegetación herbácea, con dominancia de monocotiledóneas, y asociaciones de arbustos, palmeras y árboles dispersos en la periferia. Las especies están adaptadas al drenaje casi total durante la estación seca, mayor a cinco meses, y a las inundaciones por acumulación del agua de lluvias y por efecto de filtración del sistema de vasos comunicantes de los ríos Heath y Palma Real, durante los períodos de creciente. En el interior se hallan parches o bosquetes de palmales, como pequeños “aguajales⁷ puros y mixtos”.

⁶ Hoy Ministro del Ambiente, utiliza la división de la selva en Selva Alta y Selva Baja, a la que agrega la Sabana de Palmeras.

⁷ Denominación local que reciben las formaciones vegetales de zonas inundables en la cuenca amazónica.



3.2.2. La vida en las comunidades nativas, su cultura y ecología

El mundo para los pueblos de la Amazonia está centrado en la tierra y el bosque desde una visión holística. Su visión del mundo que los rodea está centrada en la realidad que viven, los ríos, las lagunas, los animales, las plantas, las montañas, las cataratas, que se materializan y cobran una vida autónoma a través de las costumbres, mitos y leyendas, al punto que muchas veces estos elementos son convertidos en dioses y espíritus. La naturaleza convive en estrecha y armoniosa relación con el mundo de las personas, donde se construyen relaciones de equilibrio que muchas veces conllevan a la mantención y sostenibilidad de los recursos ecológicos. Su espacio no tiene límites y no es propiedad de nadie, ya que estos elementos son propios y autónomos.

El hombre en la Amazonia ha vivido en estrecha armonía con su medio ambiente.

Desde un inicio, el hombre amazónico se ha servido de sus recursos ecológicos para sobrevivir en un espacio muchas veces crítico y difícil. De su ecología ha tomado todos los elementos necesarios para alimentarse, protegerse, comunicarse, aunque la inmersión del pensamiento occidental a través de la globalización está rompiendo con esta concepción armónica de preservación y sostenibilidad. Los preceptos occidentales son más instrumentalistas y utilitarios, y rompen con la racionalidad originaria construida por milenios, donde la estrecha relación entre el hombre y su ecología es el principal factor de sobrevivencia de la cultura y la ecología.

La mayoría de la literatura antropológica escrita sobre esta materia sostiene que las comunidades nativas en la región han tenido una adaptación milenaria al medio ambiente, que ha redundado en la acumulación de un acervo inmenso y valioso de conocimientos sobre las formas de utilizar los recursos naturales sin destruirlos; practican la horticultura de tumba y quema. La caza y la pesca constituyen su actividad principal, compartiendo el producto de estas actividades al interior de los grupos. De acuerdo con una mitología que establece pautas de manejo de estos recursos, evitan destruir las poblaciones de fauna mediante el uso regulado de las mismas.

Quienes conocemos esta región del país, sabemos que la población nativa del bosque extraen diversos productos utilizados para la construcción de viviendas; productos vegetales y animales para alimentación; elementos rituales (plumas, tinturas, inciensos, bancos ceremoniales, macanas, collares); productos medicinales (anticonceptivos, antiofídicos) y otros. Aseguran su subsistencia a partir de una utilización sostenida y diversificada de los recursos naturales, fundada en un conocimiento de la distribución espacial

y oferta temporal de los mismos. En la medida que todavía conservan rasgos fundamentales de su cultura tradicional, garantizan su supervivencia y la conservación del frágil medio ecológico que habitan. Cada una de las familias posee una chacra que es una porción de terreno destinada a la horticultura de tipo itinerante, y en la cual se cultivan productos de sustento. La economía de subsistencia se incrementa con la recolección de frutos y con presas obtenidas en las actividades de caza y pesca.

3.2.3. Su cosmovisión⁸

Las poblaciones nativas de las comunidades amazónicas conciben el mundo centrado en su territorio, en el bosque, como una totalidad compuesta e interrelacionada por elementos como los ríos, lagunas, animales, plantas, sus territorios sin límites, sus costumbres, mitos, leyendas y su religiosidad. Piensan que la naturaleza es una entidad con la cual hay que establecer relaciones armoniosas, de equilibrio y no de dominación que conduce a alterarla en las formas destructivas propias de los colonos, misiones religiosas, empresarios, gobiernos o el Estado.

Analizando metodológicamente los factores que han alterado la naturaleza y la cultura amazónica, podemos afirmar que su economía se ha basado en la agricultura, en la horticultura, la recolección, la caza, la pesca. La actividad agrícola es diversa, relativa con “roza, quema”,⁹ y con barbecho.¹⁰ Dicha actividad está dividida en tantas partes y momentos como intervenciones o acciones haya realizado el hombre y la mujer.

Esto no se entiende, si no tomamos en cuenta su concepción de propiedad de la tierra o del territorio. Piensan que el territorio es libre, sin límites, no es propiedad de nadie, porque nadie tiene

⁸ Cosmovisión es la manera de ver e interpretar el mundo. Se trata del conjunto de creencias que permiten analizar y reconocer la realidad a partir de la propia existencia. Puede hablarse de la cosmovisión de una persona, una cultura, una época, etc. Una cosmovisión es integral, abarca aspectos de todos los ámbitos de la vida, como la religión, la moral, la filosofía, la política etc. Las relaciones sociales, la cultura y la educación resultan claves a la hora del desarrollo de la cosmovisión individual, en tanto que los seres humanos son seres sociales y nadie crece aislado y ajeno al entorno.

⁹ La agricultura de “roza, tumba y quema” se relaciona frecuentemente con la degradación del ambiente. El debate se centra en la idoneidad de este sistema dadas las condiciones ambientales. La fertilidad de los suelos es por lo general reducida, lo que hace imposible lograr cosechas abundantes durante largo tiempo sin fertilizar el suelo. La productividad del suelo se recupera dejando que descansa por varios años. Sin embargo, en las últimas décadas la superficie destinada a esta forma de explotación ha crecido considerablemente, mientras que los ciclos de descanso se han acortado. Esto no solo ha impactado negativamente a la producción sino que representa una amenaza al entorno. El uso del fuego para la agricultura es responsable de un importante número de incendios forestales. Resultado de ello, el suelo de la selva se degrada y numerosas especies típicas de la vegetación madura son incapaces de sobrevivir bajo un régimen de incendios constantes.

¹⁰ Se denomina barbecho a la técnica por la cual la tierra se deja sin sembrar durante uno o varios ciclos vegetativos, con el propósito de recuperar y almacenar materia orgánica y humedad, debido a que sus ciclos terminan sin poder volver a renovarse debido a la falta de hospederos disponibles. Antes de volverse a cultivar, generalmente se hace limpieza de esta quitándole las malas hierbas, espinos, malezas, etc.

derecho de apropiarse de lo que es de todos. No creen en las delimitaciones territoriales con fines agrícolas. De ahí también que se comprenda por qué no estuvieron de acuerdo con las delimitaciones territoriales y agrícolas que se hicieron como producto de la aplicación de la Ley de Comunidades Nativas, aunque esta concepción está variando en los últimos años.

Conciben el trabajo como una relación dirigida a producir los bienes y servicios que sirvan primordialmente para su subsistencia, y también para el comercio si se producen excedentes. Esta actividad no se mide y valora solamente por los productos sino también por los procesos, es decir, por todo el conjunto de actividades realizadas para obtener los productos.

3.2.4. La naturaleza, ciencia y tecnología

El centro fundamental de la naturaleza es el territorio que se expresa en el bosque, integrado por el agua, la flora, la fauna, la tierra, el aire. El ser que determina y justifica la existencia del hombre amazónico es el territorio libre, usufructuado solidaria y colectivamente. Los principios fundamentales que regulan el pensamiento amazónico sobre la naturaleza son la totalidad, unidad, diversidad e integralidad. La noción de territorio indígena es un concepto que intenta acercarse a definir la realidad milenaria de relación entre los pueblos indígenas y su hábitat natural, así como la ineludible necesidad de respetarla a la hora de asegurar el futuro de cualquiera de los dos términos de esa relación. Los territorios y los pueblos indígenas se pertenecen; de ahí su identificación con el “territorio”, tal cual ha sido diseñado en el Convenio 069-OIT.

Medicina herbolaria

Para los grupos indígenas, la conservación de la biodiversidad es asegurar su propia sobrevivencia. Todas las enfermedades propias de la selva son curadas mediante el uso de tratamientos hechos a partir de elementos de la naturaleza, en su mayoría plantas.

En diversos estudios etnobotánicos¹¹ de reconocidos autores se ha encontrado, por ejemplo, que las comunidades quechuas ubicadas en la vía Hollín-Loreto utilizan 61 especies de plantas con fines medicinales; los cofanes de Dureno conocen 292 plantas útiles; los quechuas en las faldas del volcán Sumaco utilizan 173 plantas; los huaorani utilizan 120 plantas; los achuar 130; los siona y secoya 224; los quechuas de la cuenca del río Napo 212 plantas medicinales.

¹¹ La etnobotánica estudia las relaciones entre los grupos humanos y su entorno vegetal, es decir el uso y aprovechamiento de las plantas en los diferentes espacios culturales y en el tiempo.

Autores como Alarcón (Shirif, 2004) encontraron que la malaria puede ser tratada con hojas de *Verbena littoralis* (verbena); en el reumatismo y dolores musculares se usan las hojas de ortiga así como de chini-panga (*Urera*), para problemas de la piel hay una larga lista de plantas que pueden ser utilizadas, incluyendo la hagapania (*Ossaea*), el tabaco, chiquita payanzo (*Miconia*), por mencionar unas pocas.

Para la cistitis usan la escobilla (*Sidascondis*), para las caries dentales se lavan los dientes con quihui (*Spilanthesspaniculata*), para las diarreas el palo de sangre, o *Warscewiczia coccinea* para la holandahuapa o virola.

La forma como conviven con los distintos elementos de la naturaleza también se basa en el conocimiento que tienen de las distintas formas de vida del bosque. Por ejemplo, para las picaduras de hormiga se aplican el látex de *Cyclanthusbipartitus* (papango). En caso de mordedura de culebra toman el tubérculo hervido y molido de *Xanthosomahelleborifolium* (Machacui-yuyo). La planta llamada chucchuhatana, del género *Drymonia*, es usada por las mujeres que están dando de lactar para que les aumente la cantidad de leche.

Regulación jurídica

Analizando estos conocimientos de las comunidades nativas, es necesario reformular algunos fundamentos de este proceso que transforma y aprisiona los saberes de las comunidades tradicionales bajo la forma de bienes jurídicos. Además de lo anterior, se pretende describir el movimiento sincrónico de dicha transformación, por medio del cual las comunidades tradicionales crean ese conocimiento y son reconocidas por el ordenamiento jurídico, al ser definidas como “nuevos sujetos colectivos de Derecho”. Los tratados internacionales así lo reconocen.

La regulación jurídica del conocimiento tradicional transita por la definición simplificadora de nuevos “bienes jurídicos” y, por consiguiente, por el reconocimiento de “nuevos sujetos de Derecho”. Una de las preocupaciones de este trabajo consiste en demostrar que la definición de lo que son o no bienes para el Derecho constituye una elección arbitraria, determinada por un modelo de sociedad determinado. Al ser vinculadas culturas distintas o, si se prefiere, el “conocimiento tradicional”, al concepto abstracto de “bien”, automáticamente se le confiere a aquellas formas de vida una serie de caracterizaciones jurídicas particulares que provienen de la noción jurídica de “bien” o también de “cosa”, posibilidad de apropiación. Se genera, por tanto, lo que en el campo de la filosofía del Derecho toma el nombre de ontología del Derecho y es la materia prima del legislador.

Estos conocimientos tradicionales tienen una fuerza social gravitante en la población nativa. Sus miembros viven inmersos en estos conocimientos, dado que forma parte de la vivencia humana traducida en la sabiduría popular, que a su vez ha sido heredada de sus antepasados. Estos conocimientos sirvieron de base para que los especialistas en medicina tradicional obtuvieran resultados en base a la extracción de plantas, raíces y cortezas para producir productos medicinales que se expenden en el mercado.

También fueron apropiados ilícitamente por agentes externos. Más aún, han sido registrados como si fueran propios. Estos hechos han sido tenidos en cuenta para que tanto en la Ronda de Uruguay, como en Marraquesh, fueran debidamente reguladas, conforme veremos más adelante.

3.2.5. Familias etnolingüísticas y grupos étnicos en la Amazonía Peruana¹²

Pasemos una vista panorámica por algunas comunidades nativas, que por su importancia nacional reviven el espectro nativo. Para hacer esta somera visión general, se tuvo que recurrir a una frondosa bibliografía existente y proporcionada por ONG, Institutos de Investigaciones amazónicas, así como escritos de antropólogos especialistas en esta literatura.¹³ Según los censos nacionales, la población alcanza más de un millón de habitantes; sin embargo, aquí presentamos un grupo de familias de un universo de dos a tres comunidades nativas.

Los bora

Los indígenas bora mantienen zonas de bosque permanente dentro de sus agroecosistemas. Las zonas con bosques cubren áreas que se inundan estacionalmente y siguen los arroyos que comúnmente separan las chacras. Se conservan debido a las especies útiles que se encuentran en estas zonas bajas, y también porque estas áreas

¹² Instituto del Bien Común (IBC). Viene desarrollando desde 1998 el *Sistema de Información sobre Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana (SICNA)*, cuya información está georreferenciada en el campo y abarca el 80 % de las comunidades existentes. El 20% restante de la información sobre comunidades que se incluye en los mapas ha sido georreferenciada en gabinete o aún debe ser verificada en el campo. El número de comunidades y hectáreas tituladas/demarcadas que figura en los cuadros y mapas puede aumentar en el futuro debido a la obtención de nuevos registros en el campo o a la creación y/o titulación de nuevas comunidades. El IBC agradece a las instituciones que han aportado información al SICNA, las cuales figuran en las fuentes y fichas técnicas, así como a las organizaciones indígenas que han colaborado con el levantamiento de información. El IBC ofrece esta publicación como una contribución al desarrollo sostenible de la Amazonía, a la conservación de sus bosques y biodiversidad y al respeto a los territorios y derechos de los pueblos indígenas

¹³ Entre las instituciones de las que se obtuvo la información necesaria están el Instituto de Bien Común, que en coordinación con el Instituto de Recursos Mundiales crea el Sistema de Información de la Amazonía Peruana (SICNA); el Centro Cultural José Pío Aza; Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), que presentó el *Atlas de comunidades nativas de la Selva Central*; Adrián Mendoza Ocampo (2001), comunidades nativas: El espíritu Milenario de la Selva, visión etnográfica; Libros Andinos; Ministerio del Ambiente; Real Instituto Elcano; Cofropi-Perú, organismo de formalización de la propiedad informal.

Los machiguenga

Debido al gran territorio que manejan, los machiguenga tienen más de un cultivo a la vez. Tienen una producción de calorías muy alta, pero el consumo es mucho más bajo, lo que les permite una autonomía familiar. El maíz es una prioridad. Se cultiva en campos recién abiertos. Para sembrar hacen huecos con estacas de palma. Después del maíz siembran yuca, especies que representan el 85 % de lo que cultivan. El resto son 18 productos de menor importancia. Por vivir en un ecosistema montañoso, manejan altitudinalmente el terreno. El maíz es más propicio en este tipo de suelos.

Los amuesha

Las diferencias altitudinales en las que habitan los amuesha no permiten el manejo del suelo y espacio mediante jardines o parcelas policultivadas porque la heterogeneidad climática, topográfica y de suelos dificulta establecer asociaciones; dividen el territorio según su morfología, de donde se desprende la vocación de sus suelos. Cada área tiene una vocación de cultivo y cada familia debe combinar el espacio disponible a lo largo de todo el año para asegurar el suministro de alimentos.

En las tierras bajas tienen árboles maderables. En las tierras altas-bajas cultivan maíz y palmas. En las playas de los ríos cultivan frejol. En las islas, maíz y *Erythrina*. En los pantanos, las palmas aguaje y *Mauritia*. En las tierras de altura con suelos rojos cultivan arroz, yuca y árboles frutales. En áreas con arenas blancas, el caucho, y en las de arenas amarilla, el barbasco y la balsa. En zonas de suelos negros cultivan maíz y árboles maderables.

Los chamicuro

La principal actividad para la subsistencia de los chamicuros es la horticultura de roza y quema, y los principales productos son la yuca, plátano, maíz, maní, camote, habas, taro, calabazas y tabaco. La caza y la pesca son también importantes para su subsistencia, y se ha extendido entre las familias de este grupo la crianza de aves y animales menores como fuente complementaria de proteínas. El arroz, el yute, el maní, el maíz, el plátano y la yuca son comercializados por ellos en el poblado de Lagunas o vendidos a los regatones que transitan por la comunidad. Extraen madera de manera individual con fines comerciales y entregan la producción a los patrones.

Los chaya huita

Ubicados entre los ocho grupos indígenas más importantes desde el punto de vista demográfico, los chaya huitas, con sus 13 717 personas empadronadas, constituyen el 5,72 % de la población

indígena censada. La información censal revela la existencia de un volumen poblacional para este grupo que supera en más del ciento por ciento las estimaciones demográficas más optimistas que se habían señalado hasta 1978. En la actualidad, la economía de los chaya huita depende de la agricultura de roza y quema, la caza y la pesca. Los principales cultivos de sus huertos son la yuca, el plátano, el maíz, el frejol, el maní, el arroz, la piña, la papaya, el algodón y el tabaco.

Los harakmbut

Este conjunto comprende varios pequeños grupos: amarakaeri, arasaeri, huachipaeri, kisamberi, pukirieri, sapiteri y toyoeri. Ha registrado un total de 1623 personas, que representa únicamente 0,67 % del total de la población indígena censada.

Por ser el amarakaeri el grupo demográficamente dominante y conocido en la literatura antropológica bajo esa denominación, se optó por asumir ese nombre para identificar a la población harakmbut. Se encuentran organizados en siete clanes o patrilinajes localizados. La norma ideal de matrimonio es el intercambio de hermanas entre dos clanes, dándose dicha relación de intercambio entre los siete clanes. Así cada clan puede intercambiar mujeres con los seis restantes. Esto guarda coherencia con la terminología de parentesco de tipo dravidio, según la cual son parientes consanguíneos los miembros del propio clan y son parientes afines teóricamente los seis clanes restantes.

Los huambisa

Los huambisa practican la agricultura de subsistencia, la caza, la pesca y la cría de aves de corral. Este grupo relativamente numeroso y con un alto nivel organizativo se encuentra ubicado en un área de exploración de hidrocarburos y de frontera política en situación de conflicto, y puede considerársele en una situación de media vulnerabilidad.

Los amahuaca-yora

Con una población censada de 247 personas, los amahuaca representan apenas 0,10 % de la población indígena censada. Se estima una importante omisión en el registro de la población amahuaca, debido probablemente a su nivel de dispersión y aislamiento. Sufrieron considerables estragos desde el punto de vista demográfico durante el denominado “boom” del caucho, cuando severas epidemias redujeron sensiblemente su población. Por su reducida población, carencia de servicios básicos, particularmente de salud, y exploración petrolera en curso, la situación de este grupo altamente disperso es de alta vulnerabilidad.

Los cashibo-cacataibo

En 1993, se censó un total de 1 661 personas como integrantes de este grupo indígena, lo que representa 0,69 % sobre el total de la población indígena censada. Las estimaciones poblacionales anteriores a este censo ubicaban entre 1 000 y 2 250 los límites mínimos y máximos de la población cashibo-cacataibo.

Esta sociedad se encuentra organizada en grupos patrilineales y patrilocales. La sociedad está dividida en un ámbito de consanguíneos y otro de afines por medio de una terminología de parentesco de tipo dravidio. El modelo ideal de matrimonio es el de casamiento simétrico de primos cruzados, dándose así el intercambio de hermanas entre dos grupos. Así, dos grupos de descendencia intercambian mujeres. Existe la regla de servicio del yerno, quien tras su casamiento deberá permanecer durante el primero a segundo año en la casa de su suegro, tras lo cual la pareja pasa a residir con la familia del esposo.

Los yagua-yihamwo

Mantienen relaciones asimétricas con los omagua, de quienes eran servidores domésticos y esclavos. A la llegada de los jesuitas, las misiones se convierten en zonas de refugio para los indígenas perseguidos por los “bandeirantes” esclavistas. Inicialmente hostiles a las misiones, mayoritariamente pobladas por omaguas, ante la amenaza de los “bandeirantes”,¹⁴ los yagua finalmente buscaron la protección de los misioneros. Sin embargo, las epidemias que periódicamente se desataban en las reducciones llevaron a mutuas acusaciones de brujería entre los grupos que en ellas habitaban, produciéndose guerras.

Están divididas en clanes patrilineales. La regla de residencia postmatrimonial es patrilocal. Los diferentes clanes se encuentran asociados a nombres de aves, de vegetales o de animales terrestres. Estas tres categorías naturales en las que se encuentran agrupados los clanes son, a su vez, organizadas según un modelo de mitades exógamas. Este puede ser de intercambio entre los clanes de las aves por un lado y de los vegetales y animales terrestres por otro.

IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Con la información presentada en la parte tercera, voy a trabajar con el aspecto metodológico, que a partir de aquí se constituye en la herramienta principal en todo proceso de investigación. En primer lugar, analizaré el inciso c) del artículo 10 del Convenio de la

¹⁴ La literatura antropológica hace referencia a los “bandeirantes brasileños”, que se dedicaban al tráfico de esclavos, apresar indios y hallar metales preciosos.

4.1. Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Inciso c):

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

Inciso c: Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible.
Sustentos:

Objeto del estudio:

a. Explicar las formas de conservación de la diversidad biológica en las comunidades nativas de la Amazonía peruana mediante los sistemas ancestrales.

Hipótesis 2.3.1. Las comunidades nativas de la Amazonía peruana conservan desde tiempos ancestrales su diversidad biológica, haciendo uso adecuado de la flora y fauna para el sustento familiar.

4.1.1. Comprobación de la hipótesis. El sustento

Muchos autores y estudiosos en la materia han explicado con meridiana claridad el uso sustentable de la diversidad biológica en concordancia con uno de los tres objetivos del Convenio, que lo define como “la utilización de los componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasionen la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de esta de satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.¹⁵ El uso sustentable de la diversidad biológica promueve su conservación, ya que, en muchos casos, ofrece incentivos para la conservación y la restauración por los beneficios sociales, culturales y económicos que la gente obtiene de ese uso.

Por otro lado, es posible hacer un uso racional de la diversidad biológica, de los procesos ecológicos y de las especies, a fin de que la variedad genética se mantenga por encima de los umbrales necesarios para su viabilidad a largo plazo y que, por consiguiente, todos los administradores y usuarios de estos recursos tengan el deber de asegurarse de que no excede estas capacidades. Es, por tanto, mantener la diversidad biológica en los ecosistemas, o incluso regenerarla ocasionalmente, para garantizar que estos tengan la capacidad de sostener los servicios ecológicos de los que dependen tanto la diversidad biológica como los seres humanos.

¹⁵ Artículo 2 del Convenio de la Diversidad Biológica.

Las prácticas tradicionales del uso de la diversidad biológica de las comunidades nativas de la Amazonía peruana guardan relación con el conocimiento tradicional y el reconocimiento de la importancia de la biodiversidad conforme hemos visto en el marco geográfico, sustentada también en el principio 12 de las Directrices de Addis Abeba (Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), N.U.Y. PNUMA, 2004), que a la letra dice:

Principio práctico 12: Las necesidades de las comunidades indígenas y locales que viven de la utilización y la conservación de la diversidad biológica, y que se ven afectadas por estas, deben reflejarse, junto con sus contribuciones a esta conservación y utilización sostenible, en la participación equitativa en los beneficios que se derivan del uso de esos recursos.

Con frecuencia se señala que los motivos que dieron lugar a este principio son las comunidades indígenas, grupos locales e interesados directos, que asumen costos importantes o se privan de los beneficios del uso potencial de la diversidad biológica a fin de garantizar o mejorar los beneficios que otros acumulan. Muchos recursos (por ejemplo, la madera, la pesca) están excesivamente explotados porque las reglamentaciones se ignoran y no se hacen cumplir. Cuando la población local participa como interesada directa, disminuyen en general estas explotaciones.

Los regímenes de gestión se mejoran cuando se aplican programas constructivos que benefician a las comunidades locales, como instrucción para capacidades que pueden ofrecer alternativas de ingresos o asistencia en la diversificación de sus capacidades de gestión, señalando las directrices operacionales, como son “promover incentivos económicos que garantizarán beneficios adicionales para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos que participan en la gestión de cualquier componente de la diversidad biológica, por ejemplo, oportunidades de empleo para la gente local, igual distribución de los ingresos entre los habitantes locales, inversionistas y coadministradores foráneos” [Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), N.U.Y. PNUMA, 2004: 19].

Veamos lo que sucede en las comunidades nativas de nuestra Amazonía.

Los ríos de la Amazonía peruana presentan una imagen de serpientes que discurren sus aguas hacia el río más grande del mundo, el Amazonas. Los frondosos árboles ahí existentes forman parte del pulmón de la humanidad. La Amazonía es muy rica en maderas de alta calidad, las mismas que se constituyen en preciosas riquezas para los extractores. Sobre la base de la explotación de estas especies, se constituyeron empresas

madereras que las comercializaron tanto en el mercado nacional como en el internacional. Usurparon la riqueza de las comunidades nativas, y estas, consciente o inconscientemente, contribuyeron a su depredación, talándolas para venderlas a estas empresas, recibiendo como compensación pagos irrisorios, lo que aumentaba el capital de estas empresas monopólicas. No existía mayor control. Así, gran parte de los bosques con árboles maderables, como el pino, cedro, caoba, entre otros, se constituyeron en fuente de las mejores maderas para la fabricación de todo tipo de muebles.

La fauna silvestre es diversa. El gallito de las rocas es el ave representativa del Perú. El oso de anteojos, los guacamayos y otras aves se encuentran en procesos de extinción por la caza furtiva, e igual sucede con otras especies como los paiches y las araguanas. Estas últimas las podemos encontrar en los ríos de la selva peruana. La primera es muy apreciada por su carne, y la segunda por su exportación como especie ornamental. Por tanto, es urgente tomar medidas de protección.

La Amazonía peruana es muy rica en biodiversidad. Es el lugar donde se producen y reproducen especies propias de esta zona; sin embargo, la cultura tradicional, conforme hemos visto en la primera parte, se muestra esquiva a dichos procesos. La rutina en la extracción de la madera por parte de empresas dedicadas a su comercialización ha provocado que la variabilidad biológica vaya modificándose, tanto por la presencia de comercializadores de dichas especies como por su compra a los propios nativos.

La caza es una actividad principal de las comunidades nativas y sirve también para su sustento; sin embargo, ellos saben valorar especies que se encuentran en estado de extinción, como el “gallito de las rocas”, que ha sido considerado por el gobierno como el “ave representativa” de la selva peruana, y el “oso de anteojos”, muy cotizado por los depredadores y cazadores furtivos. En lo referente a la agricultura, las comunidades nativas, si bien es cierto que aún mantienen sus prácticas ancestrales, están siendo modificadas por nuevas formas de cultivo con ayuda de organismos nacionales como ONG, misioneros de las iglesias y por el mismo Estado, mediante el asesoramiento de organismos del Ministerio de Agricultura.

En lo referente al conocimiento tradicional, este es el saber culturalmente compartido y común a todos los miembros que pertenecen a una misma sociedad, grupo o pueblo, y que permite la aplicación de los recursos del entorno natural de modo directo, compuesto, combinado, derivado o refinado, para la satisfacción de necesidades humanas (Zamudio, 2003). Las comunidades poseen un conocimiento milenario sobre el uso y manejo de los recursos naturales. La coexistencia de las comunidades indígenas y los

bosques tropicales de la región ha sido claramente documentada, haciendo referencia al manejo de los recursos y a la custodia de los bosques, por las poblaciones indígenas de acuerdo a su cosmovisión.

Sin embargo, estos conocimientos han sido vilmente utilizados por empresas foráneas a la realidad de dichas comunidades, dando lugar a que estos fueran protegidos por organismos internacionales como la OMPI (2001). Antes de analizar este documento, veamos la riqueza de estos conocimientos en la Amazonía peruana.¹⁶

Los conocimientos tradicionales de las plantas y su uso surgen de las personas mayores de la comunidad, los longevos, y son los que poseen tradicionalmente estos conocimientos. No es posible realizar un estudio de las plantas sin consultar a los ancianos; es importante que se conserven las culturas tradicionales mediante la educación, para así asegurar la continuidad de la transferencia de los conocimientos tradicionales de una generación a otra en beneficio de la humanidad. Las relaciones colectivas e individuales, los sistemas familiares, las instituciones sociales, la justicia tradicional, la música, bailes, ceremonias, rituales, deportes, idiomas, literatura, mitología, historias, nombres, recursos terrestres, marítimos y aéreos están conectados intrínsecamente a la naturaleza, que revela la relación de los seres humanos con las plantas y animales. Esta relación se extiende al entorno físico y al universo cósmico. Una relación de este tipo se expresa en rituales tradicionales, en los que se utilizan plantas y animales que se presentan como ofrendas al universo cósmico para conservar la naturaleza al servicio del hombre.

En lo que a conocimiento científico y uso de plantas se refiere, las comunidades indígenas y locales saben diferenciar entre un uso benigno y otro dañino para ellos. Esta habilidad proviene de su capacidad para reconocer los ciclos de vida naturales. La sociedad civil, por tanto, debe estar alerta para evitar que la ciencia y las grandes empresas no pongan en peligro los ciclos naturales. El conocimiento tradicional es parte de la cultura tradicional, representa un elemento básico del ecosistema. Cuando se pone en peligro o se amenaza la biodiversidad, las plantas se ven afectadas. En algún momento, una destrucción de este tipo destruirá los conocimientos tradicionales y, en última instancia, a la humanidad.

¹⁶ CIP (Centro de Documentación, Investigación e Información de los Pueblos Indígenas). Con motivo de su XX aniversario, se llevaron a cabo en Ginebra tres días de práctica e intercambio sobre el tema de los saberes tradicionales y los conocimientos científicos para un desarrollo sostenible, del que extraemos algunas conclusiones.

Hoy, la comunidad internacional reconoce el papel y la importancia de los conocimientos tradicionales y de las prácticas de gestión tradicional para lograr un desarrollo sostenido. Algunos instrumentos internacionales, como la Convención sobre Diversidad Biológica (CBD) y la Convención Ramsar¹⁷ sobre pantanos, han creado un marco para tener en cuenta las prácticas de gestión tradicional y la participación de las comunidades indígenas para la gestión de los recursos.

De conformidad con estos planteamientos, veamos ahora los avances en cuanto a la participación del Estado sobre la protección de dichos recursos:

La protección. Legislación nacional

En 1999, el gobierno emite la Ley N° 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Su artículo 23 reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

La intención del legislador es buena al sostener que “el conocimiento informado”, es decir, cualquier forma de apropiación del conocimiento tradicional, sea esta en el tratamiento de plantas medicinales u otras formas, debería ser consultado con la población nativa. Esto se hacía con la finalidad de evitar una forma vil de “apropiación” de dicho conocimiento por agentes externos que se apropiaban ilícitamente, “patentándolo” como si fuera de ellos. Esto dio lugar a reclamos y a presentar recursos ante los organismos internacionales, a fin de que anulen esas patentes.

Por otro lado, su artículo 24 reconoce que los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas, nativas y locales asociados a la diversidad biológica constituyen

¹⁷ El Convenio de Ramsar, o Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitats de Aves Acuáticas, fue firmado en la ciudad de Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971 y entró en vigor en 1975. Este acuerdo internacional es el único de los modernos convenios en materia de medio ambiente que se centra en un ecosistema específico, los humedales, y aunque en origen su principal objetivo estaba orientado a la conservación y uso racional en relación a las aves acuáticas, actualmente reconoce la importancia de estos ecosistemas como fundamentales en la conservación global y el uso sostenible de la biodiversidad, con importantes funciones y atributos (refugio de diversidad biológica, patrimonio cultural, usos tradicionales).

“patrimonio cultural” de las mismas; por ello, tienen derecho sobre ellos y la facultad de decidir respecto a su utilización.

El término patrimonio cultural implica la importancia que tienen para el Estado y para las comunidades los conocimientos producidos por ellos mismos, y la importancia que aquel tiene en relación con la identidad nacional y su conservación para el futuro de las generaciones, evitando todo tipo de depredación. Por esto se justifica el conjunto de normas que emite el Estado.

En el 2002, el gobierno peruano promulga la Ley N° 27811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. El artículo primero señala: “El Estado peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos”.

Más adelante, su artículo 42 señala la forma de protección, al sostener que “el pueblo indígena que posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público. Asimismo, estará protegido contra la divulgación sin autorización en caso de que un tercero haya tenido acceso legítimamente al conocimiento colectivo pero con deber de reserva”.

Por tanto, no solo las comunidades nativas de la Amazonía peruana preservan su ecología desde tiempos inmemoriales, sino que también el Estado ha cumplido con su deber de protegerla. El espíritu de la norma es bueno. Veamos su cumplimiento.

El cumplimiento

En el Perú existen cuarenta y dos áreas naturales protegidas¹⁸ que cubren un total aproximado de ciento veintisiete mil kilómetros cuadrados, lo que corresponde al 4,3 % de la superficie del país. De acuerdo a sus objetivos y tamaño, existen tres categorías de áreas naturales: *zonas intangibles*, *zonas de uso controlado* y *zonas reservadas*. Las zonas intangibles son aquellas en las que se prohíbe todo uso directo de los recursos y en las que solo se permite realizar investigación científica y turismo controlado, como parques nacionales, santuarios nacionales y santuarios históricos. Dentro de las zonas de uso controlado se encuentran las reservas nacionales, reservas comunales y cotos de caza, y son aquellas áreas en las que se aprovecha la fauna silvestre de manera sostenida, bajo la supervisión del Estado. Por último, las zonas reservadas son aquellas áreas que están temporalmente protegidas mientras se define su categoría de uso más apropiada.

¹⁸ Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).

La legislación es buena, su cumplimiento es mediatizado por una serie de acciones de los encargados de hacerlo cumplir. Si agregamos a ello la falta de equipamiento y pertrechos, llegamos a la conclusión de que la corrupción es el peor mal que aqueja a la población encargada de hacer cumplir estas normas.

En las zonas de “uso controlado”, en las que se aprovecha la fauna silvestre de forma sostenida, es quizá donde mayor depredación existe todavía, a pesar del control por parte del Estado. Pongo a consideración un solo caso: la depredación del “paiche”. Este pez existe en las cochas y ríos que forman parte del territorio de las comunidades nativas. Esta especie sufrió un proceso de depredación por parte de empresas hoteleras, pues la comercialización de este producto se hizo sin discriminación alguna. Los nativos de estas comunidades, al solo hecho de ver la presencia de estos depredadores que llegaban con armas de fuego, se retiraban selva adentro. Para evitar estas acciones de exterminio del paiche, ahora la población nativa se está organizando y controlando su producción.

Toca ahora revisar brevemente las directrices internacionales que sobre la materia han sido acordadas y aceptadas por los Estados. Debemos poner especial énfasis en sus objetivos, sobre todo en lo concerniente a las comunidades nativas de la Amazonía. Veamos:

*Legislación Internacional: Directrices de Bonn.*¹⁹

Las directrices están concebidas para ayudar a las Partes en la elaboración de una estrategia general de acceso y distribución de beneficios, la cual puede formar parte de su estrategia y plan de acción nacionales sobre diversidad biológica, la determinación de las etapas en el proceso de obtener acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios.

Son muchos sus objetivos; lo que interesa al presente estudio es “promover la transferencia adecuada y efectiva de la tecnología apropiada a las Partes proveedoras, a los interesados y a las comunidades indígenas y locales”; “contribuir a que las Partes desarrollen los mecanismos y los regímenes de acceso y distribución de beneficios en los que se reconozcan y protejan los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades

¹⁹ Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica. PNUMA (2002), Canadá. Las directrices identifican los pasos en el proceso de acceso y participación en los beneficios, haciendo hincapié en la obligación de los usuarios de buscar el consentimiento previo de los proveedores. Estas también identifican los requisitos fundamentales para los términos acordados mutuamente y definen los principales papeles y responsabilidades de los usuarios y proveedores, y destacan la importancia de la implicación de todos los interesados. Además, estas cubren otros elementos tales como incentivos, responsabilidad, medios para la verificación y solución de controversias. Finalmente, ellas enumeran elementos sugeridos para incluir en acuerdos de transferencia material y proporcionan una lista indicativa de beneficios tanto monetarios como no monetarios.

indígenas y locales, de conformidad con sus leyes nacionales y con los instrumentos internacionales pertinentes”; “contribuir a la mitigación de la pobreza y prestar apoyo a convertir en realidad la seguridad de los alimentos, la salud humana y la integridad cultural” (Secretaría del CDB. PNUMA, 2002: 3).

La transferencia de la tecnología adecuada a las comunidades nativas de la Amazonía peruana es un reto para el Estado. Tradicionalmente, estas comunidades están regidas por formas de vida que han heredado de sus ancestros; cualquier innovación, si bien es cierto podría calar profundamente en ellos, esto tardaría, por cuanto no existe todavía la infraestructura necesaria ni el personal para que se profundice esta innovación. Queda como un reto, como un hito diseñado para el futuro; sin embargo, algunos gobiernos regionales lo están intentando, sobre todo en el manejo de los recursos forestales, ictiológicos y de caza.

Existe el compromiso de muchos miembros de las comunidades nativas de participar en seminarios de capacitación a fin de conocer estos procesos de innovación, pero ahí se quedan. No hay un proceso de continuidad. El peor enemigo es la carencia de medios de transporte. Los ríos son los únicos que sirven para el traslado de los miembros de estas comunidades. Agregamos a ello factores externos, como la posible explotación del petróleo y el gas, concesionados por los Estados. He aquí la incertidumbre.

Podemos “mitigar” la pobreza, tal como vemos en uno de los objetivos. Sí, pero esto no basta, la transferencia debe ser real y equitativa, hay que dar una efectiva participación a la población nativa. Evitemos toda forma de explotación, reconozcamos el valor intrínseco de los recursos y de la población como agentes de cambio, valoremos sus formas de transmitir conocimiento y enriquezcamos su calidad de vida y su cultura. Partamos por mejorar la educación respetando su conocimiento tradicional; logremos una mayor participación en toda forma de producción, industrialización y comercialización.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Para la OMPI, el término “conocimientos tradicionales” es uno de varios utilizados para describir, en términos generales, el mismo objeto. Otros términos en uso incluyen la “propiedad intelectual y cultural indígena”, el “patrimonio indígena” y los “derechos de patrimonio de acuerdo con los usos y las costumbres”. La OMPI utiliza actualmente el término “conocimientos tradicionales” para referirse a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición, así como a las interpretaciones o ejecuciones, invenciones, descubrimientos científicos, dibujos o modelos, marcas, nombres y símbolos, información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que

proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico.

La expresión “basadas en la tradición” se refiere a los sistemas de conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio, y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno.

“Conocimientos tradicionales” es un término que se utiliza únicamente a efectos prácticos. La OMPI reconoce el derecho de los grupos indígenas, las comunidades locales y otros titulares de conocimientos tradicionales a decidir qué constituyen sus propios conocimientos, innovaciones, culturas y prácticas, así como las maneras en que deberían definirse. Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran los conocimientos agrícolas; los conocimientos científicos; los conocimientos técnicos; los conocimientos ecológicos; los conocimientos medicinales, incluidos las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las “expresiones del folclore” en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles.

Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se derivan de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del “patrimonio” en un sentido amplio.

La legislación peruana, haciendo eco de los fundamentos de la OMPI, ha creado el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, conocido también como INDECOPI, creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868. Es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de Derecho Público. Es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores. Cumple también con velar por los derechos de propiedad intelectual —desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología— y la calidad de los productos, y con las demás funciones que se le asignen.

Ahora bien, los casos presentados ante este organismo regulador respecto a los conocimientos tradicionales de las comunidades nativas de la selva han sido ínfimos, por cuanto algunas formas de apropiación ya habían sido patentadas; tal es el caso de la “uña de gato Schuler”, que se comercializa en los principales mercados, y de la “sangre de grado”, que fueron apropiados ilícitamente.

Teniendo en cuenta estas experiencias y en cumplimiento de lo señalado en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, podemos considerar que estos conocimientos producto de la transmisión oral de generación en generación hoy son tenidos en cuenta y pueden en cualquier momento surtir sus efectos jurídicos. Falta aún una mayor divulgación y precisión de las funciones de este organismo regulador para beneficiar a una mayor población nativa. Por tanto, podemos considerar que el Estado está cumpliendo con su función protectora.

4.2. Artículo 10. Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. Inciso d)

Cada parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

Inciso d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido.

Objetivo:

2.3.2. El concepto de diversidad biológica se sustenta en la conservación de plantas que consideran sagradas para el uso de medicina tradicional.

1.2. Concordancia:

Programa 21 de Desarrollo sostenible:

- Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades.

4.2.1. Comprobación del cumplimiento en función de la hipótesis

El Estado, como parte contratante del Convenio sobre la Diversidad Biológica, ha emitido un conjunto normativo. El Perú ha firmado y ratificado varios tratados internacionales, comprometiéndose a conservar el medio ambiente y el patrimonio natural y cultural. La Constitución Política del Perú (1993), Capítulo II, De los Tratados, Art. 55, establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional”.

Estos son:

1. **Tratados, convenciones, convenios y protocolos.** Los principales tratados firmados y ratificados por el Perú, referentes al medio ambiente, los recursos naturales y la conservación del patrimonio natural y cultural son los siguientes:
2. **Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América** (Washington, 1940). Ratificada por el Perú en 1946. Es un compromiso para proteger áreas naturales y especies de flora y fauna.
3. **Convención para el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Extinción** (CITES). Firmada en 1973 y ratificada por el Perú en 1974. Compromete a establecer controles de comercio de productos y especies de flora y fauna amenazadas de extinción.
4. **Acuerdo entre Perú y Brasil para la Conservación de la Flora y de la Fauna de la Amazonía.** Firmado en 1975 y que compromete a los dos países a cooperar en la conservación de la flora y fauna amazónicas.
5. **Tratado de Cooperación Amazónica.** Firmado en 1978 entre 8 países (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela) para cooperar en un desarrollo armónico de la Amazonía.
6. **Acuerdo entre Perú y Colombia para la Conservación de la Flora y de la Fauna de la Amazonía.** Firmado en 1979. Establece un compromiso entre ambos países para cooperar en la conservación de la flora y fauna silvestres.
7. **Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña.** Firmado entre Perú, Bolivia, Chile y Ecuador en 1979, y adherido por Argentina. Establece las normas y la cooperación entre los cinco países para la conservación y el aprovechamiento de la vicuña y el comercio de sus productos.
8. **Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.** Establecida por la UNESCO en 1972 y ratificada por el Perú en 1981. Establece un compromiso

mundial para proteger el patrimonio cultural y natural del mundo y de los países.

- 9. Convenio sobre Diversidad Biológica.** Firmado en Río de Janeiro en 1992 y ratificado en 1993, establece los compromisos mundiales y nacionales referentes a la identificación y monitoreo de la biodiversidad; la conservación *in situ* (áreas protegidas, introducción de especies foráneas, mantención y protección los conocimientos de las poblaciones locales) y *ex situ* (colecciones biológicas y bancos genéticos); el uso sostenible de los componentes de la biodiversidad; la investigación, capacitación, educación y conciencia públicas; el control y minimización de impactos negativos; el acceso a los recursos genéticos y a la tecnología; el intercambio de información y cooperación entre los países desarrollados y en desarrollo para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad.

4.2.2. CONCORDANCIA: Programa 21 Desarrollo Sostenible. “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades”

Si bien es cierto que la legislación existe, su implementación en muchos casos deja mucho que desear. El propio Estado se convierte en un animador del incumplimiento. Así sucede con un conjunto de decretos legislativos emitidos en ocasión de aprobar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, lo que produjo enfrentamientos entre la población nativa y la policía nacional, como “el baguazo”.

El gobierno emitió el Decreto Legislativo N° 1015 “que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con los de la costa para mejorar su producción y competitividad agropecuaria”, con el que se pretende vender las tierras de las comunidades al mejor postor, bastando que una minoría de comuneros, bajo la forma de “no menos del 50 % de los asistentes a la asamblea” pueda decidir sobre la propiedad de su comunidad. La norma deroga el artículo 11 de la Ley 26505, que establece el requisito del voto favorable de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad para disponer de las tierras comunales en sierra y selva. Ahora, basta que un grupo mínimo de comuneros decida venderlas para que las comunidades pierdan sus tierras, facilitando que tan solo un treinta o cuarenta por ciento de los comuneros decida la venta de las tierras de la comunidad o “ayllu” a una corporación minera o a una empresa petrolera o urbanizadora, según sea el caso.

La norma en mención vulnera la Constitución Política en sus artículos 88° y 89°, que establecen que el Estado garantiza el

derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. El 89° dice a la letra: “Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo y en el uso y la libre disposición de su tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”.

Lo que se pone en tela de juicio es la imprescriptibilidad de su territorio; la vulneración, por tanto, es flagrante. Estos desencuentros de los gobiernos de la década de los ochenta y noventa han sido frecuentes, tanto por su autoritarismo como por la poca atención o descuido de dichas poblaciones.

En términos generales, los acuerdos adoptados y los pactos y tratados internacionales adoptados por el Perú resultan buenos. Dejemos pues a los sucesivos gobiernos la tarea de su cabal cumplimiento, de modo que se conviertan en una realidad efectiva.

4.2.3. El Convenio 169 OIT

En el marco de los derechos humanos, la Organización Internacional del Trabajo aprobó dicho convenio con la finalidad de que “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”.²⁰

De conformidad con este dispositivo, del cual el Estado peruano es parte y lo reconoce, y al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otras índoles responsables de políticas y programas que les conciernan”.²¹

²⁰ Artículo 3 del Convenio.

²¹ Artículo 6 del convenio.

Varias ONG han cuestionado el controvertido DL 1015, y sostienen que “es sumamente peligroso”, pues convulsiona la paz en el país al pretender individualizar a los campesinos y nativos y los hace presa fácil de la voracidad de quienes pretendan arrebatárles sus tierras, vulnerando sus derechos. Otros han dejado deslizar que las tierras solo serán vendidas por la fuerza. Los efectos no se dejaron esperar.

A los tres días de publicado este Decreto Legislativo, las organizaciones indígenas convocaron a una conferencia de prensa en el local de la Confederación Nacional Agraria (CNA). La coalición indígena integrada por la Confederación Campesina del Perú (CCP), la Confederación Nacional Agraria (FNA), la Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI) y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), han dicho que se encuentran en estado de emergencia; por tanto, han acordado realizar una serie de acciones de protesta, desatándose así el conflicto social con nefastas consecuencias.

Los problemas no han sido solucionados pacíficamente y se mantienen latentes. El goce pleno de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación es tenido en cuenta, pero carece de implementación. El Convenio 169-OIT es muy claro: debe existir un organismo del Estado que implemente la “consulta previa” para todos los efectos del trato en cuanto a la utilización de los recursos naturales. A nivel del gobierno se están formulando proyectos de propuestas, sin llegar a su materialización.

Lo más importante en estos casos es difundir los alcances del convenio citado, que desde mi punto de vista marca un hito en la historia y en la vida de los pueblos originarios en todas sus formas. En lo que respecta a las formas de administrar justicia, estos pueblos lo hacen en forma correcta, respetando el debido proceso comunal, dando oportunidad a que el juzgado tenga el derecho de su defensa. Este constituye, la fuente del Derecho. Por supuesto, la paz en las comunidades nativas es el reino de ellos; los problemas jurídicos son pasajeros.

4.2.4. Directrices de Addis Abeba²²

El Ejecutivo al no tener en cuenta el Convenio 169 al momento de emitir la legislación sobre la disponibilidad de las tierras de las

²² Los Principios y Directrices de Addis Abeba para la utilización sostenible de la diversidad biológica prestan asistencia a los gobiernos, a las comunidades indígenas y locales, a los administradores de los recursos, al sector privado y a otros interesados directos proporcionándoles la forma de asegurar que los usos que hagan de la diversidad biológica no llevarán a su declive a largo plazo. Los catorce principios por su mutua dependencia deberían ser considerados conjuntamente. Los principios son de pertinencia general. Su aplicación dependerá consiguientemente de la diversidad biológica que esté siendo considerada, de las condiciones reinantes, y del contexto institucional y cultural en el que tiene lugar su utilización.

comunidades campesinas y nativas, tal como lo vimos anteriormente, tampoco lo tuvo con el principio doce de las directrices y principios de Addis Abeba, por cuanto, con frecuencia, las comunidades indígenas y locales y los interesados locales directos asumen costos importantes o se privan de los beneficios del uso potencial de la diversidad biológica a fin de garantizar o mejorar los beneficios que otros acumulan.

Muchos recursos (por ejemplo, la madera, la pesca) están excesivamente explotados porque las reglamentaciones se ignoran y no se hacen cumplir. Cuando la gente local participa como interesada directa, disminuyen, en general, los regímenes de gestión, y se mejoran cuando se aplican programas constructivos que benefician a las comunidades locales, como instrucción para capacidades que pueden ofrecer alternativas de ingresos o asistencia en la diversificación de sus capacidades de gestión. Las recomendaciones de las directrices deben ser tenidas en cuenta en todo momento al tomar decisiones que afecten directa o indirectamente a dichas comunidades, por lo que el Gobierno, antes de tomar esta decisión, debería asesorarse por la Secretaría Ejecutiva de la oficina de Addis Abeba.

V. ANALOGÍAS

5.1. La Unión Europea: utilización sostenible de la biodiversidad. Artículo 10 del Convenio, incisos a), b), c) y d)

Los incisos a), b), c) y d) del artículo 10 del Convenio son tenidos muy en cuenta por los países de la Unión Europea (veintisiete integrantes). Revisando la literatura correspondiente al Convenio de la Diversidad Biológica respecto a la Unión Europea, se llega a comprobar que esta cubre un área geográfica muy vasta y diversa, que alberga numerosos tipos de ecosistemas y especies. Sin embargo, la diversidad biológica se encuentra amenazada a todo lo largo y ancho de la Unión Europea. Según la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) y otras organizaciones, el tamaño de los hábitats sigue disminuyendo y están cada vez más fragmentados, en forma similar a lo que ocurre en las comunidades nativas de la Amazonía peruana.

Como resultado, los servicios de los ecosistemas se están deteriorando y muchas especies autóctonas se encuentran amenazadas. Por ejemplo,²³ Europa ya ha perdido aproximadamente la mitad de sus humedales (previsto en el Convenio Ramsar), así como amplias zonas de pastizales. Se

²³ Convenio sobre la Diversidad Biológica. Aplicación en la Unión Europea. Hay que esforzarse más para cumplir los objetivos de 2010.

calcula que cerca del cuarenta por ciento de los mamíferos europeos está en peligro, entre ellos el zorro ártico, ardillas autóctonas, delfines y focas, y algunos de ellos, como el lince ibérico, están al borde de la extinción. Asimismo, casi el cuarenta por ciento de las aves y el cuarenta y cinco por ciento de las mariposas, junto a muchas especies de reptiles y anfibios de Europa, están en situación de riesgo. Gran número de plantas autóctonas se han vuelto raras o se encuentran amenazadas.

Tanto el Convenio de Diversidad Biológica como la estrategia europea de biodiversidad reconocen que las personas son parte de la naturaleza y que los recursos biológicos deben utilizarse de forma sostenible. No obstante, es urgente que se pongan en marcha políticas y medidas legislativas para garantizar una explotación de los recursos biológicos que no ponga en peligro su viabilidad a largo plazo ni la supervivencia de otras especies. En la UE ya se han producido importantes avances en la armonización de las prácticas agrícolas, pesqueras y forestales, en línea con el artículo 10 del Convenio de Diversidad Biológica.²⁴

Las prácticas agrícolas inapropiadas han provocado la reducción de la diversidad biológica tanto en las tierras de cultivo como en sus alrededores. Las poblaciones de ciertas especies de aves de estas áreas han disminuido en las últimas décadas. Por ello, el objetivo del Plan de acción sobre biodiversidad en la agricultura es reducir el impacto medioambiental de las actividades agropecuarias.

Muchos de los hábitats ricos en biodiversidad que necesitan medidas de conservación están situados en terrenos dedicados a la agricultura o en sus proximidades. Por ello, estos hábitats requieren, para su mantenimiento, una gestión apropiada. Con su Política de Desarrollo Rural, la UE quiere reducir los efectos negativos que la agricultura causa al medio ambiente y, a la vez, conciliar las necesidades del sector agrícola con los objetivos del Convenio de Diversidad Biológica. Para alcanzar esta meta, se han puesto en marcha una serie de medidas agromedioambientales, cuyo fin es impulsar a los agricultores a proteger y mejorar el entorno y la biodiversidad mediante métodos que van más allá de las buenas prácticas agropecuarias tradicionales.

Las actividades humanas han aumentado las amenazas sobre los ecosistemas marinos y costeros, y sobre las aguas continentales. La preocupación por la biodiversidad debe, por tanto, estar presente en

²⁴ Los acuerdos internacionales sobre medio ambiente, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), son ratificados por la Comunidad Europea (CE) —que es una organización de integración económica regional con personalidad jurídica— y por sus Estados miembros. Conjuntamente, la CE y sus Estados miembros forman la entidad política denominada Unión Europea. La mayoría de las normas de la UE deben ser aprobadas por el Consejo de Ministros, que representa a los gobiernos de los 27 Estados miembros, y por el Parlamento Europeo, cuyos 785 miembros son elegidos directamente por los ciudadanos europeos.

la gestión de los recursos marinos, el agua y la pesca. Así pues, con la estrategia europea para la biodiversidad se presentaron unos ambiciosos objetivos para el sector pesquero y, a su vez, mediante el Plan de acción sobre biodiversidad en la pesca, adoptado en 2001, se hicieron varias recomendaciones específicas para proteger la biodiversidad frente al impacto de la pesca marina y la acuicultura. Adoptado en 2002, el Plan de acción para integrar la protección medioambiental contiene unos principios guía.

Se tienen unas medidas de gestión y un programa de trabajo destinado a introducir gradualmente un enfoque ecológico en el sector pesquero y a limitar el impacto medio ambiental de la Política Pesquera Común. Los bosques cubren aproximadamente un tercio de las tierras del planeta y albergan la inmensa mayoría de la biodiversidad terrestre. Por ello, la deforestación y la degradación de las zonas forestales reducen gravemente la diversidad biológica. Se necesita, evidentemente, una acción internacional y regional que coordine a su vez todas las actividades nacionales para promover la gestión sostenible de los bosques y la conservación de la biodiversidad. La UE, aparte de impulsar la puesta en práctica del programa de trabajo ampliado del CDB sobre biodiversidad forestal, apoya también otras iniciativas internacionales para la conservación de la diversidad biológica. Sirve como ejemplo su participación en el Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques; además, la Unión Europea es miembro del Convenio Internacional de las Maderas Tropicales.

La Unión Europea toma en serio el Convenio. Los organismos encargados de velar por su cumplimiento parten del seno mismo de dicha unión, y es la asamblea general la que toma en última instancia la palabra final; a ello hay que agregar que las poblaciones nativas son poco numerosas comparadas con las de las naciones sudamericanas por ejemplo, y ni hablar de las comunidades nativas de la Amazonía peruana.

Crean sus propias instancias. La depredación de las especies marinas, por ejemplo, a la que hacen referencia sus informes, es propia de las actividades de empresas balleneras. En nuestra selva, no existen estas especies, solo peces de diversos tamaños que son depredados por pescadores artesanales y otros provenientes de países vecinos. Son realidades distintas, pero el problema es uno solo.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El cumplimiento de los incisos c) y d) del artículo 10 del Convenio sobre la Diversidad Biológica en las comunidades nativas de la Amazonía peruana se está cumpliendo gracias a la energía puesta por los miembros de dichas comunidades. Se observa un permanente deterioro de los bienes como las tierras, los bosques,

así como la apropiación de su conocimiento tradicional, a pesar de que el gobierno ha emitido un conjunto de normas a fin de evitar su depredación.

Se observa que existe hoy una contradicción entre las normas emitidas por el gobierno a fin de proteger toda la biodiversidad en estas áreas con los Decretos Legislativos para acelerar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, que exige el cumplimiento de las normas internacionales. Sin embargo, son ellos los que no han firmado los convenios y tratados como el de Derechos Humanos, del que los EU no forma parte. Esta es otra contradicción flagrante. Estos hechos dan lugar a conflictos entre las poblaciones de las comunidades nativas y el Gobierno.

La situación de depredación de la biodiversidad es similar en la Unión Europea, con la diferencia de que ella ha elaborado planes de contingencia a fin de evitar su aniquilamiento. Sus normas obligan a todos sus miembros por igual, de modo que su cumplimiento se dé en los plazos fijados de antemano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OMPI (2001). *Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*. Ginebra.

Rostow, W. (1980). *Las etapas del crecimiento económico*. México: F.C.E.

Shirif, A. (2004). *Atlas de las comunidades nativas de la Selva*. Lima: Centro de Estudios Amazónicos.

Secretaría del CDB. PNUMA (2002). *Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización*.

Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), N.U.Y. PNUMA (2004). *Principios y directrices de Addis Abeba para la utilización sostenible de la diversidad biológica*. Documento. Montreal.

Zamudio, T. (2003). *Pro Diversitas, a.c.*

LA CIUDADELA DE LA MORAL EN LA CORTE DE LOS JURISTAS

José Juan Moreso

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad
Autónoma de Barcelona. Docente de Filosofía del Derecho
en la Universidad Pompeu Fabra.

Recibido: noviembre 2013

Aceptado: diciembre 2013

No existen razones jurídicas que puedan justificar
acciones y decisiones con independencia
de su derivación de razones morales.
Carlos S. Nino (1994: 82)

SUMARIO

1. Un caso hipotético, tres contemporáneos y una de romanos. 2. La certeza del Derecho. 3. Recuperando las intenciones del constituyente. 4. La solución está en las encuestas. 5. El positivismo jurídico excluyente I. 6. El positivismo jurídico excluyente II. 7. Interludio: pertenencia y aplicabilidad. 8. La incorporación de la moral en el Derecho. 9. Nino y el incorporacionismo. 10. Ethica more jurídico incorporata.

RESUMEN

¿Al emplear en los textos jurídicos expresiones como dignidad humana, igualdad, prohibición de tratos inhumanos o degradantes etc., el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Hay diversas respuestas negativas y también hay varias formas de contestar positivamente. Ambos modos serán analizados en este artículo.

Palabras clave: derecho, intención, constituyente, positivismo, aplicabilidad, moral.

ABSTRACT

When used in legal terms such as human dignity, equality, prohibition of inhuman or degrading etc. the duty actually incorporates moral standards or the moral argument? Negative responses are diverse and there are several ways to answer positively, both modes will be discussed in this article.

Key words: right intention, constituent, positivism, applicability, moral.

1. Un caso hipotético, tres contemporáneos y una de romanos

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como conceptos jurídicos indeterminados, son al menos tan antiguos como nuestro Derecho privado: buena fe, diligencia de un buen padre de familia, etc. Otras llegaron con las declaraciones de derechos incluidas en constituciones y tratados internacionales: dignidad humana, igualdad, prohibición de tratos inhumanos o degradantes, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Como veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica* (1992),¹ se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado coma punitivo. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, solo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración Universal de Los Derechos Humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración Universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

¹ Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al Derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el invierno austral de 1996, y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente (Moreso, 2008: 11; 2009: 33 y 2010: 15-16) y en 2012, en donde comenzaba con estos cinco casos precisamente.

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Pues bien, el Tribunal Constitucional español se refirió a ello² (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituía trato inhumano o degradante. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del Bill of Rights inglés de 1689) establece: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es “una sanción extrema”, no considera que sea “inherentemente cruel”.³ Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado.⁴ Y este pasado mes de agosto la polémica ha surgido, al autorizar la Corte Suprema la ejecución del ciudadano de Texas Marvin Wilson, que presentaba indicios probados de retraso mental.

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel, acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas, fue castigado a sesenta fuetazos (el fuate es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte Constitucional Colombiana. En la

² En la STC 2/1987, de 21 de enero.

³ *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

⁴ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida solo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

sentencia del alto tribunal colombiano,⁵ la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el Derecho romano —la Lex Pompeia— establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920: 119), cuando se produjo el crack financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generada por la Compañía Inglesa de los Mares del Sur, “un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la Lex Pompeia para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la Compañía de los Mares del Sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis”. Olvidemos ahora, por un momento y no del todo, las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no —en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón— el fuste, el aislamiento en celda o la pena de muerte? ¿No son argumentos morales los que conducen a una u otra conclusión? Hay varios modos de rechazar la incorporación de la moralidad por el Derecho en estos supuestos, y trataré de exponer sus razones y discutir las. Después me referiré brevemente a la posición de Carlos S. Nino, que insistió especialmente en la conexión interpretativa entre el Derecho y la moral de un modo que resulta muy cercano al del positivismo jurídico incluyente, aunque lamentablemente el murió antes de que esta marca apareciera en el mercado de las ideas. Terminaré vindicando un modo de incorporación de la moralidad en el Derecho.

⁵ SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Óscar Pérez de la Fuente, que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

2. La certeza del Derecho

En muchos casos, los autores más contrarios a la incorporación de la moralidad en el Derecho están guiados por la idea según la cual si el Derecho usa conceptos valorativos, los comportamientos prohibidos devendrán inciertos, indeterminados. A menudo este ideal de la certeza del Derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad o justicia*), y esta es la razón que anima las defensas recientes (Campbell, 1996; Waldron, 2001) o no tanto (Scarpelli, 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*.⁶

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son los mismos.

3. Recuperando las intenciones del constituyente

Una estrategia consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta posición como *originalismo*.⁷ De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: solo son crueles (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados crueles por los constituyentes.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aun en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como el coma punitivo, entonces ha de

⁶ Que presenté y critiqué en Moreso (2004). Algunos ecos de esta posición entre nosotros en Hierro (2002), Laporta (2007) y en Ferrajoli (1989, 2007, 2011a).

⁷ Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema (Scalia, 1997).

resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio. Con esta doctrina de la interpretación, hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000, de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las I-pad como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: “Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada”. Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad del I-pad de otro abogado demandado en 2012.

4. La solución está en las encuestas

Algunas veces se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como 'tratos degradantes' no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro Código Civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.⁸ De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable, y ello, me parece, es ya indistinguible del razonamiento moral (Moreso, 2009: 192).

5. El positivismo jurídico excluyente (I)

Tomemos como tesis definitoria del positivismo jurídico excluyente la siguiente formulación de Raz (1979: 185) de la tesis de las fuentes sociales del Derecho:⁹

⁸ Este argumento en Alchourrón y Bulygin (1991). Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, Tushnet (1999) y Kramer (2004). Véase también Gargarella (2006).

⁹ La misma idea en Shapiro (2011), cap. 9, y en Marmor (2011), cap. 4.

Una teoría jurídica es aceptable solo si sus criterios para identificar el contenido del Derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.

Esta tesis puede ser aceptada por dos razones verdaderamente diferentes entre sí. Puede ser aceptada, en primer lugar, como consecuencia de una posición escéptica acerca de la moralidad conforme a la cual, dado que no hay pautas morales objetivas, el Derecho no puede incorporar la moralidad, porque no hay nada que pueda ser incorporado. Es una razón ontológica: la inexistencia de la moral objetiva es la razón de la no incorporación.¹⁰ Y, obviamente, cuando se usan estos términos en los textos legales se remite a la discrecionalidad, no controlable racionalmente, de los jueces; de hecho, a la arbitrariedad. Para este tipo de positivismo jurídico, el originalismo o la deferencia a las actitudes de la mayoría son intentos, algo desesperados, de evitar la discreción judicial y restaurar algún grado de certeza.

La refutación de esta posición debería argüir a favor del objetivismo en moral. Esta es una cuestión más allá del alcance de este trabajo; sin embargo, tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco.¹¹ En cualquier caso, me he de referir a ella más adelante.

6. El positivismo jurídico excluyente (II)

Ahora bien, el modo escéptico no es el modo más habitual de defender la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del Derecho. El modo más habitual es el que ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979: cap. 3; 1994: cap. 9; 2004).¹² Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz, 1994: 218).

El argumento de Raz es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del Derecho es que

¹⁰ Esta es la posición, por ejemplo, de Bulygin (2006) y Ferrajoli (2011a), aunque algo matizada luego (2011b y 2012). Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a Kelsen (1957), Ross (1958), Bobbio (1965) y el realismo jurídico americano (véase Leiter [2001]). A ello puede

sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véase respectivamente: Guastini (2006) y Troper (2001).

¹¹ En Moreso (2009), ensayo 2, he defendido un modo ecuménico de objetivismo moral, compatible con diversos enfoques metaéticos.

¹² Véase también Shapiro (1998) y Marmor (2002).

pretende autoridad, y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el Derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios, con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el Derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

¿Qué sucede entonces, según Raz, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos? Pues bien, sucede que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el Derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994: 310-324) distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del Derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al Derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979: 75):¹³

Supongamos, por ejemplo, que según el Derecho los contratos son válidos solo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones “neutras valorativamente” establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición “Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido” no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determine su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el Derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho

¹³ Véase sobre este punto Endicott (2003).

Romano, la pena del saco, podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel —también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas— y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque “cruel” es, sin duda, un término moral, “cruel” se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción.¹⁴

7. Interludio: pertenencia y aplicabilidad

Antes de presentar el modo, en mi opinión, en el cual el Derecho incorpora la moralidad, voy a tratar de mostrar en qué sentido el debate entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente no es una mera cuestión de palabras.¹⁵

En la teoría del Derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y solo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y solo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.¹⁶ En el contexto de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente J.L. Coleman (1998: 404-405) plantea así la cuestión:¹⁷

Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el Derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del Derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del Derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubes sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del Derecho de la comunidad 'huésped'. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del Derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos

¹⁴ Se trata de un argumento presentado en Moreso (2004).

¹⁵ Se trata de un argumento que se remonta a Moreso (2009: cap. 10).

¹⁶ Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin (1982), Moreso (1997: cap. 3), Moreso-Navarro (1997) y Vilajosana (1998).

¹⁷ El origen de la distinción en estos términos en Raz (1979: 101-102, 119-120), Raz (2004). Ver también Waluchow (1994: 157), Shapiro (2008: 506) y Kramer (2000: 103-107).

mismos parte del Derecho o jurídicamente válidos.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor de positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

8. La incorporación de la moral en el Derecho

Según el positivismo jurídico incluyente, es posible que la identificación del Derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. La conexión del Derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente.¹⁸ Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart, 2004), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil (Leiter, 2002: 978): “Las fuentes usuales del derecho —como las leyes y las disposiciones constitucionales— pueden incluir conceptos y consideraciones morales”.

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el Derecho ha de

¹⁸ Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en Carrió (1971), Lyons (1977), Soper (1977), Coleman (1982) y Hart (1994). Las dos defensas más articuladas, en Waluchow (1994) y Coleman (2001). Véase una presentación general en Himma (2002) y Moreso (2009: cap. 10).

identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el Derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas sanciones son o no tratos inhumanos o degradantes: en dichos supuestos, el razonamiento de los jueces deviene en razonamiento genuinamente moral.

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos.¹⁹ Antes de analizar alguno de ellos, me propongo presentar las ideas de Nino al respecto, con la convicción de que su enfoque puede iluminar algunos aspectos de esta controversia.

9. Nino y el incorporacionismo

En un trabajo publicado póstumamente que recoge sus lecciones en un seminario largamente recordado en la Universitat Pompeu Fabra en Barcelona, Carlos Nino (1994) expuso algunas ideas que pueden ahora resultar iluminadoras para el debate que suscita la incorporación de la moralidad en el Derecho.

Una primera contribución de Nino consiste en sostener, como después se ha dicho en repetidas ocasiones, que hay algunos sentidos en los que la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moralidad es una obviedad, que nunca ha sido cuestionada seriamente por nadie.²⁰ En especial, Nino trata de mostrar lo que denomina una conexión justificatoria de carácter necesario (Nino, 1994: cap. 2): dado que los jueces cuando deciden los casos deciden sobre situaciones relevantes para otros seres humanos, entonces los jueces están sujetos a la moralidad y las últimas razones para sus acciones solo pueden ser razones morales.²¹ También, apelando al rechazo del esencialismo conceptual, trata de mostrar (Nino, 2004: cap.1) que hay una pluralidad de conceptos de Derecho, algunos de naturaleza descriptiva y otros de naturaleza normativa; para algunos de dichos conceptos la tesis de la conexión necesaria es verdadera, para otros es falsa. Recientemente, Ronald Dworkin ha sostenido también la pluralidad de los conceptos de Derecho (2006).

Ahora bien, en donde Nino (1994: cap. 3) se acerca más a la aceptación de la tesis incorporacionista es allí donde elabora lo que

¹⁹ Raz (1979, 2004), Ferrajoli (1989), Himma (2003, 2005, 2009) (que antes [Himma, 1999] presentaba argumentos favorables al incorporacionismo), Bayón (2002a, 2002b), Dworkin (2006, 2011), Shapiro (2009, 2011), Marmor (2011). Algunos de estos argumentos son analizados en Moreso (2012).

²⁰ Véase en este sentido el clarificador trabajo de Gardner (2001: 221-225).

²¹ En palabras de Raz (2004: 2): "Why are judges, and humans generally, subject to morality? This is due to the nature of morality. It has no doctrine of jurisdiction setting out its conditions of application. It applies universally to all agents capable of understanding it".

denomina la conexión interpretativa entre el Derecho y la moral (Nino, 1994: 128): “El Derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral”. Nino sostiene que cuando debemos asignar significado a términos de valor, solo podemos hacerlo apelando a consideraciones valorativas de carácter moral. Así, cabe pensar que Nino consideraba la tesis incorporacionista una tesis verdadera, al menos para algunos conceptos de Derecho.

10. *Ethica more iuridico incorporata*

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone (Raz, 2004; Shapiro, 2009; Bayón, 2002b; Marmor, 2011) contra la tesis de la incorporación. Un argumento es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el Derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre, y, de tal modo, el Derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos mediante reglas claras, públicas y accesibles a todos. La razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna diferencia práctica. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad bloquean la fuerza normativa del Derecho, lo convierten en inerte normativamente, en superfluo. Nino (1994: 130-132) se refiere a un argumento similar al anterior como la paradoja de la superfluidad del Derecho.

Creo que esta crítica cede por las razones que fueron articuladas por Nino (2004: 140-147) y que consisten en concebir el razonamiento jurídico como estructurado en dos niveles. En el nivel más básico, debe considerarse si el Derecho positivo que ha de ser aplicado goza de un nivel aceptable de legitimidad, y aquí las razones morales tienen un papel muy importante que representar. En el segundo nivel, en cambio, si el filtro de la legitimidad se considera superado, entonces el razonamiento jurídico, como dice Nino, está “constreñido”, y en este nivel los aplicadores del Derecho solo pueden acudir al razonamiento moral cuando son autorizados a ello. Por esta razón, las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del Derecho interviene

activamente la argumentación moral,²² y en segundo lugar, que la diferencia práctica del Derecho va de la mano de su estructura institucional.²³

Muchos supuestos de aplicación del Derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la Constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal Constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del Derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla; para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez solo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad, y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional, dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del Derecho. La incorporación de la moralidad en el Derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis incorporacionista es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, puesto que el Derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestros textos

²² Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo, entonces no hay modo plausible de detener la invasión del Derecho por parte de la moralidad; en Orunesu, Perot, Rodríguez (2005).

²³ Para este segundo punto, véase el sugerente estudio de Atienza-Ruiz Manero (2001).

constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros tribunales recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. En Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. *Análisis lógico y Derecho* (pp. 303-328). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M.; Ruiz Manero, J. (2001). La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, (24) 115-130.

----- (2007): Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, (27) 7-28.

Bayón, J. C. (2002a). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En Zapatero, V. (comp.). *Horizontes de la filosofía del Derecho: homenaje a Luis García San Miguel* (vol. 2, pp. 33-54). Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá.

----- (2002b). Derecho, convencionalismo y controversia. En Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.) (pp. 57-92). *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.

Berlin, I. (1958). Two Concepts of Liberty. En Berlin, I. *Four Essays on Liberty* (pp. 118-172). Oxford: Oxford University Press.

Bulygin, E. (1982). Time and Validity. En Martino, A. (ed.). *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems* (pp. 65-82). Amsterdam: North Holland.

----- (2006): *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.

Campbell, Tom D. (1996). *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth.

Carrió, G. R. (1971). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

Coleman, J. L. (1982). Negative and Positive Positivism. *Journal of Legal Studies*, (11) 139-162.

----- (1998). Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, (4) 381-426.

----- (2001). *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

----- (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Endicott, Timothy A.O. (2003). Raz on Gaps - The Surprising Part. En Thomas Pogge T., Meyer, L., and Paulson S. (eds.) (pp. 99-117). *Rights, Culture, and the Law. Essays After Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press.

Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.

----- (2007). *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.

----- (2011a). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34) 15-53.

----- (2011b). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34) 311-362.

----- (2012). La scelta come fondamento ultimo della morale. *Teoria Politica*, 2 (2012), pendiente de publicación.

Ferrajoli, L.; Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.

Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5 ½ Myths'. *American Journal of Jurisprudence*, (46) 199- 226.

Gargarella, R. (2006). El nacimiento del constitucionalismo popular. *Revista de Libros*, 112 (abril), 15-18.

Guastini, R. (2006). Lo scetticismo interpretativo revisitato. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (36) 227-236.

Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.). Oxford: Oxford University Press.

Hierro, L. (2002). ¿Por qué ser positivista? *Doxa*, (25) 263-302.

Himma, Kenneth E. (1999). Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms. *Legal Theory*, (5) 415-434.

----- (2002). Inclusive Legal Positivism. En Coleman, J. L. y Shapiro, S. J. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 125-165). Oxford: Oxford University Press.

----- (2003). Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States. *Journal of Law and Society*, (42) 149-218.

----- (2005). Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism. *Law and Philosophy*, (24) 1-45.

----- (2009). Understanding the Relationship Between the US Constitution and the Conventional Rule of Recognition (pp. 95-121). En Adler, M. D. y Himma, K. E. (eds.). *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

Kelsen, H. (1931). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. de Brie, R. J. Madrid: Tecnos.

----- (1957). *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: California University Press.

Kerr, P. (1992). *A Philosophical Investigation*. London: Chatto & Windus. Traducida al castellano por M. Bach como *Una investigación filosófica* (Barcelona: Anagrama, 1996).

Kramer, L. (2004). *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press.

Kramer, M. (2000). How Moral Principles Can Enter into the Law. *Legal Theory*, (6) 103-107.

Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.

Leiter, B. (2001). Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. *Ethics*, (111) 278-301.

----- (2002). Law and Objectivity. En J. Coleman, S. Shapiro (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 969-989). Oxford: Oxford University Press.

Lyons, D. (1977). Principles, Positivism and Legal Theory. *Yale Law Journal*, (87) 415-436.

Marmor, A. (2002). Exclusive Legal Positivism. En Coleman, J. L. y Shapiro, S. J. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 104-124). Oxford: Oxford University Press.

----- (2011). *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press.

Moreso, J. J. (1997). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

----- (2004). Positivismo jurídico y aplicación del derecho. *Doxa*, (27) 45-62.

----- (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

----- (2010a). Tomates, hongos y significado jurídico. En Moreso J.J.; Prieto Sanchís, L.; Ferrer Beltrán, J. *Los desacuerdos en el Derecho* (pp. 15-48). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

----- (2011). Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34) 183-199.

----- (2012). La ciudadela de la moral en la corte de los juristas. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Pendiente de publicación.

Moreso, J. J.; Navarro, P. E. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, (16) 201-219.

Nino, C. S. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Orunesu, C.; Perot, P. y Rodríguez, J. L. (2005). Derecho, moral y positivismo. En Orunesu, C.; Perot, P.; Rodríguez J. L. *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales* (pp. 59-90). México: Fontamara.

Radin, M. (1920). The Lex Pompeia and the Poena Cullei. *The Journal of Roman Studies*, (10) 119-130.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Raz, Joseph (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.

----- (1994). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.

----- (2004). Incorporation by Law. *Legal Theory*, (10) 1-17.

Ross, A. (1958). *On Law and Justice*. London: Stevens and Sons.

Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.

Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità.

Shapiro, S. (1998). On Hart's Way Out. *Legal Theory*, (4) 469-508.

----- (2009). Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake? *Ratio Juris*, 22, 326-338; aju_428 326.338

----- (2011). *Legality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Soper, P. Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute. *Michigan Law Review*, (75) 511-542.

Troper, M. (2001). Une théorie réaliste de l'interprétation. En Olivier Jouanjan (ed.). *Dossier Théories réalistes du droit* (pp. 51-78). Strasbourg: PU de Strasbourg.

Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Vilajosana, J. M. (1998). Sobre recepción de normas. *Isonomia*, (8) 181-191.

Waluchow W. J. (1994). *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press.

Waldron, J. (2001). Normative (or Ethical) Positivism. En Coleman, J. (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (cap. 12). Oxford: Oxford University Press.

EPISTEMOLOGÍA DEL FILICIDIO: VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Beatriz Kalinsky

Antropóloga. Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Docente e investigadora de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

Recibido: noviembre 2013

Aceptado: diciembre 2013

SUMARIO

Introducción. Métodos. Resultados. Discusión. El uso jurídico-penal del concepto de “síndrome de la mujer golpeada” en casos de filicidio. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN

Se pretende discernir los fundamentos epistemológicos y la actuación social de dos conceptos ligados a situaciones de violencia: “filicidio” y “síndrome de la mujer golpeada”, utilizando como referente empírico una investigación de campo realizada en la provincia del Neuquén (Argentina), literatura científica y su aplicación en las sentencias judiciales. Si se acepta una ubicación de la mujer en lugares sociales de desventajas, atravesados por injerencias institucionales, políticas y estereotipos sociales, ambos conceptos no deben considerarse en forma causal. El de “síndrome de la mujer golpeada” no da cuenta del fenómeno del filicidio, aunque pueden estar asociados. El “síndrome de la mujer golpeada” deja intacto el estereotipo imperante de “buena-mala madre”. El filicidio debería ser tratado en forma independiente, ya que la “sociedad patriarcal” prohíbe matar a los hijos, manteniendo de esta forma una sola forma “correcta” de ser madre.

Palabras clave: epistemología, filicidio, violencia, mujeres, conceptos.

ABSTRACT

The aim is to discern the epistemological and social performance of two concepts linked to violence: "filicide" and "battered woman syndrome", using data of field research conducted in the Province of Neuquén (Argentina), literature scientific and its application in judicial decisions. If one accepts a location of women in social places disadvantages, crossed by interference institutional,

political and social stereotypes, both concepts should not be considered as causal. The "battered woman syndrome" does not account for the phenomenon of filicide, although they may be associated. The "battered woman syndrome" leaves intact the prevailing stereotype of "good-bad mother". The filicide should be treated independently as the "patriarchal society" prohibits killing children, thus keeping one "right" way to be a "good" mother.

Key words: epistemology, filicide, violence, women, concepts.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo queremos centrar nuestro interés en el análisis de dos conceptos que suelen estar reiteradamente presentes en los casos en que una madre ejerce violencia (letal o daños graves) sobre sus hijos, ya sea en el momento del nacimiento (neonaticidio) o hasta los cinco años aproximadamente (infanticidio). No hay arreglo en la comunidad científica sobre estos nombres. A veces el infanticidio se usa como sinónimo de neonaticidio.

El Código Penal argentino (2010) —sancionado originalmente en 1921— ha eliminado el tipo penal de "infanticidio" como homicidio de un recién nacido que estaba atenuado por diversas circunstancias (psicosis puerperal, depresión posparto) pretendiendo salvaguardar el honor de las madres (especialmente solteras). Fue derogado en 1995 y pasó a ser un "homicidio calificado por el vínculo", con una penalidad única de 25 años. El uso corriente de "filicidio" abarca a las dos situaciones (neonaticidio e infanticidio) e infanticidio referido a niños de hasta cinco años. En el 2010 hubo una sanción parcial (Cámara de Diputados de la Nación) de un proyecto que incorpora nuevamente el tipo penal de "infanticidio", bajo otros fundamentos. Como el proyecto de ley no se trató en tiempo y forma en la Cámara de Senadores, perdió su estado parlamentario.

MÉTODOS

Se usó la metodología habitual de la investigación socioantropológica, basada en la aplicación de técnicas cualitativas desde un enfoque etnográfico en profundidad. Para entender la complejidad de la realidad vivida por estas personas, la aproximación metodológica se hizo desde una perspectiva que permitiera comprender cómo estas mujeres acusadas y luego condenadas por el delito de filicidio construyeron significado alrededor del hecho acaecido.

Consideramos que la etnografía describe el foco esencial del sentido de ciertas situaciones humanas destinado a entender otros estilos de pensamiento y acción. Se trata de descripciones detalladas y afinadas del punto de vista de los participantes. La etnografía es

particularmente valiosa para entender experiencias colectivas de marginalización comprendida en términos generales, desarrollando un análisis estructural de experiencias individuales y desafiando lo que se toma por supuesto sobre determinados temas.

Se trabajó con entrevistas en profundidad y semiestructuradas con las propias mujeres, prestando en todos los casos su consentimiento informado y salvaguardando la confidencialidad y el anonimato. Asimismo, se hicieron entrevistas con los protagonistas más cercanos (familiares, amigos, maestros, empleadores, por ejemplo). También se trabajó a nivel institucional, en especial con médicos y enfermeras que atendieron en un primer momento a estas mujeres que sufrieron lastimaduras importantes y permanecieron internadas por la gravedad de su estado al momento de su ingreso.

La metodología utilizada no ha variado sustancialmente de la mencionada en la literatura científica en el tema que nos convoca (Calveiro, 2005; Carlson, 2000; Castex, 2008; Eastal, 2001; Girshick, 1999; Jasinski, 2004; Radoch, 2002; Torres Falcón, 2001). Como metodología diferente vale mencionar que se nos solicitó la elaboración de dos pericias antropológicas (Kalinsky, 2007), ambas de parte de la defensa, con el objeto de conocer si habría “factores socioculturales” involucrados en la comisión del delito de “filicidio”.

Esta fue una metodología novedosa en el campo de la investigación científica antropológica, sobre todo en lo que concierne a que se presentó como material de prueba judicial en ambos casos. En uno de ellos, se declaró en el juicio oral y público respondiendo preguntas de la defensa, de la fiscalía y de los jueces, ya que en Argentina se permite que pregunten los jueces de la cámara penal que darán sentencia (a diferencia de otros países, en donde el juez o los jueces solo coordinan el debate).

La experiencia fue inédita tanto para el acervo antropológico como para el jurídico-penal. Sirvió además de precedente para juicios en otros lugares y más tarde en el tiempo donde se exponía a juzgamiento este delito. El único límite que nos inhibió en la resolución del cuestionario que plantea cada pericia fue el extremo clima imperante, que nos impidió llegar con facilidad a los lugares de crianza y desarrollo de la vida cotidiana de estas mujeres, y, por ende, afectó el cumplimiento de los plazos establecidos. La antropología insiste todavía con los tiempos de una etapa que ya parece un tanto perimida, en tanto se la requiere en otros contextos y, especialmente, en ámbitos interdisciplinarios.

Es necesario tomar las precauciones necesarias para sopesar sobreactuaciones, silencios y negativas, exageraciones o

minimizaciones, ya que se debe tener presente todo el tiempo que los entrevistados deben poder “salvar la situación” aun a costa de los hechos ocurridos y de la verdad. La insistencia que puede ser viable en otras situaciones, volver a preguntar en otras palabras o demás formas que se tienen usualmente para mejorar la confianza de los registros debiera evitarse en estos tipos de interlocución en donde el sufrimiento, por donde sea que aparezca, está a flor de piel (Hastrup, 2004; Terrance, Plumm y Little, 2008).

La veracidad de las respuestas no tiene forma de ser evaluada; aparecidas desde lo más íntimo de una historia de vida personal y familiar, teñidas de las pasiones e intereses propios, intentando enmarcarse dentro de un rango de certeza por parte del investigador, cada uno esgrime las razones que cree o desea creer para dar cuenta de lo sucedido (Kalinsky, 2002; Luhrmann, 2006). En este sentido, es imperativo contar con las narrativas de la mayor cantidad posible de protagonistas, directos o no (Bosworth y Carrabine, 2001). Este recaudo, siempre que sea posible, evita sesgos marcados por los intereses individuales que tiene en forma diferencial cada participante (De Hann y Vos, 2003).

Como base empírica secundaria utilizamos los registros etnográficos, pericias y pruebas generadas durante el período de instrucción de las causas, así como las sentencias condenatorias a la que se arribó de 10 casos que se han producido en la provincia del Neuquén, Argentina, entre 2000 y 2010, con todas las autorizaciones requeridas por los organismos intervinientes tanto del Poder Judicial de la provincia como de la Dirección de Unidades de Detención. Accedimos a las diversas etapas de los procesos judiciales y penitenciarios, logrando cubrir el período de instrucción, el juicio oral y público, la lectura del expediente y la sentencia, así como parte de la ejecución de la pena.

Es importante la consideración epistemológica de algunos de los núcleos conceptuales que se utilizan para examinar esta particular forma de violencia interpersonal, así como los vaivenes semánticos que se han puesto en circulación tanto en un lenguaje de sentido común como en el técnico-jurídico, que se entrelazan y se dan una mutua legitimidad.

En primer lugar, en los casos que hemos analizado desde una perspectiva interdisciplinaria, y de acuerdo a la literatura científica existente, parece haber poca duda de que en la actualidad el filicidio acontece, en un número importante de casos, en ambientes de violencia doméstica. Este último fenómeno empieza a ser reconocido hace no más de dos décadas desde la psiquiatría y la psicología psicodinámica (Husain y Daniel, 1984; Kaplun y Reich, 1976), y ha sido incorporado como prueba en las cortes judiciales argentinas desde hace aún menos tiempo. Uno de los conceptos que tomaremos en cuenta será entonces el del “síndrome de la mujer golpeada”.

Las mujeres que cometen violencia (a veces) letal sobre sus hijos tienen una biografía donde esta ha sido una forma aprendida de encarar la vida que luego es, a veces, replicada en la etapa de jóvenes adultas, en la época en que tienen sus propios hijos (Alder y Polk, 2001; Easteal, 2001; Korbin, 2003; Leonar, 2001; Nobes y Smith, 2000; Radoch, 2002). Las mujeres que ejercen una violencia letal sobre sus hijos deben sobrellevar una impugnación pública que las ubica en un lugar de “muerte social” que va más allá de la condena judicial recibida. Esto parece deberse a un mandato imperante acerca de las connotaciones que recibe el rol materno que se asocian con el de una “buena madre”, que implica estar despojada de todo sentimiento de egoísmo para poder proteger adecuadamente la vida de los hijos, ser sumisa, humilde, generosa, asexuada, ama de casa, solícita y tolerante, entre otras cualidades.

Ellas parecen haber fracasado en el cumplimiento de algunos o todos los requisitos que la sociedad impone; al caer en su contraparte, siendo una “mala madre”, se desencadena una percepción, evaluación y reclamo sobre una relación que se supone estática y lineal entre el delito cometido y un supuesto fracaso individual para cumplimentar esta función. La amonestación recae solo en ella como si fuera alguien que está y vive en el mundo sin conexiones familiares ni sociales (Weston Henríquez y Manatu-Rupert, 2001).

Además, tanto el concepto de “síndrome de la mujer golpeada” como el de “mala madre” están atravesados por restricciones de género; de esta forma estas mujeres en la situación particular que deben enfrentar están en una posición de mayor vulnerabilidad en cuanto a sus posibilidades de lidiar con estas limitaciones o, en el mejor de los casos, de resistirlas (Bosworth y Carrabine, 2001).

El control social ejercido a través de un poder del que ellas no son, al menos voluntariamente, participantes activas las abandona a un lugar social complejo en el que se mezclan connotaciones contrapuestas: una idea vaga de que ellas pueden haber sido también víctimas, que luego se convirtieron en victimarias junto a una “maldad inherente” de su esfera moral. Los vaivenes que estas diferentes connotaciones sufren en los discursos políticos e institucionales las hace aparecer alternativamente como personas que merecen un trato digno y “humanitario” o bien como cercanas a una suerte de “antihumanidad”, por “degeneración” de lo que deberían ser las cualidades “naturales” de la maternidad, social e históricamente aceptadas como “correctas”.

Por su lado, las mujeres con quienes hemos trabajado en nuestra investigación parecen asumir que, por el delito cometido, son portadoras de algún rasgo que las hace “distintas” pero en algún sentido positivo: “haber actuado a favor de sus hijos” para evitar dejarlos con el hombre golpeador una vez que ellas ya no pudieron

soportar el maltrato, tanto físico como psicológico. O, “saber que sus hijos no podían estar en este mundo y que ahora están tranquilos y quizá más felices”; dado que el contexto en que ellas estaban en aquel momento les impedía cumplir con los requisitos de una madre “admisibles”, produciendo lo que suele llamarse un “homicidio por amor o altruista” (Sobol, 1997). O “haber logrado terminar con el sufrimiento de sus hijos, un deber que debieron cumplir”; o aquellas que intentaron suicidarse para “llevarse a sus hijos con ellas a un lugar siempre más feliz”.

Se podría considerar a estas narrativas como formas de negar la tragedia cometida, con connotaciones anexadas que no mencionan: haber privado de la vida a otro ser humano que ellas mismas engendraron, negarles una autonomía existencial, arrogarse un derecho sobre lo que consideraron una propiedad antes que una vida humana. Si las condiciones de existencia de estas mujeres hacen que sus impulsos se dirijan a eliminar a sus hijos, como quiera que se los represente —una sucesión generacional que no pueden tolerar, una venganza hacia un hombre, padre o marido abusador, un espejo que espanta en el mero acercamiento, amores frustrados, una vida desencajada de cualquier tiempo de placer o disfrute—, tienen que analizarse las mediatizaciones entre sus percepciones y acciones, el contexto de abuso en que puedan haber vivido, sus formas primeras de socialización —seguramente dentro de principios patriarcales— pero también las actuaciones sociales que han tenido para darle algún sentido propio y único a su vida y a la de cada uno de sus hijos (Calveiro, 2005; Messing y Heeren, 2004).

RESULTADOS

Los conceptos no explican, describen

Creemos que debemos atender al texto, tanto en los aspectos literales como metafóricos, con el fin de relacionar lo que ellas tienen que decir de sí mismas y lo que se puede construir dialógicamente, pretendiendo ver cómo funcionan los conceptos a los que hemos aludido y que se refieren de una forma interesada a fenómenos sociales como la violencia, el control social y la generosidad ideológica concedida a la maternidad.

Dado que los conceptos son parte de la construcción de las realidades, aun a pesar de sus limitaciones epistemológicas, podemos suponer que, como ellas han sido socializadas dentro de este entramado conceptual que refiere a los rasgos permitidos y prohibidos para ser una madre, no tienen otra salida que argumentar en el sentido de “salvación” si han de sobrevivir al entorno violento sin su hijo. O bien culparse, también como forma de continuar de alguna forma con sus vidas, para emprender un camino de eventual “redención”. En cualquiera de los dos casos,

que hicieron una buena acción o que cometieron un delito, es esperable que hayan asumido el estereotipo de lo que significa ser una “buena madre” y por ende que juzgan sus conductas desde este patrón de comportamiento y no de otro. En algún punto, entonces, van a coincidir con los discursos públicos e institucionales acerca de la valoración moral de lo que han hecho.

Si la restricción fue el signo bajo el cual actuaron, la pluralidad y ampliación de opciones puede llegar a ser una cláusula que les permita no abdicar de su condición de madre, tal vez arrepentirse, reasumir la condición de madre de sus hijos sobrevivientes, e incluirse como portadoras de un entramado social que han compartido y aún lo hacen, pero del que pueden despegarse y desplegar sobre él una mirada crítica (De Hann y Vos, 2003) y un lugar moral propio.

Un concepto intenta dar visibilidad a alguna situación, le da un nombre y por lo tanto permite que su existencia sea reconocida, analizada y evaluada. Desde ya, los conceptos devienen de un entramado teórico e ideológico que les da un sentido específico con el que se pretende que se usen. Sin embargo, es usual que se entienda que ese concepto “explica” determinada realidad cuando solo intenta describirla desde cierta mirada.

Al asumir la existencia de un fenómeno individual, relacional o social, se lo hace desde una perspectiva en particular, dejando de lado las otras posibles que podrán surgir desde otros puntos de vista. Este proceso de construcción de conceptos hace que también las descripciones de lo que se pretende dar a conocer estén limitadas en la capacidad que tenga el concepto en cuestión para dar cuenta de la existencia del fenómeno. Las relaciones entre el fenómeno y el concepto que lo describe están mediatizadas, entonces, por la teoría, los principios ideológicos y morales, así como por los eventuales usos que se vayan dando a medida que ese concepto entra en la corriente de pensamiento, ya sea el científico o el saber social, en términos generales.

Queda dicho, entonces, que no podemos explicar, dar razones o comprender un fenómeno cualquiera, como en este caso el filicidio o los efectos de la violencia doméstica sobre las mujeres, solo a través de un concepto o aun de un conjunto de conceptos. Esta es una primera cuestión epistemológica a tener en cuenta. Sin duda que describir algo y darle un nombre propio implica una tarea de por sí compleja y mucho más el ponerlo vigente.

Por su parte, el concepto de “síndrome de la mujer golpeada” tuvo que sortear más de un obstáculo para que pudiera aceptarse como una descripción de una determinada relación que sobrellevan algunas mujeres con sus parejas sentimentales, y en menos casos algunos hombres. Aparece desde los movimientos feministas con el

fin de aludir a sufrimientos extremos y crónicos de las mujeres generados desde sus parejas sentimentales que devienen, en ciertos casos, en crímenes cometidos generalmente contra sus maridos o sus hijos después de una larga y dolorosa cadena de violencia física y emocional. En Canadá recién empieza a usarse en la década de los noventa (Frigon, 2003; Girshick, 1999; Hirigoyen, 2000).

Se incluyen dos ejes principales: la aparición cíclica de la violencia y la incapacidad de la mujer de salir de ese ámbito, hasta el momento en que se sustrae, yéndose o, al contrario, tomando medidas extremas. Los síntomas usualmente citados son: desamparo aprendido, “flashbacks”, depresión, problemas para dormir y comer, respuestas exageradas, hipervigilancia, aislamiento e inhabilidad para conocer en quién confiar, que limitan las percepciones de la mujer con relación a las opciones; pérdida de la creencia en que uno puede predecir ciertas respuestas que resultarán sanas o de salvación. Esto no significa que la mujer sea débil o pasiva, pero sí que se le estrecha el rango de respuestas sobre aquellas que pueden predecir o crear resultados exitosos (Boudreaux, Lord y Jarvis, 2001; Brommer, 1997; Bugental y Shennum, 2002).

Hay grados y calidades del “síndrome de la mujer golpeada” en situaciones particulares. Por de pronto, esta configuración violenta, a pesar de que se desarrollaría exclusivamente en el ámbito familiar, donde la autoridad es ejercida por el golpeador, recibe una contribución importante desde su entorno inmediato (familia, amigos, vecinos, comunidades pequeñas), que por omisión la perpetúan.

Este concepto emprendió una nueva línea de razonamiento que se asoció a la violencia conyugal y familiar con crímenes cometidos por las mujeres, en especial contra el marido o la pareja sentimental. Se trata de una denuncia sobre el trato que reciben las mujeres bajo los poderes de una sociedad patriarcal, donde ellas han nacido, han sido criadas y criarán a sus propios hijos (Michalski, 2004; Scott, 2001). Se propone una perspectiva más desapegada de los mandatos tradicionales para tratar de convertirse en un movimiento social de liberación femenina individual y colectiva, sobre todo de la sumisión y esquematización, donde sigue estando la mujer como participante de una sociedad que la ha relegado a planos secundarios (Amorós, 1998; Millet, 1995). Esto sigue siendo así; las mujeres son víctimas de una cantidad inmensa de delitos, opresión y esclavitud.

El lado opaco de los conceptos

En la línea de este artículo tendremos que apreciar que el concepto de “sociedad patriarcal” se ha usado como una demarcación que si

bien ahonda en un entramado social donde la sobreentendida, pero tergiversada, debilidad de la mujer ha sido el signo de las relaciones sociales establecidas entre ellas y los hombres, no da cuenta de espacios culturales intermedios. Pueden poner en práctica formas colectivas (grupos de apoyo, denuncia, búsquedas de alianzas) que, en general, son de corto plazo y logran cambiar para ellas y sus hijas; o, por el contrario, aceptan ese lugar con cierto “orgullo” de ser mujeres porque es la forma en que se criaron y deberán criar a sus hijas (por ejemplo, en lo que se refiere a la práctica de la infibulación). Ambos casos, puestos en los extremos de un largo y matizado menú de alternativas, muestran que ni la aceptación “ingenua” ni el rechazo activo del papel socialmente asignado a la mujer pueden ser descritos solo mediante el concepto de “sociedad patriarcal” (Hollan, 2000).

Tratar de especificar un estado de cosas mediante un concepto o un conjunto de conceptos es solo un principio de lo que tendría que devenir, con evidencia empírica y en la retención teórica, la pluralidad de situaciones que ese solo concepto no puede llegar a englobar; por ende, la descripción tampoco es completa.

De hecho, el filicidio se comete en el ámbito doméstico, casi siempre en manos de las madres y con formas extremas de crueldad (Torres Falcón, 2001). Si el contexto social impide y sanciona estas acciones, si la mujer filicida tiene algún registro de lo que ha hecho —más allá de la pérdida de memoria de los acontecimientos, que es factible como mecanismo de defensa y seguridad psíquicas—, no es en su totalidad la sociedad “patriarcal” la que la empuja a descuidar o matar a sus hijos; por el contrario, se lo prohíbe.

Asimismo, se ha acuñado el concepto de “síndrome de Estocolmo doméstico” (Montero, 1999), que muestra un contexto paradójico en donde la mujer asume como legítimas las recriminaciones sobre su “maldad” como mujer y como madre. Podría, en consecuencia, plantearse una hipótesis según la cual al hacer propios los términos del acosador en una situación general de estrés abriría el camino para abusar ella misma de sus hijos con alguna justificación que no le es del todo clara: criarlos en forma “derecha”, llevarlos por el buen camino, disciplinarlos, darles coraje para enfrentar al mundo, todos argumentos masculinos que se aceptan sin capacidad de crítica, generados de una fuente subsidiaria de violencia y que se expresan al momento de golpear o matar a un hijo. La abusada se convierte en abusadora “con derecho a serlo”, debido a que se transfiere esta propiedad desde quien es su “dueño”, convirtiéndose ella misma en “dueña” de la vida de sus hijos, remedando a la actitud de su pareja acosadora (Marshall, 2001).

Si el escenario del castigo de los hijos se acerca a lo dicho, cabría pensar en una masculinización del lugar de la mujer —tomar para

sí la propiedad de los hijos, quedando en segundo plano la percepción de ella misma como una persona sometida, casi sin márgenes para actuar a favor de la supervivencia de los hijos y con escasa creatividad para imaginarlos y concretarlos.

En uno de los casos estudiados durante nuestra experiencia de campo, donde un niño muere por maltratos reiterados de parte del padrastro, las fotos de la autopsia no solo iluminan los tormentos por los que muere, sino que expresan, sobre todo, una certificación de que la violencia terminó solo cuando hubo un cadáver en la mesa de autopsia; las fotos de ese niño muerto dicen que no fue algo que ya pasó sino que lo que pasó hizo que él tuviera que estar en esas fotos.

Nadie puede objetar ni poner en duda lo que ha quedado marcado en esas fotos (Barthes, 1994). Por esto mismo, la madre pudo haber estado en una situación donde no tuvo opciones al alcance, tampoco quizá el valor de dar su vida por la del hijo, o ni siquiera fue su obligación hacerlo; tal vez simplemente dejó hacer hasta alcanzar un final que a lo mejor no pudo imaginar. Pero, cuesta creer que, en este preciso caso, ella no se haya dado cuenta de lo que pasaba, o del sufrimiento de su hijo. Estas situaciones suceden no solo porque hay un violento y un sometido, sino que se conjugan otros factores que no pueden ser elucidados con los conceptos que tenemos, por ahora, a mano. De hecho, no se trata de homicidios generados por algún papel activo de la víctima; al contrario, esta última parece ser un objeto “deseado”, que se tiene a la mano y cuya muerte nos habla de la madre pero, antes, del entorno social.

La intención de retener bajo el concepto de “síndrome de la mujer golpeada” un monto de ansiedad acumulativo, de hipervigilancia ante la inminencia de un peligro (real) y de desasosiego por el futuro propio y de los hijos queda sumida, en la mayor parte de las pericias que se realizan en estos casos, en una “normalidad” jurídica que no se condice con el estado emocional de estas mujeres al momento de ser evaluadas. De hecho, se considera, con reservas, al “síndrome de la mujer golpeada” una entidad nosológica por derecho propio. Parece que tiene que ir acompañada de otros elementos diagnósticos para que alguien salga de los cánones “normales” del comportamiento socialmente aceptado respecto de los hijos. En consecuencia, no basta con probar que ha habido violencia anterior al escenario que ahora se juzga. Hay que mostrar la entereza moral de la madre para enfrentar este caos emocional y vincular; y si se estima, por las pruebas copiadas en el expediente judicial, que no se la ha tenido, entonces sobreviene el estigma de la “desviación”.

Como la desviación del comportamiento maternal o las condiciones estructurales no se asociaban con la violencia doméstica hasta hace poco tiempo, sino más bien con una impronta personal de la mujer, las pericias todavía no suelen identificar factores que puedan haber

perturbado en forma inusitada su comportamiento. En tal sentido, las pruebas de esta índole debieran ser secuenciales y retrospectivas para registrar el proceso y no solo el resultado final. El hecho de que se lleven a cabo cuando ellas casi no se dan cuenta de lo que hicieron o dejaron de hacer pone un límite a la capacidad de evaluación de las pruebas psicológicas y psiquiátricas, ya que solo alumbran un primer momento de emociones confusas donde a veces prima la tranquilidad por saberse libre de peligros, ellas o sus hijos.

A la vez, debemos aceptar que con el uso que actualmente se hace del concepto de “síndrome de la mujer golpeada” no alcanzamos a vislumbrar las razones que pudieron haber llegado a tener estas mujeres para matar o lesionar gravemente a sus hijos (Simonnot, 2002). La disonancia se acrecienta cuando esa misma mujer es una madre exitosa con otros hijos. Las explicaciones han sido múltiples: desde que cada hijo tiene una historia particular en la trayectoria de vida de la madre, que nace de un entramado existencial exclusivo y no compartido con los demás hermanos, hasta el hecho de que a veces es amenazada por el compañero sentimental, en medio de un marco de violencia, por el que debe sacrificar a su hijo para salvar la vida de los demás o la suya o de todos ellos.

En la actualidad se considera que el homicidio es un fenómeno dinámico y multifacético que amerita un conjunto de razones que llevan a este tipo de actuaciones sociales (Sobol, 1997), y que, además, quien lo comete puede no tener razones claras sino encontrarlas después de haber cometido el homicidio (Sutton, 1996). Hay un débil y parcial acuerdo en que una mujer mata cuando no puede escapar al dominio y la vigilancia de la figura masculina, ya sea su marido, pareja sentimental o cualquier otra persona que imponga las características de sumisión y humillación a la que se la somete. Ni siquiera puede alcanzar con irse de la casa; al revés, parece ser que las órdenes de restricción donde el hombre queda excluido de la casa provocan mayor violencia que si pudiera seguir en ella. Muchas mujeres han sido asesinadas después de que algún juez expidió la orden de distanciamiento del hogar y la prohibición de acercarse a la mujer o a sus hijos (Merry, 2001). En nuestros casos de estudio, dos mujeres fueron asesinadas en estas circunstancias.

DISCUSIÓN

Recaudos epistemológicos

Una primera advertencia epistemológica es la de no sobrecargar un concepto con capacidades que no tiene. Si bien el concepto de “síndrome de la mujer golpeada” se enlaza con la teoría feminista y una perspectiva de género, al querer sustentar una justificación

frente al homicidio cometido por una mujer contra su abusador y, en forma secundaria, contra sus hijos (Lima Malvido, 1998), mantiene el postulado de que hay una forma correcta de ser madre, sin lograr un cambio de la percepción social sobre un mandato que es cultural y por tanto construido. Por debajo del concepto de “síndrome de mujer golpeada” sobrevive una instancia que debe ser también removida de la simbología de una sociedad eminentemente masculina.

Si bien ha dejado de tener cierta vigencia la existencia de un “instinto maternal” y se tiende a considerar el vínculo madre-hijo mediatizado por pautas culturales, queda un resto que descansa en una supuesta “naturaleza” de la mujer que es capaz de engendrar y promover la continuidad de la especie (Enos, 2001, para una crítica). Desde esta plataforma, no hay recurso que pueda amortiguar la insatisfacción social que se desencadena cada vez que se suceden hechos referidos al filicidio. El espanto social que causa, la dimensión del castigo que se pretende, la sanción moral a la que se la somete devela que el estereotipo de una “buena madre” aún persiste como algo que está inscrito en la “naturaleza” de la mujer (Messingy Heeren, 2004).

Un segundo recaudo epistemológico consistiría en aceptar que si bien el “síndrome de la mujer golpeada” puede ser considerado un concepto crítico que intenta desalojar a las mujeres de una posición de silencio, no evita, de alguna forma, que sea una continuación de un modelo patriarcal, aun con formas activas de resistencia femenina que puede llevar, a veces, a matar a los hijos. Los esfuerzos por darle un giro a esta cuestión se ven limitados no solo por el uso que de él hacen los hombres en general y los juzgadores en particular cuando deben dar sentencia, sino por las mismas mujeres que no pueden desidentificarse de una socialización primaria apegada a patrones culturales que asumen como propios, convenientes y protectores.

Eso es lo que se les ha enseñado, lo que han puesto en práctica y lo que han creído que era beneficioso para ella y sus hijos. Al ver que el escenario se les ha vuelto en contra, deben responsabilizarse de lo hecho sin que tengan la posibilidad de poner en cuestión el modelo cultural.

El grito de denuncia que podría descentrar el papel individual de las mujeres en estas situaciones extremas no se alcanza solo mediante el conjunto de factores que se resumen en el concepto de “síndrome de la mujer golpeada”. No solo por su contenido sino por los diferentes usos en los que ha ido derivando con el correr del todavía poco tiempo que tiene su vigencia.

Un tercer recaudo epistemológico tiene que ver con que, en situaciones parecidas, no todas las mujeres actúan de la misma

forma o aceptan / rechazan situaciones utilizando los mismos recursos. La aplicación de dicho concepto a una variedad de matices que caracterizan la violencia familiar y conyugal impide ver las diferencias al interior de esas situaciones y sus relaciones con el entorno más cercano y más lejano que le dan sentidos diferentes a la violencia, el dolor y la muerte. El significado de la vida de los hijos se ve homogeneizado por una aplicación monótona y uniforme del concepto a realidades que por parecidas no son iguales; esta disimilitud encorsetada bajo un mismo concepto refuerza el silencio de la narrativización del sufrimiento que las mujeres pueden hacer de sus experiencias (Peacock y Holland, 1993).

Las argumentaciones que esgrimen frente a la violencia letal o severa sobre sus hijos tienen una importante variedad de fundamentos que si bien no soslayan la violencia como una forma de comunicación instaurada en un grupo familiar y en el contexto local, quedan integradas a versiones que se alejan de algunas de las características de dicho síndrome. Los relatos y versiones que dan estas mujeres pueden realzar todas las acciones positivas que se hicieron para salvar la vida de ese hijo, o hacerlo lo más feliz posible dentro de las condiciones imperantes, o de haber querido ser una buena madre a pesar de las circunstancias donde la falla se produce por acontecimientos ajenos a sus intenciones (“me lo mataron”). Hace entonces que desde un plano subjetivo- relacional el concepto no pueda ajustarse del todo a los términos que ellas ponen, en especial en los casos donde la madre jugó un papel secundario en la muerte de su hijo, en el sentido de que no hizo nada para evitar la violencia desatada, por parte, por ejemplo, de sus eventuales parejas sentimentales, que no son los padres biológicos de sus hijos.

Apoyarse solo en las narrativas de las mujeres o, al contrario, solo en el concepto, sin probar puentes —de conciliación o de rechazo— entre unos y otros, hace que el propio concepto deje de describir lo que intenta en los fundamentos de su formulación, dejando de lado, por ejemplo, el sentido contextual, institucional o idiosincrático que puede llegar a tener el ser una “madre” (buena o mala).

Buena parte de las mujeres que son víctimas de la violencia doméstica tienen historias previas de abuso infantil (Enos, 2001); de esta forma han aprendido a aguantar y no decir, porque de niñas callarse quizá fuera la única forma de sobrevivir. El silencio es uno de los peores enemigos para salvar este estado de las cosas; pero es inconcebible para ellas plantear sus problemas frente a la familia, que fue la que de alguna forma la puso en una ubicación de presa fácil para la violencia en su vida adulta, y le enseñó que ser ignorada por instituciones del Estado que generalmente descreen del peligro que ellas, en forma correcta, perciben, es una situación a la que se deben adaptar.

Algunas no pueden distinguir entre el ser víctimas de violencia conyugal y haberlo sido también de su familia biológica o adoptiva; otras sí logran distinguir entre ambos aspectos de la violencia a la que fueron sometidas de niñas y ahora en la vida adulta, asumiendo la responsabilidad que les cabe al tener sus propios hijos. Se ocupan de ellos, los quieren, les dan la mejor vida que tienen a su alcance, y establecen con ellos vínculos afectivos fuertes y confiables. Tratan de cuidarlos de la violencia masculina, por ejemplo, evitando que presencien las peleas plagadas de gritos, golpes, llantos, sangre, intrusión de policías en la casa, eventual cárcel del golpeador y su vuelta al hogar en un clima aún más enrarecido y atemorizante.

Es difícil mantener cierta estabilidad funcional de una familia en donde la violencia constituye uno de los ejes de la convivencia; se logra en algunos períodos pero en otros se presencia el derrumbe de los esfuerzos hechos; a pesar de todo, suelen mantener la esperanza de que las cosas mejorarán, aun cuando sus fuertes percepciones sobre que alguien saldrá muy lastimado o muerto están siempre presentes.

La ambivalencia de estas condiciones hace que las mujeres incorporen a sus hijos en los vaivenes de sus emociones, entre la esperanza y la desilusión, entre el atento cuidado hacia ellos y el desentendimiento progresivo o repentino. Las actividades de la familia empiezan a desorganizarse, no se cumplen tareas ni horarios, el papel de la madre queda desdibujado porque ella es la que sale a trabajar, mientras la pareja, generalmente alcoholizada, queda a cargo del cuidado doméstico. Los niños empiezan a sentir que las cosas no andan bien, pero es lo único que tienen y desean retener ese algo parecido a lo que creen que es una familia como el único elemento al alcance de supervivencia individual, hasta que, sin nadie saberlo, puede llegar a acontecer lo más temido: ser víctimas de la propia madre, de aquella figura en que se confió en forma ilimitada.

De este modo, el filicidio suele ser el sucesor de un estado continuo de violencia familiar. Sin embargo, como venimos insistiendo, la asociación y sucesión de acontecimientos no es obligatoria, y por ende no puede considerarse un factor causal, y aún menos, el único posible. Estos estresores de la vida cotidiana, de distinta intensidad y validez en la vida de una mujer, están asociados pero se desconoce, por el momento, las formas que interactúan en cada caso en particular (Marshall, 2001).

El abuso de la madre incluso puede ser independiente de la violencia ejercida contra ella. Mujeres que aparentan tener una vida matrimonial sin violencia y haber tenido una infancia sin relaciones abusivas, pueden, de alguna forma, transformarse en acosadoras de sus propios hijos (Montero Gómez, 2001; Terrance, Plumm y

Little, 2008). Los niños suelen morir en manos de sus madres dentro del ámbito familiar, de formas mucho más violentas y dolorosas que por parte de otro miembro de la familia, como por ejemplo, el padre. (Sanmartín, 1999).

Los filicidios alcanzan niveles no creíbles de horror frente a un bebé recién nacido que no tiene ninguna capacidad de defensa, salvo esa determinación por vivir que hace especialmente difícil matarlos. Más allá de los mandatos culturales, frente a la presencia real de un hijo se desencadena un torrente incontrolable de emociones y acciones inhibidas hasta entonces, que pudieron haber dado una falsa impresión de su deseo de maternidad. No solo se trata de un estado transitorio como la psicosis o depresión puerperales, o un sustrato latente de disturbio emocional (Castex, 2008; Carlson, 2000); la firmeza de las convicciones de no poder sostener emocionalmente a un hijo se encamina a su eliminación física.

En este sentido, la libre decisión de tener o no hijos no parece haber estado a su alcance, convirtiendo esa muerte en una expresión de su no-deseo; el impulso por deshacerse de algo no querido la lleva a desubicarse / equivocarse moralmente en referencia a los valores sociales, comunitarios y familiares declamados, cayéndole todo el peso de la ley (Kalinsky y Cañete, 2010).

EL USO JURÍDICO-PENAL DEL CONCEPTO DE “SÍNDROME DE LA MUJER GOLPEADA” EN CASOS DE FILICIDIO

El uso del concepto de “síndrome de la mujer golpeada” es escaso todavía como argumento o prueba judicial en los juicios penales, ya sea sobre la muerte del marido a manos de su esposa y/o sobre casos de filicidio. Las preguntas más frecuentes son “por qué lo hizo” o “por qué no se fue”. Los juzgadores no alcanzan a entender el nivel de tensión que causa la violencia doméstica, por un lado. Del otro, consideran que se trata de un concepto vago, sin densidad ponderable a la hora de considerar factores atenuantes. En nuestra experiencia de campo, si se lo acepta como “prueba”, no actúa como un elemento decisivo frente a la responsabilidad penal (disminuida o exención).

Ocurre que el concepto mismo generó su propio estereotipo: tienen que tener enfrente a una “víctima perfecta”, y aquella mujer que no encaja con los parámetros que se esperan de alguien que se le acuse de haber matado a los hijos no puede ser considerada como posible candidata a la atenuación de la pena.

El estereotipo de una mujer golpeada está ideológicamente marcado por la masculinidad de quienes juzgan, aun cuando puedan ser mujeres quienes compongan el tribunal de juicio. No es concebible que una madre no pueda intervenir para salvar la vida de su propio hijo, y tampoco que no pueda escapar del terror

impuesto por la violencia doméstica. Si en un principio la mujer se resistió a la violencia, golpeó al golpeador, intentó irse sin éxito, entonces tuvo oportunidades y las desaprovechó. Si luego, ya entre rejas, muestra una conducta poco recatada, entonces se la asimila con alguien incapaz de sentir culpa o arrepentimiento (psicopatía o comportamiento asocial), en vez de recurrir, por ejemplo, a las teorías actuales sobre las pautas sociales e individuales de la expresión de emociones extremas (Beneyto Arrojo, 2002; De Hann, 2002; Derné, 1992; Peacock y Holland, 1993).

Una consideración que no está de más aclarar es que las estrategias de los defensores tratan de obviar sus declaraciones, con lo que no puede oírse su voz, su narración sobre lo que ha ocurrido, bloqueándose un camino clave en la dilucidación del caso en particular. “Hablan” a través de las pericias, y entonces su voz queda tamizada por el “poder psi” (psicológico/psiquiátrico) (Frigon, 2003). De hecho, en nuestra experiencia de campo, solo en un caso la imputada declaró, haciendo caso omiso de las sugerencias del defensor, aunque no pareció generar ninguna impresión visible en sus juzgadores.

En otro de los juicios al que asistimos se dijo que si la imputada había sido una mujer independiente, trabajadora y con sustento económico propio, no era posible que no hubiera podido sortear la violencia de su pareja. En otro caso, con argumentos similares si no aún más pobres, el fiscal actuante “tradujo” la conclusión de un perito acerca de que la imputada había entablado una “relación utilitaria” con la pareja, diciendo que la mujer se había establecido con su pareja por razones de “comodidad”, esto es, “hacerse una señora de la casa”; a pesar de las reiteradas consideraciones de la defensora alegando que ella era la única que trabajaba del grupo familiar, el fiscal sigue entendiendo que la “comodidad” surgía más que nada de ser “la señora de...”.

Un tercer argumento que se oyó en otro juicio fue que la pareja la había “salvado” de la prostitución que ejercía y que, si había tenido esa actividad, “muy bien” podría haber escapado a la violencia y defendido a su hijo (Terradas Saborit, 2002, para una crítica).

Impera, entonces, un desprecio respecto de estas actuaciones de mujeres que han tenido, según las expectativas sociales, un pasado poco “limpio” para haber caído en semejantes situaciones. Se da por descontado que toda mujer debe “saber” en qué consiste proteger a un niño, aun cuando sea una cuestión de experiencia y deseos que deben ponerse en marcha en el momento justo.

En otro juicio, el tribunal, cansado por muchas horas de testimonios, implementó un receso de dos días en las audiencias. Nos preguntábamos si la mujer, ahora condenada, hubiera tenido la oportunidad o la autoridad para dictaminar en su vida un receso

de algunas horas, con el fin pensar sobre lo que estaba pasando con ella y su familia. Aunque las situaciones no son comparables, queremos enfatizar la cuestión de que las decisiones para analizar y poner en práctica un control sobre una situación fatigosa pueden tomarse con cierta autoridad cuando hay un margen de oportunidad. La consecución de los maltratos, mayores o menores, más o menos violentos, de mayor o menor dolor, de silencio o griterío, empaña los rasgos de peligro y extenuación física y emocional de todas las partes involucradas. No podemos descontar que el acosador es también, y a pesar de todo, alguien que sufre —aunque sea por sí mismo— y que tiene, quizá escondido, un registro moral de sus actos.

Nada de esto puede decirse en los juicios penales. Se busca una víctima “ideal”, y que en estos casos no se pudo encontrar. Las mujeres que estuvieron sentadas en el banquillo de los acusados sí llevaron a cabo acciones en favor de sus hijos: una de ellas lo llevó a control a las guardias del hospital sin que los pediatras registrasen signos de violencia sobre el niño, atendiendo estrictamente a los relatos mentirosos de la madre. El solo hecho de haberlo llevado, aunque fuera bajo excusas ingenuas, pudo haber alertado a tiempo. Tampoco provocó ninguna reacción de parte del jurado.

En otro caso, la madre era muy cuidadosa con sus hijos, respecto de su salud, alimentación y el afecto que les daba. Si bien nunca hizo una denuncia por los golpes recibidos de su marido, era un secreto a voces de su entorno más próximo. La abuela de los niños nos dijo que algo estaba “intuyendo” pero que dejó la conversación para “más adelante.” En un tercer caso, fue la abuela de la criatura recién nacida que mataron la que acusó directamente a su hija durante el juicio (a pesar de que constitucionalmente no estaba obligada a declarar en su contra por el vínculo que las une), refiriéndose a su nieta como “la cosa” que llevaron al hospital envuelta en una bolsa de basura.

Si en las pruebas judiciales figura algo que no parece encajar con una mujer que estuvo sometida desde un principio hasta el final, sin posibilidad alguna de pedir auxilio, sin que nadie, en principio, se haya dado cuenta de nada, sin que se tuviera siquiera el mínimo gesto de pedido de auxilio, entonces ya no es meritoria de ser considerada “golpeada”, mucho menos si ha ejercido violencia contra sus hijos. Al no tenerse seriamente en cuenta las condiciones específicas del caso, las historias de vida, los vínculos que ellas mismas tuvieron con sus madres, o los eventuales abusos en la infancia o adolescencia, se está negando no solo buena parte del conocimiento científico acumulado hasta ahora, sino la posibilidad de una defensa en sentido estricto.

Las sentencias deberían poder dar cuenta de las razones y sucesión de acontecimientos que devinieron en un delito. Sin embargo, la

mayoría de las veces se desentiende del contexto ya que se atiene a un Derecho Penal garantista que juzga solamente las acciones cometidas y por supuesto que no las que podrían cometerse (el discutido concepto de “peligrosidad pero que sí se toma en cuenta a la hora de autorizar algunos de los beneficios que otorga la ley argentina de ejecución penal, como la libertad condicional) ni menos aún a las personas; si así no se hiciera, el acusado podría verse perjudicado en cuanto a las garantías constitucionales por posar la mirada que juzga en las trayectorias previas a la producción del delito.

Esto hace que se siga una línea de continuidad con conceptos que hacen homogéneo lo que es diverso y ponen bajo un denominador común lo que es distinto; acontecimientos que se dan en condiciones parecidas pero no iguales, y no sabemos si comparables.

Las mujeres que caen en situaciones de violencia no configuran, de lejos, ningún estereotipo: si reaccionaron ante los primeros golpes y después ya no pudieron hacerlo más, si lo hicieron en virtud de que los golpes eran dirigidos a sus hijos y después se acoplaron a la racionalidad abusiva quizá porque ellas mismas fueran abusadas, si fueron trabajadoras o prostitutas o quienes fueran que hayan sido, entonces no configuran ni siquiera la posibilidad de haber sido unas “víctimas”.

Sus oportunidades de defensa se ven minadas por las sucesivas intervenciones judiciales que les van quitando su narrativa, lo que ellas tengan que decir al respecto. Y cuando lo dicen, no se las escucha en un sentido literal sino mediatizado, por cuestiones de prejuicios y prevalencia de modelos culturales que hacen que una mujer no pueda atreverse a plantear en sus propios términos qué ha ocurrido.

La verosimilitud de sus argumentos no se toma en cuenta siquiera como una perspectiva entre otras. Ellas nada tienen ya que decir. No deberían decir absolutamente nada. Les está prohibido; no solo han dejado de ser madres y mujeres, se han deshumanizado, han perdido su condición de interlocutoras.

CONCLUSIONES

Hemos tratado de discernir la actuación social de dos conceptos que están siendo en la actualidad ligados en situaciones de violencia: “síndrome de la mujer golpeada” y “filicidio”. Mientras el primer concepto tiene pocas décadas de existencia, y no ha sido aceptado con bases firmes en los estrados judiciales, el segundo concepto ha tenido presencia en la historia de la humanidad. Pretendimos plantear que los acontecimientos que ambos describen no son causales aunque puedan estar asociados. De por sí, la formulación de los conceptos homogeneiza situaciones de hecho diversas,

perdiéndose, entonces, los alcances con que pueden ser utilizadas con cierta legitimidad para describir situaciones particulares. Los estereotipos, tanto de ser víctima de la violencia doméstica como de ser victimaria de sus hijos no permiten configurar escenarios realistas para establecer eventuales relaciones entre uno y otro acontecimiento o para entender a cada uno dentro de los contextos donde se producen.

Los usos sociales y jurídicos que de ellos se hacen revelan que el prejuizamiento está subyacente en los casos donde se ventilan causas por filicidio. La rotunda e incontrovertible presencia —simbólica y fotográfica— de las víctimas hace que estos prejuicios alcancen un valor de certeza tal que no permiten resquicio alguno para investigar alternativas en las formas en que se sucedieron los hechos. La madre está condenada desde el mismo momento en que su causa llega a juicio, aunque faltaría indagar en sus propios aportes que puedan aclarar el todavía oscuro fenómeno del filicidio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alder, Ch. & Polk, K. (2001). *Child Victims of Homicide*. Cambridge: Cambridge University Press.

Amorós, C. (1998). *Tiempo de feminismo*. Madrid: Cátedra.

Beneyto Arrojo, M. J. (2002). Violencia sexual: entre lo que siente la víctima y lo que piensa el agresor. En Santiago Redondo (coord.) (pp. 53-85). *Delincuencia sexual y sociedad*. Barcelona.

Barthes, R. (1980). *La cámara lúcida. Nota sobre la fotografía*. Buenos Aires: Paidós.

Bosworth, M. & Carrabine, E. (2001). Reassessing Resistance: Race, gender and Sexuality in Prison. *Punishment and Society*, (3) 501-515.

Brommer, S. (1997). The Legal Liminality of Battered Woman Who Kill Their Abuser. *Polar, Political and Legal Anthropology Review*, (20) 16-33.

Boudreaux, M. & otros (2001). Behavioral Perspectives on Child Homicide. The Role of Access, Vulnerability, and Routine Activities Theory. *Trauma, Violence & Abuse*, (2), 99-119.

Bugental, D. & Shennum, W. (2002). Gender, Power, and Violence in the Family, *Child Maltreatment*, (7) 56-64.

Calveiro, P. (2005). *Familia y poder*. Buenos Aires: Libros de la Araucaria.

Carlson, B. (2000). Children exposed to intimate partner violence. Research findings and implications for intervention. *Trauma, Violence & Abuse*, (1) 321-342.

Castex, M. (2008). *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico- legales y psicopsiquiátricas forense*. Buenos Aires: Ediciones Ad-Hoc.

De Hann, W. & Vos, J. (2003). A Crying Shame: The Over-Rationalized Conception of Man in the Rational Choice Perspective. *Theoretical Criminology*, (7) 29-54.

Derné, S. (1992). Beyond Institutional and Impulsive Conceptions of "Self": Family Structure and the Socially Anchored Real Self". *Ethos*, (20) 259-288.

Easteal, P. (2001). Women in Australian Prisons: The Cycle of Abuse and

Dysfunctional Environments. *The Journal Prison*, (81) 87-122.

Enos, S. (2001). *Mothering from de Inside. Parenting in a Women's Prison*. New York: State University of New York.

Bosworth, M. & Carrabine. *L'homicide Conjugal au Féminin. D'hier à Aujourd'hui*. Montréal: Les Editions Du Remue-Ménage.

Girshick, L. (1999). *No Safe Haven. Stories of Women in Prison*. Boston: Northeastern University Press.

Hastrup, K. (2004). Getting it Right. Knowledge and Evidence in Anthropology. *Anthropological Theory*, (4) 455-472.

Hirigoyen, M. F. (2000). *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Paidós.

Hollan, D. (2000). Constructivist Models of Mind, Contemporary Psychoanalysis and the Development of Culture Theory. *Current Anthropologist*, (102) 538-550.

Husain, A. & Annaseril, D. (1984). A Comparative Study of Filicidal and Abusive Mother. *Canadian Journal of Psychiatry*, (29) 596-598.

Jasinski, J. (2004). Pregnancy and Domestic Violence. A Review of the Literature. *Trauma, Violence & Abuse*, (5) 47-64.

Kalinsky, B. (2007). La pericia antropológica como herramienta de investigación social. *Revista Etnía*, (48) 75-88.

Kalinsky, B. & Cañete. O. (2010). *Madres Frágiles. Un viaje al infanticidio*. Buenos Aires: Biblos.

- Kaplun, D. & Reich, R. (1976). The Murdered Child and his Killers. *American Journal of Psychiatry*, (133) 652-661.
- Korbin, J. (2003). Children, Childhoods, and Violence. *Annual Review Of Anthropology*, (32) 431-446.
- Leonar, E. (2001). Convicted Survivors: Comparing and Describing California's Batters Women Inmates. *The Journal Prison*, (81) 173-186.
- Lima Malvido, María de la Luz (1998). *Criminalidad femenina*. México: Porrúa.
- Luhrmann, T. (2006). Subjectivity, *Anthropological Theory*, (6) 345-361.
- Marshall, W. (2001). *Agresores sexuales*. Madrid: Ariel.
- Merry, S. (2001). Spatial Governmentality and the New Urban Social Order: Controlling Gender Violence through Law. *American Anthropologist*, (103) 16-29.
- Messing, J. & Heeren, J. (2004). Another Side of Multiple Murder. Women Killers in the Domestic Context. *Homicide Studies*, (8) 123-158.
- Michalski, J. (2004). Making Sociological Sense out of Trends in Intimate Partner Violence. *Violence against Women*, (10) 6-25.
- Millet, K. (1995). *Política sexual*. Madrid: Cátedra.
- Montero Gómez, A. (1999). Shaping the Aetiology of the Stockholm Syndrome. Hypothesis of the Induce Mental Model. *Iberpsicología*, (5) 4-14.
- Nobes, G. & Smith, M. (2000). The Relative extent of Physical Punishment and Abuse by Mothers and Fathers. *Trauma, Violence & Abuse*, (1) 47-66.
- Peacock, J. & Holland, D. (1993). The Narrated "Self": Life Stories in Process. *Ethos*, (21) 367- 383.
- Radoch, P. (2002). Reflections on Women's Crime and Mothers in Prison: A Peacemaking Approach. *Crime & Delinquency*, (48) 300-315.
- República Argentina (1921). *Código Penal de La Nación Argentina*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y de Derecho Humanos de la Nación. Departamento de Biblioteca y de Centro de Documentación.

Sanmartín, J. (editor) (1999). *Violencia contra niños*. Barcelona: Ariel.

Simonnot, A. L. (2002). Infanticide à l'adolescence et déni de grossesse. *Perspectives Psy*, (41) 195-199.

Sobol, J. (1997). Behavioral Characteristics and Level of Involvement for Victims of Homicide. *Homicide Studies*, (1) 359-376.

Sutton, J. (1996). Rethinking Social Control. *Law & Social Inquiry, Journal of the American Bar Foundation*, (21) 943- 958.

Terradas Saborit, I. (2002). Legitimaciones históricas de la violación. En Santiago Redondo (coord.) (pp. 87-103). *Delincuencia sexual y sociedad*. Madrid: Ariel.

Terrance, Ch. & otros (2008). Maternal Blame. Battered Woman and Abused Children. *Violence Against Women*, (4) 870-885.

Torres Falcón, M. (2001). *La violencia en casa*. México: Paidós.

Weston Henriques, Z. & Manatu-Rupert, N. (2001). Living on the Outside: African American Women Before, During, and After Imprisonment. *The Journal Prison*, (81), 6-19.

INFORMACIÓN PARA LOS AUTORES

Presentación de trabajos

Los trabajos deben ser originales. Estos pueden ser estudios de naturaleza empírica o teórica, referidos al Derecho como disciplina y profesión.

Para ser publicables, los trabajos deben ceñirse, tanto en su formato como en su contenido, a las normas de la American Psychological Association (APA) en su última edición.

Los trabajos propuestos para su publicación serán enviados al correo electrónico del Instituto de Investigación Jurídica: investiga_derecho@usmp.pe Adicionalmente deben enviar una carta dirigida al Director de la Revista con el título y el autor (es) del trabajo.

Es política de la revista priorizar la publicación de los artículos de acuerdo con los temas de interés.

Sistema de arbitraje de los artículos

El sistema de arbitraje se realiza en dos etapas, en la primera de ellas, se verifica que el artículo cumpla con los aspectos formales: esta criba es realizada por los miembros del comité editorial. De no cumplir con las normas estipuladas por la revista estos manuscritos serán devueltos a los autores para que se realicen los ajustes correspondientes.

La segunda etapa evalúa el contenido y aporte científico del artículo, para lo cual es remitido a dos miembros del Comité Editorial, a doble ciego (los árbitros no conocen la identidad de los articulistas y viceversa). El dictamen será comunicado en un plazo no mayor a 30 días.

El artículo tiene tres modalidades de evaluación:

1. Está listo para publicar
2. Han de llevarse a cabo algunas modificaciones
3. No se recomienda su publicación

Los articulistas pueden preguntar en todo momento sobre el proceso de arbitraje de su manuscrito. Los autores son comunicados por el Comité Editorial sobre la decisión tomada por los árbitros. Si se formularan observaciones, estas deberán ser evaluadas por los articulistas, quienes informarán en un plazo no mayor a 30 días; transcurrido dicho lapso, el artículo será considerado como nuevo en la lista de espera.

Referencias al final del texto

Las referencias irán al final del texto y se ordenarán de manera alfabética por apellido del autor seguido de las iniciales de los nombres de pila, a doble espacio y con sangría francesa. En el caso de documentos electrónicos, actualmente no todos los documentos tienen DOI (Digital Object Identifier), pero si lo tiene se debe incluir como parte de las referencias.

NOTA: Las opiniones y datos que figuran en esta Revista son responsabilidad de los autores.

Si un trabajo es aceptado para su publicación, los derechos de impresión y reproducción por cualquier forma y medio son de la revista.

La Revista publica trabajos referidos al campo académico y profesional de Derecho.

Este documento se terminó de
imprimir en los talleres gráficos de
EDITORIA DISTRIBUIDORA E IMPRENTA PIRAM S.R.L.
Jr. Callao 951, Lima - Perú
Nextel: 102*3642 / C: 9465-51567
(+51) 423-5362 / 240-0130