

Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

* El Trabajo de Menores
Por José Fabián de la Cruz

* Estudio exegético de la Resolución 139/2020
de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo
de la Nación: Consumidores Hipervulnerables
Por Juan Ignacio Cruz Matteri

* La actualización de los créditos laborales como deudas de valor:
Nueva línea jurisprudencial de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires
Por María Clarisa Baldoni

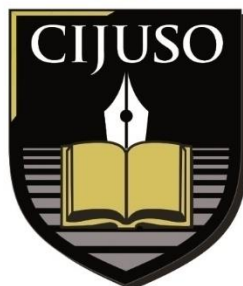
* Los tipos penales aplicables en caso de incumplimiento
del aislamiento social preventivo y obligatorio en torno al COVID19
Por David Rosende

* La justicia comunitaria en el modelo de Estado Plurinacional
Por Rodolfo Alejandro Alvarito

* La perspectiva de género y la cuestión ambiental:
dos temáticas transversales y sistémicas
Por Daniela Belén Velazquez

* El COVID, la pandemia y los problemas de la innovación.
La investigación clínica y la evolución de los controles
Por Jorge Omar Frega

* Metodología, Filosofía y Teoría del Derecho:
Algunas cuestiones a tener en cuenta a la hora de investigar
Por Jorge Oscar Rossi



Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

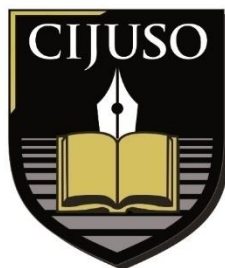
REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

Este número celebra la creación del Programa de Investigación en Ciencias Jurídicas (PROCIJU).

El mismo nació dentro de la Fundación Cijuso, con el objetivo de aglutinar a los distintos institutos de investigación existentes en los Colegios de Abogados Departamentales e impulsar la creación de institutos en los Colegios donde falten, así como estimular la investigación en las diferentes disciplinas jurídicas, tanto en lo referente a ciencia básica cómo aplicada.

Por eso, en esta oportunidad publican algunos de los referentes de las áreas de Investigación en Ciencias Jurídicas de los distintos Colegios Departamentales.

Esperamos que esta nueva edición de los CUADERNOS DE CIJUSO sirva como estímulo para la producción de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones.



Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales
www.cijuso.org.ar

Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Dr. Jorge Oscar Rossi

Colaboración en el diseño: Dra. Daniela Belén Velazquez

www.cijuso.org.ar

Año IV - Nº 10 – Noviembre de 2020

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

~

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Marcelo Fioranelli (Zárate – Campana)

Secretario: Dr. Jorge Omar Frega (Morón)

Tesorero: Dr. Gastón Argeri (Azul)

Prosecretaria: Dra. Adriana Cecilia Coliqueo (Avellaneda-Lanus)

Protesorero: Damián Alcides Pimpinatti (Pergamino)

Vocales: Dr. Eduardo Sreider (Moreno – General Rodríguez) - Dr. Rafael Gentili (Bahía Blanca)

Índice

El Trabajo de Menores

Por José Fabián de la Cruz

Pág. 8

Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: Consumidores Hipervulnerables

Por Juan Ignacio Cruz Matteri

Pág. 22

La actualización de los créditos laborales como deudas de valor: Nueva línea jurisprudencial de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Por María Clarisa Baldoni

Pág. 29

Los tipos penales aplicables en caso de incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio en torno al COVID19

Por David Rosende

Pág. 42

La justicia comunitaria en el modelo de Estado Plurinacional

Por Rodolfo Alejandro Alvarito

Pág. 52

La perspectiva de género y la cuestión ambiental: dos temáticas transversales y sistémicas

Por Daniela Belén Velazquez

Pág. 86

El COVID, la pandemia y los problemas de la innovación. La investigación clínica y la evolución de los controles

Por Jorge Omar Frega

Pág. 97

Metodología, Filosofía y Teoría del Derecho: Algunas cuestiones a tener en cuenta a la hora de investigar

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 110

Trabajo de Menores

Por José Fabián de la Cruz ¹

I. Introducción.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que adopta la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, señala que: *“todo niño tiene derecho a ser protegido contra la explotación económica y contra todo trabajo que ponga en peligro su salud, su educación o su desarrollo integral. El Estado tiene la obligación de establecer edades mínimas para empezar a trabajar y de especificar las condiciones laborales”*.

El término trabajo infantil, suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. La práctica de emplear a niños, es en sí considerada por muchos como explotación, siendo considerada en la mayoría de los países desarrollados, como ilegal.

Por su parte la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (**CONAETI**) ² considera trabajo infantil a: *“toda actividad o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niños y niñas que no tienen la edad mínima de admisión al trabajo, o que no han finalizado la escolaridad obligatoria”*.-

En la Argentina, como en el mundo, existe una continua y permanente realidad respecto a la utilización de niños en la explotación económica, esto en detrimento del desarrollo físico, psicológico, social y moral de los niños, con el consiguiente cuadro disvalioso para la sociedad toda, que observa de tal ³manera como se va minando su futuro.

Sin lugar a dudas, la pobreza constituye la causa principal del trabajo infantil. Asimismo, los factores determinantes, condicionantes, influyentes y/o subyugantes que generan el cuadro por el cual se establecen las situaciones que marcan el camino hacia el trabajo infantil, son variados, múltiples, complejos y responden en función de determinado ámbito social y/o económico, el cual varía según la región, la cultura, la familia, religión, etc. Estos factores pueden modificarse a partir de la elaboración e implementación de nuevos paradigmas sociales, para ello es necesaria una mayor intervención del Estado, en su carácter de regulador de reglas y de la sociedad en su conjunto, a partir de una participación activa y comprometida en el desarrollo de planes estratégicos para obtener objetivos comunes que impidan la proliferación de menores en el campo del trabajo.-

II. La Argentina y el Derecho Internacional

¹ Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas del Colegio de Abogados de Avellaneda - Lanús. Correo electrónico. fabiandelacruz@hotmail.com .

² La CONAETI se creó siguiendo estas pautas en el ámbito del Ministerio de Trabajo el 25 de agosto de 2000, mediante el Decreto N° 719/00. Es una comisión de carácter interministerial e intersectorial presidida por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Sus acciones están dirigidas fundamentalmente a propiciar desde todos los ámbitos y niveles de intervención la prevención y erradicación del trabajo infantil.

La Argentina como Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño de la O.N.U.⁴, se ha comprometido a la protección de los niños contra toda explotación económica y contra cualquier trabajo peligroso o que dificulte su educación, salud, desarrollo, físico, moral y social.

La Convención de los Derechos del niño, además, reafirma que los niños tienen derecho a muchos otros derechos que protegen a los adultos como por ej. el derecho a la vida, a la no discriminación, a la integridad de la persona, a la libertad, a la intimidad, a la educación y a la salud, además de los derechos particulares de los niños establecidos por la propia Convención; derechos que son relevantes para la prevención, el cuidado y el apoyo de los niños. Asimismo la Convención establece en su artículo 27 lo siguiente:

Artículo 27

El niño tiene el derecho de crecer bien física, mental, espiritual y socialmente.

En el marco internacional citamos además como instrumentos los siguientes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ⁵(art. VII); La Declaración Universal de Derechos Humanos ⁶; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ⁷ (art. 10.3) – ratificado por la Ley 23.313 ⁸; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁹ (art. 24.1); La Convención Americana sobre Derechos Humanos ¹⁰ (art.19); La Convención sobre los Derechos del Niño ¹¹(art.32) – ratificado por la Ley 23.849 ¹².

⁴ Aprobada por Ley 23.849, sancionada el 27/09/1990, promulgada el 16/10/1990, publicada BO el 22/10/1990.

⁵ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Históricamente, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada seis meses después.

⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945).

⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, por sus siglas en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos económicos, sociales y culturales y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 19 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Se compromete a las partes a trabajar para la concesión de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los derechos laborales y los derechos a la salud, la educación y un nivel de vida adecuado.

⁸ Ley 23.313 – sanción 17/04/1986, B.O.13/05/1986 – ratificatoria del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.-

⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

¹⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH)^[1] fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

¹¹ La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en inglés CRC) es el tratado internacional de las Naciones Unidas a través del cual se enfatiza que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no

A efectos de dar cumplimiento con los distintos tratados, la Argentina ha legislado sobre la materia, dictando leyes a fin de dar cumplimiento con los tratados internacionales suscriptos.

La ley 26.061- de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes-¹³.

Reza textualmente el Art. 25 – Derecho al trabajo de los adolescentes.

“Los organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes. Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes.

Los organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo.”

La Ley 26.390¹⁴, modificatoria de las Leyes Nros. 20.744¹⁵, 22.248¹⁶, 23.551¹⁷, 25.013¹⁸ y del Decreto Ley N° 326/56¹⁹, por la que se establece en su art. 2º, la elevación a 16 años la edad para realizar trabajos y la prohibición para la admisión de empleos por debajo de dicha edad. Esta posibilidad de que los menores puedan ser admitidos en empleos, queda sujeta a la autorización de los padres o de autoridad administrativa, según el art. 3º de la ley precitada.-

haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial. Es el primer tratado vinculante a nivel internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El texto de la CDN al que suscriben los Estados está compuesto por un conjunto de normas para la protección de la infancia y los derechos del niño. Esto quiere decir que los Estados que se adhieren a la convención se comprometen a cumplirla. En virtud de ello se comprometen a adecuar su marco normativo a los principios de la CDN y a destinar todos los esfuerzos que sean necesarios para lograr que cada niño goce plenamente de sus derechos.

¹² Ley 23.849 – sanción 27/09/1990, B.O. 22/10/90 – ratificatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.-

¹³ Esta ley de 2005 protege de manera integral los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales.

¹⁴ Ley N° 26.390, Modificación de las Leyes Nos 20.744, 22.248, 23.551, 25.013 y del Decreto Ley N° 326/56. Sancionada: Junio 4 de 2008, Promulgada de Hecho: Junio 24 de 2008

¹⁵ Ley N° 20.744 – Ley de Contrato de Trabajo. Sancionada: setiembre 11 de 1974. Promulgada: setiembre 20 de 1974.

¹⁶ Ley N° 22.248. Régimen Nacional de Trabajo Agrario (1980). Establecía dentro de sus normas específicas que: “queda prohibido el trabajo de menores de catorce (14) años, cualquiera fuere la índole de las tareas que se pretendiere asignarles” (art. 107). Asimismo queda prohibido ocupar “menores de dieciocho años en trabajos que revistan carácter de penoso, peligroso o insalubre” (art. 112).

¹⁷ Ley N° 23.551, de Asociaciones Sindicales. Sancionada: Marzo 23 de 1988. Promulgada: Abril 14 de 1988

¹⁸ Ley 25.013. estableció un régimen de reforma laboral que incluye la modificación de algunos aspectos de la regulación del Contrato de Trabajo y de las Leyes Nros. 24.013, 24.465 y 24.467, como así también de la normativa vigente en materia de convenciones colectivas de trabajo. Sancionada: Septiembre 2 de 1998. Promulgada Parcialmente: Septiembre 22 de 1998.

¹⁹ DECRETO LEY 326/56, de Servicio Doméstico, publicado en el Boletín Oficial, el 20 de enero de 1956.

Por su parte el artículo 17, expresa:

ARTICULO 17. — Sustitúyase el artículo 107 de la Ley 22.248, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 107: Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años, cualquiera fuere la índole de las tareas que se pretendiere asignarles.

Las personas mayores de catorce (14) años y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en explotaciones cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La explotación cuyo titular sea el padre, la madre o el tutor del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción.

Cuando, por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la explotación cuyo titular sea del padre, la madre o del tutor se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa, no podrá obtener la autorización establecida en esta norma.

La Ley 26.727²⁰, reglamenta particularmente este aspecto en su Título “Prohibición del Trabajo Infantil y protección del trabajo adolescente”. Aunque por disposición del 104 de la ley resulta aplicable supletoriamente la normativa que sobre el tema contiene la Ley de Contrato de Trabajo.-

ARTICULO 104. — Modificación régimen de contrato de trabajo. Alcances. Sustitúyese el texto del inciso c) artículo 2° de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

c) A los trabajadores agrarios, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario.

Por su parte con el dictado de la ley 26.847 ²¹, modificatoria del Código Penal, en referencia al trabajo infantil, se estableció una sanción con prisión de 1 a 4 años al que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

ARTICULO 8º — Incorpórese como artículo 189 bis a la Ley 20.744, el siguiente:

Artículo 189 bis: Empresa de la familia. Excepción. Las personas mayores de catorce (14) y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al

²⁰ Ley 26.727, sancionada el 21 de diciembre de 2011, Promulgada: Diciembre 27 de 2011, B.O. 28-12-11).

²¹ Ley 26.847, Se sancionó el 20/03/2013. Se publicó, con fecha 12 de Abril de 2013 en el Boletín Oficial de la República Argentina.

empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción.

Cuando, por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la empresa del padre, la madre o del tutor se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa, no podrá obtener la autorización establecida en esta norma.

Ahora bien, La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su artículo 32, señaló que todos los niños tienen el derecho a: *"estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social"*. Dicho instrumento jurídico fue ratificado por la Argentina mediante la ley 23.849 ²²e incorporado a la Constitución Nacional de 1994 ²³, en su art. 75, inciso 22.

Asimismo surge relevante señalar los convenios de la OIT ²⁴, y sus respectivas recomendaciones, específicamente los convenios 138 y el 182, ratificados por la leyes 24.650 ²⁵ y 25.255 ²⁶, respectivamente.-

El convenio 138, se refiere a la edad mínima de admisión de empleo²⁷.

Artículo 3

La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años.

Edad mínima autorizada para que los niños comiencen a trabajar		Posibles excepciones para algunos países en desarrollo	
Trabajo peligroso	18 años	18 años	
Ninguna persona menor de 18 años debe realizar trabajos que atenten	(16 años siempre que se	(16 años siempre que se cumplan estrictas	

²² Ley Nº 23.849. Aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño. Sancionada: Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990.

²³ La reforma de la Constitución de la Nación Argentina de 1994 es una importante modificación realizada al texto constitucional. Modernizó la misma y definió el texto constitucional, sobre cuya legitimidad plena no existía consenso. Entre otros cambios, introdujo los derechos de tercera y cuarta generación, normas para defensa de la democracia y la constitucionalidad, las características de los órganos de gobierno, y nuevos órganos de control.

²⁴ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919, en virtud del Tratado de Versalles. Su Constitución, sancionada en 1919, se complementa con la Declaración de Filadelfia de 1944.

²⁵ Ley 24.650, aprueba un convenio sobre la edad mínima, adoptado en la 58ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Sancionada: Mayo 29 de 1996. Promulgada: Junio 24 de 1996.

²⁶ Ley 25.255, aprueba un Convenio sobre la prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (182), adoptado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Sancionada: junio 7 de 2000. Promulgada julio 20 de 2000.

²⁷ Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo (Entrada en vigor: 19 junio 1976) Adopción: Ginebra, 58ª reunión CIT (26 junio 1973).

contra su salud o su moralidad.	cumplan estrictas condiciones)	condiciones)
Edad mínima límite		
La edad mínima de admisión al empleo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a 15 años.	15 años	14 años
Trabajo ligero		
Los niños de entre 13 y 15 años de edad podrán realizar trabajos ligeros, siempre y cuando ello no ponga en peligroso su salud o su seguridad, ni obstaculice su educación, su orientación vocacional ni su formación profesional.	Entre 13 y 15 años	Entre 12 y 14 años

www.ilo.org/dyn/normlex/es

La recomendación 146²⁸, sobre la edad mínima, establece textualmente en su punto 1:

1 .Para lograr el éxito de la política nacional a que alude el artículo 1 del Convenio sobre la edad mínima, 1973, las políticas y los planes nacionales de desarrollo deberían atribuir elevada prioridad a la previsión de las necesidades de los menores y a la satisfacción de dichas necesidades, así como a la extensión progresiva y coordinada de las diversas medidas necesarias para asegurar a los menores las mejores condiciones para su desarrollo físico y mental.

El Convenio núm. 182 de la OIT²⁹ - 1999, por su parte, tuvo como objeto lograr el interés internacional sobre la necesidad de actuar para la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, siendo ello una prioridad a cumplirse.-

Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, el término "niño" designa a toda persona menor de 18 años.

Artículo 3

A los efectos del presente Convenio, la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca:

²⁸ R146 - Recomendación sobre la edad mínima, 1973 (núm. 146). Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo Adopción: Ginebra, 58ª reunión CIT (26 junio 1973) - Estatus: Instrumento actualizado.

²⁹ Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Entrada en vigor: 19 noviembre 2000).

- (a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- (c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Desde el año 1999, la OIT ha observado que más de 160 de sus Estados miembros han ratificado el Convenio núm. 182; “la emergencia de un movimiento mundial contra el trabajo infantil que ha alcanzado un consenso sin precedentes en cuanto a que la globalización no debe alimentarse por la labor de niños productores de artículos baratos que posteriormente se venden en establecimientos minoristas de los países ricos”³⁰.

La Recomendación 190 – Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999³¹, complementa a su vez las disposiciones del Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. Hay que hacer hincapié en

Se ha llegado a la idea de que el trabajo de menores no genera una ventaja económica, sino un desperdicio de lo mejor de lo que dispone nuestra sociedad: sus hijos hoy pequeños, hombres y mujeres que conformarán la sociedad que viene.-

El programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)³², creado en el año 1992, tiene su objetivo general fue la erradicación progresiva del trabajo infantil, en ese sentido establece directrices para lograr tal objetivo. A su vez el Informe Mundial de 2015 sobre el trabajo infantil ³³, señala entre otras cosas datos significativos sobre la realidad mundial respecto de los adolescentes. En tal sentido y según las últimas estimaciones de la OIT a nivel mundial para 2012, revela:

1. Los adolescentes de 15 a 17 años, que realizan trabajos peligrosos, totalizan: 4.5 millones.

³⁰ La eliminación del trabajo infantil: millones de voces, una esperanza común. TRABAJO, N.º 61, DICIEMBRE 2007, LA REVISTA DE LA OIT.

³¹ R190 - Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 190), Recomendación sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación Adopción: Ginebra, 87ª reunión CIT (17 junio 1999).

³² En 1992, la OIT creó el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil para combatir el trabajo de los niños y niñas y en 2014 el fundador del Centro Internacional sobre trabajo infantil y educación, Kailash Satyarthi fue galardonado con el Premio Nóbel de la Paz por su lucha contra la explotación infantil en la India.

³³ Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allonar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes, publicado el 10 de junio de 2015. Programa Internacional para la erradicación del Trabajo Infantil (IPEC).

2. Los adolescentes de 15 a 17 años, que realizan trabajos peligrosos, representan el 40% de todos los trabajadores, de ese grupo de edad.

3. Los adolescentes de 15 a 17 años, que realizan trabajos peligrosos, representan más de una cuarta parte (28%), del total de los menores que realizan trabajo infantil.

En síntesis, y parafraseando la síntesis del informe publicada, dicho instrumento señala que los jóvenes en busca de un trabajo decente enfrentan un desafío inescindible del objetivo que plantea la eliminación del trabajo infantil al principio del ciclo de vida.

La Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI) – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, ha establecido como objetivo general, el prevenir y erradicar el trabajo infantil en todas sus formas y proteger el trabajo adolescente, a través del desarrollo de acciones que favorezcan la participación de los distintos actores sociales en todo el país.

Para ello ha establecido objetivos y planes relacionados a los mismos, a efectos de obtener el fin deseado³⁴.

Esos objetivos son:

Objetivo 1.

Garantizar la permanente difusión, sensibilización, información y formación en materia de prevención y erradicación del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente.

Promover, sostener y afianzar un sistema integral de información permanente sobre trabajo infantil y adolescente.

Objetivo 3.

Fortalecer el rol institucional y el funcionamiento continuo de las Comisiones Provinciales para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil - COPRETI.

Objetivo 4.
Fortalecer integralmente al grupo familiar de las niñas y los niños que trabajan, en situación y/o en riesgo de trabajo.

Objetivo 5.

Fortalecer los sistemas de inspección del trabajo en materia de prevención y erradicación del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente y promover la figura del inspector de trabajo como actor clave para la protección de la infancia y la adolescencia.

Objetivo 6.

Implementar, además de la inspección de trabajo, otros mecanismos de prevención y detección del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente a partir de actores sociales involucrados en la problemática.

³⁴ Resolución 532/2013, MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Aprobación del Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente. Buenos Aires, 12/6/2013.

Objetivo 7.

Impulsar en el marco de la prevención y erradicación del trabajo infantil, una educación que garantice la inclusión y/o permanencia de todos los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Educativo Formal, en el período que por ley se considera obligatorio.

Objetivo 8.

Promover en el marco de la prevención y erradicación del trabajo infantil la atención de la salud integral (física-psíquica-social) y de las consecuencias del trabajo en el crecimiento y desarrollo de niños y niñas que trabajan, en riesgo y en situación de trabajo y de los adolescentes que se encuentren trabajando.

Objetivo 9.

Propiciar y participar en la elaboración y adecuación de normas para la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente.

Objetivo 10.

Promover la participación de los distintos actores sociales en la prevención y erradicación de las denominadas peores formas de trabajo infantil y adolescente.

Al decir de las Dras. Rus y Salas:

“Desde la Carta Magna a las leyes que regulan el trabajo en relación de dependencia en sus distintas actividades (ley 20744, ley 26727, Dto ley 326/56, ley 26390. entre otras) como así también la ley que regula la inspección y sanciona las infracciones laborales (Ley 25212), se procura concretar un especial marco de protección de este sector. No obstante lo cual consideramos que, sin perjuicio de la verificación de la adaptación de la legislación local a las Recomendaciones efectuadas por la OIT el art.32.2.c) de La Convención sobre los Derechos del Niño y a través de la cual se concrete, al decir de la OIT, el establecimiento de sanciones “eficaces y disuasorias” de esta “peor” forma de trabajo que permita dar un “rostro humano a la globalización”³⁵ (³⁶).

III. Normas locales

A nivel local y como antecedentes inmediatos, podemos citar algunas normas relevantes como por ejemplo:

La ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁷, cuyo artículo 32 expresa:

Derecho a la no explotación. Las niñas y los niños tienen derecho a no trabajar. Las personas mayores de catorce años pueden hacerlo conforme a las modalidades establecidas en la legislación vigente.

La Ley N° 937³⁸ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo artículo 5° se transcribe:

³⁵ Informe de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Primera Edición.

³⁶ Andrea Rus, Ana María Salas, Revista Derecho del Trabajo. Año I, N° 2. Trabajo infantil: un punto de partida en la tipificación de los delitos sociales. Ediciones Infojus Id Infojus: DACF120146.

³⁷ Ley N° 114 de la C.A.B.A. Sanción: 03/12/1998. Promulgación: De Hecho del 04/01/1999. Publicación: BOCBA N° 624 del 03/02/1999

Artículo 5º.- La autoridad de aplicación debe realizar las siguientes acciones:

a. Capacitar a la comunidad educativa de establecimientos primarios y secundarios para la detección de niñas y niños en situaciones de riesgo vinculadas a esta ley, a la protección de sus derechos, a su vinculación con los programas que en tal sentido se encaren y a la permanencia de los mismos en el sistema educativo. Promover la adecuación de los planes de estudio en relación a la particular situación en la que los mismos se encuentran, en aquellos establecimientos escolares de las zonas más afectadas por esta problemática y brindar la ayuda y contención que estas niñas y niños requieren.

b. Promover y priorizar la asignación de vacantes en las escuelas de doble escolaridad, a los niños y niñas comprendidos/as dentro de la población objeto de la presente Ley y brindar asistencia a través de la entrega de útiles escolares, materiales de estudio y libros de texto.

c. Desarrollar campañas de difusión respecto del trabajo infantil dirigidas a informar, concientizar y sensibilizar a la opinión pública en torno a esta problemática.

d. Articular los programas destinados a promover la inclusión estable en un grupo familiar residente en el ámbito de la ciudad, de las niñas y niños que no se encuentren a cargo de ningún adulto o carezcan de toda vinculación con un grupo familiar, en el marco de la normativa vigente y en virtud de un criterio integrador y no sustitutivo.

e. Desarrollar programas de ayuda económica a las familias de las niñas y niños alcanzados por la problemática descripta en esta ley en la medida que se garantice la incorporación y mantenimiento de los mismos en el sistema educativo y se cumpla con los demás requisitos que disponga la reglamentación. Simultáneamente, incluir a los adultos responsables en proyectos de capacitación y empleo productivo, que llevan a cabo las áreas competentes del Gobierno de la Ciudad, para que una vez insertos en el mercado laboral se elimine la ayuda económica otorgada.

f. Proveer de asistencia sanitaria a las niñas y niños afectados y priorizar su incorporación a los programas ya existentes en ese sentido en el ámbito del Gobierno de la Ciudad.

La ley 13.298 ³⁹- Sistema de Promoción y Protección de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la pcia. de Buenos Aires. Cuyos artículos 1 y 2, establecen el objeto y finalidad:

Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás Leyes que en su consecuencia se dicten.

Artículo 2.- Quedan comprendidas en esta Ley las personas desde su concepción hasta alcanzar los 18 años de edad, conforme lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando se menciona a los niños quedan comprendidos, en todos los casos, las

³⁸ Ley N° 937 de la C.A.B.A. Sancionada: 19/11/2002. Promulgada: De Hecho del 06/01/2003. Publicada: BOCBA N° 1.606/003 del 10/01/2003.

³⁹ Ley N° 13.298. Fecha de publicación: 2 marzo, 2007. Después de una historia de suspensiones y proyectos frustrados entró en vigencia en la provincia de Buenos Aires una ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes cuya aprobación había derogado el decreto ley 10.067 de Patronato de la última dictadura.

niñas, las adolescentes y los adolescentes.

La Ley 13.803: de Creación del Programa para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil en la provincia de Buenos Aires ⁴⁰; cuyo objeto se centra en la detención, prevención y erradicación del trabajo infantil (art. 1º). Asimismo crea la Comisión Provincial para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, la que será presidida por la Autoridad de Aplicación de la presente Ley, la que se integra por representantes de Jefatura de Gabinete, de los Ministerios de Trabajo, de Desarrollo Humano, de Salud, de Economía, de Seguridad, de Gobierno, de Justicia, de la Producción, de Asuntos Agrarios, de la Dirección General de Cultura y Educación, de las Secretarías de Turismo y Deporte, de Derechos Humanos y del Instituto Cultural, de las Honorables Cámaras de Senadores y de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Invitando al Poder Judicial, a las Entidades Gremiales, a las Asociaciones de Empleadores, ONG's, Universidades y otros actores institucionales y/o sociales comprometidos con la problemática del trabajo infantil a incorporarse a la misma. (Art. 5).

IV. Conclusión.

La obligación de los Estados no debe limitarse sólo a respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino además velar por el pleno goce y ejercicio de esos derechos, como diría el Dr. Isidoro Goldemberg: "La finalidad del Derecho es servir al hombre, y no el hombre servir al derecho"⁴¹.-

Cabe hacer mención sobre el cambio social que viene operando respecto del grado de madurez de los menores, lo cual ha motivado múltiples opiniones al respecto y una internalización social, de que la adolescencia se extiende mucho más allá de los 18 años.-

La escritora y periodista Yaiza Martínez, nos dice respecto de la adolescencia, que la misma "supone el paso de la infancia a la edad adulta y, por tanto, es una etapa de transición de cuerpo y mente, un fenómeno biológico, cultural y social. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que una de cada cinco personas en el mundo es adolescente, y que la adolescencia es la etapa que va entre los 11 y 19 años (con dos fases: la adolescencia temprana, de los 12 a 14 los años; y la adolescencia tardía de los 15 a los 19 años).

Los adolescentes razonan como los adultos, pero aún no son maduros.

Los jóvenes desarrollan las habilidades cognitivas antes que las psicosociales"⁴².

En cuanto al desarrollo y la madurez psicosocial, los niños se encuentran en proceso de evolución de su personalidad y por ello están predispuestos con mayor peligro a sufrir violencia, abuso, estando asimismo más predispuestos que los adultos, a sufrir trastornos psicosociales y quedando más vulnerables a situaciones laborales con alta exigencia mental y física. Las interacciones negativas entre las condiciones de trabajo y los factores humanos pueden conducir a perturbaciones emocionales, problemas de comportamiento y cambios bioquímicos y neuro-hormonales que presentan riesgos adicionales de enfermedades mentales y físicas. Por otro lado, los niños están proporcionalmente más expuestos por unidad de peso corporal a las toxinas ambientales que los adultos. La mayor vulnerabilidad de los niños a los químicos está dada por factores como el hecho de que los niños

⁴⁰ Ley 13.803: de Creación del Programa para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil en la Provincia de Buenos Aires. Promulgación: Decreto 353/08 27/2/08. Publicación: B.O. Nº 25.856 7/3/08.

⁴¹ VII Congreso Internacional de Derechos de Daños, Responsabilidades en el siglo XXI, Buenos Aires, 2002.

⁴² www.tendencias21, Tendencias Sociales, "Los adolescentes razonan como adultos, pero aún no son maduros", 09/10/2009, Yaiza Martínez.

proporcionalmente comen, respiran y toman más agua por kilo de peso corporal, y sus vías metabólicas son inmaduras⁴³.

Una visión psicológica, nos refiere que el trabajo infantil es física, mental, social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, e interfiere en su escolarización:

- privándole de la oportunidad de ir a la escuela;
- obligándole a abandonar prematuramente las aulas, o
- exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado.

En sus formas más extremas, implica niños que son expuestos a graves riesgos y enfermedades⁴⁴.

Para algunas infancias, colaborar con tareas domésticas en la casa puede constituirse en su principal responsabilidad y en un trabajo intenso en términos del cúmulo de tareas, responsabilidades no adecuadas para la edad⁴⁵

En virtud de estas y otras opiniones, surge necesario debatir y/o reelaborar la cuestión respecto de que los menores ingresen al mundo laboral. Sólo el adulto debe estar en dicho marco económico. Asimismo, debemos ante todo, como sociedad, lograr que ese adulto tenga las herramientas necesarias para poder desarrollarse adecuadamente en el mundo económico social imperante. Asimismo la precariedad y/o informalidad, de las relaciones laborales, sumados a distintos factores sociales, llevan a distintos sectores vulnerables hoy – entre ellos los menores, a una orfandad instrumental futura, en la cual el estado participa poco, interviniendo finalmente, con mayor presencia, cuando la cuestión parece irresuelta. Tomemos aquí la apreciación de Ulrich Beck, al afirmar que el futuro del trabajo en Europa se puede ver ya materializado en Brasil, esta no se trata de una afirmación hecha a la ligera: su pronóstico -recogido en “Un nuevo mundo feliz” : La precariedad del trabajo en la era de la globalización es que, en muy pocos años tan sólo uno de cada dos trabajadores tendrá un puesto de trabajo fijo a tiempo completo. La otra mitad, continúa afirmando Ulrich Beck, deberá arreglárselas batallando con las más precarias condiciones laborales⁴⁶.-

Ahora bien, más allá de la complejidad y de las distintas opiniones encauzadas en las distintas disciplinas, surge como idea primaria la importancia de la elevación de la edad para la incorporación a un puesto de trabajo y la necesidad de luchar contra el trabajo infantil, a efectos de erradicarlo. Ello implica distintas aristas:

1. La concientización social sobre su eliminación.

⁴³ Efectos del Trabajo Infantil en la Salud del Menor Trabajador. Dr. Leonardo Briceño Ayala y Angela M. Pinzon Rondón. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. REVISTA DE SALUD PÚBLICA. Volumen 6. Noviembre 2004.

⁴⁴ Visión psicológica, Trabajo infantil: “Una realidad a la cual no podemos estar ciegos”, 23 de agosto de 2008.

⁴⁵ EDSA-Bicentenario (2010-2016), Observatorio de la Deuda Social Argentina, UCA.

⁴⁶ “Hijos de la libertad: contra las lamentaciones por el derrumbe de los valores”. Autor: Ulrich Beck, Edita: Fondo de Cultura Económica. Año de publicación: 1999.

2. La construcción de herramientas idóneas que impidan el desarrollo del trabajo infantil.
3. Un plan estratégico determinado según las zonas y las características del lugar, idóneo, tendiente a eliminar el mismo.-
4. Un marco de normas regulatorias que prevengan, controlen y sancionen dicha práctica con la mayor severidad.-
5. La internalización social sobre la problemática.
6. La participación activa, de todos los componentes sociales.

En síntesis apretada, la erradicación del trabajo infantil es en sí mismo un objetivo social a perseguir. Sólo una sociedad que quiera crecer sana y fuerte debe, ante todo, nutrir a sus integrantes en el marco de la solidaridad, del respeto y la confianza para imprimir un camino social adecuado, un camino con futuro.-



Bibliografía consultada.

- Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allancar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes, publicado el 10 de junio de 2015. Programa Internacional para la erradicación del Trabajo Infantil (IPEC).
- Trabajo infantil: un punto de partida en la tipificación de los delitos sociales, por Andrea Rus, Ana María Salas Revista Derecho del Trabajo. Año I, Nº 2. Ediciones Infojus. Id Infojus: DACF120146.

- Efectos del Trabajo Infantil en la Salud del Menor Trabajador. Dr. Leonardo Briceño Ayala y Angela M. Pinzon Rondón. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. REVISTA DE SALUD PÚBLICA. Volumen 6. Noviembre 2004.

~

Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: Consumidores Hipervulnerables.¹

Por Juan Ignacio Cruz Matteri²

*Le droit est-il une science ou un art? Il es l'un et l'autre.
Zachariae, Karl Salomo. Droit Civil Francais. 1854. Paris.*

En nuestra doctrina nacional mucho se ha escrito sobre el consumidor hipervulnerable. Autores de larga trayectoria y renombre han iluminado los senderos del saber del derecho con sus conocimientos en el campo. La idea de este artículo es ofrecer una información más condensada y bajo el formato de comentario de artículo, o glosa, a fin de que el abogado litigante o los estudiosos de la materia encuentren elementos básicos para sus planteos y bibliografía de referencia para futuros estudios en el día de mañana.

ARTÍCULO 1°.- Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo.

Consumidor Hipervulnerable

El Art 1° viene a dar que se entiende por la idea de consumidor hipervulnerable. Previo a glosar el mentado apartado diremos que nos encontramos ante una situación de género y especie. Todo Consumidor hipervulnerable es consumidor, pero no todo consumidor integra el grupo de consumidores hipervulnerables; de allí se entiende la imperiosa necesidad de esta reglamentación. Si podemos afirmar que ambos comparten el rasgo característico de ser sujetos de derechos débiles, o que necesitan, en un mayor o menor grado, una protección especial. Las normas protectorias al consumidor se fundan en la debilidad que éste presenta frente al prestador de bienes y servicios. Se debe decir que es una vulnerabilidad de índole estructural porque surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que le son propias a éste: el desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. Dicho desequilibrio obedece a esa vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en subordinación, debilidad o vulnerabilidad estructural, debilidad negocial o

¹ Publicado originalmente en SAJ Id SAJ: DACF200157

² Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Titular del Estudio Jurídico Cruz Matteri y Asociados.
juanignaciocruz@derecho.uba.ar

inferioridad manifiesta y sean, por consiguiente, merecedoras de tutela legal.³

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección, ha sido vista también como elemento tipificante de la categoría consumidor. Así lo ha resaltado la Corte en varias de sus sentencias, sosteniendo que la protección del art. 42 CN, comprende a ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos⁴. También el pensamiento jurídico nacional se expresó sobre la construcción del concepto de consumidor, ese sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir que “1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino”.⁵

Ahora bien, la categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad ya tiene su largo tratamiento por parte de la doctrina nacional e internacional. Primamente la doctrina italiana utilizaba el término de *subconsumidor*⁶ o su equivalente en Francia como *consumidor particularmente frágil*⁷ a los sujetos débiles que por cuestiones de edad (niños/as y gerontes) o por causas socio-económico-culturales⁸ eran acreedores de una protección especial por parte del sistema normativo.⁹ Este recuento de causales de vulnerabilidad muestra que, mientras la protección al consumidor se fundamenta en una vulnerabilidad de índole estructural, la tutela a los hipervulnerables busca traspasar la nota de debilidad estándar, para ahondar en circunstancias particulares que resultan coyunturales¹⁰, transitorias o permanentes, inherentes a la persona o externas a ella, y que acentúan la fragilidad del consumidor. En la figura del subconsumidor la vulnerabilidad estándar (estructural), confluye con otra, coyuntural, que lo torna más frágil en las relaciones de consumo y obliga a potenciar los mecanismos protectorios.

El concepto de hipervulnerables, que nos encontramos en el art de marras, es un concepto **amplio, abierto y movable**.¹¹ Es amplio porque cubre, con su abanico protectorio, a quiénes se encuentran dentro de los grupos de sujetos vulnerables que nuestra Carta Magna ordena tomar medidas positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato, y el pleno goce de sus derechos. Así, podemos mencionar a los niños, las mujeres, los ancianos,

³ Barocelli, Sebastian Sergio. Director. Consumidores Hipervulnerables. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 11.

⁴ CSJN, 22-4-2008, “Ledesma, María L. c/ Metrovías S.A.”, Fallos: 331:819; CSJN, 24-11-2015, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A.”, Fallos: 338:1344; CSJN, 28-4-2015, “PADEC c/ Bank Boston”, Fallos: 340:172.

⁵ Conf. Frustagli, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino”, *Revista de Derecho del Consumidor*, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396.

⁶ Ghidini, Gustavo, *Per i consumatori*, Bolonia, Edit Zanichelli, 1977, p. 64.

⁷ Bihl, Luc “La protection du consommateur particulièrement fragile”, *JCP (Semaine Juridique, ed. Entreprise)*, n° 2, 1985, pp. 34-36

⁸ Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría General*. Segunda Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2012. P. 129

⁹ Cavanillas Múgica, Santiago, “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, en *Estudios sobre consumo*, N° 18, 1990, p. 44 y ss

¹⁰ Señala Lorenzetti que “La vulnerabilidad que da lugar a la protección del subconsumidor está vinculada con fallas especiales que afectan a una categoría particular de sujetos”, e Lorenzetti, Ricardo., *Consumidores*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 16. Conf Conf. Frustagli, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino”, *Revista de Derecho del Consumidor*, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396

¹¹ Vázquez Ferreyra, Roberto A en “UNA NUEVA CATEGORÍA DE CONSUMIDORES EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD AGRAVADA” Publicado en LA LEY 16/06/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/2029/2020.

las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23) y los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17)¹², esto se completa con el grupo que encontraremos en los diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Podemos mencionar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Es abierto porque no se trata de una categoría *per se* o permanente, sino de la existencia de condiciones específicas que se manifiestan en un determinado tiempo y lugar, y amplían la vulnerabilidad de ciertos grupos en su rol como consumidores.¹³ Y por último hablamos de concepto movable ya que en su misma esencia no se encuentra adosado a un compartimento estanco de la sociedad, todo lo contrario, fluctúa y va abarcando a los más vulnerables de los vulnerables, estudiando su situación social, sus vulnerabilidad y su contexto “circunstancias (...) que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

La Persona Jurídica o Ideal como consumidor hipervulnerable.

En el segundo párrafo del Art 1° encontramos la aparición de la persona jurídica como sujeto hipervulnerable. Esta consideración comprende una limitación, que se encuentra, en el génesis del objeto de la persona ideal. El mismo debe responder a la búsqueda de una meta “sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”. Entendemos que quedarían incorporadas las Asociaciones y las Fundaciones, por las siguientes consideraciones: Las asociaciones, a diferencia de las sociedades comerciales, tienen un fin altruista, persiguiendo de forma desinteresada la búsqueda del bienestar general social.¹⁴ Y la fundación es un patrimonio afectado a un objetivo de bien común¹⁵ o a una determinada finalidad social benefactora.

Esta segunda parte del articulado, a mí entender, entra en una discusión de larga data en la doctrina y jurisprudencia nacional: si la persona jurídica podía ser considerada como un consumidor¹⁶. Es clara la referencia del articulado al considerarla como un consumidor

12 Barocelli, Sebastian Sergio. Director. Consumidores Hipervulnerables. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 27

13 Barocelli, Sergio S. Director "La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumo argentino", Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho, UBA, 2020

14 Thaller, Edmond. Traité de Droit Commercial. Des Sociétés Commerciales por Pic, Paul. Tomo I. Paris 1908. Editor Arthur Rousseau p 4

15 Nissen, Ricardo A. Curso de Derecho Societario. Editorial Hammurabi. 3° Edición actualizada. Buenos Aires 2015 p 104

16 En la calificación como consumidor a la persona jurídica existen distintos criterios; así lo pone en evidencia la jurisprudencia. Una corriente considera que deben distinguirse entre aquellos actos que se integran de manera directa a la actividad comercial, de aquellos otros que se integran de manera indirecta; la categoría de consumidor estaría reservada para quienes se encuentren en este segundo supuesto. En este sentido: CNCom., sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro", 21/11/2000, AR/JUR/924/2000; CNCom., sala B, "ACYMA Asoc. Civil c/ Portfolio Personal SA y otro s/ ordinario", 17/10/2019, LA LEY, 2019-F, 535, AR/JUR/32582/2019; CNCom., sala C, "Familia Amaya S.R.L. c/ Alra S.A. y otro s/ ordinario", 19/05/2020, AR/JUR/16294/2020; ídem, "Telsur SRL c/ Volkswagen SA" del 27/03/2019; ídem "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c/ Tango Entertainment SA" del 31/10/2017; ídem "Lucky Marchand SA c/ Motorcam SA y otro s/ ordinario" del 17/03/2016. Otra opinión, que solventa más adecuadamente las exigencias del art. 1093 del Cód. Civ. y Com. (en particular, la relativa al uso privado), hace notar que la ley 24.240 no es aplicable a aquellas personas jurídicas que persiguen fines lucrativos, en la medida que el acto esté incorporado a su proceso de comercialización, ya sea directa o indirectamente (CNCom., sala D, "Hojobar S.A. c/ Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario", 9/5/2019, AR/JUR/23880/2019. Del mismo tribunal: "Asociación Prot. Cons. del Merc. C. del Sur Proconsumer c/ Banco Patagonia SA s/

hipervulnerable, obrando como limite la finalidad de la misma. La razón de ser del concepto de consumidor hipervulnerable es darle una mayor protección a un grupo que han sido, discriminado o desprotegido en relación a su edad, género, su salud mental o física, o su contexto cultural y socio-económico. Dicho esto, la protección como consumidor hipervulnerable de las personas jurídicas, es, no por el hecho de ser persona jurídica ni tampoco por el tipo social adoptado, sino por el colectivo de sujetos que representan y por el objeto social que las enmarca: representan, protegen y promocionan derechos de consumidores hipervulnerables.

ARTÍCULO 2°.- A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones:

- a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes;
- b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero);
- c) ser personas mayores de 70 años;
- d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite;
- e) la condición de persona migrante o turista;
- f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios;
- g) ruralidad;
- h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453;
- i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos:
 - 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles;
 - 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
 - 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
 - 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social;
 - 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social;
 - 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados

ordinario", 27/08/2013, AR/JUR/60698/2013; "Unión de Usuarios y Consumidores c/ CMR Falabella SA s/ sumarísimo", 05/08/2013, AR/JUR/60419/2013; "Asociación Prot. Cons. del Merc. C. del Sur Proconsumer c/ Banco Patagonia SA s/ ordinario", 27/08/2013, AR/JUR/60698/2013; "Casale, Mónica Beatriz c/ Sva Sacifi y otro", 22/02/2008, AR/JUR/1006/2008). Conf a la cita de Méndez Acosta, Segundo J en CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN 139/2020 Cita Online: AR/DOC/1962/2020

del Servicio Doméstico (Ley 26.844);

7) Estar percibiendo el seguro de desempleo;

8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848);

El art segundo de la resolución enumera, y solo de forma enunciativa, no taxativa, una serie de causas que pueden dar origen a la hipervulnerabilidad. Nótese que podría interpretarse como requisitos rígidos los que desprenden del inciso I).

ARTÍCULO 3°.- Encomiéndase a la SUBSECRETARÍA DE ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LAS Y LOS CONSUMIDORES de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, a fin que arbitre las medidas que crea necesarias para la implementación de la presente resolución.

La mencionada Subsecretaría, deberá tener en consideración los siguientes objetivos y funciones:

a) Promover acciones en pos de favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables;

b) Implementar medidas en pos de la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia de las y los consumidores hipervulnerables;

c) Orientar, asesorar, brindar asistencia y acompañar a las y los consumidores hipervulnerables en la interposición de reclamos en el marco de las relaciones de consumo;

d) Identificar oficiosamente los reclamos de las y los consumidores hipervulnerables presentados en la Ventanilla Única Federal de Defensa del Consumidor, el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC);

e) Facilitar los ajustes razonables para el pleno ejercicio de derechos de las y los consumidores hipervulnerables en los procedimientos administrativos;

f) Articular la intervención del Servicio de Patrocinio Jurídico Gratuito creado por Resolución N° 50 de fecha 30 de marzo de 2015 de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS;

g) Realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables;

h) Proponer el dictado de medidas preventivas, en los términos del párrafo 8 del Artículo 45 de la Ley N° 24.240;

i) Proponer acciones de educación, divulgación, información y protección diferenciada a las y los consumidores hipervulnerables a través de la Escuela Argentina de Educación para el Consumo;

j) Articular acciones con el Consejo Federal de Consumo (COFEDEC), asociaciones de consumidores, entidades empresarias, organizaciones no gubernamentales, universidades, colegios y asociaciones de abogadas y abogados y otros organismos públicos o privados a los

finés de promover estrategias para garantizar una protección reforzada a las y los consumidores hipervulnerables;

k) Relevar la información necesaria para evaluar, analizar, diseñar y desarrollar herramientas de relevamiento y análisis de información que identifiquen las barreras de acceso de las y los consumidores hipervulnerables;

l) Promover en los proveedores de bienes y servicios buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos de las y los consumidores hipervulnerables;

m) Colaborar en la implementación en los sistemas estadísticos y de control de gestión de indicadores relativos a las y los consumidores hipervulnerables.

ARTÍCULO 4º.- Dispónese que todos los procedimientos administrativos en los que esté involucrado un consumidor o consumidora hipervulnerable, se deberán observar los siguientes principios procedimentales rectores, sin perjuicio de otros establecidos la legislación vigente:

a) Lenguaje accesible: toda comunicación deberá utilizar lenguaje claro, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible y adecuado a las condiciones de las y los consumidores hipervulnerables;

b) Deber reforzado de colaboración: los proveedores deberán desplegar un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida composición del conflicto prestando para ello toda su colaboración posible;

ARTÍCULO 5º.- Invítase a las Autoridades de Aplicación de la Ley 24.240 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las Provincias para que, dentro de sus respectivas competencias, adopten las medidas pertinentes para garantizar en sus jurisdicciones una tutela de acompañamiento para las y los consumidores hipervulnerables.

El art tercero hace mención de los actos positivos por parte del Estado en pos de garantizar la real aplicación de la circulación en estudio. Nótese que algunas son de oficio, tales como: la identificación de los reclamos de los sujetos hipervulnerables frente a la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y el realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables. En algunos casos el actuar final, en pos de cuidar al consumidor hipervulnerable, quedara en manos del proveedor de bienes y servicios, nos referimos en este caso al apartado l) *Promover en los proveedores de bienes y servicios buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos de las y los consumidores hipervulnerables*. Destaque el lector que el espíritu de protección hacia el consumidor hipervulnerable es total es antes del conflicto y en el conflicto: se busca prevenir el menoscabo de sus derechos, se busca asesorar de forma pronta y gratuita al consumidor y, cuando los sujetos, que estaban en un plano antagónico, se encuentran en la instancia conciliatoria darle una solución al reclamo del consumidor hipervulnerable.

El art cuarto establece el principio de tutela procesal diferenciada. Dicha tutela se encuentra demarcada por dos pilares diferenciados. Por un lado, la accesibilidad a un lenguaje claro, llano y conciso, en cada comunicación realizada al consumidor en el marco de un procedimiento administrativo. Por el otro nos encontramos con un deber reforzado de colaboración, el cual comprende que los proveedores desplieguen un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida composición del conflicto.

El estudio y aplicación del lenguaje claro es un punto a resaltar. Ya la jurisprudencia¹⁷ local como diferentes organismos se han advocated al estudio del tema¹⁸. El derecho a un lenguaje claro, a una fácil comprensión de lo que se informa, se encuentra fundado en el Art 18 de la Constitución Nacional. La suprema norma consagra el debido proceso y la defensa en juicio, sin un lenguaje claro por parte del emisor el receptor nunca podría hacer uso de sus derechos. También la idea de un lenguaje claro ha sido receptada por distintos instrumentos internacionales, como el Código Iberoamericano de Ética Judicial o las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

En cuanto al deber de colaboración de los proveedores a la hora de solucionar el conflicto que aqueja al consumidor, este no será optativo o facultativo, sino que será compulsorio. Nótese que la resolución habla de un deber no de una potestad discrecional del proveedor.

Por último, se invita a las otras jurisdicciones de nuestro país a tomar medidas similares en pos de garantizar el ejercicio y la defensa de los derechos de los consumidores hipervulnerables.

~

¹⁷ Juzg Familia y Sucesiones, única Nom., Monteros, "G. G. N. s/ adopción", 18/3/2019, AR/JUR/3124/2019;; JNCiv. Nº 7, "H., M. s/ inhabilitación"; CTrab., Córdoba, "Rosales, Claudio J. R. c/ Vázquez, Clara del Carmen y otro - ordinario - despido", 20/4/2017; JCiv., Com. y Familia 4ª Nom. Villa María, Córdoba, "P. M. F. s/ demanda de limitación de capacidad", 12/5/2017.

¹⁸ Legislación nacional que promueve el lenguaje claro en Argentina. Ámbito Nacional Decreto 258/2019 – Plan nacional anticorrupción (2019 -2023) Decreto 891/2017 – Buenas prácticas en materia de simplificación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Resolución 54/2019 – Secretaría Legal y Técnica –Buenas prácticas para la redacción de textos normativos. Córdoba. Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia. Creación de un Comité de Lenguaje Claro y Lectura Fácil. Mendoza. Conformación de Comisión de trabajo de lenguaje claro Creación por Resolución de Presidencia N°36.831 – 17 de septiembre de 2019. Red de Lenguaje Claro Argentina.

La actualización de los créditos laborales como deudas de valor: Nueva línea jurisprudencial de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. ¹

Trascendencia de la teoría del realismo económico. Fundamentos en los derechos constitucionales y convencionales que protegen a la persona. El deber de fundar la cuantificación de la condena.

Por María Clarisa Baldoni²

Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dictado un reciente pronunciamiento sobre actualización de créditos laborales con el voto del Dr. Soria en mayoría, en causa L. 119.914 "A., D. A. c. M. d. L. P. y o. D. y p" de fecha 22 de junio de 2020. La doctrina que emana del fallo confirma, en materia de daños laborales, la postura del alto tribunal en causas anteriores en materia civil³ respecto a la actualización de los créditos como deudas de valor.

El propósito de este trabajo es describir la interpretación frente al planteo del trabajador sobre la actualización de su crédito, realizar un breve análisis de la normativa y jurisprudencia involucrada y su incidencia en los reclamos por indemnizaciones tarifadas. Ello sin adentrar en la procedencia y alcance de los rubros reclamados en el caso particular.

Entre los principales aspectos que tuvo en cuenta para fallar, vale señalar: la cuantificación a valor real en el momento de dictar sentencia, la mención al artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación para reafirmar el concepto deudas de valor; el principio pro persona derecho implícito en los fundamentos dados en el daño a la persona humana; la aplicación de la teoría de realismo económico y el deber de los jueces de fundar el razonamiento que aplican para llegar a un monto de condena equitativa.

El Caso

Un trabajador reclamó por accidente de trabajo ante el Tribunal N°5 de La Plata, el cual hizo parcialmente lugar a la acción. Actor y uno de los codemandados interpusieron recurso de inaplicabilidad de ley que fueron: denegado y declarado desierto respectivamente por el Tribunal de origen. Ambos interpusieron recurso de queja, pero solo se hizo lugar al

¹ Publicado originalmente en Abeledo Perrot RDLSS agosto 2016 segunda quincena páginas 9-26 y en Revista Ideides (agosto 2016): <http://revista-ideides.com/la-actualizacion-de-los-creditos-laborales-como-deudas-de-valor-nueva-linea-jurisprudencial-de-la-suprema-corte-de-la-provincia-de-buenos-aires/> . La presente versión fue revisada en noviembre de 2020.

² Abogada litigante, con desempeño profesional en la atención de trabajadores y empresas. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales. -Doctora en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos. Investigadora de la Fundación Cijuso. Investigadora científica en IDEIDES (UNTREF). Tutora de tesis en la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales. Secretaría del Instituto de Derecho Laboral Colegio de Abogados Depto. Judicial Mercedes (Bs.As.). Autora de publicaciones en revistas y obras de derecho procesal laboral y derecho del trabajo.

³ SCBA: 120.536, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" del 18/04/2018. Reiterado en 121.134, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" del 3/05/2018. En concordancia con estos fallos, la SCBA se encarga de definir deuda de valor en 121.649 "Valentín Norma Beatríz c/ Durisotti Rodolfo y otros s/daños y perjuicios" del 26 de diciembre de 2018.

presentado por el actor.

El trabajador había sufrido una caída en ocasión del trabajo desde una altura aproximada entre tres o cuatro metros. Como consecuencia del accidente, le diagnosticaron traumatismo raquímedular y paraplejía traumática nivel t12, con falta de sensibilidad y motricidad absoluta desde la cintura hacia abajo. La lesión le causó incapacidad total que requiere asistencia de terceros.

El accidente ocurrió en julio de 1999, el trabajador tenía 23 años de edad y el ingreso base considerado por el tribunal 5 de La Plata, -al momento de la sentencia que data del año 2015- fue de \$509,26 que corresponde a la fecha del accidente.

El trabajador se agravia por cuanto quedó comprobada la consecuencia directa de la lesión con el accidente que generó 85,6% de incapacidad y los factores de atribución de responsabilidad contra los codemandados. Reclamó la falta de reparación plena, por lo que planteó su disconformidad con el daño material y moral, más la omisión de tratamiento en gastos de traslados, asistencia psicológica, necesidad de atención de una persona que lo asista.

Del fallo de la Suprema Corte se desprende también, que el actor al realizar el planteo sobre la reparación plena, manifestó su disconformidad con el monto del ingreso base por ser notoriamente inferior al salario mínimo vital y móvil vigente al momento de la sentencia de \$4.400⁴.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso parcialmente respecto de las pautas establecidas para determinar el monto de la indemnización correspondiente al daño material y moral. Para ello tuvo en cuenta la reparación integral y plena del sistema civil fundado en daños a la persona humana. Asimismo, consideró que el valor debe ser real al momento que corresponda tomarlo en cuenta fundado en el realismo económico.

Con lo resuelto remite la causa al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento. El primer voto es del Dr. Soria a los que adhirieron los Dres. Torres, Kogan y De Lázzari quien se diferenció del Dr. Soria respecto al daño moral e incorporó la razonabilidad lógica como deber de los jueces al momento de dictar sentencia. Mientras que el Dr. Pettigiani adhirió al voto del Dr Genoud que se expidió por el rechazo del recurso por no compartir los criterios del Dr. Soria respecto a la base salarial.

Relevancia de la sentencia

El fallo confirma la doctrina de la SCBA respecto a las deudas de valor –ya otorgadas en causas civiles⁵- ahora también para los daños laborales, fundadas en el principio del realismo económico. Asimismo, reafirma otros aspectos: la reparación integral, la reparación plena y la razonabilidad de la lógica jurídica.

El voto del Dr. Soria hace lugar a la queja ante el cuestionamiento del trabajador a la

⁴ Conforme Resolución 3/14 del Consejo Nacional del Empleo, Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil.

⁵ 120.536, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" del 18/04/2018. Reiterado en 121.134, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" del 3/05/2018. 121.649 "Valentín Norma Beatríz c/ Durisotti Rodolfo y otros s/daños y perjuicios" del 26 de diciembre de 2018, entre otros.

base salarial utilizada para cuantificar el resarcimiento del daño material. Para ello, primeramente, recordó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre reparación de daños padecidos por una persona humana. Es decir, tomó como punto de partida la jerarquía máxima dada por el principio *pro homine*, o mejor, el principio *pro persona*⁶.

Sobre la base de este principio, establece dos derechos: a la reparación integral y a la reparación plena.

Asimismo, cita el artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación, pese a no ser aplicable por tratarse de un caso anterior a su entrada en vigencia. Sin embargo, lo hace para confirmar las reglas del *justiprecio*⁷, a partir de diferenciar deudas de dinero y deudas de valor. Para lo cual tuvo en cuenta fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del propio Alto Tribunal Bonaerense dictados durante la vigencia del Código de Vélez Sarsfield.

Por su parte el Dr. de Lázzari con su voto, interpela y establece doctrina legal sobre el deber de los jueces frente al caso en concreto. Es decir, determina que el juez tiene la obligación de demostrar cuales fueron los elementos que utilizó para arribar a una suma dineraria. No se trata solamente de ajustar determinados elementos a una fórmula, ya que considera que podría resultar desacertada la decisión que no tiene en cuenta la realidad económica. Asimismo, circunscribe el ámbito temporal de este deber, al “tiempo de determinar prudencialmente el monto indemnizatorio”; es decir, al momento de dictar sentencia.

Asimismo, en su voto consideró el apartamiento de la realidad económica como un grave menoscabo a la seguridad jurídica objetiva, derechos de propiedad y defensa en juicio.

La reparación de daños a la persona humana

El voto del Dr. Soria inició sus fundamentos citando el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Ontiveros⁸ por el cual recordó el derecho a la reparación integral con fundamento en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el artículo I de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 4, 5 y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y el 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido resaltó el carácter constitucional y convencional de la reparación integral primero y la reparación plena después. Sostuvo que la reparación integral no se logra si se llega a valores insignificantes como consecuencia de la utilización de facultades discrecionales de parte de los jueces.

Tomó el considerando 6° del voto del Dr. Lorenzetti para decir que tampoco se llega a una reparación plena si el *quantum* de la indemnización no es congruente con la entidad del perjuicio acreditado. También referenció la mención de los criterios ahora plasmados en el artículo 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación; -que si bien no era aplicable en aquel caso, tampoco en este-, con ello reafirmó la corriente doctrinaria que le dio origen. Ello para demostrar que la reparación ha de ser plena e integral por el daño ocasionado a una persona.

⁶ El principio *pro persona* debe considerarse sinónimo de *pro homine*. Nuestra preferencia por la primera, está dada en función de la perspectiva de género.

⁷ Ya definido por la SCBA en *Nidera c/Pcia de Bs As. Daños y Perjuicios Ac 121.134 del 3/05/2018 SCBA*.

⁸ CSJN causa 0.85. *L. Ontiveros Stella Maris c/Prevención ART S.A. y otros s/accidente -inc. y cas. Sent. 10-VIII-2017, cons 4°*.

Aquí pone de resalto la humanidad por sobre todo, lo cual requiere de un criterio de interpretación amplio tendiente a la reparación de los daños padecidos. El hecho de ser un trabajador no limita su derecho a la reparación integral y plena. Si bien esto no es nuevo en la jurisprudencia, es válido resaltar que se reafirma el carácter inherente de la dignidad que conlleva por el solo hecho de ser persona. De lo cual deriva la especial protección a los derechos personalísimos que impide cualquier menoscabo, entre los que se encuentra la disminución de la reparación por la utilización de una base salarial que no se ajusta a la realidad.

La teoría del realismo económico y mención al artículo 772 del CCYCN

Al referirse al crédito reclamado como una deuda de valor, aportó una nueva fundamentación basada en la teoría del realismo económico y mencionó a la ley 24.283. También citó al artículo 772 del Código Civil y Comercial para reafirmar que allí las deudas de valor se encuentran previstas en forma expresa para los créditos como el debatido. Particularmente cita las reglas de justipreciación reguladas en dicha norma.

El justiprecio, su diferenciación con las leyes indexatorias

El justiprecio es un vocablo ya utilizado con anterioridad por el alto tribunal bonaerense en "Nidera"⁹: "...esta Suprema Corte de Justicia ha cuidado de no identificar la estimación de los rubros indemnizatorios a fin de reflejar los valores actuales de los bienes a los que refieren, con la utilización de mecanismos indexatorios, de ajuste o reajuste según índices o de coeficientes de actualización de montos históricos. El matiz diferencial entre ambas modalidades tuvo en cuenta que en la última se está ante una operación matemática, mientras que la primera en principio no consiste estrictamente en eso, sino en el justiprecio de un valor según la realidad económica existente al momento en que se pronuncia el fallo (cita doctrina causas: 58.663 del 13/11/1996, 60.168 del 28/10/1997 y 59.337 del 17/02/1998).

Es decir, entiende que en este fallo son aplicables las normas del realismo económico, expresamente contempladas en el artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación para diferenciar el precio justo, -a través de mantener el valor real, el poder adquisitivo del crédito-, de las indexaciones a las que entiende como una operación matemática realizada a través de índices. Las que se encuentran prohibidas por las leyes 23.928 y 25.561.

Mención de la ley 24.283 de realismo económico

La ley 24.283, del año 1993, adquirió notoriedad por tener un solo artículo. Fue denominada también ley de desindexación. Su propósito era morigerar las injusticias que generaban la aplicación de índices. Asimismo, establecer un mecanismo de equidad debido al desequilibrio que provocaba la indexación en créditos anteriores a la Ley de Convertibilidad, porque ésta no le era alcanzable. Al existir un vacío legal para los casos en trámite, surgió esta norma aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas al momento de su sanción.

El artículo expresamente dice: "1 - Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago. La presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas."

⁹ Nidera c/Pcia de Bs As. Daños y Perjuicios Ac 121.134 del 3/05/2018 SCBA.

Es una ley muy interesante porque señala el tope de las actualizaciones, es decir, nada reclamado con anterioridad a la ley que prohíbe la indexación y transite un juicio puede actualizarse a un valor que supere el real al momento del pago. Podría señalarse que está en desuso -porque en el transcurso del tiempo ya no habría causas con cláusulas de actualización anteriores a la ley de convertibilidad-. Pero es una norma que nos está diciendo que, tomar el valor real al momento del pago, no implica indexación ni desequilibrio hacia alguna de las partes.

Algunos autores denominan a la ley 24.283 de realismo económico, porque introdujo esta doctrina a nuestro sistema jurídico (Saux, Müller, 2005). Negrin y Romero (2010) sostienen que, frente al liberalismo y socialismo, aparece una tercera posición, el realismo económico. Entienden a la economía realista basados en que lo real es el punto de partida para las reflexiones económicas y tomando como ejemplo el devenir cotidiano en todos los campos de la vida, desde las artes, técnicas o en el de las ciencias y en el cual el ser humano es fundamentalmente cooperativo que no busca la ganancia material, sino la consideración social.

Ellos también citan a Karl Polanyi (1886-1964) como autor de la teoría realista, que además considera al capitalismo como una anomalía histórica porque corroe a las relaciones sociales, las que quedan definidas por las relaciones de mercado.

Enfatizan que todas las teorías por si solas no sirven, hacen una conjunción de las tres teorías, lo que nos interesa para parafrasear y trasladarlas al derecho. Se refieren a una economía responsable que vaya más allá de liberales y keynesianos para focalizar la mirada en el sentido común, en la cual la economía real afecta –valga la redundancia- realmente. Así se refieren a la importancia de regenerar una economía de valores más solidaria y menos especulativa para obtener una nueva economía real sostenible.

No pretendemos ser economistas, pero si aplicamos estas concepciones de la economía al derecho, es de gran trascendencia la voluntad de los legisladores al momento de sancionar la ley 24.283. Refleja por donde pasaba el interés y preocupación: el desequilibrio, el injusto resultado, el daño que se producía al deudor, contrariamente a lo que sucede en la actualidad.

Saux y Müller (2005), invitan a no cuestionar los errores que puedan surgir de esta ley porque con ella se pretende “aprehender la realidad desde una perspectiva filosófica que cale hondo en la raíz de los problemas que esta norma persigue reparar... la cuestión es siempre más simple de lo que pensamos o imaginamos; debemos partir de la realidad... y si en la realidad económica de nuestro tiempo sirvió para demostrarnos que durante muchos años vivimos más preocupados por nuestros sueños, la idea de poner hoy las cosas en claro y en su lugar nos coloca a abogados y jueces nuevamente en el desafío de suponer que aún es posible, inclusive con imperfecciones, discernir lo justo de lo injusto; que existen criterios objetivos de justicia; cognoscibles por el intelecto y que pueden servir de medida del obrar humano en sociedad porque si no nos podemos poner de acuerdo acerca de las razones de justicia, la equidad se transforma en un sinsentido”.

El valor real al momento del pago es el valor justo, aplicar valores actuales no implica indexación sea cual fuere la forma de establecer el cálculo. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires le ha dado una interpretación coherente con el ordenamiento y lo denomina justipreciar.

El hecho de mencionar el artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación pese a no encontrarse en vigencia para este caso, implica marcarle el rumbo a los tribunales

inferiores reacios en fallar considerando las deudas de valor. Les señala una norma positiva que deberán tener en cuenta e interpretar junto al ordenamiento jurídico en función de la manda del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El deber del razonamiento lógico

El Dr. de Lázzari, citando a Zannoni, remarca que el juez “teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social del damnificado (lo que no significa arbitrariamente, o en ausencia de normas jurídicas, o en base a sus puros sentimientos), es decir procurando que la condena realice la justicia conmutativa. Tal el significado que debe darse al prudente arbitrio judicial que se reclama en la aplicación de las normas generales... al tiempo de determinar prudencialmente el monto indemnizatorio, todo tribunal debe suministrar los elementos necesarios que permitan deducir las razones que mediaron para que arribara a dicha suma dineraria y no a otra. Es decir, que ha de explicitarse de qué manera las pautas que menciona en las consideraciones del pronunciamiento han incidido en la ulterior determinación”.

Asimismo destaca un voto suyo anterior¹⁰ señalando que “...la indemnización ha de ser más que módica ya que de lo contrario se traduce en un resultado irrazonable, contrario a elementales reglas de la lógica y de la experiencia, que tal solución desvirtúa y torna inoperante la finalidad de las normas que regulan la reparación...”.

Consideramos que la crítica del Dr. de Lázzari apunta a las sentencias influenciadas por el razonamiento del positivismo. Esto es encuadrar o encajar el caso concreto a la norma sin analizar su alcance y consecuencia. En los autos que originaron este fallo puede verse la crítica dada por la utilización de parámetros formalmente válidos (edad, salario, etc) mediante la aplicación de una fórmula también válida o al menos utilizada por la jurisprudencia, pero que conlleva un resultado desacertado. No está en discusión la aplicación técnica, puesto que desde la lógica interna el razonamiento es válido. Sin embargo, la solución es injusta.

El voto del Dr. de Lázzari apunta al razonamiento de justificación externa, es decir, si ese razonamiento es válido con todo el ordenamiento jurídico, lo cual incluye normas y principios. En especial la doctrina citada que establece el derecho a una reparación integral y plena, porque está en juego el daño a una persona humana, protegida por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Con lo cual, el análisis de todo razonamiento debe cumplir con los mandatos constitucionales y convencionales. Dicha interpretación ha de ser conforme a lo querido por el legislador en el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para llegar a este análisis se requiere de una interpretación de principios y no de normas. Lo que refuerza la tesis de la necesidad planteada y defendida por Alexy (2011).

La decisión judicial se encuentra delimitada por dos principios: legalidad, la decisión debe estar fundada en el ordenamiento jurídico, el que queda muy claro en la sentencia. Para estos casos, la prioridad es la persona humana y su derecho a la reparación integral y plena. El segundo principio es la razonabilidad, es decir las justificaciones respecto a las opciones adoptadas para la decisión. Este último, marca los límites del primero, para que el juez no quede sujeto a la literalidad de la norma.

Ello, va en concordancia con lo que señalábamos en el 11° Congreso de Derecho

¹⁰ SCBA: Ac L.67.187 “Franco” sent. De 28-IX-1999

Laboral sobre la importancia de actualizar los créditos como deudas de valor: “Aplicar la teoría valorista en el ámbito laboral implica imparcialidad, para aquellos que abusan del paso del tiempo y no saldan los créditos laborales. Se trata del actuar con prudencia del juez, que al decir de Atienza, es la capacidad intelectual y moral para aplicar los principios al caso concreto. De lo contrario, ante una manifiesta depreciación se cometería la injusticia de premiar a los deudores en perjuicio de los acreedores por su falta de pago en tiempo oportuno”.

El trabajador es sujeto de preferente tutela, por lo tanto, su salario, las indemnizaciones, y demás rubros, -que entendemos como créditos laborales-, tienen la tutela y protección de las normas y principios del Derecho del Trabajo. Sin embargo, a veces no se vislumbra con tanta claridad. Una cosa es analizar desde la teoría abstracta y otra muy distinta su aplicación concreta. Cuando se analiza el aquí y ahora, el quantum del crédito laboral de un determinado trabajador, adquiere relevancia el principio de la equidad. Lo cual tiene una fuerte vinculación con los operadores de justicia.

Sostiene Grisolia (2018) “El carácter general de la ley la torna imperfecta o de difícil aplicación a casos particulares, y es allí donde juega un papel trascendente la equidad: no interviene para juzgar a partir de la ley sino de la justicia que la ley misma está dirigida a realizar”. El fallo de la SCBA va en el mismo sentido que señala este autor, no se trata de una aplicación benevolente de la justicia, sino de “humanizar la aplicación del derecho para evitar resultados injustos”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio considerar su sentido jurídico, lo que, sin prescindir de la letra de la ley, permite no atenerse rigurosamente a ella cuando la hermenéutica razonable y sistemática así lo requiera (Fallos: 303:612, entre muchos otros)...debe acordarse primacía a la búsqueda de la armonización de la ley con su contexto general y los principios y garantías constitucionales, de modo que no se desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción (Fallos: 307:2284, 2320).

La importancia del fallo ante deudas de créditos laborales tarifadas

El voto del Dr. Soria en el considerando III.2.d señaló que “es de recibo el cuestionamiento dirigido a refutar la base salarial que el tribunal de grado estableció para cuantificar el daño material”.

También mencionó que el trabajador reclamó que al menos en la sentencia de primera instancia se tendría que haber tenido en cuenta el salario mínimo vital y móvil al tiempo de su dictado. Sin embargo, la Suprema Corte no se expidió sobre esto, lo que consideramos un acierto oportuno para este caso, tal como lo describimos *infra*.

Volviendo a lo que señaló Soria “refutar la base salarial”, es importante señalar que el salario es la unidad de medida para los créditos laborales. Si bien en los reclamos podemos referir a una división de éstos en dos grandes grupos. Por un lado, el conjunto de rubros a los que el trabajador puede tener derecho relativos a la extinción de la relación laboral. Por el otro, los derivados del reclamo por los daños y perjuicios cuando recurre a una acción común o reparación plena¹¹.

La ley de Contrato de Trabajo no define en forma expresa que es un crédito laboral.

¹¹ en su mayoría conformado por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pueden existir otras causas como discriminación, acoso, etc.

Pero a través de la interpretación de su contenido y otras leyes, podemos afirmar que son créditos laborales aquellos rubros que conforman el salario, como así también las indemnizaciones por despido en sus diversas formas; o por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y las multas aplicadas por incumplimientos del empleador cuyo beneficiario es el trabajador. En definitiva, es toda aquella prestación dineraria que le corresponda percibir al trabajador en su calidad de tal.

Los créditos laborales son originados en contraprestación del trabajo y ello implica acceder a otros derechos a través de los cuales permite una mejor calidad de vida y en plenitud tales como: alimentación adecuada, vivienda digna, salud, acceso a la protección social frente a alguna contingencia, entre otros.

La Corte Suprema de Justicia reconoce a los créditos laborales su carácter alimentario: "... los acreedores laborales que cuentan con una especial tutela, a fin de procurarles la real satisfacción de los créditos adeudados que revisten carácter alimentario. Ello por cuanto no debe tomarse desde la misma perspectiva a un trabajador como a un acreedor financiero o a un acreedor comercial, aunque los dos integren la misma masa pasiva, dado el origen de cada crédito..."¹².

Podría darse la discusión respecto a que, en definitiva, los créditos laborales tarifados constituyen deudas de dinero y no de valor. En este aspecto, coincidimos con Ruiz Fernández (2018) quien señala que "La unidad de valor que la ley establece para la cuantificación de los créditos laborales -tanto los provenientes de la extinción del vínculo como los correspondientes la reparación de accidentes y enfermedades- es el salario del trabajador".

Aunque se establezcan diferencias en los que unos sean tarifadas y los otros no, finalmente el parámetro o unidad de medida que se adopta siempre tiene como punto de partida el salario. Si las indemnizaciones tarifadas tienen como unidad de medida el salario, el salario es una deuda de valor, por ende, dichas indemnizaciones también lo son.

El trabajador tiene derecho a una indemnización justa en cualquier crédito laboral que reclame. Cuando la brecha es muy amplia entre el porcentaje acumulado de la inflación y la tasa de interés aplicada no se ajusta a la realidad, se incumple con el artículo 19 de la Constitución Nacional y su principio "*Alterum non laedere*", además del artículo 17 ya que se ve perjudicado el derecho de propiedad. Por lo tanto, se vulnera el derecho a la indemnización justa establecida en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si nos remitimos a "Vizzoti"¹³, además las condiciones equitativas establecidas en el artículo 14 bis de nuestra Constitución, la Corte entiende que equitativo es igual a justo, en referencia a las pautas reales para la determinación del salario.

La doctrina que se instala en materia laboral a partir de este fallo de la SCBA, es un camino interesante y promisorio que esperamos comience a transitar la justicia bonaerense con alcance a todos los créditos laborales.

El salario mínimo vital y móvil como piso

En el recorrido que realiza el Dr. Soria, describió la petición del actor que reclamaba al menos que el *aquo* hubiera tomado en cuenta el salario mínimo vital y móvil

¹² Fallos 336:908

¹³ Fallos 327:3677

vigente al momento de dictar sentencia para cuantificar el daño material. El voto del Dr. Soria, sin embargo, en su desarrollo nada dijo al respecto. Si lo hizo el Dr. Genoud con su voto negativo.

El fallo de la mayoría no trata un piso mínimo, nivela para arriba y lleva la actualización de la base salarial a valores reales, pero de alguna manera deja una puerta abierta respecto a la utilización del salario mínimo vital y móvil, al que el Dr. Genoud consideró un enfoque novedoso respecto de los términos del reclamo.

El ministro no lo descalificó, sino que marcó la falta de confronte con la condena para que arroje un resultado revelador. Es evidente que la intención de la SCBA no era expedirse al respecto, ya que el contraste es notorio considerando que el ingreso base tomado para el cálculo fue \$509,26, mientras que el salario mínimo vital y móvil vigente al momento de la sentencia era de \$4.400.

Este dato no es menor si se tiene en cuenta que, en el ámbito civil, no solo en la provincia de Buenos Aires, sino en otras también¹⁴, hay cierta unidad de criterio en tomar el salario mínimo vital y móvil vigente al momento de dictar sentencia en primera instancia para el cálculo del lucro cesante cuando no hay parámetros sobre los ingresos.

Vale recordar que la ley 24.013, en su artículo 141, expresamente había prohibido la posibilidad de utilizar el salario mínimo, vital y móvil como índice. No obstante, siendo que brinda una garantía constitucional de protección mínima, este artículo fue derogado por la ley 26.598 en el año 2010.

Llevado al ámbito laboral podría utilizarse para garantizar la dignidad del trabajador cuando el cálculo se realiza con salarios históricos irrazonables, fulminados por la inflación y el transcurso del tiempo.

El salario mínimo vital y móvil podría brindar una pauta objetiva de valor mínimo de equivalencia, o también para el cálculo de una reparación razonable y equitativa si se toma como piso mínimo que no se pueda traspasar. No sería el valor actual, pero tampoco se tendría en cuenta valores que provocan indignación y desprecio por la dignidad del trabajador.

¿Por qué considerar que la SCBA no quiso expedirse, pero deja una puerta abierta? En primer lugar, porque lo menciona, no lo rechaza, ni lo descalifica, guarda silencio y deja ver las diferencias entre el monto a valor histórico y el SMVM al momento de la sentencia de primera instancia.

En segundo lugar, si la Corte se hubiera expedido a favor de la petición del trabajador de considerar el salario mínimo vital y móvil al momento de la sentencia, la reparación sería sumamente inferior. Puesto que el valor real que se tome en cuenta será mucho mayor. El SMVM al momento de la sentencia de primera instancia, año 2015, llevaría como base \$4.400

¹⁴ A modo de ejemplo se puede observar en los siguientes: Expte. SI 34.812 Cámara de Apelación en lo civil y comercial Sala Primera, del Departamento Judicial de San Isidro de fecha 1-12-2018. Expte. MO 42256-2016 RS 40/2020 Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón de fecha 2-4-2020. Expte. 164.033 Cámara de Apelación en lo civil y comercial Sala Primera del Departamento Judicial de Mar del Plata de fecha 21-08-2018. Expte. SI 117.364 Cámara de Apelación en lo civil y comercial Sala Primera del Departamento Judicial de Mercedes de fecha 24-06-2019. Expte. 6.004.997 Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba de fecha 17-09-2019, entre otros.

más tasa pura, o como mucho, más tasa pasiva digital, lo que no sería muy diferente a los 509,26 en la sentencia de primera instancia, en términos de poder adquisitivo. Sin dudas sería una suma considerablemente menor a la que resulte con las pautas de este fallo: valores vigentes en este momento respecto del sueldo que percibiría el trabajador.

No obstante, y considerando que nada puede resultar por debajo de ese mínimo, sumado al tiempo que transcurre desde el inicio de la demanda hasta la sentencia y de ahí hasta la resolución de un recurso extraordinario, -cuya posibilidad es restringida-, el SMVM al momento de la sentencia puede ser un elemento razonable.

Es decir, ante la evaluación de los elementos de argumentación que deba tener el juez para cuantificar la sentencia, tendrá más razonabilidad aplicar el salario mínimo vital y móvil vigente en ese momento - como base mínima o de equivalencia- que tener en cuenta sueldos a valores históricos irritantes como en el caso de autos.

Los derechos implícitos: el principio pro persona y el plazo razonable

Cabe preguntarse luego del análisis del fallo, ¿cuál fue el verdadero motivo que generó la vulneración a los derechos que la Corte intenta proteger? ¿Puede realmente hablarse de una reparación justa, plena, integral, en una persona con incapacidad total desde el año 1999, aunque ella sea a valores reales?

Pasaron 21 años desde el accidente, sus necesidades y la asistencia no pudieron esperar, seguramente hubiera requerido de esta reparación para seguir con su vida adelante. Era una persona muy joven, solo 23 años, podría haberse interesado por realizar una carrera que en la actualidad estaría consolidada, tal vez no, pero seguramente en este tiempo ha querido intentar cosas distintas para paliar su nueva forma de vida que se vieron impedidas por su falta de ingresos, quizás hasta la propia subsistencia. Por un momento, ¿podemos empatizar y pensar que haríamos, o quisiéramos hacer si algo así nos pasara? En fin, podríamos conjeturar muchas hipótesis que también podrían ser fácilmente desechables.

A pesar de lograr un fallo a valores reales, ¿ciertamente se puede hablar de justicia después de 21 años?, tengamos en cuenta que todavía falta el nuevo fallo que debe dictar primera instancia, quedar firme y consentido.

Pero además de los inconvenientes que genera y/o podamos imaginar, que puedan suceder en una espera de más de veinte años con una incapacidad total. No podemos olvidar que nuestro país históricamente ha padecido procesos inflacionarios desde sus inicios. Entonces hay un doble agravamiento, por un lado, el transcurso del tiempo fulmina el poder adquisitivo del crédito, por el otro, hay necesidades que no pueden esperar más de veinte años sin ser cubiertas.

Por qué no decir también, el derecho de ambas partes, actor y demandado a un pronunciamiento definitivo.

De Lazzari dice que el apartamiento de la realidad económica es un grave menoscabo a la seguridad jurídica objetiva, derechos de propiedad y defensa en juicio. Es decir, se está refiriendo a la tutela judicial efectiva. Asimismo, al igual que el Dr. Soria, se refiere al daño a la persona humana la que está por encima de cualquier otra cuestión.

Lo que tratamos de decir es que, si se tienen en cuenta todos los aspectos que el fallo analiza, podemos señalar que hay como mínimo dos derechos implícitos que emergen de su doctrina: el plazo razonable y el principio pro persona.

El principio pro persona

Cuando se refiere a la reparación del daño a la persona humana, se está refiriendo al principio pro persona que tiene rango constitucional por el art. 75 inc. 22, es un faro orientativo para la aplicación e interpretación de las leyes, un criterio de valoración que opera como filtro. Aquello que no atravesase ese filtro, o haga una interpretación restrictiva es inconstitucional, por eso su interpretación debe ser amplia. Así se desprende de los fundamentos.

Vale recordar en igual sentido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera la interpretación desde los efectos que pueda generar y deja en claro que se debe “resguardar desde el mejor ángulo para la protección de la persona”.

Ello también concuerda con lo dicho por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en Madorrán, que ratifica la doctrina de la propia Corte en “Bercaitz: “tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (Fallos: 289: 430, 436; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 3°). No fue por azar que este precedente se originó en el contexto de los derechos sociales de la norma citada; tampoco es por ese motivo que la justicia social se ha integrado *expressis verbis*, en 1994, a la Constitución Nacional (art. 75.23; "Aquino", cit., p. 3777/3778).

Sin dudas, la doctrina que emana del fallo de la SCBA analizado, concuerda con el alto tribunal que establece la centralidad del ser humano y el concepto pro persona al tomar el *indubio pro justitia socialis* como eje orientativo de interpretación de normas que hagan posible el desarrollo de la persona con dignidad, la que califica como excelsa. Es decir, no solo las normas deben resguardar la dignidad de una persona, sino que ésta tiene privilegio por sobre cualquier otra condición.

El derecho al plazo razonable

La vulneración al plazo razonable es una realidad que lleva a muchas personas a abandonar o desistir de sus derechos fundamentales. La necesidad de subsistencia inmediata desalienta la idea de continuar con un proceso interminable, lo cual, en muchas ocasiones lleva a acuerdos injustos y/o sentencias que no pasan por el filtro de los principios esbozados en este fallo y no están en condiciones de esperar un recurso extraordinario.

Vale tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece cuales son los criterios a considerar para que se cumpla el plazo razonable: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, y conducta de las autoridades judiciales¹⁵.

No hay un plazo cierto, sino que depende de cada caso si el tiempo transcurrido vulnera el plazo razonable o no. No obstante, podríamos afirmar que esperar más de veinte años para una reparación de incapacidad total sin dudas afecta el derecho al plazo razonable que surge implícitamente de la sentencia.

¹⁵ Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, supra nota 46, párr. 77; Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párr. 102, Caso Escué Zapata Vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 165, párr. 102, Caso Kimel, supra nota 48, párr. 97 en Thea, 2009.

Conclusiones

De acuerdo al análisis del fallo de la SCBA, consideramos se desprenden los siguientes lineamientos sean en forma explícita o implícita:

El salario es la unidad de medida para el cálculo de los créditos laborales. La equidad, razonabilidad, suficiencia del salario, *pro persona*, el plazo razonable, son principios estrechamente vinculados a la protección del crédito laboral; para que sea efectivo, justo, no pierda su naturaleza alimentaria ni la posibilidad del trabajador de acceder a otros derechos y bienes para una vida digna y decorosa. Por lo tanto, son deudas de valor.

Las deudas de valor se deben justipreciar, es decir llevar a valores reales para alcanzar el monto justo. La Ley 24.283 que incorporó en nuestro país la teoría del realismo económico, le facilita al juzgador la posibilidad de establecer criterios objetivos para impartir justicia con equidad.

El juez debe fundar sus sentencias con razonabilidad lógica y teniendo en cuenta la realidad imperante. Sus fundamentos contendrán las consideraciones que lo llevaron a la decisión adoptada. Es insuficiente la descripción de elementos que no se ajusten a una cuantificación adecuada a la realidad económica. El apartamiento a la misma implica un menoscabo a la verdad jurídica objetiva y conculca derechos fundamentales.

El salario mínimo vital y móvil es el piso inderogable a tener en cuenta. Si la justicia no falla conforme a pautas reales, no debería hacerlo por menos de su valor vigente al momento de dictar sentencia.

El principio *pro persona* adquiere relevancia. La elección de la norma aplicable en función de los valores, principios y todo el ordenamiento jurídico ha de tener en cuenta lo que resulte más beneficioso para la persona humana. Esa hermenéutica no solo está dada por las leyes positivas, sino también por los principios generales y las costumbres.

La garantía al plazo razonable es transversal a todos los fueros y niveles de la justicia y a todos los actores: incluye el compromiso de jueces, funcionarios, empleados del poder judicial, auxiliares de la justicia y los abogados de las partes.

Bibliografía

Alexy, Roberto (2011) *“Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”* Revista Española de Derecho Constitucional issn: 0211-5743, núm. 91, enero-abril (2011), págs. 11-29.

Baldoni, María Clarisa (2019) *“Los créditos laborales como deudas de valor. La función social del juez como agente justo. Perspectiva en el ámbito bonaerense”*. Ponencia presentada en “11º Congreso de Derecho del Laboral y Relaciones del Trabajo en homenaje a Santiago J. Rubinstein, en recuerdo de Estela M. Ferreirós y Pedro F. Nuñez, Mar del Plata 7, 8 y 9 de noviembre de 2019”. Disponible en <http://p8000268.ferozo.com/MDQ-2019/BALDONI-CREDITOS%20LABORALES%20COMO%20DEUDA%20DE%20VALOR.pdf>.

Ruiz Fernández Ramiro (2018) *“Desvalorización de los créditos laborales. La naturaleza indemnizatoria - Deuda de valor y suficiencia de la tasa de interés 'el elefante en la habitación”* en Revista de Derecho Laboral 2018-2 Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Grisolía Julio (2018) "Relaciones del Trabajo, Justicia, Equidad" recuperado de <http://revista-ideides.com/relaciones-del-trabajo-justicia-y-equidad/> el 2 de julio de 2020.

Negrín, José & Romero, Gemma. (2010). "*Distributismo, economía neutral o realismo económico: la persona lo primero ante la crisis*" recuperado de https://www.researchgate.net/publication/277313608_DISTRIBUTISMO_ECONOMIA_NATURAL_O_REALISMO_ECONOMICO_LA_PERSONA_LO_PRIMERO_ANTE_LA_CRISIS_DISTRIBUTISMO_NATURAL_ECONOMY_OR_ECONOMIC_REALISM_THE_PERSON_AS_THE_BACKBONE_OF_CRISIS/citation/download el 3 de julio de 2020.

Porras Alfredo (2014) "Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad" recuperado de http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Porras_Decision_razonablemente_fundada.pdf el 8 de julio de 2020.

Thea Gastón Federico (2009) "*Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas*" recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea_las_garantias_debido_proceso.htm el 10 de julio de 2020.

Saux Edgardo, Müller Enrique (2005) "Responsabilidad civil contractual y aquiliana" Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

~~

Los tipos penales aplicables en caso de incumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio en torno al COVID19¹

Por David Rosende²

Sumario: Introducción - Análisis de los delitos expresados en el artículo 4 del decreto 297/2020 - Aplicación de las figuras penales de los artículos 202 y 203 del Código Penal - Posibilidad de concurso entre figuras penales del arts. 239, 205, 202, 203 CP- Conclusiones

I- Introducción:

El Poder Ejecutivo Nacional, con fecha 20 de marzo de 2020, publica en el Boletín Oficial el decreto de necesidad y urgencia numero 297/2020.-

En términos generales, el mismo tiene como finalidad, a los fines de salvaguardar a la población, un aislamiento preventivo y obligatorio de la misma, salvo excepciones expresamente dispuestas en el decreto, con la posibilidad de ampliación a futuro en virtud de la particularidad de determinados sectores y actividades, primordialmente en lo que tiene que ver con servicios esenciales y alimentación. -

Dentro de dicha normativa, deviene en necesidad a la hora de tomar una medida de prevención de carácter general y alto impacto, conforme las experiencias vividas en otros países en donde la pandemia se ha desarrollado y recomendaciones realizadas por la propia Organización Mundial de la Salud. -

El espíritu del decreto debe ser siempre entendido que se pretende que la mayor cantidad de población no circule por la calle, salvo que sea estrictamente necesario, como ser para la procuración de alimentos, medicamentos, etc., o bien, que tengan que cumplir un servicio considerado esencial, o se encuentren exceptuados conforme se detalla en el artículo 6 del decreto, y las posteriores normas que lo complementan por la especificidad que se trate. -

Ahora bien, ante el incumplimiento de la medida dispuesta por el PEN, en su artículo 4, expresa que en caso de infracción de la norma se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

En dicho orden de ideas, el objetivo del presente trabajo es poder desasnar, en primer lugar, la extensión de dichas figuras a los fines de su configuración como delitos, y por otro lado, la posibilidad, en virtud de las diversas conductas desplegadas por el sujeto activo, de concursar en otras figuras legales, o bien configurar autónomamente otro delito no previsto, “prima facie” por el mentado artículo, pero que el magistrado sobre la base del

¹ Publicado originalmente el 27 de julio de 2020 en <https://www.grupoprofessional.com.ar/blog/los-tipos-penales-aplicables-en-caso-de-incumplimiento-del-aislamiento-social-preventivo-y-obligatorio-en-torno-al-covid19/>

² Abogado (UBA) - Mediador Prejudicial en Provincia Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal – Autor de libros: “Practica del Proceso Penal en Provincia Buenos Aires”, Ediciones del País (2016), “Practica del Debate Oral en provincia Buenos Aires”, Editorial DyD (2019). Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de Quilmes. Investigador de la Fundación CIJUSO (Colproba)

principio *lura Novit Curia* no podrá desconocer para su aplicación.-

II- Análisis de los delitos expresados en el artículo 4 del decreto 297/2020

El art. 4 del decreto 297/2020 establece como penalidades a la violación del aislamiento social, preventivo y obligatorio, la aplicación de los tipos penales dispuestos en los art. 205 y 239 del Código Penal. -

En este caso, hay que tener presente que dichos artículos, se encuentran en títulos diferentes de la norma de fondo, y por ende la protección del bien jurídico no es la misma en ambos, sin perjuicio que se requieren una serie de requisitos para que se configure, como asimismo la posibilidad que ambas figuras concursen entre sí. -

A) Violación de medidas sanitarias dispuesta por autoridad competente (Infracción al art. 205 CP)

El título VII del Código Penal, tiene como protección el bien jurídico de la seguridad pública, y dentro del mismo encontramos una de las dos figuras penales que hace alusión el decreto 297/2020, a saber:

“ARTICULO 205. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

A continuación, realizaremos el correspondiente análisis de la figura penal:

1- Acción o conducta penalmente reprochable: Violar las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Para nuestro caso concreto, se configuraría con el hecho de salir del lugar donde el sujeto debe cumplir la cuarentena, y que el mismo no se encuentre incurso en las causales de excepción del art. 6 del decreto 297/2020 y demás normas dictadas por los organismos competentes como excepción. -

2- Sujeto activo del delito: La figura penal no exige un sujeto activo calificado, esto es, cualquier persona dentro del territorio argentino que cometa la acción, es considerado infractor a la norma legal. –

3- Sujeto pasivo del delito: Aquí no se trata de un sujeto pasivo específico, habida cuenta que la infracción no se estaría haciendo contra una o varias personas, sino que sería contra el Estado, como representante de la sociedad en general. Esto siempre teniendo en cuenta que el fin del decreto nacional es proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado (Conf. Art. 1 decreto 297/2020)

4- Tipo penal:

a) **Subjetivo:** Es una figura dolosa, es decir tiene que haber en el sujeto activo conocimiento y voluntad de estar cometiendo la conducta penalmente reprochable

b) **Objetivo:** Se requiere la existencia de una medida tomada por autoridad competente. En este caso, la medida es dispuesta por un DNU, que, si bien es firmado por el Presidente, el mismo es refrendado por los demás Ministros, y previamente consultado por la autoridad sanitaria que aconseja esta medida excepcional.

Este tipo penal, es considerado de los denominados “Tipo penal en blanco”, en el sentido que no surge de la misma norma, en virtud del universo de medidas y autoridades que pudieran dictarlas, en forma detallada “la medida específica” o “la autoridad competente específica”, sino que el contenido es integrado por, en este caso, un decreto de necesidad y urgencia, que termina de complementar la normativa penal. -

5- Figura de la tentativa: Entendemos que no admite la figura en análisis la posibilidad de la tentativa, ya que el solo hecho de salir del lugar de cumplimiento de la medida excepcional, sin estar alcanzado por las excepciones, configura el delito. -

6- Desistimiento voluntario: Sin perjuicio de rechazar la figura de la tentativa, entendemos que puede operar el desistimiento voluntario, siempre que el sujeto activo lo haga por propia voluntad y sin ser ante la presencia de la prevención de las fuerzas de seguridad.

7- Causal de justificación: Como se viene expresando, el solo hecho de salir del lugar de la cuarentena, implica la configuración de delito, salvo que por la actividad que se desarrolle o la acción que realiza el sujeto activo se encuentre dentro de las excepciones del decreto 297/2020.-

Cabe aclarar que dicho decreto es un marco normativo general, en especial lo que hace a las excepciones, ya que, con posterioridad, en uso de sus facultades, los diversos organismos, sean Ministerios, secretarías, etc. del poder ejecutivo nacional y provincial, han reglamentado o ampliado el espectro de las excepciones.

Con esto queremos hacer referencia, que dentro de la teoría del Delito, a la hora de realizar el análisis de la antijuricidad, se deberá tener en cuenta las excepciones al aislamiento, como norma permisiva y por ende la conducta no pasaría este filtro, es decir, no sería delito por estar autorizada por la normativa legal a modo de excepción. -

8- Error de prohibición: A esta altura del análisis nos preguntamos si, mas allá del ingenio del supuesto infractor frente a las fuerzas policiales de intentar justificar su accionar, podría alegar el desconocimiento de la medida en general en un caso, o bien, alegar que el creyó que su actividad se encontraba dentro de las excepciones y por ende podía transitar libremente a su destino. -

Es importante destacar, que el primer supuesto, es decir, el desconocimiento total de la normativa, a esta altura y por más lejano que se encuentre el sujeto, debe ser rechazado. No hay medio de comunicación que hoy no trate el tema del aislamiento. Quizá si, podría ser utilizado a las horas o el primer día, teniendo en cuenta que no sabía cuando entraba en vigencia el decreto nacional, si es que se encontraba en circulación. Un ejemplo sería si el sujeto comienza a circular desde una provincia a otra, el domicilio lo tiene en la segunda provincia, y la vigencia del decreto, al pasar las cero horas, lo toma en circulación en medio del camino, pero salvo esa situación, no amerita mayor análisis, y menos aun a la fecha a más de un mes de vigencia de la medida. -

El segundo caso, es que el sujeto alegue que el creyó que la circulación sí era posible para él, por entender que se encontraba dentro de las excepciones. -

En dicha situación, debe tenerse presente que la norma puede llegar a ser ambigua a la hora de interpretarse, en especial cuando se habla de “actividades esenciales”. Pero, sucede lo mismo que el primer caso, ello podría ocurrir al principio, en donde había desconcierto y posteriormente organismos nacionales y provinciales debieron aclarar situaciones especiales, como lo ha hecho Desarrollo Social con el régimen de comunicación

entre progenitores no convivientes. -

No obstante ello, en cada caso se tendrá que contemplar objetivamente si el sujeto activo tuvo posibilidad de recurrir a una fuente fidedigna de información para poder sortear su error.

En este caso deberá primar un tema subjetivo, cual es el nivel de instrucción de la persona, y por otro lado con qué recursos contaba para poder informarse. No es lo mismo una persona que solo tiene acceso a comentarios de vecinos, que quien tiene conexión a televisión, radio o internet. –

B) Delito de desobediencia (Art. 239 CP)

El delito de desobediencia, a diferencia de la infracción al art. 205, se encuentra ubicado en el título XI del Código Penal de la Nación, denominado “Delitos contra la administración Pública”

El mismo refiere: *“Artículo 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”*

El delito de desobediencia es una figura penal muy utilizada en sede judicial, cuando un magistrado dispone alguna orden judicial y la misma no es cumplimentada por el destinatario. -

Es muy común observar la utilización de esta figura penal en los casos de violencia doméstica o de género, en donde el magistrado impone una medida cautelar como es la exclusión del hogar o restricción de acercamiento del agresor, y éste la incumple. -

Análisis de la figura penal:

1- Acción o conducta: Esta figura tiene dos conductas, la de “resistir” Y “desobedecer” a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones.

La resistencia al accionar del funcionario público tiene que ver con oponer por parte del sujeto activo algún tipo de fuerza, sea en forma activa o en forma pasiva, para que aquel no pueda llevar adelante la labor encomendada. Ej. Un sujeto va a ser arrestado, y este comienza a propinar golpes al policía. Otro ejemplo, es que al ser arrestado la persona se queda tirado en el piso, impidiendo o dificultando que se lleve a cabo la aprehensión. -

Para el caso de la Desobediencia, opera cuando el sujeto activo del delito se niega intencionalmente al cumplimiento de la medida dispuesta por la autoridad judicial o administrativa.

Para nuestro caso, la desobediencia se configuraría cuando el sujeto no acata la medida de permanecer en aislamiento, y sin estar dentro de las excepciones de tránsito vigente, sale de aquel, haciendo caso omiso a la disposición de la autoridad competente. -

2- Sujeto activo: Cualquier persona que se encuentre en la República Argentina, mientras dure la cuarentena y no esté alcanzado dentro de las excepciones de salida. -

3- Sujeto pasivo: Se requiere la figura del funcionario público. En este caso el control es realizado por las fuerzas de seguridad. -

4- Tipo penal

a) Tipo subjetivo: Es una figura dolosa. Se requiere conocimiento e intención por parte del sujeto activo

b) Tipo objetivo: Dentro del tipo penal, surgen dos elementos necesarios para que se configure el delito:

- **Existencia de un Funcionario publico:** El art. 77 del Código Penal define *“Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”*.

Es claro que para el caso que nos ocupa, se trata de aquel personal de las fuerzas de seguridad que ejerzan el control, sea de manera accidental o bien dentro de un operativo programado. -

- **En ejercicio legitimo de sus funciones:** Este ítem tiene que ver con la cadena de mando en que se enmarcan las actividades de las fuerzas policiales. Con esto se quiere hacer referencia que el funcionario público solo debe constatar que la persona no se encuentra dentro de las excepciones y poner a disposición del órgano judicial, no debe de ningún modo extralimitarse en su accionar, menos aun abusar de su calidad de funcionario público.

En nuestro caso, es legitimo el accionar de toda fuerza de seguridad, no solo nacional, sino también provincial y municipal para poder ejercer el control del cumplimiento de lo dispuesto en el decreto

5- Tentativa: No admite la figura de la tentativa

III- Aplicación de las figuras penales de los artículos 202 y 203 del Código Penal

Es muy claro el art. 4 del decreto 297/2020 al establecer como sanción ante el incumplimiento de la conducta establecida en el art. 1 del mismo cuerpo legal, las figuras penales de los delitos establecidos en los art. 205 y 239 del Código Penal. -

Ahora bien, no menos cierto es que dentro del plexo normativo penal, y más aun dentro del Capítulo IV de la norma penal de fondo, titulado *“Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas”*, encontramos dos figuras penales que aun a nivel mediático no han tenido mayor asidero, pero entendemos que en cuanto a medida que vayan arribando ante los magistrados las infracciones labradas en torno del decreto 297/2020, serán tenidas en cuenta en referencia al encuadre legal de las conductas desplegadas por los agentes. -

Estamos haciendo alusión específicamente a las figuras establecidas en los artículos 202 y 203 del Código Penal de la Nación. -

En dicho orden de ideas, el artículo 202 CP hace referencia a la propagación de una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas. -

Por otra parte, el artículo 203 CP hace referencia a la misma conducta, pero introduce que el modo de realizar la acción es por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo

Como primer análisis, introductorio, podemos adelantar que la figura del art. 202 CP es dolosa, mientras que la del art. 203 CP es culposa. -

En la figura del art. 205 se requiere necesariamente, como elemento constitutivo del tipo penal objetivo la existencia de una medida de autoridad competente, en nuestro caso dicha medida no es más ni menos que el decreto 297/2020, en donde su artículo 1 dispone el aislamiento social preventivo y obligatorio. -

Ahora bien, dicha medida impartida por la autoridad para ser efectiva debe estar oficializada y publicitada por un medio oficial, es por ello que el mencionado decreto que contiene la medida se publica en el Boletín Oficial, con fecha 20-03-2020.-

Así las cosas, aun antes que esto sucediere, es decir, antes de la publicación del decreto en cuestión en el Boletín Oficial, surge el interrogante de qué sucede y en especial si las conductas desplegadas por determinadas personas pueden encuadrar en alguna de las figuras del art. 202 o 203 del CP.-

En tal sentido, resulta evidente que el mundo no podía desconocer desde fines de 2019 la existencia del COVID19, y menos aun cuando el mismo iba avanzando en países de Europa primero con fines devastadores, y luego comenzando en América. -

Ello así, surge el interrogante de qué sucede cuando una persona a sabiendas de haber estado en uno de esos lugares de máximo contagio (Vgr. Italia, España), cuando vuelve a su país, no se autoaisla (léase, comienza una cuarentena), y propaga la enfermedad.

Aquí hay que diferenciar dos situaciones:

Una que tiene que ver con un sujeto que efectivamente tiene conocimiento que esta contagiado y sale al exterior, aun sin haber una medida dispuesta por autoridad competente para aislamiento obligatorio, y contagia a otras personas

En este caso, es evidentemente la aplicación de la figura del art. 202 CP porque hay conocimiento y voluntad del sujeto activo a contagiar. Aunque más no sea un caso de dolo eventual, pues más allá de no tener la plena certeza que contagiara, el mismo no toma los recaudos sabiendo que padece la enfermedad, y propaga la misma al contacto con otras personas. -

Otra situación, es el caso que una persona infectada, propaga la enfermedad por no tomar los recaudos necesarios para prevenir el contagio, como sería no usar barbijo, no realizar cuarentena, pero que el mismo no lo hace adrede, sino que lo lleva adelante por una cuestión de negligencia o impericia, aplicándose de este modo el art. 203 del CP.-

En suma, el accionar es el mismo en ambas figuras, lo que cambia es que en una hay intención de propagar la enfermedad (art. 202 CP), con conocimiento y voluntad del agente (Dolo), mientras que en la otra esto último no existe, sino que se trata de no haber tomado los recaudos necesarios para evitarlos (Culpa).

En este último caso también se incorporan a profesionales, como bien podrían ser médicos o enfermeros que a la hora de tratar con pacientes con dicha enfermedad no tomen

los cuidados necesarios y propaguen la enfermedad. -

A mayor abundamiento, a continuación se realizará análisis de las figuras de los arts. 202 y 203 CP:

Análisis figura art. 202 CP:

Artículo 202 CP: *“Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”*

a) Acción o conducta: Propagar enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas. Conforme las previsiones de la OMS, el COVID19 se contagia a través del contacto personas entre las personas, mediante las mucosas de los ojos, boca o nariz, por la emisión de gotas de saliva de la persona infectada al hablar, las cuales quedan e impregnadas en la superficie por determinado tiempo, y son levantadas por los sujetos activos, cuando estos se acercan, principalmente sus manos, a sus ojos, boca o nariz. Una conducta típica sería la de toser en la cara a una persona no infectada por parte de quien sí lo está. -

b) Tipo penal:

1- Subjetivo: Requiere conocimiento y voluntad del agente (Dolo), que es portador de la enfermedad

2- Objetivo: Enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas. El Covid19 ha sido declarada pandemia por la OMS y peligrosa para los seres humanos

c) Sujeto activo: Persona portadora de la enfermedad peligrosa y contagiosa

d) Sujeto pasivo: Cualquier ser humano. No se exige sujeto pasivo calificado para configurar el delito

e) Tentativa: No admite la figura de la tentativa

f) Dolo eventual: Es admisible la figura del dolo eventual

Análisis de la figura del Artículo 203 CP: *“Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años”.*

a) Acción o conducta: propagar enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas (remisión a la conducta descrita en el art.202 CP)

b) Tipo penal:

1- Subjetivo: imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo. El modo comisivo es la culpa

2- Objetivo: Ídem art. 202 CP

c) **Sujeto activo:** Persona portadora de la enfermedad peligrosa y contagiosa, que no necesariamente sabe que es portador (Ej. Quien no cuenta con testeo correspondiente). Aquí hay que tener en cuenta que en caso que el sujeto haya estado con personas que tenían COVID19, la probabilidad que la tenga es mayor, por lo tanto, puede operar la figura del art. 202 CP en la modalidad de dolo eventual

d) **Sujeto pasivo:** Cualquier ser humano. No se exige sujeto pasivo calificado para configurar el delito.

IV- Posibilidad de concurso entre figuras penales de los arts. 239, 205, 202, 203 CP

Finalmente, nos queda evaluar si las figuras penales que establece el decreto 297/2020, a saber 239 Y 205, podrían llegar a concursar con las figuras del art. 202 y 203 CP, y en caso afirmativo que tipo de concurso, ideal o real. -

Para poder graficar mejor este tema, pondremos algunos ejemplos, dentro de las variadas posibilidades que pueden surgir en la práctica:

EJEMPLO 1:

Una persona regresa al país proveniente de Europa, donde las personas con las que estaba fueron diagnosticadas con COVID19. Esta persona tiene alguno de los síntomas del COVID19, como ser fiebre y tos seca, sale a la calle, encontrándose vigente el decreto 297/2020 en cuenta el aislamiento social preventivo y obligatorio, se dirige al supermercado sin ningún tipo de recaudo, como ser barbijo, guantes, etc., y contagia a personal del comercio. -

En este caso es evidente que si bien tenía una causa válida y dentro de las excepciones para romper el aislamiento (ir al supermercado para abastecerse de comida), y por ende no encuadraría en los delitos del art. 239 y 205 CP, pero sí mínimamente encuadraría en la figura culposa de propagación del delito (Art. 203 CP)

No obstante ello, si la conducta desplegada por el agente se encuentra dentro del dolo eventual (en cuanto a que el agente tenía conocimiento de ser muy probable que el mismo también tenía Covid19 en virtud de los antecedentes, y aun así continuo con su accionar y contagia a terceros), se encuadraría en la figura del art. 202 CP)

EJEMPLO 2:

Un sujeto sabe que tiene COVID19, por haber así sido diagnosticado, sale a dar un paseo en vehículo, sin estar su actividad dentro de las excepciones para romper el aislamiento social, encontrándose vigente el decreto 297/2020. Es detenido por personal policial, no puede acreditar autorización para circular, el mismo intenta dar excusas infundadas en cuestiones de hecho ni derecho. -

En este caso es evidente que confluyen las conductas del art. 205 (violación medidas de autoridad para propagar epidemia), art.203 (Desobediencia), art. 202 (propagación de enfermedad contagiosa). En este caso opera un concurso de delitos. -

Entendemos que el concurso debe ser real de los delitos, en cuanto a que en este caso hay diversas conductas que encuadran en delitos diferentes. (Art. 54 CP), POR LO TANTO, SE FIJARÁ LA PENA MAYOR.

CUADRO: Resumen de las figuras penales aplicables a acciones que infrinjan aislamiento social COVID19

ART. 239	DESOBEDIENCIA	15 días a 1 año de prisión
ART. 202	PROPAGAR DOLOSAMENTE ENFERMEDAD O CONTAGIO	3 a 15 años prisión o reclusión
ART. 203	PROPAGAR DOLOSAMENTE ENFERMEDAD O CONTAGIO	- Multa de \$ 5000 a 100.000 - 6 meses a 5 años de prisión en caso de muerte -
ART. 205	VIOLACION MEDIDAS AUTORIDAD COMPETENTE PARA IMPEDIR PROPAGACION EPIDEMIA	6 meses a dos años de prisión

V- Conclusiones:

El mundo nunca volverá a ser igual después del paso de las acciones en torno al COVID19, y por consecuencia, el mundo jurídico tampoco lo será. -

Desde el 20 de marzo de 2020, se estableció un aislamiento social preventivo y obligatorio mediante el decreto de necesidad y urgencia 297/2020, el cual es de cumplimiento inmediato, además de obligatorio, y solo admite determinadas excepciones. -

Es importante destacar que, al principio, dicha normativa pudo haber traído conflictos de interpretación, en especial a lo que hace a aquellas actividades consideradas esenciales o bien a algunas actividades que si bien no eran esenciales hacían a la cadena o el proceso que si lo son. -

Dentro de dicha medida excepcional deviene necesario determinar algún tipo de sanción penal en caso de cumplimiento, y es así como surgen las figuras penales de los art. 239 y 205 CP.-

No obstante ello, como es harto sabido, el código penal es un cuerpo legal que debe ser interpretado en su conjunto y no de manera aislada, es por ello que surge la necesidad, a la hora de establecer la calificación legal y ver los diferentes supuestos que se vayan suscitando la ampliación al encuadre jurídico, como es la apertura a las figuras de los art. 202 y 203 del Código Penal, sin perjuicio que las misma puedan concursar con las de los arts. 239 y 205 CP.-

Dicho análisis necesariamente deberá ser realizado por el organismo judicial correspondiente, que en este caso será la justicia federal. -

Por último, quisiera destacar que un mayor poder de control de poder por parte del Poder Ejecutivo a las fuerzas de seguridad no implica violación alguna a garantías constitucionales y procesales de las personas que cometan las acciones jurídicamente

reprochables, limitándose necesariamente a poner a disposición de las autoridades correspondientes a los infractores. -

Bibliografía consultada:

- DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte Especial" Tomo 2-C. Rubinzal-Culzoni Editores
- NUÑEZ, Ricardo, "Manuela de Derecho Penal.", Parte Especial. Ed. Marcos Ledner Editora
- ZAFARONI, RICARDO RAUL, "Manuela de Derecho penal. Parte General" Ed. Ediar
- Código Penal de la Nación (www.infoleg.gov.ar)

~ ~

Resumen

En los países sudamericanos donde se ha reconocido e instaurado una “justicia comunitaria” con fundamento último en la preservación de la identidad cultural de pueblos nativos, en paralelo con la justicia ordinaria del Estado, se presenta una multiplicidad de sistemas de enjuiciamiento que –a costa de poner en riesgo derechos individuales fundamentales- reivindica el derecho colectivo de los pueblos originarios a preservar tal identidad y pureza cultural. El fenómeno de los linchamientos populares ocurridos en Bolivia, en crecimiento considerable en los últimos años, asociado en su justificación a esa pretendida forma de “justicia comunitaria”, es muestra de, al menos, dos problemas que atañen a la plena vigencia de los derechos humanos en un Estado de Derecho: (i) uno de orden práctico o formal, cual es el del desfasaje en términos de coordinación que sería deseable y aún subsiste entre ambas jurisdicciones –la ordinaria y la aborígen-, y (ii) otro que atañe al fondo, en tanto que el reconocimiento constitucional de tales formas de justicia ancestral donde el centro es la comunidad y no el individuo, pone de manifiesto en los hechos los difusos límites del derecho colectivo de los pueblos en colisión con los derechos humanos fundamentales de orden individual. Sin querer abordar la posible conexión causal entre el fenómeno violencia justiciera y la inoperancia de la justicia legalmente instaurada, sea cual fuere ésta; este trabajo se propone indagar a grandes rasgos sobre la relación entre derechos colectivos y derechos individuales en el Estado “plurinacional” de Bolivia que así funciona con múltiples sistemas normativos y ámbitos jurisdiccionales. También analizar cómo se complementa tal derecho comunitario –traducido en la facultad jurisdiccional de aplicar las normas y costumbres ancestrales- con en el derecho interno estatal y el régimen jurídico internacional protectorios de los derechos humanos.

SUMARIO: I. Introducción. – II. La violencia colectiva como exceso de la “justicia comunitaria”. Multiculturalismo y Derechos comunitarios. – a) Los linchamientos en el estado “plurinacional”. Proyecciones a partir del caso “Uncía”. – b) Justicia comunitaria, facultades jurisdiccionales y exceso de Poder. La licuación del Estado de Derecho. – c) Los derechos comunitarios: su preeminencia (ideológica) en el derecho interno boliviano y las tensiones con el derecho internacional. – III. Dos problemas imbricados: la inoperatividad del sistema plurinacional y la colisión sustancial de derechos. – a) Jurisdicción ordinaria y la justicia comunitaria: el desfasaje operativo en la implementación de competencias. – b) La concepción de los derechos comunitarios en el contexto del estado constitucional democrático y plurinacional. Límites difusos y colisión con los derechos individuales. – IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo dirigido al análisis de la interrelación entre derechos comunitarios

¹ Trabajo publicado originalmente en el portal Academia.Edu ([https://www.academia.edu/11228910/LA JUSTICIA COMUNITARIA EN EL MODELO DE ESTADO PLURINACIONAL](https://www.academia.edu/11228910/LA_JUSTICIA_COMUNITARIA_EN_EL_MODELO_DE_ESTADO_PLURINACIONAL))

² Abogado egresado de la Universidad de Morón. Ganador Premio Estímulo de la ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES (Año 2006). Docente e investigador. Doctorando por la Universidad de Morón. Director Honorario del Instituto de Metodología de la Investigación del CAM desde 2013.

o colectivos y derechos humanos individuales, cuyas fricciones pueden apreciarse como desafíos actuales que presenta el multiculturalismo propiciado en los países centro andinos³, toma como punto de partida la problemática de los linchamientos (y en particular, el caso boliviano) no en forma aleatoria ni tampoco absolutamente arbitraria. Tal elección más bien ha obedecido al hecho particular que en Bolivia en los últimos años⁴ ha recrudecido este mediático fenómeno de violencia popular, tal como lo reseñan diversos trabajos de investigación⁵ dedicados especialmente a esta forma de desborde social. Estos trabajos, sumados a publicaciones periodísticas⁶, informes de ONG⁷ e incluso los propios informes de la Defensoría del Pueblo⁸ indican además que tal recrudecimiento estaría obedeciendo y coincidiendo cronológicamente –entre otras causas y factores contextuales- con la instauración constitucional de un sistema jurisdiccional múltiple, en el marco de la última reforma constitucional del año 2009 que dio como resultado la nueva Constitución Política del

³ “No es posible establecer una relación directa entre sociedades multiculturales y la mayor o menor incidencia de linchamientos. Sin embargo, si el escenario es de transformación o crisis profunda, los actores colectivos con fuertes lazos comunitarios pueden recurrir a la utilización de la violencia por propia mano, como última vía para resolver un conflicto, así como una manera, cuestionable sin duda, de reafirmar la identidad y la conciencia comunitaria.” GODÍNEZ PÉREZ, Elisa, *Linchamientos: recomendación e hipótesis*, p.29

⁴ El fenómeno de los linchamientos en Bolivia se remonta a 1995, un año después de la reforma que dio lugar a la nueva Constitución Política del Estado (CPE), que introdujo el derecho de los pueblos originarios a administrar su propio sistema jurídico (aplicable a los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas), mejor conocido como “justicia comunitaria” (art.171 III). Ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE BOLIVIA, *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*, p.3-7

⁵ Entre otros autores, se señala que “Entre los años 2001-2004 el promedio [de linchamientos en *El Alto*] era de 3 casos por año, pero entre el periodo 2005-2008 los sucesos aumentaron a 19 casos (...) los casos de ajusticiamientos populares aumentaron en la gestión de Evo Morales, a raíz de ese contexto muchos políticos de la oposición atribuyeron los linchamientos como resultado del “fanatismo político” partidario del MAS (Movimiento al Socialismo).”. Ver MOLLERICONA, Juan Yhonny (2008) “*Radiografía de los linchamientos en la ciudad de El Alto*”, Web:

<http://www.onsc.gob.bo/investigaciones_especializadas_es.html> [24/06/2014]

⁶ Muchos artículos periodísticos hacen referencia al recrudecimiento del problema. “*Bolivia: justicia indígena avanza en una sociedad sin Estado*” reza el título de una publicación en Infobae. <<http://www.infobae.com/2010/06/24/1001671-bolivia-justicia-indigena-avanza-una-sociedad-estado>> [27/02/2015]. El entonces entrevistado, el analista político boliviano Cayetano Llobet, recientemente fallecido, habla del concepto “plurinacionalidad” introducido en la última reforma constitucional, como “rebautizos nuevos de Estados inexistentes”, un concepto puesto de moda por el gobierno de Evo Morales, en un intento demagógico, populista, de integrar 36 naciones aborígenes diferentes. La disgregación social que provoca esta “moda” del indigenismo, se manifiesta en los graves enfrentamientos entre comunidades indígenas. No se está logrando para Llobet la pretendida construcción de un Estado, que por el contrario se exhibe desarticulado y ausente, en el marco de una Constitución que ha reconocido tantas “justicias” como naciones, lo que está desembocando en un enredo jurídico mayúsculo. “Ni los propios legisladores que votaron eso ni el gobierno saben lo que implica esto de la justicia indígena, nadie sabe cuáles son los límites y eso explica que en el último año haya habido 64 linchamientos”. El analista, haciendo referencia al linchamiento de cuatro policías en el Municipio de Uncía, Potosí, en Mayo de 2010 reconoce que es un exceso poner el nombre grande de “justicia comunitaria” a estos hechos (por no merecerlo), ya que obedecen a manifestaciones de poder de grupos de dirigentes aborígenes locales que actúan al margen de cualquier control estatal nacional.

⁷ La Human Rights Foundation (HRF) en una publicación de 2008 titulada “Lynching, Communal Justice, and Bolivia’s New Constitution” denuncia la relación entre justicia comunitaria y los linchamientos en crecimiento, desde la instauración constitucional del derecho colectivo de pueblos originarios a aplicar su propia justicia.

Ver Artículo en: <<http://humanrightsfoundation.org/news/lynching-communal-justice-and-bolivas-new-constitution-0021>> Informe disponible en:.....

<http://humanrightsfoundation.org/uploads/articles/Bolivia_Communal_Justice_Report_.pdf>

⁸ Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia <<http://www.defensoria.gob.bo/>>

Estado Plurinacional (CPEP) de Bolivia⁹, aunque es bien conocido que estas formas de “justicia popular” han registrado casos resonantes con anterioridad a dicha reforma.¹⁰

La “apelación” a una justicia comunitaria¹¹, como una justicia “verdadera”¹² en defecto de la inexistente o intermitente justicia ordinaria estatal –sobre todo teniendo en cuenta los gestores de la violencia y los “justificativos” de tales ejecuciones- si bien no debe ser leída como la última explicación que se ofrece del fenómeno (plano teórico), constituye la manifestación popular (plano concreto) de esa interferencia de orden estructural/institucional, aunque –por el lado de los defensores del comunitarismo plurinacionalista- mucho se insista en explicar que dichas reacciones en realidad no constituyen formas auténticas de justicia comunitaria o “nativa”.¹³

Tomando como base de reflexión esta forma de violencia justiciera en el caso boliviano y su posible identificación con la llamada “justicia comunitaria” instaurada –fortalecida en su esencia con las reformas integrales impulsadas por el presidente Evo Morales¹⁴-, me propongo indagar primero sobre el diagnóstico hecho por el Estado de este verdadero problema que involucra una crisis multifacética (anomia, fragmentación social, descrédito institucional) a partir de la visión de la Defensoría del Pueblo, órgano del estado comprometido en la defensa de los derechos humanos, adoptando la reseña al mismo tiempo, una posición crítica del informe. Luego de ello, a partir de los excesos y la posición del estado al respecto, reflexionar sobre el papel de la justicia comunitaria –como derivación del derecho comunitario de los pueblos- que termina degenerando en la licuación del estado de derecho. En este punto será inevitable abordar la relación entre derechos colectivos de los pueblos aborígenes y derechos fundamentales de los individuos, siendo que –como resorte de los primeros- se han consolidado constitucionalmente, entre otras, la facultad de las colectividades aborígenes de *administrar justicia* a través de sus propias normas, instituciones y autoridades, lo que en la práctica se ha traducido en enfrentamientos inter-comunidades y pérdida de control del poder central, con grave afectación de los segundos. Entretanto, un

⁹ Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, publicada en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, el 7 de febrero de 2009.

¹⁰ “...En el 2007 hubo varios hechos que se circunscriben en esta caracterización. Entre los casos podemos citar el incidente (05-01-2007) ocurrido en Villa Santiago II, el resultado del hecho ha sido el colgamiento del “ladrón” en el arco de fútbol del barrio. El colgamiento como recurso público de ejecución tiene antecedentes histórico-políticos, podemos citar dos casos: el colgamiento del presidente Villarroel (1946) y del alcalde de Ayo-Ayo; Altamirano (2004).” MOLLERICONA, op.cit., p. 7.

¹¹ El informe de la HRF para Bolivia respecto de la justicia comunitaria, da cuenta que si bien no puede decirse que la justicia indígena –tal como aparece legitimada en la norma constitucional- equivalga técnicamente a “linchamiento”, lo cierto es que “...las personas que llevan a cabo el linchamiento a menudo afirman estar haciéndolo bajo el sistema de la justicia comunitaria.” (“However, the fact remains that individuals carrying out lynching often claim to be doing so under the system of communal justice.”) HRF, op.cit., p.1

¹² Tal fue el calificativo dado a una amenaza de linchamiento por un ciudadano boliviano en el caso “villa Celina” relevado en nuestro trabajo de investigación. (ALVARITO-SCHVARTZMAN, *Ajusticiamientos populares como respuesta punitiva social en la Provincia de Buenos Aires.*, p.154, parágrafo 99).

¹³ La jurisdicción indígena originaria campesina (JIOC) está consagrada en el artículo 179.I y 190 Inc, I de la CPEP, reglamentada a su vez en la ley 073 de Deslinde Jurisdiccional (LDJ): “Artículo 7. (Jurisdicción Indígena Originaria Campesina). Es la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y se ejerce por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la presente Ley.”

¹⁴ “...en el año 2006, con el advenimiento de un indígena aymara -Evo Morales- a la presidencia del país, se crea por primera vez en la estructura orgánica del Poder Ejecutivo el Viceministerio de Justicia Comunitaria.” DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE BOLIVIA, *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*, p.10

repasso descriptivo del derecho interno boliviano en materia de derechos comunitarios (en los sistemas jurídicos indígena originario campesino –SJIOC- y el estatal o “plurinacional”), hará posible analizar cómo se complementan estos regímenes entre sí y con el orden jurídico internacional protectorio de los derechos humanos universales

II. La violencia colectiva como exceso de la “justicia comunitaria”. Multiculturalismo y Derechos comunitarios.

a) Los linchamientos en el estado “plurinacional”. Proyecciones a partir del caso “Uncía”

Sin posibilidad de analizar todos los casos, el método elegido para el presente trabajo toma como punto de partida y ejemplo ilustrativo un hecho sucedido en el Municipio de Uncía (capital de la provincia Bustillo del Departamento de Potosí) que diera lugar al linchamiento de cuatro policías del Diprove (Dirección departamental de prevención y robo de vehículos) en Mayo de 2010, en el ámbito jurisdiccional y por parte de autoridades de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOP) reseñado en el propio informe elaborado por el Defensor del Pueblo, en La Paz, el 15 de Junio 2010.¹⁵

A partir del informe puede claramente entenderse cómo están organizadas y cómo ejercen su poder las autoridades aborígenes en la realidad, más allá de lo que se proponga llevar adelante todo programa político o el diseño jurídico establecido para la “convivencia” de múltiples sistemas y jurisdicciones. Comienza con un capítulo primero titulado “Las comunidades y los niveles de organización del municipio de Uncía” reseñando aspectos generales sobre las diversas comunidades locales y de organización local. Esta introducción da cuenta de una historia previa de décadas de enfrentamientos entre los Ayllus Qaqachacas del Departamento de Oruro (Sur de Oruro) y Laimes-Purakas, Jukumanis, del Departamento de Potosí (Norte de Potosí), producto de varios problemas (límites territoriales, marginación, desatención estatal). Esto en el caso se tradujo en delitos comunes (robos, hurtos de ganado), violaciones a mujeres, ataques violentos a viviendas (incendios) y muertes de comunarios, ataques que incluso han sido dirigidos contra terceros ajenos a las comunidades (miembros del instituto geográfico militar). “Como resultado de aquel conflicto se formó la Fuerza de Tarea Conjunta de Pacificación (FTCP), donde participó activamente la Defensoría del Pueblo, con el fin de poner en marcha un proceso de pacificación y desarme, concluyendo con la firma de un “Acuerdo de paz entre los Ayllus en conflicto”. Sin perjuicio de no contarse con un estudio antropológico, el informe reseña que la historia de los pueblos Ayllus indica que estas culturas poseen raíces de población guerrera y aguerrida. Los Ayllus: Laime, Caracha, Puraca y Amaya, corresponden al Municipio de Uncía, Provincia Bustillo del Norte Potosí; el quinto Ayllu de la región “Jucumani” ha sido convertido en Municipio a partir de esta gestión en 2010. El nivel de relacionamiento de los primeros cuatro Ayllus, se realiza a través de “Sedes” (Oficinas de los Ayllus) ubicadas en diferentes partes del Municipio de Uncía (desde donde se gestionan, proyectos, acuerdos) y otros de modo directo con el Municipio, la Gobernación y/o instancias del Órgano Ejecutivo. La intervención directa de la Defensoría en el caso se originó a través de petición de los familiares y esposas de los policías masacrados, quienes solicitaron que este organismo intercediera ante los jefes de los cuatro Ayllus de Uncía, para recuperar los cuerpos que habían sido retenidos por las autoridades indígenas luego de su linchamiento. Los infortunados agentes desaparecieron el 23 de Mayo de 2010, por supuesta extorsión a propietarios de automotores en infracción. Paralelamente el informe da cuenta de otros hechos vinculados a la situación de descontento popular que propició el linchamiento de los

¹⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial Muerte de policías ayllus laime/caracha Municipio Uncia, norte de Potosí*, p.1. Disponible en línea, en la página de la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia: <<http://www.defensoria.gob.bo/archivos/informe%20uncia.pdf>> [29/02/2015].

policías, como ser la muerte de tres componentes de una familia (esposos e hijo mayor) por problemas de tierras, donde la fiscal de Uncía no pudo ingresar a la zona como representante del Ministerio Público, para realizar las investigaciones correspondientes. También por esas fechas sucedía en la zona la muerte por “acogotamiento” de un taxista, hecho impune que motivó una marcha de protesta del pueblo. El Cabildo de los Ayllus de Uncía, en reunión del miércoles 26 de mayo, prohibieron la participación de otras personas que no sean indígena/originarias y la presencia de los medios de comunicación, e informaron *que se ha consumado* la muerte de cuatro personas calificándolas de delincuentes y que se entregarían sus cuerpos o darían del lugar información donde se hallan enterradas, ello siempre que se procediera a la investigación de siete comunarios fallecidos en los últimos seis años, así como la devolución de los vehículos que les fueron secuestrados. Las exigencias de los dirigentes Ayllus –como mecanismo de presión al gobierno central- no terminaban allí: “...se determinó en el Cabildo, que no se garantiza a ninguna persona ni autoridad el ingreso a los lugares de Cala Cala y Saca Saca y que en caso de infringir, no se garantiza su salida. Con esta determinación se prohibió el ingreso a éstos lugares, a autoridades e incluso periodistas, quienes tendrían que pedir autorización para su ingreso, en respeto a sus usos y costumbres. El 25 de mayo efectivos de la Policía de Uncía, se replegaron hacia Llalagua, por orden del Comando Departamental de Potosí día antes de la realización del Cabildo, debido a la inseguridad que presentaba esa región. De igual modo informó el fiscal, que por este motivo, se había procedido inclusive al cierre de las oficinas del Ministerio Público.”¹⁶ Mientras tanto, ese mismo día –agrega el informe- altos jefes de distintas secciones de la Policía planificaban acciones para comenzar el inicio del dialogo para la entrega de los cuerpos de las cuatro personas linchadas. El informe señala que otro de los reclamos de las autoridades indígenas era por los excesos de los funcionarios policiales, y por qué motivo éstos ingresaban al territorio sin la correspondiente autorización. En los paralelos intentos de la Defensoría de iniciar el acercamiento, debieron esperar a que los ánimos se calmen, toda vez que conocían el estado de molestia y enojo de estos hermanos originarios. Sin embargo ante la petición de considerar a la Defensoría del Pueblo como facilitadora para la búsqueda del diálogo en calidad de misión humanitaria, mostraron cierta amplitud al dialogo. Referentes espirituales de parroquias de la iglesia católica también ofrecieron sus buenos oficios para lograr el acercamiento. Es así que el domingo 30 de mayo, conforme se tenía previsto, el Defensor del Pueblo Rolando Villena, se constituyó en la zona baja de la población de Uncía, en la sede del Ayllu Caracha, próxima al cementerio general, donde se había previsto día antes que se llevaría la entrevista con un jefe local. La defensoría del pueblo instaría a la devolución de los cuerpos de los policías a sus familiares en demostración de un acto humanitario. A cambio de esa “concesión” las autoridades centrales se comprometerían a investigar hechos de corrupción policial, abuso de autoridad y delitos no resueltos en perjuicio de la comunidad aborígen. Por esas fechas en la prensa e internet circulaba la frase “Uncía, tierra de nadie”. Cuando el defensor del pueblo y sus colaboradores lograron contactarse con una autoridad de la comunidad Saca Saca, ésta se molestó porque no habían obtenido previamente autorización de ingreso. Reza el informe «Se encontró un clima de animosidad, agresividad y desconfianza de sus pobladores, quienes en un número de ciento cincuenta personas aproximadamente y con la detonación de una dinamita, interpelaron nuestra presencia, con apelativos tales como “¿Quién les ha autorizado para que entren?” “¿Cómo han ingresado?” y expresiones “de éste lugar ahora no van a salir, para qué han entrado”. (...) se escuchó la detonación de otra carga de dinamita, nos vimos atrapados entre el temor y la esperanza que habíamos logrado el objetivo de convocar al diálogo; después de pedir las disculpas y haber recibido serias reprimendas y llamadas de atención, nos despedimos de la autoridad quien nos solicitó retirarnos inmediatamente, ya que el número de comunarios aumentaba minuto que pasaba y los ánimos se empezaban a calentar con apelativos como: “que se queden, que

¹⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, op. cit., p.3.

pasen la noche aquí en la cancha”, entre otros; tuvimos que abandonar el lugar en forma rauda, procediendo a retornar hacia Uncía y desde allí a Llallagua.»¹⁷

En esta apretada síntesis del informe de la Defensoría del Pueblo se han volcado aquí los datos considerados más relevantes, contenidos en el cap. 2 “Antecedentes”, cap. 3 “Acciones Defensoriales” y Cap. 4 “El Defensor del Pueblo en Uncía”. Luego del revelador relato de los hechos y la acción desplegada por la Defensoría, siguen las conclusiones del informe (Cap. 5 “Conclusiones”) y las recomendaciones finales (Cap. 6 “Recomendaciones”), no menos reveladoras, las que a continuación también se reseñan –aunque, ya por razones de brevedad y oportunidad- acompañadas de breves acotaciones de carácter crítico-reflexivo.

Hasta aquí la reseña del informe ha sido meramente descriptiva. En adelante, al reseñarse las conclusiones y recomendaciones (donde está incluido el propio análisis reflexivo del emisor del informe), se intenta analizar y reflexionar sobre la actitud del organismo comprometida más con la defensa de un sistema que hace aguas, que con la defensa de los derechos humanos vulnerados.

Los hechos han necesariamente condicionado la propia participación y opinión de la Defensoría del Pueblo, más allá del rol de defensa que constitucionalmente posee éste órgano estatal respecto de los pueblos originarios¹⁸, rol comprometido con la nueva institucionalidad pluricultural promovida desde 2009. Lo paradójico de este caso, es que dicho rol de defensa (de los derechos comunitarios, léase, de la facultad jurisdiccional de los Ayllus) iba a contraponerse al motivo convocante de la petición de los familiares de los policías linchados (en reclamo del derecho fundamental a la vida y la dignidad humana). Entendiéndose esto, las circunstancias del caso en particular, y la historia más reciente de casos similares, puede comprenderse en líneas generales la posición tomada por la Defensoría en clara defensa de la “justicia comunitaria” –un tanto por miedo, otro tanto por mandato legal- intentando desvincularla del acto violento, pero desentendiéndose del linchamiento como virtual forma de violencia institucionalizada y reduciéndola a un mero hecho del ámbito penal.

Las especiales circunstancias del caso –ánimos caldeados, amenazas, animosidad negativa incluso de las propias autoridades originarias- sin duda coaccionaron la actividad y opinión de los funcionarios destacados de la Defensoría, organismo que –a los ojos de las autoridades originarias, y en especial, de los comunarios- es una oficina más dependiente del Estado central, en contra de sus intereses y derechos colectivos. Estos funcionarios deben regularmente tomar intervención en este tipo de conflictos, y como vimos, constituirse *in situ* en medio de un terreno hostil, a costa de su propia vida, en circunstancias en que ni la policía puede ingresar, las oficinas del Estado deciden retirarse y donde corren noticias de la necesidad de militarización de la zona.¹⁹

Advierto que en estas conclusiones la Defensoría intentó explicar por todos los medios que el hecho desencadenante (la muerte de cuatro policías del Diprove) no constituyó un acto de “justicia comunitaria” sino un “linchamiento” más (5.1.) reduciendo todo a un mero hecho del ámbito penal (5.5.), dando definiciones de ambos conceptos y un cuadro comparativo entre los mismos, para dotar esta opinión de cierta jerarquía científicista. Sin embargo, el informe parece no haber advertido que las propias “autoridades” indígenas nunca negaron el hecho, por el contrario fueron ellos quienes reconocieron en cabildo del 26

¹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *op. cit.*, p.7

¹⁸ CPEP. “Artículo 218. II. Corresponderá asimismo a la Defensoría del Pueblo la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos...”

¹⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *op. cit.*, p.6, segundo párrafo.

de Mayo –limitado a participación de “comunarios” y con acceso prohibido a terceros- haber ejecutado a los cuatro “delincuentes”, por lo que debe entenderse entonces, que –pese a lo informado- los pobladores y jefes locales tomaron tal decisión en el marco de su autoridad, como parece desprenderse de las circunstancias contextuales que explican la “reacción” violenta contra los policías y la actitud “reivindicativa” manifestada por los comunarios, cargadas de animosidad, desconfianza y agresiones amenazantes. El rol pacificador desplegado por el Defensor del pueblo en el lugar se debió a la coyuntura de desborde social y en cierta forma su postura indiferente al auto-atribuido linchamiento²⁰ se corresponde invariablemente con la manda constitucional –y el programa político de turno- de defensa de los pueblos originarios. Por esto mismo no asombra que ningún apartado o referencia alguna se haya hecho en el informe sobre indagaciones en torno a la ejecución en defensa de derechos humanos de los linchados. Por otra parte, resulta un dato no menor que la propia Defensoría destaque al inicio del informe el antecedente histórico de permanentes enfrentamientos violentos entre sí y contra autoridades estatales, caracterizando a los pueblos originarios locales como culturalmente belicosos, apelando a cierta justificación –de corte defensorista- de un comportamiento (tradición) culturalmente condicionado.

Llama la atención asimismo lo que sigue (5.3.) en donde la Defensoría concluye que “...el fracaso de las autoridades competentes en la devolución de los cuerpos, constituye grave atentado en contra del derecho fundamental, que es la vida...”²¹. No hay dudas que la pérdida de control del territorio por la autoridad central (un virtual territorio separado del Estado, donde no pueden acceder las fuerzas nacionales ni el Ministerio público) es inadmisibles y puede indirectamente propiciar escenarios de conflictos; ahora bien, ¿solo el descontrol del poder central o su incapacidad de “mediador”, es el grave atentado? Lo inadmisibles aquí en orden al respeto del derecho fundamental a la vida, a la dignidad de la persona humana²², fue el propio linchamiento practicado por *autoridades* indígenas dotadas de poder jurisdiccional y su correspondiente competencia territorial, entre otros poderes de que han sido investidos los pueblos originarios como resorte de derechos colectivos constitucionalmente consagrados. Tal vez sí deba comprenderse que –en última instancia- la Defensoría del Pueblo haya asumido naturalmente la defensa de los *hermanos originarios* (por atrocidades cometidas por éstos) y constituya su acción el último eslabón para negociar y pacificar los ánimos de comunidades desatendidas, desagregadas y encerradas en su propio aislamiento étnico-cultural, arraigado a los territorios ancestralmente dominados. Repárese nada más en la forma en cómo está redactado el informe, cuando el Defensor del Pueblo invocando su presencia en calidad de “misión humanitaria”, con “rol de facilitador”, se dirige *respetuosamente* a los dirigentes *hermanos originarios*, a quienes –con agrado- se los ve con “amplitud para el diálogo”; se ofrecen más de una disculpas manifestando “nuestro profundo respeto”. Queda claro que las concesiones temerosamente suplicadas a las autoridades locales en carácter humanitario (la devolución de los cuerpos a familiares), finalmente logradas tras días de negociación, y deliberación entre “jefes” y/o acuerdos entre éstos y sus bases, se hubieran logrado igual –con menos diplomacia- con la intervención del ejército, de

²⁰ A este respecto, destaca González Manrique: «Reunidos en asamblea tras el asesinato de los cuatro policías, los miembros de los ayllus de Potosí declararon que habían aplicado la “justicia comunitaria”, reclamaron respeto a su decisión, rechazaron ser procesados en los tribunales y demandaron la legalización del contrabando de coches en “sus territorios”. Los cuatro policías habían ingresado en la zona para investigar el robo de dos vehículos y fueron emboscados por cientos de indígenas.» GONZÁLEZ MANRIQUE, Luis Esteban, en *Justicia indígena o barbarie?*, p.3

²¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, op. cit., p.10

²² Se hace hincapié en la dignidad humana porque el linchamiento, como un tipo de ejecución que aplica una pena capital, no solo se limita al resultado muerte (por ej. un fusilamiento), sino busca especialmente el sufrimiento extremo (incineración en vida con combustibles, “fosforazo” como se lo conoce en Guatemala – ver Castillo Claudett, 2000:4) y la exhibición pública (si es televisada mejor) de ese sufrimiento innecesario.

no haber mediado los buenos oficios de la Defensoría. También queda claro que la política central de no intervención en estos casos de desmembramiento territorial y licuación del estado de derecho, es sostenida por un claro propósito de integración unificadora de culturas diferentes con históricos conflictos, aunque –ineficazmente- propiciando una fragmentación y aislamiento de culturas diferentes en el marco de un pluralismo ingenuo.²³

Otro dato que confirma que el linchamiento del caso no es un simple delito común, sino más bien, todo un exceso de autoridad, ejecutado por personas con tradición guerrera, con cargos instituidos y poder conferido por ley (y no cualquier poder); fue el hecho de que los familiares de los ejecutados se vieron obligados a “...negociar con *los dirigentes* la entrega de los cuerpos de los fallecidos, en un ambiente de hermetismo total, a cambio de renunciar por parte de estos a cualquier acción judicial por los delitos cometidos, consolidando este extremo con la suscripción de un desistimiento entre los comunarios y los familiares en cuestión.” (Conclusiones, 5.4.). Sin perjuicio de que esta maniobra se presenta como un tipo extorsivo del delito común (donde el precio del rescate es la impunidad garantizada), aquí no hay tampoco delincuentes comunes ni funcionarios menores cometiendo un hecho aislado ajeno a sus funciones, sino, podría decirse, verdaderos “magistrados” (su equivalente en el sistema estatal) dotados nada menos que con el poder de administrar, de juzgar y aplicar penas, presionando al gobierno central en esta suerte de “negociación” para obtener una reivindicación para la comunidad, o –en este caso- la impunidad judicial para los autores del crimen.

El informe continúa llamando a reflexión de la autoridad central a replantear la forma de prevenir y gestionar conflictos de esta naturaleza con oportunidad y eficiencia (5.5.) constatándose la ausencia de medidas preventivas por parte del gobierno central, ya que los desbordes de Uncía, reconocen su causa en una serie de acontecimientos y hechos como homicidios, exacciones, coimas y otros actos ilícitos no investigados ni esclarecidos (5.6.) originados en la débil presencia de autoridades estatales (5.7., 5.8.), la corrupción institucional (5.9.) y el incumplimiento de las atribuciones y competencias del Ministerio Público (5.10.) aunque el informe reconozca limitaciones materiales y formales para el desempeño de sus funciones, entre ellas, recordemos, la imposibilidad de llegar al lugar de los hechos (falta de permisos de Ayllus, amenazas, inseguridad) y en algunos casos como el presente, la necesidad del propio cierre de las oficinas. Se concluye por último (5.11.) constatando el distanciamiento social, discriminación y desigualdad de sectores denominados “ciudadinos” en contra de los “rurales”. Sin dudas, en un contexto social de pertenencia étnica-cultural, ensalzada con políticas de identificación y enaltecimiento de lo “nativo”, no resulta extraño que los múltiples sistemas jurídico-políticos coexistentes vengán a sumar más diferencias a las ya existentes, contribuyendo a la consolidación de verdaderos “guetos”, más que a la unidad de los pueblos.²⁴

Más allá de lo poco definitorias que resultan las conclusiones reseñadas, lo relevante es que en el capítulo final (cap.6 “Recomendaciones”), la Defensoría del Pueblo en uso de sus facultades, termina emitiendo las correspondientes recomendaciones a las “diferentes instancias estatales”, con el objeto de asegurar la vigencia de los derechos humanos y restituir la convivencia pacífica del Municipio de Uncía, entre ellas (Primera), un monitoreo de políticas de desarrollo económico y social de los ayllus; (Segunda), una política de seguridad

²³ ROBIN AZEVEDO, Valérie, “Linchamientos y legislación penal sobre la diferencia cultural. Reflexiones a partir de un juicio por homicidio contra unos comuneros del Cuzco”, tomo 26 de la colección *Actes & Mémoires de l’Institut Français d’Études Andines*. (ISSN 1816-1278). p.94

²⁴ “Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.” Preámbulo de la CPE de 2009.

pública intercultural que involucre la participación de autoridades indígenas; (Tercera), asegurar el cumplimiento de la ley en cuanto al proceso de denuncias por corrupción; (Cuarta), se den instrucciones a la fiscalía local para la investigación de hechos puntuales no esclarecidos; (Quinta), constituir una unidad policial especial, en el marco de una nueva estrategia de intervención, para la recuperación del principio de autoridad y la seguridad ciudadana y (Sexta) la de incluir en el anteproyecto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional (LDJ) – por entonces en tratamiento- *los límites mínimos de respeto de los Derechos Humanos* establecidos en la CPE y de los tratados y convenios internacionales sobre los derechos humanos de los que Bolivia es signataria, *a los que se deben sujetar y observar las autoridades de la JIOC*. Por otra parte, realizar una campaña educativa en torno al respeto a la vida diferenciando a la justicia indígena en oposición a los linchamientos. A renglón seguido, el informe transcribe el contenido del art. 15 inciso I de la CPE, que encabeza el capítulo de los “derechos fundamentales”.²⁵

Cerrando esta reseña y análisis del informe de la Defensoría del Pueblo, resulta de especial interés la recomendación Sexta emitida en el caso Uncía, que se desdobra en dos puntos fundamentales que hacen a la cuestión central de este artículo sobre los alcances de la justicia “comunitaria”: a) incluir el establecimiento de límites mínimos de respeto a los derechos humanos a la autoridad de la JIOC, en el –entonces- proyecto de LDJ; b) educar a la comunidad [población en general y autoridades] en el respeto a la vida con especial énfasis en la erradicación de los linchamientos.²⁶

En lo que respecta a los derechos comunitarios indígenas, estos se encuentran reconocidos con rango constitucional y comprenden el derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, todos ellos como constitutivos de la garantía constitucional de su libre determinación.²⁷ La facultad de poseer sus propias autoridades con poder jurisdiccional es una concreción institucional de esos derechos, derivada de la forma de gobierno democrática comunitaria adoptada en la CPEP.²⁸

²⁵ CPEP. “Artículo 15. I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte.”

²⁶ La recomendación de la Defensoría parece estar dirigida a comuneros y también a las autoridades, cuando alude a la “comunidad” responsable del linchamiento, en la idea de erradicar una práctica del derecho consuetudinario indígena. La Doctora en Antropología Válerie Robin Azevedo llama la atención sobre el peligro de legitimar argumentos “culturalistas” en reivindicación de estas prácticas: «Cabe anotar las declaraciones en Radio Programas del Perú de Felipe Quispe, líder boliviano del Movimiento Indígena Pachacutik (MIP), luego de la lapidación de Cirilo Robles, alcalde de llave (30/04/2004, 14: 46). Interrogado sobre esta muerte, indicó que apoyaba a los campesinos que habían asesinado al alcalde puesto que los aymaras eran de otra cultura y no tenían que responder a las leyes republicanas ni reconocer la Constitución política del Perú (...) el ‘ajusticiamiento comunitario’ del alcalde “ejercita nuestros usos y costumbres porque como nación indígena tenemos nuestras propias leyes ancestrales”». ROBIN AZEVEDO, *op.cit.*, p. 97.

²⁷ CPEP. “Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.”

²⁸ CPEP. “Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y

De manera tal que –pese a las previsiones de rango constitucional ya consagradas- se impuso conveniente y oportuno en el devenir de estos graves acontecimientos incluir límites mínimos a la autoridad judicial indígena en la discusión de la futura ley que permitiera una clara delimitación de las jurisdicciones establecidas. Tal vez por el convencimiento propio de Defensoría del Pueblo, esbozado en otro informe anterior, “...en el caso de los derechos de los pueblos indígenas habrá que analizar su incidencia en los nuevos sistemas de justicia comunitaria. Si bien, la constitución establece el respeto a los derechos humanos, algunos actos no se enmarcan en esa garantía constitucional.”²⁹ Si los linchamientos no son justicia comunitaria como tanto se ha pregonado, ¿Para qué fijar límites a la autoridad indígena? Si la constitución fija ya los límites de cualquier poder en el respeto a los derechos humanos ¿Qué necesidad había de incluirlos en una ley de coordinación/cooperación de jurisdicciones? Si los dirigentes están capacitados para administrar su ley y justicia respecto de un derecho que ejercen, interpretan y aplican desde antaño ¿Con qué necesidad educarlos sobre el respeto a la vida?

La recomendación de la Defensoría del Pueblo –que terminó por reconocer el verdadero estado de cosas, en tiempos en que se estaba proyectando la LDJ³⁰- debió apuntar a incluir en la discusión limitaciones concretas a la potestad jurisdiccional –vgr., competencia material limitada, control/revisión por una instancia superior³¹- más que apelar a la vaguedad de la formula “límites mínimos” de respeto a los derechos humanos, siendo que –de *lege lata*- la sola positivización de tales derechos constituye todo un límite frente a cualquier potestad de autoridad³². Se comprende, de todas formas, ese escaso afán de precisión, ya que una propuesta de limitación de la competencia en materia de delitos y/o el control revisor de una instancia ordinaria superior –por sugerencia de la propia Defensoría- hubiera sido entendido entonces como un avasallamiento al pleno ejercicio del derecho de los pueblos contrario a los principios constitucionales de “pluralismo jurídico” e “interculturalidad”³³, reeditando una forma de “jurisdicción subordinada”³⁴ tal como regía incluso después de sancionada la constitución de 1994, propiamente de un sistema patriarcal que se intenta superar en el nuevo estado plurinacional.

De todas formas, es de destacar que en última instancia, parte de estas recomendaciones se han receptado en la letra de la LDJ finalmente aprobada. En efecto, en el capítulo II sobre “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, el artículo 5º inciso I

procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.”

²⁹ Ver el documento de la DDP titulado “Los derechos humanos en el Estado plurinacional” en: <<http://www.defensoria.gob.bo/archivos/LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20EL%20ESTADO%20PLURINACIONAL.pdf>> p.3

³⁰ Finalmente promulgada el 29/12/2010. Disponible en línea: <<http://silep.vicepresidencia.gob.bo/SILEP/masterley/118283>> [consultada el 25/02/2015]

³¹ Si bien no es instancia recursiva, el art 202 inc.8 sobre atribuciones de conocimiento y decisión del Tribunal Constitucional, ya establece un mecanismo de consulta (de las autoridades indígenas) sobre aplicación de sus normas al caso concreto, con resolución vinculante.

³² CPEP, artículos 30 II inc.14, 179, 190 II.

³³ CPEP. “Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.”

³⁴ “...Existen dos modelos o formas de configuración del pluralismo jurídico: a) subordinado, tutelar o colonial cuando un sistema jurídico prevalece sobre otro u otros y b) no subordinado o igualitario, cuando dos o más sistemas jurídicos conviven de forma armónica...” DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE BOLIVIA, *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*, pp.13-14

establece: “Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.” La peculiar redacción de la norma, solamente mencionando en forma expresa el derecho a la vida, como resaltando su valor de derecho fundamental por sobre otros, es sin duda alguna el eco de la preocupación por los excesos de la “justicia comunitaria”. Una preocupación que, a ciencia cierta, ya venía sugestivamente incluida en la misma norma constitucional, con especial énfasis en el derecho a la vida y el derecho a la defensa, particularmente dos derechos fundamentales típicamente vulnerados en los linchamientos.³⁵ Como si esto fuese políticamente insuficiente, la LDJ llama por su nombre al problema principal de la justicia indígena: Artículo 5º inciso V “El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.”

El linchamiento de Uncía ha sido tomado como ejemplo del actual estado de cosas no sólo en ese departamento, sino en varias regiones del resto del país. No es un caso aislado ni ha sido el último. En efecto, “el 9 de junio de 2010, un sospechoso de violación fue linchado por una comunidad indígena en Potosí, pocos días después (23 de Mayo) de la tortura y asesinato de cuatro policías en la misma región por una asamblea de “*ayllus* [clanes] guerreros”. Esa zona es una conocida ruta de contrabando de automóviles procedentes de Chile y sus pobladores habían acusado a los policías de extorsión y asesinato.”³⁶

b) Justicia “comunitaria”, facultades jurisdiccionales y exceso de Poder. La licuación del Estado de Derecho

La consagración constitucional de derechos comunitarios, de tan amplias proyecciones (jurídicas, políticas, sociales), ha institucionalizado facultades a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, según el modelo de estado plurinacional, en el que se consagra y garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado (art.2 CPEP). La legislación boliviana reconoció 36 sistemas judiciales distintos de pueblos indígenas. Esta “consagración” en bloque de la justicia nativa a su más alta jerarquía legal posible (que ya venía funcionando sin ella desde tiempo inmemorial, recopilada y condimentada con alguna influencia del derecho colonial español), parece haber funcionado como un mecanismo disparador de los excesos que siguieron y aún fueron incrementándose en la historia más reciente. “Según la oficina del Defensor del Pueblo de Bolivia, en 2010 hubo 20 linchamientos, frente a 80 en los anteriores cinco años.”³⁷ Frente a tales excesos, el movimiento indígena se mantuvo y mantiene indiferente, se preocupa en deslindar lo que no es “justicia” y asume la defensa de las conquistas obtenidas, pese a que los afectados por estos hechos sean mayormente los propios miembros de las comunidades.³⁸ Pero sucede que aun cuando los *ajusticiables* sean miembros de la misma comunidad nativa y éstos deban guardar especial comportamiento³⁹ según sus normas y costumbres dentro de esos ámbitos

³⁵ CPEP. “Artículo 190. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.”

³⁶ Clara referencia al Caso de Uncía. Ver GONZÁLEZ MANRIQUE, op.cit., p.2

³⁷ GONZÁLEZ MANRIQUE, op.cit., p.1

³⁸ “Tanto los que son víctimas de los linchamientos como los autores y que generalmente ambos han sufrido a lo largo de su existencia, vivencias similares de pobreza, injusticia y desesperanza, es decir, ambos (víctimas y victimarios) provienen de los mismos estratos sociales (Achá, 2003).” MOLLERICONA, op.cit. p. 17.

³⁹ La comentada LDJ ha venido a plasmar otra limitación al poder de la “justicia indígena” relativa al respeto de derechos humanos de los propios *comunarios*, con relación a los deberes colectivos impuestos a éstos por tradición y costumbres. LDJ Artículo 5. III. “Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.”

reservados a la administración de autoridades locales⁴⁰, el derecho de la colectividad a aplicar justicia en respeto y salvaguarda de sus “valores”, termina superponiéndose a los derechos individuales universales de todo acusado a tener un juicio justo, un juez natural previo al hecho de la causa, presunción de inocencia, derecho a defenderse, nombrar un abogado, por nombrar algunos. La barrera de la “cosmovisión” cultural (que torna incompatible, por ej., concebir la defensa del acusado de un delito por un tercero, a riesgo de que éste –algún familiar cercano- termine siendo responsable por esa “solidaridad”), es, o pretende ser, desde una postura doctrinaria antropológica iluminada por el principio político de “plurinacionalidad”, un justificativo suficiente para la suspensión de algunas garantías judiciales básicas que rigen en el derecho del estado (interno e internacional), ajeno y sin facultades para interferir con las normas locales.

Estos fenómenos constituyen –por definición- una virtual licuación del estado de derecho. Y en el caso de Bolivia, una licuación “institucionalizada”. He planteado en otro trabajo⁴¹, que en función de lograr una correcta definición de los ajusticiamientos populares actuales, debe entenderse la legalidad en sentido amplio⁴², como el marco jurídico –nacional o plurinacional- dentro del cual impera el Estado de derecho.

Que la sociedad civil tome justicia por propia mano, no solo pone en tela de juicio al aparato de justicia, sino al estado de derecho mismo. Se instala así la anomia, las leyes están pero nadie las respeta. Pero, cuando el propio aparato de “justicia” y el estado en general, respaldados en una doctrina de seguridad, o en todo un sistema jurídico (SJIOC) ejecutan a sus ciudadanos en proceso sumario, no solo se pone en duda al estado de derecho, sino al sistema político mismo.⁴³ “De hecho, en los últimos tiempos, los movimientos sociales indígenas o campesinos hicieron tambalear la institucionalidad del país y la propia democracia boliviana. En efecto, independientemente de su naturaleza u orientación, estos movimientos, en general, son actos expresos de violencia, resultado de acciones de discriminación, exclusión o racismo...”⁴⁴

En mi trabajo ya citado, he dicho que “desde el inicio de nuestra investigación se fue gestando la preocupación de poder diferenciar los casos actuales de los históricos, en la idea de que una *definición* del fenómeno de la justicia popular no podía sin más contener a unos y otros, ya que en el fenómeno contemporáneo inciden factores no presentes en otras épocas. Tal definición debía ser capaz de caracterizar al fenómeno actual con una nota ausente en el

⁴⁰ No solo los linchamientos en si han sido el centro de atención. Otras formas de “castigos” tradicionalmente aceptados por las culturas originarias, como parte de sus normas y procedimientos, son distintos tipos de tormentos expiatorios, que –desde la óptica occidental- no respetan mínimamente principios elementales de todo sistema penal. Cuando no resultan vejatorios y contrarios a la dignidad humana, son desproporcionados en cuanto a la gravedad de la falta, o incluso discriminatorios en cuanto al género.

⁴¹ Informe final del proyecto de Investigación “*Ajusticiamientos populares como respuesta punitiva social en la provincia de Buenos Aires*” - Seminario de capacitación de investigadores para la formación en Ciencias Jurídicas y Sociales - FUNDACIÓN CIJUSO. Autores: ALVARITO, Rodolfo Alejandro – SCHVARTZMAN, Claudia Rosa.

⁴² Algunos autores son partidarios de usar el término “Estado de derecho” en sentido formal, reduciendo su alcance al principio de legalidad. Tal concepto difiere del “estado formal de Derecho” del que habla Alexy, en el que sólo existe separación de poderes, pero donde el legislador no posee control alguno en cuanto a la corrección de las normas que crea. (Ver ALEXY, Robert, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, pp. 35-36)

⁴³ Aquí sí es bienvenida –aunque con ciertas reservas- la afirmación de Fuentes Díaz (Fuentes Díaz-Binford, 2001) acerca de que «el Estado también es linchador». Al respecto, ver nuestra crítica en “*Ajusticiamientos populares en...*”, p.203, parágrafo 129.

⁴⁴ VINCENT, Nicolás *et al*, “*Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia*”, p. 27

contexto histórico de los linchamientos bíblicos o posteriores: los hechos actuales se suceden en el marco de un *estado de derecho* y bajo una concepción de los derechos humanos positivamente consagrados desde el siglo XVIII con las declaraciones universales de derechos.”

El pilar fundamental en todo estado de derecho lo constituye la consagración positiva de los derechos humanos, y estos cobran mayor fuerza y vigencia a través de su institucionalización en un estado constitucional democrático⁴⁵. La única limitación admisible a estos derechos (por ej., derecho a la libertad ambulatoria), puede provenir únicamente de la ley conformada a la constitución⁴⁶. Conforme opina Bacigalupo, sin apelarse a una definición cerrada del término “Estado de derecho”, éste debe ser entendido como un principio directivo que requiere una concreción determinada. Siendo que:

«...el Derecho Penal -en tanto limitación del derecho fundamental de la libertad de acción- puede ser entendido como un "Derecho Constitucional aplicado", los principios del Derecho Penal que constituyen la concreción de la idea del Estado de derecho son aquellos que se refieren básicamente a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción, dicho más precisamente: el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y la prohibición de *bis in idem*.»⁴⁷.

Para el maestro español, “...se reconoce a los derechos fundamentales un *efecto irradiante* en el derecho ordinario, de tal forma que éste debe ser entendido sin alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales.”⁴⁸ Uno de los principios orientadores de esta interpretación de la norma penal es el *principio de legalidad* que “...está indiscutiblemente ligado a la idea del Estado de derecho, dado que limita el poder público sancionatorio al caso de aquellos comportamientos expresamente previstos en una ley”.⁴⁹ El segundo mencionado que caracteriza a un Estado de derecho es el *principio de culpabilidad* que “...incide en la individualización de la pena, estableciendo que la gravedad de la culpabilidad determina el máximo de la gravedad posible de la pena aplicable”⁵⁰. Esta exigencia según Bacigalupo “...es reconocida en la actualidad cualquiera sea la fundamentación que se siga en lo referente a los criterios de justificación de la pena”⁵¹, es decir, en palabras del propio jurista español, “...el principio de culpabilidad excluye de manera categórica la posibilidad de determinar la pena sólo, o fundamentalmente, por la peligrosidad del autor o por las necesidades de defensa social” o –en el caso de la justicia *indígena*- las necesidades de la colectividad local. Agrega Bacigalupo: “...el principio de culpabilidad se vincula de una manera decidida con uno de los valores fundamentales del Estado de derecho: el respeto de la *dignidad de la persona*.”⁵² Las Naciones Unidas destacan especialmente esto respecto de la gravedad del fenómeno de los linchamientos en Guatemala:⁵³

«Los linchamientos afectan radicalmente derechos humanos fundamentales como el

⁴⁵ ALEXU, op. cit. p.41.

⁴⁶ Según Alexy, para la institucionalización de los derechos humanos es insuficiente la separación de poderes. “[con] la incorporación de los derechos humanos en la Constitución (...) Los derechos humanos se convierten así en derechos fundamentales. De esta manera, obtienen no sólo una validez jurídica, sino también rango constitucional.” ALEXU, op.cit., p.36

⁴⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, p.104,

⁴⁸ BACIGALUPO, op. cit., p.104, segundo párrafo.

⁴⁹ BACIGALUPO, op. cit., p.105.

⁵⁰ BACIGALUPO, op. cit., p.112.

⁵¹ BACIGALUPO, op. cit., p.112.

⁵² BACIGALUPO, op. cit., p.112, primer párrafo.

⁵³ El único país latino americano que junto con México superan a Bolivia en el promedio anual de casos de linchamientos.

derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, los derechos a la integridad y a la libertad personal, y las garantías judiciales; también involucran tratos crueles, inhumanos y degradantes, incompatibles con la dignidad humana. La norma que prohíbe esta clase de trato es de carácter universal e imperativo. Hoy ninguna cultura puede reivindicar para sí como prerrogativa, bajo ninguna justificación, el recurso a un trato inhumano y degradante. Jurídicamente reprobable y éticamente repudiable, el linchamiento significa una ruptura del valor intrínseco de la vida y a la integridad personal de la víctima, degrada moralmente al victimario y trasciende incluso a la comunidad, pues sustituye los lazos de unidad y solidaridad que permiten la convivencia social, por el temor, el odio, la desconfianza y la violencia.» (MINUGUA, 2000)

Respecto del principio de proporcionalidad mencionado por Bacigalupo como otra de las concreciones del estado de derecho en materia penal, este satisface una determinada relación entre la gravedad de la pena y la gravedad del hecho punible, característica muy poco respetada en hechos de violencia popular amparada en la “justicia comunitaria”, cuando desatendiéndose el principio de legalidad y el de culpabilidad por el hecho, cualquier persona, delincuente habitual o simple sospechoso,⁵⁴ puede ser objeto de acusación, torturas⁵⁵ y ejecución inmediata por los medios más atroces⁵⁶.

Con el auge del indigenismo etnocéntrico como movimiento social que ha derivado en un plurinormativismo multicultural en el plano jurídico (ocurrido en la década de 1990, cuando varias constituciones de la región van a reconocer la realidad pluricultural y multiétnica de sus países⁵⁷), en Bolivia parece estar experimentándose –además de una sensación de impunidad y de una licuación del estado de derecho- una suerte de anomia culturalmente condicionada. Esto que comenzó como reivindicación y luchas por los años de genocidio y opresión colonial, fue degenerando en la moda de la preservación de lo nativo, en una nueva forma de nacionalismo fundamentalista, incluso de exaltación de la raza. Todo se justifica en pos de refundar una segunda emancipación, una emancipación multicultural aunque poco “integradora” como se pretende en el preámbulo, que manifiesta un visceral rechazo al modelo liberal universalista, igualador y destructor de las diferencias. “Pero no basta con rechazar el universalismo, sino hay que denunciar también que cuando lo local se universaliza lo particular se invierte y se convierte en otra ideología de lo universal. (...) tampoco es válido partir de un rechazo a todas las ideas occidentales sobre derechos humanos como si fueran todas ellas producto del colonialismo y del imperialismo. Negar «absolutamente» la visión occidental de los derechos humanos conduce a las culturas y

⁵⁴ Mollericona habla de un ambiente de permanente desconfianza sistemática: «En los barrios alteños, al parecer se instauró una especie de “vigilantismo comunal” con características punitivas, situación que se caracteriza por un ambiente de sospecha y vigilancia sistemática -hasta paranoico hacia los sospechosos- contra los “extraños”... Dada esta situación [de permanente sospecha y desconfianza] cualquier persona puede ser sujeta de ser sindicada de ser ladrón; con razón o sin ella. Es más, se han dado casos de linchamiento en el que las víctimas de este tipo de castigo violento eran inocentes, es decir personas que por mala fortuna pasaban por el lugar o iban a visitar a sus amistades y fueron confundidos con ladrones.» MOLLERICONA, op.cit., p. 14.

⁵⁵ Los “ortigazos” (azotes con ortigas) y el baño con agua fría, al tiempo que castigos físicos, son rituales de purificación y limpieza percibidos como mecanismos de control que ayudan a mantener el orden de la comunidad, Su función ritual es “limpiar” la mala energía (*llaki*) que generó la ejecución de la infracción. Ver GARCÍA SERRANO, Fernando “No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro” en SOUZA SANTOS, Boaventura de, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. pp. 516,541.

⁵⁶ Mollericona da cuenta de las distintas formas de ejecución: “...llamaron mucho la atención [algunos casos] a partir de sus desenlaces producidos, utilizándose: los golpes, la horca, la incineración y el uso del agua fría (en ciertos horarios) como elementos de ejecución.” MOLLERICONA, op.cit., p. 7.

⁵⁷ Colombia (1991, Art. 7), Bolivia (reforma de 1994, Art. 1), Ecuador (1998, Art. 1), Venezuela (1999, preámbulo) y Guatemala (reforma de 1999, Art. 66).

países que lo hacen a aceptar que es la cultura occidental la única que los postula y defiende, el patrón oro desde el que identificar la lucha por la dignidad humana. Esta pretensión de esencialismo étnico provoca el autodesprecio hacia la larga tradición no occidental de lucha por la dignidad.”⁵⁸

Esta anomia selectiva (de la ley colonial) provoca algo así como un síndrome o ceguera amoral que no permite distinguir la crueldad de ciertos actos ni su carácter de crímenes, mucho menos la afectación de derechos humanos individuales conforme la concepción liberal. Algo como lo que preocupó seriamente a la Misión en Guatemala: «...el problema de la legitimación alcanza niveles que involucran a toda la sociedad. La Misión constata que, al inicio del fenómeno de los linchamientos, no hubo una respuesta contundente, enérgica y decidida de los actores sociales que ejercen el liderazgo moral sobre la sociedad (periodistas, intelectuales, partidos políticos, denominaciones religiosas, autoridades tradicionales, instituciones de gobierno, organizaciones no gubernamentales, entre otros) en condenar categóricamente el linchamiento.» (MINUGUA, 2000).

El caso del Municipio de Uncía, revela que por esas fechas la comunidad originaria campesina –mayormente constituida por aborígenes conforme los últimos censos⁵⁹ se mostraba desconfiada y agresiva respecto de los enviados de la Defensoría del Pueblo, paradójicamente, el principal órgano de defensa de sus derechos colectivos, después del propio presidente, donde según las noticias locales, reinaba un estado de inseguridad y paranoia frente a los extraños, justificado en un reclamo por impunidad de hechos recientes. En este estado de cosas (siempre oportuno para lanzar reclamos e interpelaciones reivindicativas), sin embargo nunca estuvo en peligro el ejercicio efectivo de las autonomías, ni en discusión la potestad jurisdiccional de los Ayllus, ni la integridad de sus territorios. Por el contrario, desde el principio siempre estuvieron en riesgo únicamente derechos individuales, tanto de los propios originarios campesinos como de terceros.

c) Los derechos comunitarios: su preeminencia (ideológica) en el derecho interno boliviano y las tensiones con el derecho internacional

Los derechos comunitarios son, por definición, aquellos cuyo titular no es un individuo sino una comunidad de individuos que reúnen ciertas características. “Como los derechos en general pueden clasificarse de acuerdo a diferentes criterios [desde] el punto de vista formal, se recomienda diferenciar entre derechos a algo, libertades y competencias”.⁶⁰ En la CPEP de Bolivia encontramos derechos comunitarios establecidos que responden a esta clasificación formal: a) derecho a su cultura (art.2), a su propia cosmovisión (art.30-II.2); b) libre determinación (art.2), a existir libremente (art.30-II.1) y c) derecho a la autonomía, al autogobierno (art.2), por citar algunos.

Con el surgimiento de los movimientos indigenistas, enaltecedores de la pertenencia racial y cultural a los pueblos originarios, el individuo –conforme la concepción occidental– pasó a un segundo plano. Los promotores del multiculturalismo consideran que la administración de estas políticas diferencialistas (“discriminación positiva”) constituye la vía que permite acabar con la exclusión de los llamados pueblos indígenas y demás minorías

⁵⁸ FLORES, Joaquín Herrera, *Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de la resistencia*, pp.90-91

⁵⁹ Uncía pertenece a Potosí, en donde “...según el Censo Nacional de Población y Vivienda de 2001, el 62,05% de la población se identifica como miembro de alguno de los 33 pueblos indígenas que existen en nuestro país. Sobresalen los departamentos de Potosí con 83,9% de su población que se identifica como indígena...” DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE BOLIVIA, *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*, p.1

⁶⁰ ALEXY, op. cit., p.22

étnicas. Claro que en Bolivia la situación es distinta, es decir, las etnias aborígenes constituyen la población mayoritaria, si las consideráramos como un bloque. En esa fragmentación de 36 etnias diferentes, se asienta la principal preocupación por la integración y unidad en un estado plurinacional. Ello no impide que el derecho a la diferencia sea celebrado como un principio de equidad que contrasta [y difiere] con el principio de igualdad universal promovido por el modelo republicano. Considerado abstracto e ilusorio, este último es denunciado porque borra la identidad particular de cada individuo y, a menudo, solo sirve para encubrir la situación de dominación de grupos enteros o incluso de la mayoría de la población. Por lo tanto, "...el multiculturalismo es presentado como un paradigma más justo y progresista, que deberían aplicar los estados contemporáneos 'modernos', puesto que ello constituiría un 'avance legislativo'. Paralelamente, el modelo 'asimilacionista' y 'homogeneizador' del Estado-nación es criticado y visto como opresor ya que no considera los *derechos colectivos* de dichos 'pueblos'".⁶¹

Esto ha sido fomentado entre los últimos, a través de recetas "populistas" que se sirven de tradiciones y las fortalecen como mitos nacionales modernos con objetivos políticos⁶², lo que incluso se ve reflejado en la propia constitución política⁶³. Dado que para el liberalismo los derechos son prerrogativas de los individuos y no de las entidades colectivas a las que éstos pertenecen, se plantea la necesidad de que todo el sistema se reformule a partir del reconocimiento de los derechos colectivos, con el fin de proteger de modo adecuado a los pueblos y colectividades a los que esos individuos pertenecen. Pero se comprueba en los hechos que "el reconocimiento constitucional en Bolivia de la llamada 'justicia indígena' está provocando graves fricciones entre los tribunales civiles y el derecho consuetudinario que han comenzado a aplicar las autoridades comunitarias aimaras y quechuas, incluidos linchamientos y castigos corporales, que también se están registrando en Ecuador y Perú"⁶⁴.

El pluralismo jurídico utiliza un *esquema marxista* para plantear el problema y proponer soluciones: todo se reduce a una relación desigual entre un sistema jurídico dominante (oficial) y otro dominado (no oficial). Históricamente en el continente se ha dado la renuencia del derecho estatal a reconocer las leyes de los pueblos originarios, y cuando lo ha hecho, las ha recopilado con cierta distorsión, producto de incipiente proceso de hibridación. "La lucha por el respeto de las especificidades culturales de las minorías ha experimentado un crecimiento progresivo que en este siglo se situará en un nivel similar a las reivindicaciones por los derechos civiles, políticos y sociales."⁶⁵

⁶¹ ROBIN AZEVEDO, op cit. p.72

⁶² "El "año nuevo aimara" (21 de junio) que es el solsticio de invierno en el hemisferio austral, ha sido declarado fiesta oficial por el gobierno de Evo Morales, en el último episodio de lo que Eric Hobsbawm llamó la "invención de la tradición". González Manrique, op. cit., p.1

⁶³ CPEP. "Artículo 6. I. Sucre es la Capital de Bolivia. II. Los símbolos del Estado son la bandera tricolor rojo, amarillo y verde; el himno boliviano; el escudo de armas; la wiphala; la escarapela; la flor de la kantuta y la flor del patujú.» La wiphala es una bandera. «El año nuevo aimara no es el único ejemplo de invención de nuevas tradiciones supuestamente prehispánicas. En los tres países centro-andinos –Ecuador, Perú y Bolivia– el creciente protagonismo de los movimientos indígenas ha estado acompañado por el uso de la wiphala –la bandera con los siete colores del arco iris– como símbolo de identificación colectiva. El 21 de enero de 2000, la wiphala fue utilizada por los manifestantes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (Conaie) para marcar simbólicamente la "toma" de los principales recintos del poder: el Congreso de la República, el Palacio de Carondelet y la Plaza Grande de Quito. Desde la llegada al poder de Evo Morales, la wiphala preside todas las ceremonias oficiales y en Perú es la bandera oficial de la ciudad de Cuzco¹ y flamea en su municipalidad." Ver GONZÁLEZ MANRIQUE, op.cit. p.2

⁶⁴ «...los casos de ajusticiamientos populares aumentaron en la gestión de Evo Morales, a raíz de ese contexto muchos políticos de la oposición atribuyeron los linchamientos como resultado del "fanatismo político" partidario del MAS (Movimiento al Socialismo).» MOLLERICONA, op.cit., p.2

⁶⁵ GONZÁLEZ MANRIQUE, op. cit., p.7

Los derechos del colectivo, que invariablemente poseen los distintos grupos étnico-culturales⁶⁶, se corresponden con la cosmovisión⁶⁷ de estos pueblos nativos, impregnados de un fuerte sentimiento de pertenencia y consubstanciación con el grupo.⁶⁸ Ello ha posibilitado que el propio Estado boliviano se reconozca como uno “plurinacional”⁶⁹, diseñado a imagen y semejanza de su propia diversidad cultural y que ha venido a instaurar múltiples ámbitos jurisdiccionales correspondientes a cada una de esas realidades locales, al tiempo que en el mismo texto constitucional se mantengan –como el resto de los países- la nómina de derechos humanos fundamentales de los individuos en general. Pero dada la impronta pluricultural grabada a fuego en la nueva carta magna, se plantean dudas acerca de cuán incólumes y fundamentales son los derechos humanos individuales frente al bloque de derechos colectivos de las NyPIOC. Más allá del avanzado diseño jurídico en materia de derechos, la realidad muestra a diario la aparente incompatibilidad⁷⁰ entre las cosmovisiones culturales –en especial, su forma de control de la conflictividad social- y el respeto por los derechos individuales, que debieran irradiar su omnipresencia incluso para los propios miembros de dichas comunidades culturales.

Lo cierto es que pese a la marcada impronta protectoria de “derechos colectivos” que posee la nueva CPEP, son sus normas relativas a “derechos fundamentales” contenidas en su Primera Parte (Bases Fundamentales Del Estado Derechos, Deberes y Garantías), Título Segundo (Derechos Fundamentales y Garantías), las que vienen en auxilio y otorgan vigencia efectiva a las conquistas de los pueblos ante la discriminación y opresión que sufren los individuos.

Sin dudas, gran incidencia han tenido los pronunciamientos de organismos internacionales en materia de reconocimiento de derechos de minorías a través de recomendaciones a los países signatarios de establecer un mecanismo eficaz de acceso a la justicia. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha establecido conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana (CADH), que “...para garantizar el acceso a la *justicia* de los miembros de comunidades indígenas, ‘es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres’. (...) ‘los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de

⁶⁶ No necesariamente de las minorías, como en Bolivia, donde la población minoritaria justamente es la raza blanca de origen europeo.

⁶⁷ “Por mucho que debamos respetar, comprender y juzgar desde los propios universos simbólicos, eso no nos obliga a aceptar como derecho cualquier demanda, y menos aún aquéllas que carecen de argumentos para justificar semejante pretensión, como es el caso de la práctica de torturas, sacrificios humanos, o de todas aquéllas que suponen, por ejemplo, la consideración de la mujer o de los niños como no-persona (como, por ejemplo, la negación de la igualdad en el acceso a la educación)...” DE LUCAS, Javier, “Derechos humanos, legislación positiva e interculturalidad”, pp. 83-84

⁶⁸ “Los linchamientos no son parte del derecho consuetudinario indígena, pero la violencia colectiva surge a partir de algunas características propias de la cultura indígena como el fuerte sentido de pertenencia a una determinada comunidad” MENDOZA, Carlos, en *Linchamientos: ¿barbarie o “justicia popular”?*, p.117

⁶⁹ “Que el pluralismo sea en sí un valor no significa necesariamente que haya que poner en pie de igualdad todas y cada una de las plurales ideologías, tradiciones culturales y pretensiones valorativas, sobre todo cuando se trata de extraer de ellas pautas de conducta, deberes y derechos.” DE LUCAS, op. cit, p. 83

⁷⁰ Ordenanzas: “16to: El adúltero y la adúltera sean castigados con pena de muerte; y el marido si hallare a su mujer en tal delito, denuncie luego, para que se le cumpla la justa venganza; lo mismo la mujer denuncie dellos, para que mueran. (...) 20mo: Quien cometiere el pecado de sodomía, que muera arrastrado y ahorcado y luego sea quemado con todos sus vestidos, y lo mismo si juntare con alguna bestia.” Ver CHIVI VARGAS, Idón Moisés, “Los desafíos de la justicia comunitaria (y bases para una “ley de deslinde jurisdiccional”)”, en *Serie Autonomías en la Constitución*, p.16-17.

cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*.”⁷¹ Aquí claramente la recomendación apunta a la protección de derechos individuales de los miembros de las comunidades, aunque poniendo énfasis en su derecho ancestral y cosmovisión cultural.

Incluso dichos pronunciamientos han incidido en el reconocimiento de particulares necesidades en materia de derechos comunitarios: “...el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del *derecho* a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho *derecho* ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos *derechos* de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del *derecho* a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del *derecho* de acceso a la justicia e igualdad ante la ley”.⁷² Aquí la Corte IDH decididamente hace referencia a derechos colectivos, aunque sin hacer alusión a derechos de autodeterminación, autonomía o administración de su propia justicia.

Otros pronunciamientos han dado sustento para el reconocimiento de otros derechos colectivos de mayor amplitud, como el derecho a la identidad cultural, base fundamental para el reconocimiento de otros tantos derechos colectivos. La Corte ha reconocido que “[a]l desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre ‘la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio’, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que ‘[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas’”⁷³

III. Dos problemas imbricados: la inoperatividad del sistema plurinacional y la colisión sustancial de derechos.

⁷¹ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, Párrafo 184

⁷² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, Párrafo 63

⁷³ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 212

En el resumen inicial adelanté dos problemas, entre otros, que presenta el sistema de justicia boliviano frente al flagelo de los linchamientos como un fenómeno no aislado sino en estadio crítico:⁷⁴ (i) uno de orden práctico o formal, sobre el desfasaje en términos de coordinación subsistente entre jurisdicciones –la ordinaria y la aborígen-, y (ii) otro que atañe al fondo, relativo a los difusos límites del derecho colectivo de NyPIOC respecto de derechos fundamentales de orden individual. A continuación se analizan separadamente tales aspectos.

a) Jurisdicción ordinaria y la justicia comunitaria: el desfasaje operativo en la implementación de competencias

La cuestión de las competencias, como forma de incluir *límites mínimos* de respeto a los derechos humanos por parte de la justicia indígena, contenida en el Informe Uncía, nunca fue aclarada expresamente en su significación ni alcances, en las conclusiones o en las recomendaciones que formuló la Defensoría del Pueblo. No obstante ello, sabemos que finalmente la LDJ terminó incluyendo la regulación de los ámbitos de vigencia de la JIOC. Así en su cap. III, la norma del art.8º establece la principal limitación en el requisito de la concurrencia: “Artículo 8. La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente.” En cuanto a la “vigencia” o más propiamente, competencia personal, solo los miembros de la comunidad están sometidos a esta jurisdicción especial, surgiendo aquí el problema no menor, sobre qué debe entenderse como “miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino” (sólo nativos *puros* o mestizos –que no son ni indígenas ni no indígenas-)⁷⁵, y a qué alcance territorial puede extenderse esta competencia personal, tema en el que por su complejidad, excede su tratamiento aquí.⁷⁶ En lo que respecta a las limitaciones a la competencia material, se mencionan en el ámbito penal entre otras, expresamente excluidos los delitos de violación, asesinato y homicidio (art.10 II a. LDJ), no así delitos contra la propiedad, que se mantienen dentro de la competencia de la autoridad indígena local (robos, hurtos), que constituyen la causa de la mayoría de los linchamientos.⁷⁷

Esto revela que desde este organismo del estado central, llamado a la protección de los derechos en general, desde siempre ha existido la preocupación de lograr el mejor ingreso formal y material de la justicia indígena al conjunto de instituciones del estado, otorgándose tal carácter y jerarquía en la última reforma constitucional de 2009,⁷⁸ superando el carácter de un mero procedimiento de composición de cuestiones domésticas. Pero en ese derrotero se ha realizado una lectura sesgada del problema, en la idea de privilegiar el proceso de diferenciación y autonomización de las culturas otrora sumergidas, más que su integración con la cultura dominante. Del informe del Defensor del Pueblo para el caso Uncía, se ha

⁷⁴ Ver nuestro trabajo sobre “Ajusticiamientos populares ...” donde hacemos una teorización de las distintas etapas o fases evolutivas del fenómeno justicia popular, p. 216, tabla 6.

⁷⁵ CARBONELL, op. cit., p. 843: “La cuestión no es menor, sobre todo si se considera que en varios países de la región, una buena parte de la población no es ni indígena, ni no indígena, sino mestiza, es decir, está compuesta por personas que tienen una identidad y una forma de vida intermedias entre lo indígena y lo que, para sintetizar, se podría llamar lo occidental.”

⁷⁶ Sin embargo, no sería una cuestión ajena a la problemática de los linchamientos y la justicia comunitaria. Piénsese que el juzgamiento por estos delitos de masas, que involucraría indígenas o mestizos, es materia privativa de la justicia ordinaria, no la indígena, sea cual fuere la raza de los imputados (art. 5º inc. v de la LDJ).

⁷⁷ “En términos generales, según el gráfico (*causas y tendencias de los linchamientos e intentos*) los delitos contra de la propiedad (robo, hurto y asalto) tienen un porcentaje mayor de 74%, además de robo agravado (atracos a taxista y autopartes) con el 10%...” MOLLERICONA, op. cit, p.14

⁷⁸ CPEP, art. 179 II., 190 I.

desprendido que el *llamamiento a reflexión* por los desbordes sociales en las comunidades indígenas siempre estuvo dirigido al gobierno Plurinacional, a las “autoridades competentes” (5.5.) aunque siempre en clara referencia a la autoridad central. Sin embargo, tal llamamiento a reflexión no es del todo justo, y la referencia a “autoridades competentes” no del todo correcta. No es justo, porque el único responsable de las aberrantes ejecuciones e impunidad extorsiva parece ser el gobierno central. No es correcta la atribución exclusiva de responsabilidad y competencia al Estado, porque según la LDJ, el deber de cooperación entre las distintas jurisdicciones es recíproco (art. 15), a través de mecanismos de ayuda e intercambio de información interinstitucional (art.16), donde todos están obligados a coordinar y cooperarse mutuamente (art.17), aunque no queda claro (ni lo dice la norma) si la autoridad del Ministerio Público pueda contar con la cooperación de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, con la misma inmediatez que ese ministerio debe acudir ante las autoridades locales (art.16.II.a)⁷⁹. Esto es relevante en una zona donde los “desbordes” populares obedecen, como se ha dicho, a causa de delitos no investigados, donde la cooperación de las autoridades indígenas hacia el Ministerio Público (y policía) resulta esencial, aunque esta ley parece poner más énfasis en la cooperación inversa. No se entiende muy bien porqué, en tanto que la materia penal sobre delitos graves –los homicidios reclamados en Uncía-, están expresamente excluidos de la competencia aborigen (art. 10.II.a).

El objetivo de integración y armonización de la pluralidad cultural ha tenido un gran impulso a partir del derecho interno y más aún desde el Derecho internacional. La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, tiene como eje central el derecho a la cultura propia y en condiciones de igualdad con el Derecho estatal. Se ha señalado que esto debe comprenderse como algo más que un paralelismo jurídico, un “pacto de coexistencia radicalmente democrática entre saberes y prácticas institucionales propias y válidas para cada ámbito de vida”. Así es concebida la institucionalidad plurinacional boliviana signada por un proceso emancipatorio del tutelaje eurocéntrico⁸⁰, una forma de [mínima] intervención y contacto entre los sistemas jurídicos, que no aspira más que a vinculaciones de cooperación y cierta coordinación. De eso se trata sinceramente el “plurinacionalismo”: preservar la pureza cultural en todos sus aspectos, desterrando toda posibilidad de hibridación, o ecología de saberes, como aconsejara Souza Santos.

El momento histórico de la hibridación temprana de ambos sistemas fue la práctica del derecho indígena precolonial (Tawantinsuyu) condicionada a la imposición del modelo español, proceso que dio como resultado a la Recopilación de las Leyes de Indias. La legislación colonial recogió la legislación del Inca y la volcó en sus ordenanzas.⁸¹ En estos tiempos de rebrote indigenista, los renovados vientos de cambio, superadores de aquella centenaria opresión y conquista colonial, imponen la reivindicación y el resurgimiento de lo que durante muchos años se venía practicando en segundo plano. Ahora se plantea un verdadero desafío para elaborar y diseñar adecuados modelos de judicialidad plurinormativa, capaces de sortear los obstáculos y no quedar en el intento, varados en una indefinición paradójica en la que no se aplican ni las soluciones de uno u otro sistema. Un desafío que arranca desde el vamos con presupuestos que impiden (y prohíben) cualquier fórmula de adaptación: una “tensa” coexistencia, más que “coexistencia democrática”, con un grado de coordinación/cooperación minimalista. Un modelo supuestamente integrador de lo diverso,

⁷⁹ Ley 073 (LDJ), art. 16 “Mecanismos de cooperación” II. a) Las autoridades jurisdiccionales y las autoridades del Ministerio Público, Policía Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones, deben prestar inmediata cooperación y proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando éstas la soliciten;”

⁸⁰ CHIVI VARGAS, *op. cit.*, p.8

⁸¹ CHIVI VARGAS, *op. cit.*, p.11

donde la autoridad unificadora de criterios, el Tribunal Constitucional Plurinacional, podría hasta poner en peligro la “autonomía” de los pueblos originarios⁸². Boaventura de Souza Santos explica que “...para respetar el proyecto constitucional, la misión de este tribunal debe estar orientada a promover gradualmente aquello que designo como ecología de saberes jurídicos, esto es, el modo de pensamiento jurídico que corresponde a la forma de relación interjudicial que designé como convivialidad. Por ahora, domina la coexistencia, [es decir] la dualidad de saberes jurídicos. Si tal dualidad se mantiene, acabará por empobrecer tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria.”⁸³ En esta tensa coexistencia, ninguna solución parece completa, ninguna enteramente adecuada, nada es definitivo, y luego de ello, sobrevienen los inevitables excesos⁸⁴.

Los linchamientos no son novedad en la región de los países centro andinos, los que comparten similares estructuras sociales, diversidad cultural e historia de luchas contra la “aculturación”. Godínez afirma que «los linchamientos ocurren en contextos en los que el proceso de construcción del Estado es aún imperfecto e inacabado (...) la contradicción entre dos tipos de sistemas normativos da cuenta de ello y es síntoma del desfase existente entre la dimensión jurídica y la dimensión cultural en la esfera estatal.»⁸⁵

Tal desfase no es sólo un problema de incoordinación o mala cooperación entre jurisdicciones. De las conclusiones del propio informe del principal órgano estatal protector de los derechos humanos (Defensoría del Pueblo) para el caso del Municipio de Uncía y de referencias en otros informes traídos a colación, puede avizorarse que el ideal constitucional de convivencia armoniosa entre sistemas jurídicos tan dispares (desde diferentes cosmovisiones culturales), está muy lejos no solo de lograrse en la práctica, sino siquiera, de poder concebirse en términos teóricos no utópicos.

Lo cierto es que la mera coexistencia de al menos dos sistemas jurídicos en un mismo ámbito territorial (el local ancestral y el estatal que aporta la norma superior constitucional y sus leyes reglamentarias) no ha sido capaz de contener conflictos derivados en violencia colectiva y aparece como una suerte de híbrido jurídico que superpone impropriamente categorías de derechos irreductibles (derechos fundamentales frente a derechos colectivos), tormentos y castigos como formas de escarmiento y expiación de culpas, en un caos de múltiples jurisdicciones independientes entre sí y de igual jerarquía, cada una de las cuales poseen una particular visión de las cosas, incompatible con miradas diferentes. Una norma que intentara sentar principios de coordinación y compilar reglas básicas, al solo efecto de la equiparación o adaptación de institutos y categorías jurídicas, sus presupuestos y sus efectos, sería mucho más extensa que una simple ley de deslinde jurisdiccional.

En tal sentido, se afirma que “...la coordinación entre justicia indígena y justicia ordinaria es compleja y diversa. En su dimensión formal incluye diversas leyes, instituciones y políticas; en su dimensión informal, en tanto, tiene relación con organizaciones, procesos y

⁸² Informe sobre *Sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*, del Defensor del Pueblo de Bolivia (2008): “Actualmente, nuestra Constitución se adscribe aún en el modelo de pluralismo jurídico subordinado (...) define como límite de la justicia de los pueblos indígenas a “la Constitución y las leyes”, declaración que en la práctica vacía de contenido el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a “aplicar sus normas propias”, p.14

⁸³ SOUZA SANTOS, *op.cit.*, p.8

⁸⁴ Bajo el titular “Bolivia aprobó una peligrosa ley de justicia indígena” se ha difundido en nuestro medio la noticia de la sanción de una ley que da atribuciones a los “tribunales” comunitarios para juzgar crímenes, Web: <www.infobae.com/2010/06/09/1000393-bolivia-aprobo-una-peligrosa-ley-justicia-indigena> [27-02-2015].

⁸⁵ GODINEZ PEREZ, *op.cit.*, p.28

prácticas sociales de diverso orden. Y supone también distintos niveles y lógicas de relacionamiento. Queda claro entonces que esta coordinación no puede ni debe realizarse por conducto exclusivo de una ley especializada.”⁸⁶

Los teóricos del comunitarismo indocentrista –dándose revancha del modelo y tradición jurídica occidental- suelen repetir que la norma no crea la realidad, sino la realidad da sustento fáctico a la norma⁸⁷. Quién, y con qué autoridad, será entonces el que se avoque a la tarea de describir las realidades, y desde qué óptica. La norma tradicional que ya existe y ha tenido vigencia, hoy posee una nueva característica: su imperatividad ante cualquier persona u organismo.⁸⁸ Este es el sistema jurídico indígena hoy, y no está obligado a adaptarse ni integrarse al modelo estatal, más que para el respeto a los Derechos fundamentales y a mantener la integridad del Estado Plurinacional.⁸⁹ Solo en materia penal – una de las tantas competencias que *pretende* asumir la justicia indígena- la concepción de lo ilícito penal (frente a sanciones gravísimas de ésta índole previstas por ej., a las relaciones incestuosas), por tomar sólo un aspecto de la teoría del delito y de la pena, presenta serios interrogantes en orden a un mínimo consenso entre varias jurisdicciones que entienden en distinta gama de delitos según su gravedad. Otro tanto sucede con las normas de orden procesal. Dadas las autonomías y el poder de autodeterminación que hoy poseen constitucionalmente los pueblos indígenas, manteniendo incólume la particular identidad, valores y cosmovisión, nada impide que lo que hoy no es delito se convierta mañana en uno, o que lo que hoy necesita un mínimo probatorio, mañana devengare una presunción legal en contra del acusado por un delito. Ni que hablar si se pretende relacionar la teoría del delito (o de lo ilícito) en tanto herramienta de control social –por parte de los órganos locales de poder- con la política criminal que pretenda asumir determinada autonomía indígena municipal o regional, ¿Quiénes van a aportar las directrices para tal política, con qué criterio y en función de qué intereses?

En ese sentido es de destacar que la realidad tan palpable, siempre termina pasando factura de cuanta consagración, equiparación o asimilación de “laboratorio” se pretenda hacer, si es que la simbiosis entre justicia “indígena” y la ordinaria no puede lograrse también en los hechos. Es decir, una simbiosis entendida como buena convivencia (“ecología” según Souza Santos) entre justicia “ancestral” y justicia “estatal”, no podría lograrse sin un mínimo de acuerdo sobre algunos puntos básicos en común, entre quienes representan intereses de *ambos lados*. El primer interrogante que surge es si ese mínimo acuerdo efectivamente se alcanzó previo al proceso que culminó con la sanción de la reforma constitucional de 1994 (cuando se instauró el derecho constitucional de los pueblos), o previo a la última reforma de 2009 cuando se extendió el alcance de esos derechos, o cuando se pretendió limitarlos con la norma de deslinde de jurisdicciones.

La llamada justicia comunitaria en el caso de Bolivia, ha formado parte –en realidad- de una estrategia populista-utilitarista gubernamental para la promoción de la ley y el orden (E. Merry, 1993) en escenarios caracterizados por rivalidades históricas, tal como lo revela el caso Uncía. Sobre todo en sociedades fragmentadas cultural /económicamente, con componentes aborígenes subsistentes y bien delineados, que no han experimentado procesos de hibridación en un nivel que satisfaga al coexistente mandato constitucional de

⁸⁶ GRIJALVA JIMÉNEZ, *et al*, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. p.584

⁸⁷ CHIVI VARGAS, *op. cit.*, p.8

⁸⁸ CPEP. “Artículo 192 I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.”

⁸⁹ Preámbulo CPEP: “...Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país....”

unidad (y coordinación necesaria) entre justicias⁹⁰ según el nuevo modelo de Estado plurinacional.⁹¹ Más que hibridación, o sana mezcla o entrecruzamiento enriquecedor de culturas, lo que se propicia en Bolivia es la preservación de las identidades, de culturas, hasta la pureza étnica misma, lo que contribuye a mayor fragmentación dentro del ilusorio y demagógico “estado plurinacional”. Hay que entender también que esta noción de *justicia comunitaria* ha emergido hace décadas, inmersa en recetas de políticas neoliberales y de descentralización del Estado, para promover procesos comunitarios de auto-regulación. En esa descentralización del estado del tipo unitario, cobró mayor significación y lógica la lucha y reivindicación de intereses de la patria indígena emancipada del colonialismo. La verdadera dimensión de la justicia comunitaria no se promueve ni concibe como mera forma de resolución de conflictos, ni una justicia “menor” basada en usos y costumbres, sino que aspiró siempre a una verdadera jurisdicción autónoma, concedora del Derecho Indígena o Tawantinsuyo, incluso sin posibilidad de estar sujeta a ninguna instancia superior de la justicia ordinaria y –ni siquiera- a la propia constitución plurinacional⁹².

No obstante la oposición irreductible del derecho ancestral/derecho estatal, se afirma que el modelo plurinacional a través de procesos de inter-legalidad es factible de alcanzar cuando la coordinación entre las dos justicias es conducida según la lógica de la ecología de saberes jurídicos y no según la lógica de la dualidad de dichos saberes. Las *prácticas concretas* de convivencia o de articulación entre dos justicias llevadas a cabo por las poblaciones son múltiples y revelan la creatividad social y cultural mucho más allá de lo pregonado por los teóricos del comunitarismo. Tales prácticas conforman la hibridación conceptual y procesal que no todos defienden, ni mucho menos aceptan. Pero a veces se requieren formas de traducción intercultural para definir lo que es tortura, lo que significa igualdad entre hombre y mujer, lo que es debido proceso, y así entonces evitar excesos como las ejecuciones tumultuarias. Frente a la repetición de ciertas prácticas crueles e inaceptables desde cualquier punto de vista (penas capitales que no respetan la dignidad humana), lo paradójico es que tanto la justicia ordinaria como la justicia indígena –aisladamente- tienen cada una sus propios medios para evitar tales excesos.

Evidentemente el medio campesino-rural, y más aún, los territorios de pertenencia ancestral de grupos aborígenes aislados (o en situación de contacto inicial)⁹³, son ámbitos muy distintos del medio urbano y las periferias de las grandes ciudades. La contención de los mismos conflictos para realidades sustancialmente distintas ha despertado la necesidad de cambios y requerido el consenso para el reconocimiento de las autonomías locales indígenas y la instauración en consecuencia de sus respectivas jurisdicciones, en toda la extensión conceptual de esta palabra.

Tomemos algunos aspectos puntuales de la “justicia” tradicional indígena para poder comprender mejor cuál es el desafío de un programa político que pretenda preservar –como compromiso nacional- la pureza cultural por sobre el modelo europeo y al mismo tiempo

⁹⁰ CPEP. “Artículo 179 I. La función judicial es única.” y en coincidencia, la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional: art.3º: “La función judicial es única.”

⁹¹ «El llamado Estado plurinacional se ha quedado en una mera declaración de intenciones porque la clase política y el gobierno son conscientes de que muchas tradiciones indígenas tienen un difícil encaje en un Estado de derecho moderno.» GONZÁLEZ MANRIQUE, *op. cit.*, p.4.

⁹² El informe del defensor del pueblo *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*, califica al sistema vigente –antes de la reforma de 2009- como un pluralismo jurídico subordinado, por cuatro razones: «...define como límite de la justicia de los pueblos indígenas a “la Constitución y las leyes”, declaración que en la práctica vacía de contenido el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ‘aplicar sus normas propias’» Ver informe, p. 14.

⁹³ CPEP, art. 31.

hacer respetar los derechos humanos, como imposición del mundo occidental.

Nicolás Vincent, Marcelo Fernández, Elba Flores han estudiado e investigado en su obra “Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia”⁹⁴ la naturaleza básicamente reparadora de la justicia comunitaria. Antes que el castigo del infractor, la justicia comunitaria o comunal busca la reparación del daño, lo que Antonio Peña Jumpa llama también ‘reposición’. Reparar el daño se presenta como una alternativa al *ayni*: reparamos el daño ocasionado al otro para evitar que él nos devuelva el daño en forma de *ayni* (Volver el equilibrio, o venganza).⁹⁵ Pero no siempre –dependiendo del tipo de conflicto– se logra un acuerdo o se puede lograr una reparación; entonces, la justicia comunitaria puede proceder por castigo. En el tipo de conflicto que supera las cuestiones intrafamiliares, que los autores clasifican como “conflictos comunales”, comprende los delitos más graves que son de competencia de la comunidad en pleno y su resolución requiere la participación de todos los comunarios, puesto que aquí la afectada es la comunidad. Estos son los delitos de robo, homicidio, violación y adulterio.⁹⁶ Respecto de este último, los autores citan un caso que se remonta a 1988, en el que la Justicia indígena aplicó pena de muerte en Tinkipaya, en el ayllu Qaña, a dos amantes adúlteros.⁹⁷ En cuanto al procedimiento, enseñan estos autores que en los casos menores, donde tiene lugar la “reposición”, impera la conciliación entre partes, en donde la asamblea funciona como una segunda instancia. En los conflictos comunales, la asamblea actúa desde el inicio, siendo que investiga el caso y juzga. El “proceso judicial” se basa casi exclusivamente en las declaraciones. “Como lo indica Antonio Peña Jumpa (1998: 203), ‘no hay necesidad de pruebas’, la palabra de las partes y de los testigos es generalmente suficiente.”⁹⁸ Hay procedimientos que aseguran la veracidad de los testimonios: el juramento, el cual lleva un circunstanciado ritual. A los sospechosos se los hace jurar sobre la vara de mando de la autoridad originaria para que declaren la verdad. “Además del juramento, es común llevar al acusado al cementerio para que pase la noche atado de pies y manos. De esta manera se consigue atemorizarlo para que al día siguiente declare toda la verdad.”⁹⁹ Esta arcaica forma de justicia, apela también a lo sobrenatural: “Si no se tiene pruebas materiales ni testigos oculares, las autoridades suelen recurrir al *vatiri*; él puede ver en coca dónde se encuentran los objetos robados”.¹⁰⁰ En cuanto a los castigos, ellos pertenecen a dos lógicas: algunos son parte del proceso de conciliación mientras otros (los más severos) apuntan a una resolución por separación. Las multas, los chicotazos y la privación temporal de ciertos derechos son parte de la negociación. Los chicotazos (azotes) por lo tanto, son aplicados para permitir una reinserción total y completa del individuo a la comunidad. El destierro y la pena de muerte, por el contrario, no buscan recomponer el lazo social con el infractor sino disolverlo definitivamente.¹⁰¹ Estas sanciones se aplican a los infractores que reinciden en el delito a pesar de las advertencias recibidas anteriormente para rectificar su comportamiento (aún delitos menores, como el hurto). El destierro es considerado la última pena alternativa a la pena de muerte: la persona condenada no deberá volver nunca a la comunidad so pena de ser inmediatamente colgada.¹⁰² Es revelador que este trabajo formule observaciones que echan por tierra el dogma preconizado por los defensores del movimiento indigenista, cuando pretende *deslindar* la justicia comunitaria de los linchamientos: “...la pena de muerte sólo puede ser aplicada por decisión unánime de toda la comunidad, de lo contrario crearía

⁹⁴ Fundación Unir, Edición: Rubén Vargas. 2da. Edición, Bolivia, agosto de 2007.

⁹⁵ VINCENT *et al*, “Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia”, p.270

⁹⁶ VINCENT *et al*, op. cit., p.274

⁹⁷ VINCENT *et al*, op. cit., p.275

⁹⁸ VINCENT *et al*, op. cit., p.279, tercer párrafo.

⁹⁹ VINCENT *et al*, op. cit., p.279, último párrafo.

¹⁰⁰ VINCENT *et al*, op. cit., p.280

¹⁰¹ VINCENT *et al*, op. cit., p.282

¹⁰² VINCENT *et al*, op. cit., p.284.

divisiones internas y sería contraproducente. Por ello, muchas veces tiene el carácter de linchamiento. En varios casos reportados por Marcelo Fernández, la comunidad obliga a los padres del delincuente a ejecutar a su hijo. Este hecho puede ser interpretado de dos maneras: como una sanción a los padres por no haber sabido educar bien a su hijo, o (...) puede entenderse por la necesidad de romper el lazo social que unía el delincuente con su parentela. Si la familia no rompe la solidaridad con el delincuente, la culpa podría recaer sobre ella y de esta manera el conflicto perduraría entre los comunarios.”¹⁰³ Las frecuentes noticias sobre casos de linchamientos en comunidades que cuentan con justicia local, demuestra para los autores que la pena de muerte tiene plena vigencia en las comunidades y que a veces (caso Turiza, publicado en *El Potosí*, el 24/10/2005) su aplicación es penada por la justicia ordinaria.

La justicia ordinaria, por su parte, ha debido poner orden en situaciones que han comprometido el derecho a la vida de los propios comunarios (derechos individuales), con mayor frecuencia que cuestiones relativas a afectación de derechos colectivos. Este tipo de conflictos es dirimido por la justicia constitucional (CPEP, art. 179.III.) a cargo del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). Es el caso de la acción de amparo constitucional interpuesta por Javier Osvaldo Arze Arce contra Clemente Cuevas Luque, Secretario General; Vitaliano Vera Josepi, autoridad originaria; Luis Salinas Altamirano, Secretario de Actas y Relaciones; Willy Altamirano Aduviri, Secretario de Actas; y Esteban Josepi Cárdenas, todos miembros del Directorio de la comunidad de Cayhuasi.¹⁰⁴ El demandante, el 2006 solicitó al Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) el saneamiento simple de sus tierras, el que fue admitido favorablemente. Notificados los comunarios de Cayhuasi, encabezados por Willy Altamirano Aduviri, procedieron al avasallamiento de la propiedad introduciendo su ganado, sembrando parcelas dentro de la misma, y realizando una serie de amedrentamientos en su contra. El 25 de mayo de 2007, Arze Arce “...suscribió un compromiso para ceder a la comunidad 535 has., quedándose voluntariamente con 882 has., con la finalidad de vivir en paz en la zona, incluso a solicitud suya se efectuó una parte del saneamiento de la propiedad, pero el 11 de noviembre de 2009, los comunarios de Cayhuasi nuevamente procedieron a tomar las tierras de su propiedad con amenazas y amedrentamientos e incluso habiendo sacado un voto resolutorio que dice: ‘En vista de que la familia Arce toma acciones de hecho (que desconocemos en absoluto a que acciones de hecho se refieren) la comunidad integra decide la toma de predios alrededor de la iglesia para la urbanización de la comunidad de Cayhuasi, y no nos hacemos responsables de cualquier acción’ (sic).” en clara alusión a posible linchamiento. El Juez de Partido Mixto y de Sentencia Penal de Caracollo del Distrito Judicial, constituido en Juez de garantías, mediante Resolución 25/2010 de 18 de marzo, concedió la acción de amparo constitucional y dispuso entre otras medidas que i) en el plazo de setenta y dos horas, los demandados, miembros de su comunidad y de otras comunidades se retiren de la propiedad del accionante, excepto de los terrenos cedidos voluntariamente mediante Resolución 02/2008 de 14 de abril; y, iv) la notificación al “Prefecto del Departamento de Oruro” a efecto de que envíe efectivos policiales para el resguardo de la integridad física de las partes. Sorteadada la causa para el conocimiento del TCP, la Sala Liquidadora Transitoria, en virtud de lo previsto en el art. 20.II de la Ley 212 de 23 de diciembre de 2011; en revisión, resolvió aprobar la Resolución de primera instancia y conceder la tutela solicitada en contra de las vías de hecho (justicia por “mano propia” o irregular) ejercidas por miembros dirigentes de la comunidad Cayhuasi.

Este pronunciamiento y la investigación reseñada (VINCENT *et al*) confirman que los

¹⁰³ VINCENT *et al*, op. cit., p.284, Segundo párrafo.

¹⁰⁴ Sentencia Constitucional Plurinacional 0011/2013-L, Sucre, 13 de febrero de 2013. Sala Liquidadora Transitoria. Magistrada Relatora: Dra. Carmen Silvana Sandoval Landivar. Acción de amparo constitucional Expediente: 2010-21514-44-AAC Departamento: Oruro

“linchamientos” no son iniciativas mal intencionadas de cierto sector mediático, sino que obedecen en gran medida al poder “ilimitado” y sin control conferido a las autoridades originarias. Es un hecho cierto que la justicia indígena –en los términos actuales de su concepción e implementación- resulta incompatible con el estado de derecho y con la efectiva vigencia de derechos humanos individuales.

A pesar que no se niega el noble carácter de “justicia reparadora”, que posee un elaborado procedimiento de negociación y conciliación (incluso mucho más eficaz que el del sistema urbano), el problema sigue subsistiendo con la competencia material en los conflictos del tipo “comunales”, específicamente con los delitos graves. Evidentemente, aquí es donde una arcaica forma de justicia, superada en estos tiempos en la mayoría de los países, es vulneratoria de derechos fundamentales de carácter universal. No está en discusión si se logra o no el control social. Lo que se discute es si esta forma de “justicia” –con los medios y herramientas con que cuenta, entre ellas, sus propias normas como concreción cultural- está en condiciones realmente de afrontar la administración del poder de juzgar (superando un simple mecanismo conciliador) y hacerlo correctamente, es decir, en respeto a los derechos humanos¹⁰⁵, cuya preeminencia sobre los intereses comunitarios, en este siglo XXI, es un punto sin discusión posible.

Son múltiples las situaciones nacidas en esta plurinormatividad multicultural tan pretenciosa que afectan derechos y garantías consagrados en el derecho internacional. Cuando he citado a Bacigalupo y los principios del Derecho Penal concretados en el estado de derecho, se resaltaban cuatro pilares básicos de todo sistema penal (indígena o no) que satisfacen y garantizan la vigencia de derechos individuales: el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y la prohibición de *bis in ídem*. La legalidad, entendida entre otras cosas, desde la óptica de los derechos humanos, como la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y el límite del poder frente a esa acción, no se condice con un sistema que no especifica ni define ciertamente *a priori* los tipos de conductas en infracción, ni los tipos de participación, ni las condiciones contextuales en que deben ser tomadas dichas conductas como presupuesto fáctico de la sanción. El principio de culpabilidad por el hecho, consagrado en el dogma penal del mundo occidental, y los conceptos relacionados (capacidad de culpabilidad o imputabilidad, conexión entre culpabilidad y pena) tampoco tienen vigencia en un sistema que simplemente parece no comprenderlos en el modo o profundidad con que lo hace la justicia ordinaria, más allá de las diferentes cosmovisiones del mundo y la naturaleza, o la libertad del hombre –como individuo- de actuar de una u otra forma. Se han dado linchamientos en comunidades como mecanismo de “expiación” de culpas por hurtos y robos que han azotado a la vecindad, castigando al “chivo expiatorio” por los hechos de otros,¹⁰⁶ o el caso de los padres que son obligados a aplicar la pena capital a su propio hijo infractor, como una forma de extensión de la culpabilidad de aquellos¹⁰⁷. Y esta endeble concepción de la culpabilidad a la vez no

¹⁰⁵ “El derecho positivo que viola derechos humanos es en su contenido un derecho incorrecto. Es discutible si esta incorrección es sólo una incorrección moral o si tiene también un carácter jurídico. ALEXU, op. cit. p.29

¹⁰⁶ “En muchos casos se da el fenómeno del *chivo expiatorio* [como] aquél individuo que aleatoriamente es confundido como “culpable” y al que le endosan los delitos cometidos en el barrio y que, por tanto, es castigado por la comunidad con el fin de ‘restaurar’ la seguridad.” MOLLERICONA, op.cit., p. 11.

¹⁰⁷ La atribución de responsabilidad se produce a través del llamado procedimiento de inculpación mecánica (basado en la concepción de Durkheim sobre la inferencia de una solidaridad mecánica), a partir de la suposición de que todo el grupo del infractor es responsable del comportamiento de éste. Ver DURKHEIM, Émile. Escritos Selectos. Introducción y selección de Anthony Giddens. [Trad. Ricardo Figueroa]. Buenos Aires: Nueva Visión, 1993.

permite una mínima y razonable aplicación del principio de proporcionalidad entre el hecho y su sanción (la pena de muerte para *ladrones reincidentes*). Hasta la prohibición *ne bis in idem* se ve desvirtuada con la aplicación del derecho ancestral (el *ahorcamiento* para quienes deciden regresar a su tierra natal luego del *destierro*).

Queda claro entonces que la prevención, contención y represión de situaciones de conflicto social (contravenciones, violencia doméstica, delito común) en cada realidad de que se trate según el ámbito, obedecerá a particulares normas de procedimientos, a particulares formas de “punición”, e incluso a distintas concepciones de lo que –para el mundo occidental– reviste la significación de lo “injusto” penal. Porque distintos son los presupuestos culturales, los valores, en definitiva, distinta es la concepción filosófica del hombre, de su misión, su esencia y su relación con la naturaleza. Partiendo de esta cosmovisión distinta del mundo, el solo intento de compatibilizar, por ej., el sistema de responsabilidad penal clásico basado en la culpa personal por el hecho, cuando parece adjudicarse la autoría a una turba indefinida de sujetos (pero auto-identificada como “el pueblo”), en contextos donde “el pueblo” adquiere auténtica identidad conforme esa cosmovisión, plantea un verdadero reto en términos de aplicación de normas de fondo (si es que puede hablarse de *un* derecho penal común) conforme es interpretado el derecho sustancial por la justicia ordinaria, que en este tipo de “coexistencias” normativas conserva la mayor parte de las competencias. Cómo es posible en este escenario de múltiples ordenamientos (leyes que asumen cuestiones de fondo y de forma), aplicar criterios comunes a situaciones similares que se dan en uno y otro ámbito: se necesitaría un código penal con disposiciones generales para delitos de la justicia ordinaria y otro para delitos de la justicia indígena, con múltiples adaptaciones según fueren los distintos institutos (tipicidad, participación, culpabilidad, imputabilidad, etc.).

Ello sin considerar las cuestiones de forma, relativas a normas básicas que reglamentan las garantías constitucionales y convencionales, como las del debido proceso e inviolabilidad del derecho de defensa. Sin extendernos mucho en esto, se puede afirmar que el procedimiento en la jurisdicción indígena no respeta ni remotamente estándares mínimos internacionales, a los que el Estado Plurinacional de Bolivia (EPB) está tan sujeto como cualquier otro. Es el caso del carácter y valor dado al juramento, a la confesión, las torturas aplicadas para condicionar ésta (ataduras nocturnas en cementerios), el valor otorgado a la visión sobrenatural del *vatiri*, cuando no hay otras pruebas, como vimos antes.

En este estado de cosas, donde las diferencias se perciben con los sentidos y no tanto en el plano teórico, la “coexistencia” de saberes jurídicos –una situación difícil de superar– podrá alcanzar algún punto de estabilidad en la medida en que se adopten mecanismos de acercamiento o adaptación de las instituciones. Ambas justicias –la ordinaria y la indígena– pueden aprender la una de la otra. El respeto interétnico no es irreconciliable con una identidad mestiza de libre elección. La obsesión por la pureza cultural puede crear nuevos guetos en los que vuelvan a florecer la discriminación y los prejuicios.¹⁰⁸ La superación del determinismo de clases es a partir de la tolerancia del multiculturalismo, que no puede ser ilimitada: el Estado sólo puede apoyar la autonomía cultural de los grupos étnicos en el marco de un determinado conjunto de principios éticos y políticos. En efecto, ese derecho colectivo debe reconocer límites en los derechos individuales de sus miembros, puesto que el Estado-nación debe tolerar a las naciones indígenas, pero al mismo tiempo ellas deben tolerar a sus miembros como individuos que pueden rechazar su forma de vida nacional.¹⁰⁹

¹⁰⁸ GONZÁLEZ MANRIQUE, op. cit., p.9

¹⁰⁹ GONZÁLEZ MANRIQUE, op. cit., p.8

b) La concepción de los derechos comunitarios en el contexto del estado constitucional democrático¹¹⁰ y plurinacional. Límites difusos y colisión con los derechos individuales

Para entender cómo funcionan los derechos comunitarios y sus facultades derivadas –justicia comunitaria– en el EPB, es preciso entender ante todo cómo están concebidos aquellos con relación a los derechos humanos en la carta Magna. Luego de ello será posible establecer si están dadas o no las condiciones, al menos, para el comienzo de una relación armoniosa con los derechos humanos fundamentales.

Bien vale antes una breve referencia a concepción actual de los derechos humanos. Para Alexy, “...los derechos humanos se diferencian de otros derechos por cinco características: su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción.”¹¹¹ Con respecto a la tercera característica, el autor dice que “...la fundamentalidad concierne al objeto de los derechos. En los derechos humanos se trata de la protección y satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Un interés o una necesidad es fundamental, cuando su violación o su no satisfacción significa, bien la muerte o padecimiento grave, o bien toca el núcleo esencial de la autonomía.”¹¹² Aquí ya se plantea la discusión si los derechos comunitarios –derechos de naciones, pueblos o incluso estados– son derechos humanos, y si son fundamentales.

Con respecto a su prioridad frente al derecho positivo, el mismo autor dice que pese a la positivación, “...toda vulneración a un derecho individual [plasmada en la norma] convierte al cuerpo vigente en un derecho incorrecto”.¹¹³ Sería el caso de la prescripción de procedimientos aflictivos para la averiguación de la verdad, en materia de proceso penal. Pero la positivación sigue siendo necesaria, ya que “...nadie estaría seguro ‘ante la violencia recíproca de unos contra otros’”, por lo que esa positivación trae la instancia común para hacerlos respetar, que es el Estado.¹¹⁴ La instancia común en las comunidades rurales –en materia penal– sigue siendo el Estado plurinacional, aunque éste aparece fragmentado en un mosaico de múltiples estados indígena originario campesino (EIOC), con sus instituciones y autoridades constituidas. La ausencia de Estado (o su múltiple fragmentación en los EIOC), equivale para Alexy a “...la autodefensa de todos contra todos”.¹¹⁵ Alexy afirma que “...nada puede amenazar más los derechos humanos que el Estado mismo, y por tal motivo, [aquellos] son esencialmente derechos de defensa del ciudadano contra el Estado.”¹¹⁶ En el caso boliviano, los derechos humanos contra el Estado central (titular de la fuerza pública: ejército, policía) parecen, en cambio, resultar inocuos contra el EIOC, frente al efecto neutralizador que tienden a tener los derechos comunitarios sobre aquellos. Según Alexy, los derechos humanos necesitan como vimos su incorporación al derecho positivo para adquirir su validez jurídica, pero además necesitan su incorporación a la norma fundamental. “Los derechos humanos se convierten así en derechos fundamentales (...) [con] rango constitucional...”¹¹⁷. Luego, “...los derechos fundamentales son derechos contra el Estado; en cambio los derechos

¹¹⁰ Conforme Alexy, un estado constitucional democrático es aquel en el cual la vigencia del Estado de Derecho es procurada no solo por el control democrático, sino por aquel que viene institucionalizado con los pronunciamientos de un Tribunal constitucional.

¹¹¹ ALEXY, op. cit., p.24

¹¹² ALEXY, op. cit., p.28

¹¹³ ALEXY, op. cit., p.29

¹¹⁴ ALEXY, op. cit., p.32

¹¹⁵ ALEXY, op. cit., p.32

¹¹⁶ ALEXY, op. cit., p.35

¹¹⁷ ALEXY, op. cit., p.36

humanos son, además, derechos frente a otros seres humanos.”¹¹⁸ El derecho a la vida, con tanta preocupación proclamado en más de una norma del derecho interno boliviano (CPEP, LDJ), es derecho humano fundamental por excelencia (linchamientos), que funciona como límite a la acción de particulares individualmente considerados, a la acción de masas indeterminadas (consideradas como muchedumbres) y a la acción de dirigentes comunarios, considerados en su doble carácter: como líderes representativos de naciones/pueblos y como autoridades de los EIOC.

A grandes rasgos, estas características enunciadas por Alexy han permitido desde esa óptica ir adelantando las diferencias entre los derechos humanos de los derechos colectivos.

Respecto de éstos, distintos autores señalan las dificultades que presenta el llamado multiculturalismo. Así, Miguel Carbonell, describiendo la realidad en México, señala que “una de las impugnaciones que de forma más recurrente se le han hecho a las teorías estándar sobre el multiculturalismo, es la que se refiere a las dificultades de determinación de los sujetos y de los objetos de tal teoría: ¿qué es una cultura?, ¿qué son los derechos colectivos?, ¿cómo distinguir, dentro de las sociedades pluralistas del presente, los grupos relevantes para la asignación de estatus jurídicos diferenciados?”¹¹⁹ Sin entrar en la respuesta a estos planteos, en el campo jurídico la noción de cultura condiciona la que pueda elaborarse sobre los derechos colectivos de quienes viven y pertenecen a esa cultura. El conocer mejor los grupos relevantes beneficiarios de determinado estatus jurídico, dependerá –entre muchos otros factores- de cuán diferenciados estén estos grupos y cual sea el valor otorgado por la ley suprema a esas identidades. Sucede que no todos los pueblos y naciones en Bolivia poseen el mismo estatus jurídico en la CPEP. Por citar un ejemplo, el pueblo afroboliviano¹²⁰, no mencionado en el art. 30 que define a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NyPIOC), no cuenta con la amplitud de derechos –en especial los derechos colectivos¹²¹- que poseen el resto de las naciones y poblaciones indígenas; la mención que se hace de ellos en el art. 32, parece referirse no a derechos del “colectivo”, sino solo a derechos individuales¹²². Independientemente de factores que intervienen al considerar la procedencia de estos derechos, tanto objetivos (por ej. descendencia biológica) como subjetivos (sentido de pertenencia), también se vincula a este problema una cuestión no menor: la titularidad por los sujetos, desde el punto de vista de la atribución normativa. Según el autor mexicano, “...hay ciertos elementos normativos que sugieren que el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas está hecho en algunos casos para los indígenas considerados individualmente y en otros para los pueblos o comunidades indígenas...”¹²³, que es justamente lo que no sucede respecto de las minorías afrobolivianas.

En el caso Boliviano, según la norma anterior a la reforma de 2009, el titular era el “pueblo indígena”, aunque este concepto se extendía a las “comunidades campesinas y

¹¹⁸ ALEXY, op. cit., p.37. Esta misma afirmación viene en apoyo a nuestra definición propuesta de “linchamientos” como formas de violencia de muchedumbres que compromete la vigencia de un estado de derecho. Ver ALVARITO-SCHVARTZMAN, op. cit., p.180.

¹¹⁹ CARBONELL, Miguel, *La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica*, pp. 842-843

¹²⁰ CPEP. “Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.”

¹²¹ Incluidos, entre otros, en el art. 30.II., que comprende las principales facultades políticas y jurisdiccionales derivadas de derechos colectivos.

¹²² CPEP. “Artículo 32. El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

¹²³ CARBONELL, op. cit., p. 847

nativas”. “En Bolivia nuestra Constitución Política del Estado (CPE, artículo 171.III) así como el Código de Procedimiento Penal, reconocen a “las comunidades indígenas y campesinas” como titulares del derecho de administrar su propio sistema jurídico.”¹²⁴ Sin embargo, según Carbonell, dicho texto había “...elegido dar por supuesta la identificación del sujeto, no aportando ningún elemento para llevarla a cabo.”¹²⁵

Esto ha cambiado con la última reforma de 2009; ahora la CPEP reconoce la titularidad de este derecho a las “naciones y pueblos indígena originario campesinos” (NyPIOC). La constitución define quiénes componen las naciones y pueblos indígenas, estableciendo en su Artículo 30 inc. I que “...Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.” Hay entonces en esta definición un desdoblamiento del sujeto [colectivo] titular de derechos comunitarios, en “naciones” y pueblos” que conformen una colectividad con esas características presentes en forma conjunta.

El propio informe del Defensor del Pueblo para el caso Uncía, tomando en cuenta las características de los derechos colectivos y el titular de estos, define al sistema jurídico indígena originario campesino, de comunidades interculturales y afrobolivianas¹²⁶ (SJIOCClyA), como “el sistema compuesto por autoridades, normas y procedimientos a través de los cuales las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, de comunidades interculturales y afrobolivianas (NPIOCClyA) regulan la vida de la comunidad y resuelven conflictos.”

La definición de NyPIOC, tal como lo apunta Carbonell para la situación análoga que presenta la constitución mexicana, planteaba dudas acerca de qué caracteres (de los mencionados en el art. 30) pueden o no faltar, quiénes representan a la colectividad (si se requiere representación) o qué sucede con los individuos fuera de su ámbito territorial. Esto último, en principio, ha sido respondido con la sanción de la LDJ, que establece en su art. 8º que “La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente.” Asimismo, dudas similares generan tensiones entre el derecho individual de esos miembros en colisión con deberes para su comunidad. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) da un reconocimiento jurídico a las minorías, pero prohíbe que se les nieguen algunos derechos específicos a las personas que integren esas minorías, con lo cual no queda resuelta la tensión individuo-comunidad.¹²⁷ En la CPEP boliviana hay claros y numerosos ejemplos de asignación directa de derechos a la colectividad: Art. 30 apartado II¹²⁸ sobre derechos en general; art. 31 (pueblos en peligro de extinción, en aislamiento voluntario o no contactados).

Existe en la nueva Constitución desde 2009, una particular alusión al Estado de Derecho que se encuentra en el mismo preámbulo de la CPEP: “Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que

¹²⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE BOLIVIA, Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia, p.17

¹²⁵ CARBONELL, op. cit., p. 850

¹²⁶ Pese al distinto grado de protección que reciben las comunidades afrobolivianas. (Ver nuestro comentario al art. 32 de la CPEP, *supra*, p.50).

¹²⁷ CARBONELL, op. cit., p. 849

¹²⁸ Salvo el inc. 3., con destinatario individual: “A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.”

integra y articula los propósitos de...” Con este estado de derecho “plurinacional y comunitario” surge la duda acerca de cómo debe interpretarse el respeto a los derechos fundamentales frente a la acción del Estado, en este caso, el Estado Indígena Originario Campesino (EIOC) con autonomía municipal o regional, con facultades administrativas y judiciales especiales, como concreción institucional (jurídico-política) de esos derechos comunitarios. Ello así porque mientras la “colectividad” de naciones o pueblos es la titular (con personería) de los derechos colectivos, y siendo que todo “estado” es, ante todo, una colectividad humana, en la identificación colectiva de los pueblos originarios se funden el Estado y la titularidad de los derechos comunitarios.

El problema de la colisión de los derechos humanos frente a los derechos colectivos, en parte se explica, por otro problema que surge en la determinación de la titularidad. En tal sentido, se afirma que sólo los seres humanos, como individuos, pueden ser titulares de derechos humanos. Según esto, los llamados derechos humanos de la tercera generación o dimensión, en cuanto son derechos de comunidades o Estados, no caben en el concepto de derechos humanos.¹²⁹ Para Alexy, que existan buenas razones para hablar del derecho de los pueblos (derechos comunitarios) o incluso del derecho de los Estados (vgr. el derecho al desarrollo), no habilita a equiparlos conceptualmente como “derechos humanos”. No se duda de las buenas razones para conferir a los pueblos originarios –como colectivo- el derecho a preservar su identidad cultural e instituciones, pero en términos de construcción adecuada de un concepto, no son derechos (humanos) del individuo en cuanto ser humano, ni derechos (fundamentales) de los que no se pueda prescindir en ningún caso.

Sea que los derechos colectivos puedan ser o no considerados como derechos fundamentales” (lo que no parece posible¹³⁰), lo indiscutible es que no poseen la misma jerarquía que los derechos individuales universalmente reconocidos al ser humano en cuanto tal, pertenezca a la colectividad /nacionalidad de que se trate.

V. Conclusiones

Asumiendo que el recrudecimiento de los linchamientos populares en Bolivia en los últimos años ha coincidido con el proceso de reforma constitucional del propio Estado que ha reivindicado –entre otras cosas- la *indigenidad* como valor fundacional y ha venido a instaurar un sistema de múltiples jurisdicciones, no es aventurado afirmar que tal fenómeno de violencia social representa en alguna medida una derivación no deseada de la aplicación de la llamada “justicia comunitaria”. Una forma de coexistencia de múltiples jurisdicciones no superpuestas e independientes (desarticuladas) respecto de múltiples sistemas jurídicos con igualdad de jerarquía (art. 4º.e. LDJ), con dos grandes y bien diferenciados grupos de derechos en virtual conflicto.

Frente a las diferencias de cosmovisión y culturales que plantea el modelo de estado plurinacional (que por mandato constitucional reivindica tal diversidad), no solo en cuanto a los sistemas de juzgamiento sino también en cuanto a la concepción de los derechos mismos, cabe preguntarse si es posible y hasta conveniente la coexistencia de múltiples sistemas normativos que al mismo tiempo y en el mismo ámbito asuman proteger tanto derechos colectivos como individuales. Por un lado, las comunidades locales con sus respectivas competencias, con un importante grado de “autonomía”, reivindicando memoria, tradiciones, usos y costumbres locales, son el centro de gravedad en la “comunidad”, y por el otro, el

¹²⁹ ALEXY, op. cit., p. 24

¹³⁰ Se puede prescindir o limitar el derecho colectivo a mantener costumbres (justicia ancestral, sus procedimientos y sanciones) si tal costumbre vulnera un derecho individual: las torturas para condicionar el testimonio del acusado de un delito, la pena de muerte para los adúlteros, la zoofilia, la sodomía, etc.

siempre presente derecho estatal velando por los derechos de los ciudadanos y los habitantes en general. También se cuestiona la viabilidad de una simultánea coexistencia de éstos microsistemas atomizados con la macroestructura legal estatal, la que por otro lado, conserva rasgos del modelo liberal de protección de derechos concéntricamente ubicados en el individuo.

Así, la mal entendida –para algunos- justicia comunitaria, se asienta y coincide en estos últimos años con un proceso de reivindicación de culturas ancestrales en la revolución indigenista, que exalta ante todo la pertenencia étnica, en tiempos en que –simultáneamente- el Derecho Internacional y sus autoridades de aplicación han reconocido e instado a los países signatarios a la protección del derecho de la comunidades indígenas a conservar sus territorios ancestrales, su autodeterminación, el derecho a existir como tales, y en especial, a tener una justicia propia, distinta de la justicia estatal/ordinaria. Este particular modelo de múltiples jurisdicciones coexistentes, dentro del diseño constitucional que reconoce y erige un estado multiétnico y multicultural (plurinacional), se constituye en un factor contextual (jurídico-político) de fuerte implicancia en la problemática de la fragmentación social y la vigencia efectiva de los derechos humanos en estos especiales contextos.

El largo proceso de lucha contra el sistema heredado del modelo colonial, destaca como principal reivindicación la diversidad de culturas, cuyos reclamos se alzan frente al globalismo hegemónico y generalizante, donde impera la estandarización de derechos individuales de alcance universal, dentro del modelo de Estado democrático liberal, al que se percibe con recelo como principal causa de la exclusión social de grandes sectores marginados. En respuesta a ese malestar, la política demagógica central de no intervención en casos de desmembramiento territorial y licuación del estado de derecho, es sostenida por un claro propósito de integración unificadora de culturas diferentes con históricos conflictos, aunque –ineficazmente- propiciando una fragmentación y aislamiento de los pueblos en el marco de un pluralismo ingenuo.

En esta etapa de crisis social y de autoridad, comprometida la vigencia del estado de derecho y la preocupación de organismos internacionales, no obstante, nunca estuvieron en peligro los derechos colectivos. La alarma internacional nunca puso el foco en la posible afectación de las autonomías, o la potestad jurisdiccional de los pueblos nativos, ni la integridad de sus territorios. Por el contrario, desde el principio, siempre estuvieron en riesgo únicamente derechos individuales, tanto de los propios originarios campesinos como de terceros ajenos a las comunidades.

Los retos que presenta semejante transformación del sistema judicial (con múltiples “justicias”) ponen en evidencia el largo camino que sigue a fin de lograr una *única* justicia en armonía, con pronunciamientos jurisdiccionales coherentes, que garantice en última instancia el acceso a la Justicia y la adecuada protección de derechos humanos fundamentales. Un largo derrotero en el que los pueblos y naciones nativos campesinos no perciben ni están dispuestos a aceptar a la ley del estado central como suya, por lo cual se produce ese divorcio entre sistemas (en lo institucional) y ese particular síndrome de anomia selectiva (en la conciencia social). De hecho, a menudo se comprueba que las interpelaciones y reclamos que forman parte del repertorio de acciones comunitarias, han asumido mayormente formas de acción directa y luchas violentas; tal manera “colectiva” y “mancomunada” de funcionar –impregnada de cohesión social, identidad cultural y sentido de pertenencia- se entremezcla con roles y participación comunitaria propios de una arcaica forma de justicia, hoy superada en la mayoría de los países.

No está en discusión si se logra o no el control social, frente al debate (casi infantil) a

favor o en contra de los linchamientos, según algunas posiciones utilitaristas que solapadamente (y a veces no tanto) pretenden explicar la “lógica” de estas acciones. Lo que se discute es si esta forma de “justicia”—con los medios y herramientas con que cuenta, entre ellas, sus propias normas jurídicas de convivencia- está en condiciones realmente de afrontar la administración del poder de juzgar (superando un simple mecanismo conciliador) y hacerlo correctamente, es decir, procurando una solución justa y en respeto a los derechos humanos, cuya preeminencia sobre los intereses comunitarios, en este siglo XXI, es un punto sin discusión posible. El llamado Sistema Jurídico (SJIOC) está lejos de autoabastecerse, tal vez ello como resaca de su histórica “contaminación” con el derecho indiano colonial, momento a partir del cual quedó sellada definitivamente su suerte y sus posibilidades de restaurarse auténticamente “autónomo”. Tan alto objetivo recientemente asumido como causa nacional por el gobierno de Evo Morales Ayma, se presenta como de implementación prematura aunque —ciertamente- oportuna, considerando la época de cambios que se viven en la región.¹³¹

Esta nueva refundación del estado, una verdadera emancipación del dominio occidental, rebalsada de gloria, valores y cultura nativa, tiene sus costos en este presente de transición, los ha tenido en el pasado con las luchas de reivindicación, y los tendrá a futuro para superar las graves dificultades de armonización, en el fondo y aun en las formas, casi irreductibles. Con todo, en la medida en que se arbitren mecanismos de adaptación de institutos y prácticas instauradas, en función de equiparación de presupuestos y valores —lo que implicará sino el abandono definitivo, al menos, la reformulación de la idea de “pureza” cultural- a partir de un consensuado control de una instancia superior indiscutida (TCP), podrán darse las mínimas condiciones, al menos, para el comienzo de una relación armoniosa de los derechos comunitarios con los derechos humanos fundamentales, en un modelo de estado “plurinacional”.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, (1998) “La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático”, traducción de María Cecilia Añaños Meza, en: *Philosophie der Menschenrechte*, ed. por G. Lohmann/S.Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998.

- ALVARITO, Alejandro, SCHVARTZMAN, Claudia, (2014) *Ajusticiamientos populares como respuesta punitiva social en la Provincia de Buenos Aires*. Fundación CIJUSO. pp. 262

- CARBONELL, Miguel, (2003) “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 839-861

- CASTILLO CLAUDETT, Eduardo (2000) “La justicia en tiempos de la ira: Linchamientos populares urbanos en América Latina”, Ponencia presentada en el Simposio I, XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá. Fue publicada en la revista *Ecuador Debate* No. 51, diciembre 2000. Quito, FLACSO-Ecuador.

- CHIVI VARGAS, Idón Moisés (2009), “Los desafíos de la justicia comunitaria (y bases para una “ley de deslinde jurisdiccional”)”, en Serie *Autonomías en la Constitución*, pp.68. Documento de trabajo 14, © Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) - Depósito legal: 4-1-1913-09, La Paz, Bolivia. 1ra. Edición, Octubre de 2009.

¹³¹ O “cambio de épocas”, según el presidente Rafael Correa.

- DE LUCAS, Javier, (¿?) “Derechos humanos, legislación positiva e interculturalidad”. Disponible en <<http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/636/05%20-%20DERECHOS%20HUMANOS,%20LEGISLACI%C3%93N%20POSITIVA%20E%20INTERCULTURALIDAD.PDF>>

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial. Muerte de policías ayllus laime/caracha. Municipio Uncía, norte de Potosí*. pp. 12.....<<http://www.defensoria.gob.bo/archivos/informe%20uncia.pdf>>

- _____, *Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia*, Primera Edición. La Paz, marzo de 2008. pp.31

- DURKHEIM, Émile. *Escritos Selectos*. Introducción y selección de Anthony Giddens. [Trad. Ricardo Figueroa]. Buenos Aires: Nueva Visión, 1993.

- ENGLE MERRY, Sally (2004) “Una clasificación de la Justicia Popular” en *El otro derecho*, número 30. Junio de 2004. ILSA. Bogotá – Colombia.

- FLORES, Joaquín Herrera, *Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de la resistencia*, pp. 73-96 Web: < http://www.ugr.es/~eirene/publicaciones/pax_orbis/03.pdf>

- GODÍNEZ PÉREZ, Elisa (2009) “Linchamientos: recomendación e hipótesis” Revista: *Manovuelta*. Año 3, No. 10, Junio, 2009. México, D. F. Disponible en: <<http://es.scribd.com/doc/80744808/Linchamiento-recomendacion-e-hipotesis-Elisa-Godinez>>

- GONZÁLEZ MANRIQUE, Luis Esteban (2011) “Justicia indígena o barbarie?” Real Instituto Elcano. Área: América Latina ARI 13/2011.

- FUENTES DÍAZ, Antonio, BINFORD, Leigh (2001) “Linchamientos en México: una respuesta a Carlos Vilas”. en revista *Bajo el Volcán*, vol. 2, núm. 3, segundo semestre, 2001:143-154, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.

- HUMAN RIGHTS FOUNDATION (2008) *Bolivia Communal Justice Report*, disponible en: <http://humanrightsfoundation.org/uploads/articles/Bolivia_Communal_Justice_Report_.pdf>

- MENDOZA ALVARADO, Carlos Antonio (2003) “Violencia colectiva en Guatemala: una aproximación teórica al problema de los linchamientos”, en *Linchamientos: ¿barbarie o “justicia popular”?*. Mendoza y Torres-Rivas Eds. 89-124. ISBN 99922-66-77-5.

- MOLLERICONA, Juan Yhonny (2008) *Radiografía de los linchamientos en la ciudad de El Alto*. Web: <http://www.onsc.gob.bo/investigaciones_especializadas_es.html>

- ROBIN AZEVEDO, Valérie (2009) “Linchamientos y legislación penal sobre la diferencia cultural Reflexiones a partir de un juicio por homicidio contra unos comuneros del Cuzco”, tomo 26 de la colección *Actes & Mémoires de l’Institut Français d’Études Andines* (ISSN 1816-1278). Lima. 1ra.Ed. 2009.

- SOUSA SANTOS, Boaventura de (2012) “Cuando los excluidos tienen Derecho”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Boaventura de Sousa Santos - Agustín Grijalva Jiménez Editores. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala. ISBN: 978-9942-09-115-4. Quito. Ecuador.

~ ~

La perspectiva de género y la cuestión ambiental: dos temáticas transversales y sistémicas

Por Daniela Belén Velazquez¹

Sumario: Introducción. I- Conceptos previos. II- Mujeres, género y ambiente. III- Mujeres en desarrollo y géneros en desarrollo. VI- Ecofeminismo. V- Conclusión.

Introducción

Pensar el derecho en términos de sustentabilidad ambiental nos abre la puerta a una nueva manera de traducir los fenómenos sociales hacia el interior de la ciencia jurídica. A sabiendas de que los seres humanos hemos explotado a la naturaleza de una manera desmedida por siglos, dando como resultado la actual crisis ambiental planetaria, hoy nos encontramos ante la necesidad de rever nuestras costumbres de producción y consumo, y por sobre todo, repensar en qué términos nos seguiremos vinculando y habitando el planeta.

Dentro del paradigma del desarrollo sustentable es condición fundamental contemplar el justo equilibrio entre el campo social, económico y ambiental. No se puede avanzar en un ámbito sin tener en cuenta los impactos que este producirá en las otras dos esferas, es así como toda actividad económica debe ser equilibrada en la utilización de los recursos naturales a razón de sus posibles consecuencia en el medio ambiente, los beneficios que resulten del ejercicio de dicha actividad, a su vez, deben ser distribuidos de manera equitativa.

En lo que interesa a este trabajo me propongo reflexionar en cuáles serían los posibles aportes que se pueden importar hacia el campo jurídico en materia de sustentabilidad en base al análisis de los diferentes enfoques que tienen como objeto el estudio del vínculo entre de las mujeres y el medio ambiente.

I – Conceptos previos.

A los fines de adentrarnos en el análisis propuesto, es menester establecer una serie de conceptos previos para optimizar el desarrollo del trabajo, es por ello que a continuación, brevemente, se especificaran algunos términos.

Derecho al Desarrollo sustentable

Está integrado por tres elementos fundamentales, el ambiental, el económico y el social, requiriendo la existencia de un perfecto equilibrio entre esos tres elementos constitutivos, sin que ninguno de ellos adquiera mayor relevancia que los demás, lo que permite un verdadero desarrollo integral del ser humano -desarrollo económico, social, cultural y político- puesto que el hombre es el centro de las preocupaciones. (MARTINEZ Y LOPEZ ALFONSIN 2008)

¹ Abogada por la Universidad Abierta Interamericana, especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires, Diplomada en Derecho Procesal por la Universidad Notarial Argentina, estudios de posgrado en materia de Derechos Humanos, Género, Derechos de la Naturaleza y Relaciones Internacionales. Publicaciones sobre derecho ambiental, derechos humanos y derechos de la naturaleza. Directora del Instituto de Derecho Ambiental del Departamento Judicial de Mercedes (BA) y pasante del programa de Derechos Humanos en la Interamerican Association for Environmental Defense (AIDA). velazquez.daniela@hotmail.com

Género

El género constituye la categoría explicativa de la construcción social y simbólica histórico-cultural de los hombres y las mujeres sobre la base de la diferencia sexual. (FERNÁNDEZ GARCÍA. 2006)

El enfoque del género como construcción simbólica y como construcción social.

El primer enfoque sostiene que las diferencias biológicas encuentran significado sólo dentro de un sistema cultural específico, por lo cual debe conocerse cuáles son las ideologías de géneros y los valores simbólicos asociados a lo femenino y lo masculino en cada sociedad.

El segundo está relacionado con la teoría marxista, destacando el papel de lo económico, y sostiene que más que los símbolos, lo importante es considerar qué es lo que hacen las mujeres y los hombres y dicho hacer se relaciona con la división sexual del trabajo. Expone el cuestionamiento de una subordinación universal de las mujeres por su ahistoricidad² y no consideración de los efectos de la colonización y el surgimiento del capitalismo. Esta corriente de pensamiento, parte de una revisión de la obra de Engels y argumenta que el origen de la subordinación de las mujeres, el matrimonio monogámico y el desarrollo de la familia, se hallan en relación directa con el surgimiento de la propiedad privada. Plantea además, la complementariedad de los sexos y uno de sus principales aportes, reside en el descubrimiento de la contribución económica femenina en todas las sociedades, el valor del acceso a los recursos, las condiciones de trabajo y la distribución de los productos de él. (FERNÁNDEZ GARCÍA. 2006)

Equidad de género

Busca eliminar todas las barreras que impiden la igualdad de oportunidades económicas, políticas y de acceso a la educación, a los recursos y a los servicios básicos. Esta equidad no significa, simplistamente, que en todas las actividades haya el mismo número de mujeres y hombres, o niñas y niños, ni tampoco que se deba tratar a unos y otras en forma exactamente igual; se refiere más bien a la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades, con reconocimiento de las necesidades, prioridades, limitaciones y aspiraciones específicas de cada cual. (INMUJERES Y SEMARNAT 2003)

II – Mujeres, género y ambiente.

Entendiendo que las mujeres y niñas de las comunidades más pobres y marginadas del mundo son las que menos han contribuido a esta situación de emergencia climática, pero son las más perjudicadas por sus efectos catastróficos. El acceso de las mujeres a la tierra, que ya de por sí es restringido, se ve aún más obstaculizado por la degradación ambiental y el acaparamiento de tierras. La escasez de alimentos y de agua, la contaminación del aire y los cada vez más severos desastres naturales relacionados con el clima —como sequías, inundaciones o incendios forestales— afectan desproporcionadamente la salud de las mujeres y sus derechos. (ONU Mujeres - 2020)

Los desastres derivados del cambio climático pueden producir un incremento de la violencia contra las mujeres y niñas. Los desplazamientos y la migración masiva pueden dar lugar a condiciones de vida inseguras, aumentar la pobreza y el aislamiento y exponer a las

² RAE: adj. Que está al margen de la historia o del fluir del tiempo. <https://dle.rae.es/ahist%C3%B3rico>

mujeres y niñas a la violencia y el abuso. (ONU MUJERES 2020)

La relación entre las mujeres y el ambiente no es un tema nuevo, se viene analizando esta situación ya desde hace varias décadas. Sucintamente su origen data de los años 70, desde el Norte, como una recriminación por parte de los movimientos ecologistas y pacifistas a los movimientos feministas, ya que se consideraba a las mujeres como las primeras vulnerables frente a la degradación ambiental que arrojaban las políticas de desarrollo, y desde el Sur, se ponía en relieve la mala situación de las mujeres en el sector agrícola y forestal.

En base a ello se da origen a tres enfoques que comparten un común denominador, la crítica al “desarrollo”, analizando los cambios que este provoca en el medio ambiente y como estos repercuten en las mujeres y las relaciones de género. Si bien estos enfoques se presentan como teorías independientes, con distintas orientaciones conceptuales, dinámicas propias y metodologías diferentes, lo cierto es que se han ido influyendo mutuamente. Estos tres enfoques son, mujeres en desarrollo, géneros en desarrollo y ecofeminismo.

III - Mujeres en desarrollo y géneros en desarrollo.

Desde antaño que el aspecto económico ha ido solapando otros aspectos importantes del desarrollo, generando así una invisibilización en cuanto a recursos humanos y sistemas culturales, sociales y naturales. Las políticas y actividades extractivistas occidentales no han hecho más que desangrar el planeta e hipotecar las necesidades de las generaciones futuras.

En un principio el desarrollo se presentaba como sinónimo de crecimiento económico, se sustentaba en el libre funcionamiento del mercado, se creía que el crecimiento demográfico contribuiría a la obtención de mano de obra abundante y la lógica aseguraba que por efecto de derrame la filtración de los beneficios del mercado generaría un bienestar general.

Lamentablemente, para el planeta y para los países más pobres esto no sucedió, sino más que en la década del 70 con la crisis del petróleo los países comenzaron a tomar deuda externa, se iniciaron las políticas de ajuste estructural dando paso al inicio de una fuerte crisis internacional, llevando a los países empobrecidos del sur a una explosión demográfica que en consecuencia del fracaso de los mecanismos de filtración de mercado arrojaron a millones de personas a la pobreza. A esta etapa se la denomina como la primera década del desarrollo³.

En esta primera década surge el primer enfoque que analiza el rol de las mujeres en el desarrollo. Este enfoque es conocido con las siglas MED (mujeres en desarrollo). Reconoce a las mujeres como administradoras cotidianas de los recursos naturales, se ocupa de sus necesidades como individuo y como grupo. No obstante este enfoque se limita a efectuar un análisis micro social. Recoge la problemática de la vulnerabilidad de las mujeres frente a los cambios ambientales, entendiendo que son ellas las primeras intermediarias entre naturaleza y sociedad (idea tomada del ecofeminismo) y centra su enfoque en las especiales características de las mujeres como cuidadoras del ambiente, a la vez, las considera un “recurso valioso y abandonado”. Incluye en los programas de desarrollo un “componente mujer”.

Al tomar a las mujeres como un “grupo objetivo” se pretende contribuir en el incremento de la renta poniendo en valor las economías de subsistencia que las mujeres

³ Ampliar en RODRIGUEZ ALEMAN Rosalia. El papel de la mujer en los modelos de desarrollo.

llevaban a cabo, incluyéndolas en el mercado formal. Estos trabajos estaban relacionados a los sectores agrícolas, domésticos y artesanales. En consecuencia de este nuevo papel productivo de la mujer se produce una sobrecarga de labores, llegando a generar una triple jornada laboral por la asignación de las labores productivas y reproductivas⁴.

Este enfoque de “mujeres en desarrollo” es criticado por no tener en cuenta que la economía capitalista se caracteriza por ser una actividad desigual, jerárquica y patriarcal. Por ello no beneficia a todos por igual (hombres y mujeres) es así que se trasladó la subordinación de la mujer en el hogar al mercado laboral (RODRIGUEZ ALEMAN 2000). También se le critica el hecho de ignorar el contexto en el que se encontraban las mujeres destinatarias de los programas de desarrollo. Fundamentalmente la omisión del análisis de las relaciones de género que diferencian a varones de mujeres en los procesos de producción.

En cuanto al vínculo de este enfoque con la cuestión ambiental, podemos advertir como esta interpretación del vínculo mujeres y medioambiente se imprime en diferentes documentos internacionales.

El tema del ambiente se incorpora oficialmente a la discusión sobre las mujeres en la “Década de las Mujeres”⁵ considerando sus mutuas relaciones en las estrategias de Nairobi⁶ en 1985.

Dos años más tarde con el Informe de la Comisión Brundtland⁷ se mencionan los roles cruciales de las mujeres en los temas de población y de seguridad alimentaria, pero no se presentan conclusiones respecto a la relación género-medio ambiente ni tampoco se plantean recomendaciones específicas. Este documento responde a la lógica de la teoría de MED, plantea la diagramación de programas ambientales especiales con el "componente mujer". Entiende que la mujer en cierto grado es responsable de la degradación ambiental por sus condiciones de vulnerabilidad y que hay que trabajar en políticas del desarrollo para poder equilibrar esa tensión social.

En los años 80 se da paso a lo que RODRIGUEZ ALEMAN llama la segunda década del desarrollo, con el Informe Brundtland, “Nuestro futuro común” se fortalece el cuestionamiento frente al desarrollo exclusivo en términos económicos, se establece la necesidad de pensar en un desarrollo a largo plazo y se incorpora a la escena los derechos

⁴ El trabajo reproductivo y de cuidado se desarrolla casi exclusivamente en el ámbito doméstico, en el que hasta hace poco, y aun no en todos los casos, se carecía de remuneración económica, uno de los principales pilares para la independencia y la autonomía. Eso por no hablar del prestigio, que se sitúa exclusivamente en el ámbito público, cuyas decisiones, por cierto, rigen el ámbito privado. El mundo remunerado ha estado dominado por el por las mujeres, al no formar parte del mercado contribuyendo al PIB, se consideran meramente reproductivas. (VIGIL 2011)

⁵ La Asamblea General de Naciones Unidas declaró 1975 como el Año Internacional de la Mujer y organizó la primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, que tuvo lugar en Ciudad de México. A instancias de esta Conferencia, se declaró posteriormente el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1976-1985) y se creó el Fondo de Contribuciones Voluntarias para el Decenio. Las Naciones Unidas han organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, que se celebraron en Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).

⁶ Específicamente cuatro párrafos del documento están dedicados al tema del ambiente (224 a 227).

⁷ En 1987 Naciones Unidas publicó el Informe “Nuestro futuro común”, conocido también por el nombre de “Informe Brundtland”. Este informe establece un antes y después en el concepto de desarrollo. Surge el concepto de “desarrollo sustentable”, en el que la dimensión ambiental se incorpora junto a las dimensiones económica y social. El desarrollo sostenible se define como aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones.

humanos. Nace el concepto de “Desarrollo Sustentable”.

Para esta nueva noción de desarrollo el reconocimiento a la participación de las mujeres así como su promoción y fortalecimiento se torna fundamenta para el éxito de las políticas de sustentabilidad.

Es aquí que surge por parte de movimiento de mujeres y feminismos la crítica al modelo MED, dando lugar a un nuevo modelo interpretativo del vínculo entre las mujeres y el medio ambiente, el enfoque GED (géneros en desarrollo). Este enfoque ha sido adoptado ampliamente por las organizaciones internacionales y las agencias de cooperación a diferencia del enfoque MED que había sido resistido.

Se hace referencia ya no solo al componente mujer sino a las construcciones culturales sobre las diferencias biológicas de los sexos que son variables en el espacio y en el tiempo (RODRÍGUEZ ALEMÁN 2000).

Como señala MONTOYA, en este sentido es necesario desarrollar estudios de las ciencias sociales que permitan entender los patrones sociales y culturales mediante los cuales los seres humanos se apropian, usan y manejan los recursos naturales. Bajo una perspectiva de género que nos permita reconocer y revalorar no solo los patrones de producción sino también los patrones de reproducción social asociados a la problemática ambiental de su entorno.

Por lo suyo, el enfoque GED cuestiona al desarrollo estableciendo el debate en la idea de que no hay solo un modelo de desarrollo, cada sociedad debe buscar un ideal de desarrollo apropiado a sus necesidades e intereses, siendo el desarrollo un concepto plural y dinámico.

En resumidas cuentas podemos decir que se considera la relación simbólica en las relaciones entre hombres y mujeres, entre lo femenino y lo masculino, lo cual es importante a los fines de comprender el significado que estas divisiones generan culturalmente, ya sea en comportamientos que se legitiman o identidades que se construyen.

Desde aquí ya no se piensa a la mujer como un subproducto devaluado sino que la incorporación de las mujeres desde la planificación del desarrollo se produce a los fines de propiciar un cambio en la organización social, lo que trae aparejado transformar las relaciones de poder, cuestionando y replanteando roles.

Para el GED, la construcción del género opera como uno de los agentes intermediarios de las relaciones entre mujeres y varones con el medio ambiente. Reconoce a las mujeres como consumidoras, usuarias y concedoras de los recursos naturales, valorándolas como un sujeto de experiencia y creatividad en el trabajo comunitario y reconociéndolas como propositoras de mecanismos que conducen a la sustentabilidad (RODRÍGUEZ ALEMÁN 2000).

La presencia de este enfoque se encuentra tanto en la declaración como en la plataforma de acción resultantes de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz, celebrada en Beijing en 1995.

La conferencia da como resultado dos documentos, la declaración y la plataforma de acción⁸, en los cuales se incorporan los conceptos de transversalidad y empoderamiento. Se

⁸<https://tinyurl.com/y3n6vl6u> Consultado 15/11/2020

trata, por tanto, de integrar la perspectiva de género en todas las políticas, programas y proyectos, así como ampliar espacios, facilitando el acceso de cada vez más mujeres a las estructuras de poder, en disposición de la plena ciudadanía y con capacidad de decisión en los grandes temas que definen el modelo social y las estrategias de desarrollo. (MARTINEZ 2019).

La relación de la mujer con el medio ambiente se incorpora exclusivamente en el punto K de la plataforma el cual se titula “La mujer y el medio ambiente” mediante el cual se reconoce que para poder alcanzar un desarrollo sustentable es fundamental conceder una atención y un reconocimiento especial a las mujeres, tanto como sujetos vulnerables frente a los cambios ambientales como sujetos de administración de los recursos, entendiendo que el camino a seguir para la construcción de políticas basadas en la equidad de género, es el empoderamiento de las mujeres y las transversalidad de las perspectiva de género.

Actualmente la máxima expresión del enfoque GED se materializa en “La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, adoptada en septiembre de 2015. Esta actual agenda aborda una amplia variedad de desafíos mundiales: pretende erradicar la pobreza, reducir múltiples desigualdades cruzadas, hacer frente al cambio climático, poner fin a los conflictos y mantener la paz.

En un reciente informe de ONU Mujeres, en donde se analiza la igualdad de género en el marco de la aplicación de la agenda 2030, se destaca que gracias a los incesantes esfuerzos de las entidades defensoras de los derechos de las mujeres de todos los rincones del mundo, el compromiso de la Agenda 2030 con la igualdad de género es notable, integral y transversal, pues está basado en los compromisos y normas recogidos en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). La Agenda 2030 establece que el desarrollo solo será sostenible si sus beneficios favorecen por igual a mujeres y hombres; y los derechos de las mujeres solo se harán realidad si forman parte de esfuerzos más amplios para proteger el planeta y garantizar que todas las personas puedan vivir con respeto y dignidad. (ONU Mujeres 2018)

Los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil deben adoptar medidas transformadoras para mitigar las consecuencias más perjudiciales de la crisis climática y ambiental. Las estrategias contaminantes y no sostenibles del pasado deben sustituirse por nuevos modelos de crecimiento económico que antepongan el bienestar ecológico y social. Las mujeres y niñas deben ser parte esencial de la solución. Ellas han estado en las primeras líneas de acción contra el cambio climático y de los movimientos ambientales durante décadas, y su participación en los esfuerzos de conservación y gestión de los recursos naturales contribuye a alcanzar mejores resultados (ONU MUJERES 2020).

IV – Ecofeminismo

Catalogado como una nueva epistemología nacida de luchas y movimientos de mujeres, se caracteriza por ser un enfoque alternativo, crítico al desarrollo y contener enunciados emancipadoras del pensamiento hegemónico. (HERRERO 2017)

Como punto de partida esta corriente pretende ver más allá de la mujer históricamente asociada a la naturaleza por su capacidad de gestar y dar vida.

La matriz del pensamiento ecofeminista sostiene varias premisas, entre ellas se pueden estacar, la valoración de la finitud de los elementos de la naturaleza, la codependencia entre los sistemas ecológicos y las sociedades humanas y la interdependencia entre los seres humanos, referenciando en cuanto a los cuidados de la

integridad física en el inicio y fin de la vida, los cuales están asociados y naturalizados como propios de las mujeres (tareas reproductivas).

Vandana Shiva, pensadora destacada ecofeminista, considera que el mundo patriarcal toma al hombre como la medida de todo valor y no admite la diversidad, sino solo la jerarquía. Trata a la mujer como desigual e inferior porque es diferente. No considera intrínsecamente valiosa la diversidad de la naturaleza en sí misma, sino que solo su explotación comercial en busca de un beneficio económico le confiere valor. El criterio del valor comercial reduce así la diversidad a la categoría de un problema, de una deficiencia. (SHIVA 1998). En suma, esta deficiencia en relación a la diversidad está relacionada con la invisibilización tanto de la situación de explotación de las mujeres como de la naturaleza.

La teoría ecofeminista contiene diversas corrientes, a modo de resumen tomaremos las dos más representativas. Por un lado nos encontramos con el ecofeminismo esencialista que aboga por el respeto a la naturaleza y sus ciclos de vida resaltando la capacidad innata que tienen las mujeres para comprender estos ciclos a razón de sus rasgos biológicos propios (gestar, capacidad de dar vida, menstruar, lactancia). Esta corriente entiende que la mujer posee una psiquis especial natural para vincularse y comprender en mejor manera las necesidades de la naturaleza.

En el otro extremo, nos encontramos con la corriente del ecofeminismo constructivista, aquí ya no se habla de la biología de la mujer sino que se articulan la visión del vínculo entre las opresiones de las mujeres y de la naturaleza tomándolas como “opresiones gemelas”, se entiende al género como una construcción social. En esta crítica que se desarrolló en base a las opresiones análogas se debate en cuanto al lugar histórico asignado a la mujer y se entiende, que ese lugar las hace ocupar espacios de proximidad en la relación con la degradación ecológica y la contaminación.

Los feminismos ecologistas desarrollan un nuevo proyecto ético, social, cultural y político frente a la crisis de valores patriarcales, consumistas e individualistas impulsados por las sociedades occidentales (HERRERO 2017).

En este sentido todos los ecofeminismos proponen un cambio hacia las relaciones igualitarias entre hombres y mujeres, reivindican los saberes plurales, cuestionan la división dualista de los distintos aspectos de la vida, la cual creen que está regida por binomios (mente/cuerpo, naturaleza/cultura, hombre/animal, mujer/hombre, etc.).

Más allá de la visión naturalista que asocia al feminismo y al ecologismo, la ecología política indaga los fundamentos de las luchas ecofeministas dentro de una política de la diferencia. Pues no se trata simplemente de un movimiento a favor de la participación de las mujeres en los asuntos y reivindicaciones ambientalistas o en la promoción de los derechos ciudadanos y de género dentro de las perspectivas abiertas por el desarrollo sustentable. El enigma a descifrar y la política a construir reclaman la comprensión de la forma particular de ser mujer y de la perspectiva política que abre una “visión” feminista y de género en la cuestión del poder, la cultura, la organización social, la naturaleza y el desarrollo sustentable, y que va más allá del lugar de la mujer en una estructura social dada y de las reivindicaciones de igualdad con los lugares privilegiados de los hombres en un orden establecido determinado (LEFF 2016).

V- Conclusión:

Como hemos dicho en un principio, las modalidades de desarrollo adoptadas por centurias se han centrado en un aspecto en especial, el económico, esto ha dado como

resultado una innegable crisis ambiental, la cual le exige a la humanidad repensar los términos en los cuales continuará habitando el planeta y como va a proteger, manejar y conservar los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades presente y futuras.

Siendo el objetivo de este trabajo poder poner en dialogo las diferentes áreas de estudio (género y derecho ambiental) para poder importar elementos en materia de sustentabilidad es que concluimos del siguiente modo.

El debate en torno a las cuestiones de género y el medio ambiente ya se ha iniciado hace varios años. Este debate, podemos decir, que ya tiene un largo camino recorrido, en torno a él se han formulado varios enfoques que han desarrollado toda una metodología de análisis propio.

Tal como se señala en el reporte anual de ONU Mujeres 2019-2020, desde siempre, las mujeres han sido fundamentales para salvaguardar la diversidad de especies vegetales y animales. Ya sean como “administradoras”, como “agentes” o como “salvadoras”, es innegable que las mujeres siempre han sido una esperanza para el planeta, pero el desafío radica en hacer que dejen de ser una “esperanza” latente y que pasen a ser una “realidad” inminente, esto implica que las políticas y las normativas de derecho en materia de sustentabilidad se deben escribir en clave de género incorporando a saber, principios propios del ámbito femenino.

Gracias a la lucha de movimientos de mujeres, que comenzó exigiendo que el componente mujer forme parte de las políticas de desarrollo, hoy tenemos una agenda mundial que transversalmente está orientada por la perspectiva de género, teniendo como uno de sus fines más importantes el empoderamiento de las mujeres. El desarrollo sustentable no es solo económico, sino también es ambiental y social. Para su correcta implementación tanto hombres como mujeres deben estar en pie de igualdad y esto solo es posible por medio de políticas y leyes que promuevan la igualdad de oportunidades económicas, políticas y de acceso a la educación, a los recursos y a los servicios básicos tanto para hombres como para mujeres, en términos de equidad de género.

Como señalan Martínez y Rosenfeld, la respuesta jurídica a la cuestión ambiental se ve substancialmente determinada por las conclusiones emanadas de otros ámbitos científicos, dada la naturaleza interdisciplinaria y globalizadora de la temática, pero no puede percibirse como secundaria, por cuanto aborda cuestiones primordiales sobre la orientación de una política conectada con las ideas básicas de justicia y equidad. La cuestión ambiental atraviesa todas las disciplinas y categorías jurídicas y requiere un esfuerzo de síntesis y unidad, que más allá de las especializaciones, impregne todo el espectro del derecho (MARTINEZ Y ROSENFELD 2005).

Podemos decir entonces que tanto la perspectiva de género como la cuestión ambiental son dos temáticas transversales y sistémicas, las cuales se retroalimentan en materia de principios mutuamente. No se puede pensar en un desarrollo sustentable sin incorporar la variable de género y a su vez, esta variable se replicara en el resto del ordenamiento jurídico a razón del paradigma ambiental⁹.

⁹ Lorenzetti nos habla acerca del paradigma ambiental, refiere que denominamos paradigmas a los modelos decisorios que tienen un status anterior a la regla y condicionan a las decisiones. En el Derecho tiene gran importancia por que quien se basa en paradigmas da preminencia al contexto por sobre la norma. La existencia de un paradigma ambiental, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retorico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos. (LORENZETTI RICARDO 2006-2018)

Desde el campo del derecho atendemos a la consolidación de un nuevo paradigma interpretativo de la cuestión ambiental. Nos referimos a él como el “Estado de Derecho Ecológico” o el “Derecho ambiental ecologizado¹⁰” el cuál pretende ser la respuesta a los problemas ambientales, sociales y económicos propios de la era geológica del Antropoceno, dándole un nuevo enfoque a la relación hombre-naturaleza, donde la eficiencia económica y la justicia social solo son posibles, si se actúa dentro de los límites que impone la sostenibilidad y resiliencia de los sistemas ecológicos locales, regionales y planetarios (PEÑA CHACÓN 2019).

Este nuevo enfoque, a nuestro entender, debe de ser potenciado por la sinergia proveniente de todo un patrimonio cultural legado por las mujeres que ha sido hasta el momento menospreciado y subvalorado. Pensar en términos de justicia y Estado de Derecho ecológico, no puede dejar de lado la necesaria implementación de la perspectiva de género, ya que ambas ideas trabajan sobre los mismos objetivos, la reivindicación de lo que desde el ecofeminismo podría tomarse como opresiones gemelas, tanto de la naturaleza como de las mujeres.

Desde el constitucionalismo latinoamericano, podemos advertir corrientes emancipadoras de la Naturaleza, por lo suyo Bolivia (2009) y Ecuador (2008) han reconocido a la Naturaleza o Pacha Mama como sujetos de derecho en sus Constituciones, atribuyéndoles derechos propios por su valor intrínseco, abriendo la puerta a todo un debate al interior de la ciencia jurídica y reinterpretando institutos y categorías jurídicas clásicas, como ser la de “sujeto de derecho” generando toda una revolución jurídica.

Estas nuevas corrientes constitucionales se emparentan con las posturas provenientes del ecofeminismo que proponen la necesidad de observar propuestas provenientes de “otros saberes”, saberes plurales, para poder así construir “alternativas al desarrollo” que avancen hacia sociedades más igualitarias que hagan las paces con el planeta.

En este sentido una nueva ética planetaria se está gestando a la luz de movimientos emancipadores del pensamiento hegemónico. Producción y consumo ya no son sinónimos de desarrollo y la Naturaleza es un sujeto de derecho. Los movimientos sociales van tomando mayor protagonismo en la escena internacional y de seguro las agendas se seguirán marcando al ritmo del ecologismo y el feminismo cada vez con mayor influencia.

Bibliografía

BENERÍA, LOURDES. Trabajo productivo/ reproductivo, pobreza y políticas de conciliación. *Nómadas* (Col), núm. 24, abril, 2006, pp. 8-21. Universidad Central Bogotá, Colombia.

FERNÁNDEZ GARCÍA Yuliuva. “Acerca del género como categoría analítica”. *Nómadas Revista. Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. Nº 13. 2006. Universidad de Oriente Santiago de Cuba.

HERRERO AMARANTA. Ecofeminismos: Apuntes sobre la dominación gemela de mujeres y naturaleza. *Ecología política*, ISSN 1130-6378, Nº 54, 2017, págs. 18-25.

INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES (INMUJERES). SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (SEMARNAT). Equidad de género y medio ambiente. Coordinación de la edición: Jacqueline Fortson Mayagoitia junio de 2003. México, D.F.

¹⁰ Véase mas sobre este tema en : “Justicia Ecológica del Siglo XXI”

LEFF ENRIQUE, “Ecofeminismo: el género del ambiente”, Polis, 9 | 2004, Publicado el 22 octubre 2012, consultado el 01 octubre 2016. URL: <http://polis.revues.org/7248>

LORENZETTI RICARDO, LORENZETTI PABLO. “Derecho Ambiental”. 1ra ed. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni 2018. ISBN 978-987-30-1328-7.

LORENZETTI, RICARDO LUIS. “Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. 1ra Ed. 2da reimpresión. Santa Fe – Rubinzal – Culzoni, 2014. ISBN 978-950-727-721-4.

MARTÍNEZ ADRIANA N. “Capítulo VII AMBIENTE Y GÉNERO: RECORRIDOS CONFLUYENTES HACIA LA TRANSVERSALIDAD EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE” Igualdad y Género - Ivanega, Miriam M. (Directora) Editorial: La Ley (Argentina). 2019.

MARTÍNEZ ADRIANA N. Y ROSENFELD. “Las cuestiones de género en los instrumentos jurídicos internacionales de protección ambiental”, en colaboración con Adriana Rosenfeld, en Revista “La Aljaba, segunda época. Revista de Estudios de la Mujer, UNLu UNLP, Universidad del Comahue, Volumen IX, 2004-2005, ISSN NI 0328-6169. pag. 139-160.

MARTÍNEZ ADRIANA N. en colaboración Marcelo LÓPEZ ALFONSÍN “El ambiente desde los paradigmas de la sustentabilidad y el desarrollo humano”, en Desarrollo Territorial Sostenible. Instrumentos Participativos para la Acción”, Adriana N. Martínez y Alicia N. Iglesias (compilación). Programa Desarrollo Local Sostenible, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Luján-Maestría en Intervención Ambiental, Facultad de Ingeniería, Universidad Nacional del Comahue, EDUCO, UNCOMA, 2008, ISBN 978-987-604-083-9,

MIES MARIA Y SHIVA VANDANA. Ecofeminismo: Teoría, crítica y perspectivas Traducción del inglés: Mireia Bofill, Eduardo Iriarte y Marta Pérez Sánchez. Editorial Icaria. Colección Antrazyt. Barcelona, 1997. ISBN 84-7426-344-1

MIES MARIA Y SHIVA VANDANA. La praxis del ecofeminismo biotecnología, consumo y reproducción. Icaria Editorial 1998. España ISBN: 84-7426-391-3

NACIONES UNIDAS. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing Declaración política y documentos resultados de Beijing+5. 1995. Reimpreso por ONU Mujeres en 2014. ISBN: 978-1-936291-94-6. Disponible online: <https://tinyurl.com/y3n6vl6u>

ONU MUJERES- El Mundo para las Mujeres y Las Niñas, Informe Anual 2019-2020, disponible on line: <https://tinyurl.com/yysrv55n> Consultado 13/11/2020

ONU MUJERES. Hacer las promesas realidad. La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. 2018. Disponible on line: <https://tinyurl.com/y2wggezmm>

PEÑA CHACÓN, Mario. “Ética planetaria y Justicia ecológica”. Diario Ambiental Nro 254 - 29.08.2019. Disponible Online: <https://tinyurl.com/y5pkpjec>

PEÑA CHACÓN, Mario. “Justicia Ecológica del Siglo XXI”, Revista de Derecho Ambiental número 57, enero – marzo 2019, Thomson Reuters, Argentina.

RICO, MARÍA NIEVES. Serie Mujer y Desarrollo. Género, Medio Ambiente y Sustentabilidad del Desarrollo. Naciones Unidas Octubre de 1998 Santiago de Chile.

RODRÍGUEZ ALEMÁN ROSALÍA. El papel de la mujer en los modelos de desarrollo. Anuario de filosofía, psicología y sociología, ISSN 1139-8132, Nº 3, 2000, págs. 223-235.

TARDÓN VIGIL MARÍA. Ecofeminismo. Una reivindicación de la mujer y la naturaleza. El Futuro del Pasado: revista electrónica de historia, ISSN-e 1989-9289, Nº. 2, 2011 (Ejemplar dedicado a: Razón, Utopía y Sociedad), págs. 533-542.

VANDANA SHIVA. Manifiesto para una democracia de la Tierra justicia, sostenibilidad y paz. Barcelona. España. Paidós Ibérica, 2006. ISBN: 84-493-1946-3

~

El COVID, la pandemia y los problemas de la innovación. La investigación clínica y la evolución de los controles¹

Por Jorge Omar Frega²

Introducción: Frente a la catarata de información sobre el desarrollo de investigaciones destinadas a encontrar una cura o vacuna que evite o morigere los efectos de la pandemia conocida como COVID19, creo relevante evaluar algunos aspectos jurídicos y éticos al respecto. La innovación tecnológica en general, la clínica médica en particular, ha avanzado dramáticamente en las últimas décadas. La presión política de los gobiernos, las necesidades sociales y económicas que se ven impactadas por las enfermedades, sobre todo las pandémicas, junto con las importantes sumas de dinero que moviliza la industria farmacéutica, nos hace reflexionar sobre los alcances y límites que debe tener una investigación clínica, esto es, efectuada sobre humanos.

I.1.- La evaluación de los riesgos en la investigación clínica. Necesidad de evitar la toxicidad de los remedios. Experiencia histórica

La tragedia que significó la toxicidad de la talidomida -que generó miles de niños con malformaciones debido a que sus madres lo habían recibido-, demostró la fragilidad del sistema evaluación de los riesgos.

Ello se debió sin dudas a la velocidad con que se sintetizaban durante el período 1935/1975 los medicamentos y eran colocados en el mercado. Pero también, por la falta de control en el proceso de producción ya que se estaba más preocupado por la protección de las patentes que por la seguridad de su aplicación a la comunidad.

Esa y otras catástrofes semejantes motivaron al estado a controlar primero la “no alteración” o “falaz etiquetamiento” del producto en un período inicial (comienzos del siglo XX) donde las fórmulas de los medicamentos eran mantenidas en secreto por los laboratorios. Luego, ello no fue suficiente y comenzó a controlarse no sólo la toxicidad, sino también la relación entre ésta y la eficacia del tratamiento. Agregándose también la evaluación entre aquellas y la gravedad de la enfermedad.

La evolución legislativa en Europa y Estados Unidos fue lenta y contradictoria llegando a nuestros países (Brasil, Argentina, etc.) más tardíamente. Por supuesto los legisladores debieron soportar la presión de los laboratorios queriendo evitar limitaciones y, a su vez, atender a la evidencia de los daños que la falta de controles había generado en los ciudadanos.

¹ Basado en el Trabajo presentado dentro del Documento: “La investigación clínica: Problemas éticos y Jurídicos” autores varios en el Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado de la UCES. Buenos Aires: 2015

² Presidente del Colegio de Abogados de Morón. Doctor en Derecho con orientación en derecho privado, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Investigador acreditado en la Universidad Nacional de La Matanza. Docente titular en Derecho Comercial I y Derecho de la Empresa en la UNLaM y UM. Adjunto en el Doctorado con orientación en Derecho Privado y en la Maestría de Empresa de la UCES. Autor de distintas obras y artículos sobre derecho privado..

En Argentina la Dirección Nacional de la Administración de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) estableció el REGIMEN DE BUENAS PRACTICAS DE INVESTIGACION EN ESTUDIOS DE FARMACOLOGIA CLINICA.

Fijó en su Capítulo I, los principios generales que podríamos resumir del siguiente modo:

1.- Prevalencia del bienestar individual de los sujetos sometidos a estudio, por sobre los intereses de la ciencia y de la comunidad.

2.- Estricta observación de los principios científicos reconocidos y escrupuloso respeto por la integridad física y psíquica de los individuos involucrados.

3.- Obligación de estudios de investigación preclínica, que permitan al comienzo de los ensayos clínicos establecer que los riesgos son previsibles y no significativos.

4.- Podrán incluir sujetos sanos o enfermos.

5.- Los costos provenientes de la investigación clínica, serán afrontados por el patrocinante, si lo hubiere, o por el grupo investigador.

6.- Libertad aduanera para drogas provenientes del exterior a esos fines.

1.2.- De los ensayos abiertos a los ensayos clínicos. El control.

En los distintos Estados, se exigieron más estudios de toxicidad pero luego se obligó a un viraje de los ensayos abiertos, esto es, destinados a una diversidad de sujetos sin ningún tipo de discriminación ni randomización, no controlados; hacia los ensayos clínicos. Estos últimos suponen que el medicamento candidato debe acreditar ser superior al precedente o al placebo si no hay otro producto comparable.

A nivel internacional como sostienen Klimovsky, Nudelman y Bignone (2002)

La Declaración de Helsinki fue proclamada por la Asamblea de la Asociación Médica Mundial (AMM) en el año 1964 constituyendo un intento global para establecer estándares de protección para las personas que participan en investigaciones. Su desarrollo llevó más de 10 años desde que en la 8° Asamblea de la AMM realizada en Roma se adoptó una primera resolución titulada "Principios para los que participan de investigación y experimentación". A través de los años se convirtió en una de las piedras angulares de los principios éticos que deben regir la investigación clínica, junto a otros códigos referidos al mismo tema como el Código de Nüremberg de 1947 y las Recomendaciones del CIOMS (Council for International Organizations for Medical Sciences) promulgadas en 1923. Por ello las Guías de Buenas Prácticas de Investigación Clínica adoptadas por la Reunión Internacional de Armonización en 1964 para unificar los criterios de calidad y ética de la investigación en EEUU, Japón y la Unión Europea aceptan la Declaración de Helsinki como el origen de los principios para garantizar que los derechos, seguridad y bienestar de los sujetos incluidos en investigaciones sean protegidos. Asimismo, estas recomendaciones requieren que cada investigador que participe de protocolos de investigación clínica farmacológica firme una nota de compromiso en la cual adhiere a los principios éticos de la Declaración.

1.3.-. La relación costo eficacia. El rol de los financiadores de los sistemas de salud. Efectividad Clínica.

“El control de la *ratio* riesgo/beneficio fue inmediatamente delegado por los poderes públicos a la industria farmacéutica, lo cual es a todas luces una paradoja” (Pignaree, 2005, p. 53).

La efectividad clínica tiene también una arista plenamente financiera. Los países con sistemas de seguridad social muy consolidados como Inglaterra o Noruega han optado por utilizar el criterio costo/efectividad como criterio para el reconocimiento de un medicamento o tratamiento por parte de la entidad que sostiene el sistema sanitario y, por ende, la concreta utilización masiva de ese producto en el mercado.

En nuestro país existen entidades preocupadas por la evaluación de la efectividad Clínica como lo es el IECS (Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria)³ que viene realizando su tarea para distintos financiadores de la salud (Sistemas de Medicina Prepaga, Obras Sociales y el mismo Estado).

La cuestión en nuestro sistema es muy particular dada la diversidad de sistemas de financiamiento de la salud. Todos ellos son regulados por distintas normativas a saber: Ley 23.660 para las obras sociales, ley 26.682 para las empresas de medicina prepaga, ley 24.901 sobre prestaciones para la discapacidad, ley 17.418 para los seguros privados de salud o enfermedad. Incluso la referida ley 23.660 (art. 19 inc. d))⁴ prevé la formación de un fondo solidario para enfermedades de alto costo y baja incidencia administrado por el estado nacional y conformado por el 20 % de los aportes y contribuciones obligatorias de trabajadores y empleadores respectivamente.

La situación es compleja si se tiene en cuenta lo heterogéneo que es el sector, por sus propias características. Pero a esto se debe agregar el impacto de las nuevas tecnologías, la nuevas prestaciones que se incorporan al PMO, el marco regulatorio de las prepagas que impone límites a las primas a cobrar; que impactan en el costo y que se enfrenta a recursos limitados, incluso por la ley que pone restricciones al incremento de la cuota de cobertura en base a la edad. Por lo expuesto lograr una mayor eficiencia es imperativo para responder a las necesidades de los afiliados, en un tema tan sensible como la salud/enfermedad.

Es por ello que los resultados de los ensayos clínicos importan en cuanto a su

³El Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria es una entidad independiente afiliada a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires. Se encuentra en Dr. Emilio Ravignani 2024, Buenos Aires El departamento de Evaluación de Tecnologías Sanitarias (ETS) y Economía de la Salud del IECS trabaja en el desarrollo de conocimientos y herramientas que orienten la toma de decisión para lograr **sistemas de salud más efectivos, eficientes y equitativos en Latinoamérica**. Realiza estudios de investigación y proyectos de cooperación técnica trabajando en colaboración con organismos internacionales, gobiernos, ministerios y secretarías de salud, instituciones académicas y sistemas de salud en la mayor parte de los países de la región: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. En 2013 este Departamento del IECS fue nombrado Centro Colaborador de la OPS/OMS en Evaluación de Tecnologías de la Salud (ETS).

⁴Todo ello fue especialmente tratado en el VII Congreso Internacional de Economía y Gestión “Econ 2013” “El seguro de salud como complemento de la cobertura de salud brindada por Obras Sociales y Prepagas” panel integrado por Prof. Dr. Andrés Pichon-Riviere (Médico), Dr. Lic. Enrique Alberto Camerlinckx (h) (Lic. En Administración), Dra. Cecilia del Carmen Pozzo (Abogada y Escribana) y Prof. Dr. Jorge Omar Frega (Abogado)

efectividad y a su costo. Si bien el principio es que ningún tratamiento tiene en un comienzo un valor inferior al que reemplaza, ello muchas veces es un principio relativo por diferentes causas como lo son la competitividad del mercado y la regulación, entre otras.

La aceptación o no de los sistemas de financiación de la salud de un producto farmacéutico u otro suponen también la posibilidad de su más fácil inserción (si es aceptado) o dificultad de colocación en el mercado (si no lo es), por ello el proceso de los ensayos clínicos y sus resultados resultan de especial importancia para su distribución. Ello salvo que la autoridad de control autorice su venta al público en general, con lo cual dejan de ser cubiertos por los sistemas asistenciales.

Por ello

...los ensayos clínicos determinaron el alfa y el omega de lo que es un medicamento. No fueron solamente una herramienta de control: de pronto se transformaron en herramienta de regulación, y luego pasaron a ser el corazón del proceso de invención en sí (Pignarre, 2005, p. 53).

Como nos indica el referido autor francés (2005), Justin-Besacon utilizó el servicio de medicina general que dirigía en el hospital Broussais para probar el conjunto de derivados de la metoclopramida en sus pacientes. Ello en un ensayo abierto, sin restricción, regla metodológica, a muy poco tiempo de su síntesis química y con muy reducidos estudios de toxicidad. Estos y otros ejemplos nos permiten sostener que hasta avanzada la década del '70 se aplicaba una clínica empírica y abierta.

El cambio se produce con la sistematización de los ensayos clínicos randomizados. Esto es, la distribución de los pacientes en grupos por sorteo.

La efectividad clínica se define como

...la aplicación de instrumentos y métodos básicos al estudio de los problemas de los pacientes y poblaciones con el objeto de minimizar los riesgos que conlleva la sola intuición clínica o la experiencia no sistematizada en la toma de decisiones, facilitar la práctica médica basada en la mejor evidencia disponible, evaluar el verdadero impacto de las intervenciones en la modificación de la historia natural de las enfermedades, y optimizar la instrumentación de Programas que maximicen los beneficios sociales en la definición de Políticas o Servicios de Salud (Dunning, Lugon y Macdonald, 1998, pp. 243-244).

Quienes deben tomar decisiones sobre qué servicios financiar o qué tecnologías adoptar, se encuentran sometidos a tensiones originadas por un lado por la oferta de un número creciente de nuevos procedimientos médicos cada vez más sofisticados, más caros y más prometedores, y por el otro, por las restricciones presupuestarias impuestas por los economistas y administradores al aumento de los gastos médicos.

Los resultados agregados de salud y bienestar de una población son poco sensibles a los cambios en el gasto en salud por encima de niveles mínimos alcanzados por los países desarrollados en general y por muchos países en desarrollo entre los cuáles se encuentra el nuestro. El caso de la Argentina es paradigmático: este país gasta anualmente aproximadamente \$ 21.000 millones anuales en salud, \$ 676 por persona. Esta cifra constituye aproximadamente 8,2% del PBI (Basic Indicators 1998). Es el gasto per cápita más elevado de Latino América y es comparable al del cuarto inferior de los países desarrollados. Sin embargo, casi 40% de la población carece de seguro de salud y depende de la cobertura que brinda la salud pública. A pesar de que este gasto es superior al del resto de los países

latinoamericanos, los resultados no son siempre mejores. Las tasas de mortalidad infantil y de mortalidad materna son más altas que lo cabría esperar en función del gasto, y en el 60% de los casos se trata de fallecimientos evitables con un diagnóstico y tratamiento oportuno. El gasto per cápita en Cuba, Chile, Uruguay y Costa Rica es muy inferior al argentino pero sus indicadores de esperanza de vida al nacer y mortalidad infantil son mejores. Estos resultados son más curiosos si tenemos en cuenta que, con la excepción de Uruguay, la cantidad de camas y médicos por habitante existente en Argentina es muy superior al del resto de los países de Latinoamérica (The World Health Report 2000).

I.4.- Creatividad vs. Seguridad. El dilema ético.

El ensayo clínico pasa a cobrar importancia como límite ético luego de los cuestionamientos que quizás tardíamente se producen respecto de la “euforia” de la industria farmacéutica durante las décadas de 1960 y 1970. Los éxitos y los capitales durante ese período se multiplicaron al amparo de las posibilidades que otorgaba la falta de controles tan estrictos.

Nos dice Pignarre (2005)

Hoy en día, por razones éticas que se fueron precisando al ritmo de los accidentes y abusos de poder, los ensayos abiertos de nuevas moléculas están absolutamente excluidos, y los ensayos controlados deben respetar reglas cada vez más severas, pese a que se los deja siempre a la iniciativa exclusiva de los industriales y aunque los poderes públicos están cada vez más lejos que nunca de financiar y conducir estudios independientes (p. 61).

Las reglas en general imponen que el proceso de investigación cumpla con ciertos requisitos y en el supuesto que las respectivas comisiones no se encuentren convencidas requerirán nuevos estudios al laboratorio. Previamente a iniciar ensayos sobre seres humanos es necesario declarar lo que se busca exactamente y disponerse de una gran cantidad de estudios sobre animales.

Hay además la obligación de comunicar la iniciación de un estudio con el objeto de evitar ocultación de los resultados que puedan ser negativos.

Los órganos de control público tienen facultades de inspección y examen de los distintos momentos y registros respecto del cumplimiento del protocolo.

Este cambio de método significó una dramática variación de los procesos de investigación. La creatividad propia del investigador aplicando sus pruebas sobre humanos en forma abierta no resulta idéntica a la que pueden proporcionar los test sobre animales. Ello puede llevar a concluir que en la actualidad lo más factible es la invención de los llamados “sucesores” de medicamentos ya existentes y no verdaderas novedades farmacológicas.

Siguiendo a Pignarre (2005) se dan tres casos típicos:

1.- Enfermedades infecciosas: el cultivo de un germen es una “reducción funcional” en el laboratorio de lo que acontece en un cuerpo humano permitiendo aplicar nuevas moléculas con eficacia.

2.- Otros medicamentos (antialérgicos, neurolépticos, v.g.), requieren de una mayor correspondencia con ensayos sobre animales y humanos. Suponen la existencia de un medicamento preexistente que puede eventualmente ser mejorado.

3.- En los supuestos donde no existe medicamento precedente al que se investiga y por lo tanto no es posible la comparación más que con el placebo. Los test preclínicos resultan difícilmente validables en una etapa clínica sin riesgos.

Con relación a las normas internacionales debe destacarse los principios que fueron establecidos en 18a Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, Junio 1964, y enmendada por la 29a Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, Octubre 1975, 35a Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, Octubre 1983, 41ª Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, Septiembre 1989, 48a Asamblea General, Somerset West, Sudáfrica, Octubre 1996 y la 52a Asamblea General, Edimburgo, Escocia, Octubre 2000. Nota de clarificación sobre el párrafo 29 añadida por la Asamblea General, Washington 2002.

La extensa descripción de los distintas Asambleas nos dan una clara idea de la enorme y larga evolución de la temática a nivel internacional.

II.- La investigación y el desarrollo en Argentina

Sin perjuicio de las ya analizadas normativas impuestas para los procesos de ensayo clínico en nuestro país por el ANMAT, ha existido una especial preocupación por la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías dentro de las fronteras.

Ha sido dicho reiteradamente que el verdadero desarrollo económico de una nación se relaciona más con su capacidad de innovación tecnológica que por otros aspectos de producción de bienes y servicios.

En tal sentido se han dicado distintas leyes con la intención de promover, promocionar y proteger la investigación y el desarrollo (I+D).

Con relación a la transferencia tecnológica la ley 22.426 (de Transferencia de Tecnología) del año 1981, modificada por decreto 1853/93 establece en su artículo primero:

Quedan comprendidos en la presente Ley los actos jurídicos a título oneroso que tengan por objeto principal o accesorio, la transferencia, cesión o licencia de tecnología o marcas por personas domiciliadas en el exterior, a favor de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas domiciliadas en el país, siempre que tales actos tengan efectos en la República Argentina.

Originariamente el artículo 2 imponía que en el supuesto que se celebren entre una empresa local de capital extranjero y la empresa que directa o indirectamente la controle u otra filial de la misma se requería la aprobación de la Autoridad de aplicación (el Instituto Nacional de Tecnología Industrial) mientras que los demás sólo debían registrarse a título informativo. Luego el decreto 1853/93 reglamentario de la ley de inversiones extranjeras (21.382) usando de las facultades del art. 15 de la ley de emergencia económica (23.697) dejó sin efecto el art. 2 de la ley 22.426 lo que significó que en todos casos (empresas extranjeras o no) la registración de los contratos es a los efectos meramente informativos.

Así, la ley procura el fomento de la transferencia de licencias de patentes o marcas en el país con desgravaciones impositivas en las condiciones que ella establece. Esto implica abordar un esquema de desarrollo subsidiado a fin de incentivar el desarrollo de patentes propias o la transferencia de su uso desde el extranjero.

La cuestión se vincula con la tensión entre el subsidio estatal y el financiamiento privado, y dentro de éste el originado en capitales nacionales o extranjeros.

De la descripción del desarrollo del régimen de transferencia tecnológica antes efectuado se evidencia la variación de políticas en ese sentido. El fomento subsidiado puede significar un cierto “aislamiento” a las innovaciones producidas fuera del país y, a la inversa, su falta, limita considerablemente la posibilidad de investigación nacional.

Por su parte la ley 23.877 de promoción y fomento de la innovación tecnológica estableció un régimen tendiente a

...mejorar la actividad productiva y comercial, a través de la promoción y fomento de la investigación y desarrollo, la transmisión de tecnología, la asistencia técnica y todos aquellos hechos innovadores que redunden en lograr un mayor bienestar del pueblo y la grandeza de la Nación, jerarquizando socialmente la tarea del científico, del tecnólogo y del empresario innovador” (art. 1).

Quizás la más importante novedad al respecto haya sido la introducción por parte de esta ley de la llamada “unidad de vinculación tecnológica” cuya función principal es conciliar los intereses de las áreas de investigación con las de la producción.

En tal sentido el art. 5 de la mencionada ley establece:

Las instituciones oficiales de investigación y desarrollo que adhieran a la presente ley, quedan facultadas para establecer y/o contratar unidades de vinculación, con la finalidad de que dispongan de una estructura jurídica que les permita una relación más ágil y contractual con el sector productivo de bienes y/o servicios. Una o varias unidades de vinculación podrán constituir agrupaciones de colaboración con una o varias entidades productivas y/o de servicios.

Por su parte el art. 9 del mismo cuerpo normativo fija las herramientas para el fomento de la actividad de innovación y desarrollo de tecnología en cualquiera de los campos de la ciencia. Se establece la prioridad de las pequeñas y medianas empresas y se procura la implementación a nivel federal.

La ley 25.467 (Marco de la ciencia, tecnología e innovación) del 2001, fija las bases de la investigación, el desarrollo y la transferencia a la comunidad del mismo.

En su artículo 1° establece que

El objeto de la presente ley es establecer un marco general que estructure, impulse y promueva las actividades de ciencia, tecnología e innovación, a fin de contribuir a incrementar el patrimonio cultural, educativo, social y económico de la Nación, propendiendo al bien común, al fortalecimiento de la identidad nacional, a la generación de trabajos y a la sustentabilidad del medio ambiente.

Resulta importante destacar el desarrollo de una serie de principios que incorpora esta última ley respecto de la investigación y que se encuentran muy vinculados con los ensayos clínicos:

Se establecen los siguientes principios de carácter irrenunciable y aplicación universal, que regirán en cualquier actividad de investigación en ciencia, tecnología e innovación:

a) El respeto por la dignidad de la persona humana;

- b) El respeto por la privacidad e intimidad de los sujetos de investigación y la confidencialidad de los datos obtenidos;
- c) La participación libre y voluntaria de las personas en ensayos de investigación;
- d) La obligatoriedad de utilizar procesos de consentimiento informado en forma previa al reclutamiento de sujetos de investigación;
- e) La obligación de realizar ensayos preclínicos y con animales en forma previa a la experimentación con humanos, a fin de determinar adecuadamente la relación costo-beneficio, la seguridad y la eficacia;
- f) La protección de grupos vulnerables;
- g) El cuidado y protección del medio ambiente y la biodiversidad de todas las especies;
- h) El cuidado y protección del bienestar de las generaciones futuras;
- i) La no discriminación de personas en razón de su condición física, salud, historial y datos genéticos;
- j) La no comercialización del cuerpo humano o de sus partes o información genética de cualquier tipo (art. 3).

Es apropiado sostener que el desarrollo tecnológico es la fuente de crecimiento real cualitativo de una sociedad, en nuestro país se han desarrollado capacidades científicas de apreciado nivel. Las mismas significaron la posibilidad de obtener representaciones aisladas en todo el mundo donde nuestros científicos han podido mostrar su alto nivel de desarrollo y capacidad. Sin embargo no hemos llegado a desarrollar una estructura de aplicación tecnológica.

Los esfuerzos legislativos expresados en las leyes mencionadas, son muestras del interés social que ha existido y existe en nuestra comunidad pero no han permitido plasmar una organización eficiente para lograr su avance coordinado.

La investigación y el desarrollo deben ensamblarse para poder obtener el efecto deseado: el desarrollo tecnológico.

Ello cobra más importancia en las ciencias médicas y, en particular en la industria farmacéutica. Los altos grados de inversión, coordinación y selección de recursos humanos para poder obtener resultados seguros, eficientes y principalmente que respeten la ética.

Manes (2015) nos dice

¿Cuáles son los caminos que deben recorrerse para lograr transformar una realidad dada en otra mejor? Vale para eso cualquier ejemplo, como la cura de un resfrío, que deje pasar la humedad dentro de una casa, que dos pueblos separados por un río puedan integrarse a través de un puente, o que pueda generarse una red con todas las computadoras del mundo y eso permita un flujo de información sin precedentes. Sin dudas, la necesidad y el deseo de los principales impulsores para que algo cambie y que ello redunde en una vida mejor de uno y otro entorno. Pero existe una cuestión compleja y, quizá, más enriquecedora para analizar esa transformación que va del impulso inicial a la solución: el modo para

conseguirla.

A menudo se realza a la ciencia por el logro de resultados sorprendentes (nuevos medicamentos, viajes espaciales, computadoras sofisticadas, etc.), pero son sus métodos los que conforman la cualidad verdaderamente distintiva. El método científico es una manera de preguntar y responder a partir de algunos pasos necesarios: formular la cuestión; revisar lo investigado previamente; elaborar una nueva hipótesis; probar esa hipótesis; analizar los datos y llegar a una conclusión; y, por último, comunicar resultados.

La ciencia permite que las personas y la sociedad puedan vivir mejor. A veces olvidamos cómo las innovaciones científicas han transformado nuestras vidas [...] hoy la ciencia se desenvuelve a partir de trabajos mancomunados e interdisciplinarios. El desarrollo científico es un trabajo de equipo y no de arrebatos personales o personalistas (pp. 35/36).

Pero a su vez el referido autor nos indica que La ciencia puede establecerse como una metáfora “capaz de formular preguntas y elaborar respuestas sobre grandes desafíos como el bienestar de nuestras pequeñas comunidades o la construcción permanente de una comunidad integrada, igualitaria y desarrollada” (Manes, 2015, p. 37)

En suma, nuestra legislación vino a recoger toda la evolución que en materia de ensayos clínicos se produjo principalmente en los países donde éstos tuvieron mayor impulso. También fomentó la investigación y el desarrollo por medio de mecanismos legislativos y ejecutivos (v.g. los Fondos específicos como FONTAR Y FONCyT) procurando integrar la actividad científica y el desarrollo tecnológico con el productivo.

III.- Conclusiones

La revolución terapéutica que significó el desarrollo de la investigación sobre moléculas para el tratamiento de enfermedades las tuvo su señal de alarma cuando diferentes tragedias demostraron que se debían articular mecanismos de control.

El papel del estado en ese control tardó en producirse siendo fruto de la tensión entre los principios de libertad económica y el de la protección de la integridad física de la población. Los avances científicos fueron muchos más innovadores cuánto menos controles existieron. Pero luego, resulta poco factible permitir en aras de la innovación permitir que no se respete la ética.

De tal manera surgieron procesos denominados protocolos para el desarrollo de ensayos ya no “abiertos” sino clínicos controlados y “randomizados”. Ellos a la vez de significar una garantía de seguridad impusieron un método de investigación.

Tales procesos recortaron la posibilidad “creativa” de los investigadores permitiendo que se generen nuevos sustitutos de anteriores medicamentos pero evitando que se facilite la aparición de verdaderas innovaciones.

Nuestra ley sigue esa lógica procurando por un lado un régimen de control y a su vez fomentando la investigación y el desarrollo en nuestro territorio.

La situación acuciante que vivimos, la crisis que nace de la supuesta confrontación entre economía y salud que provoca la subsistencia del COVID19 sin cura ni vacuna presiona fuertemente sobre investigadores, científicos y desarrolladores. Por ello debemos recordar que toda la evolución de controles no es aleatoria sino consecuencia de graves daños provocados por su ausencia.

No es posible abandonar en la emergencia un racional y probado sistema de evaluación, ya que la prioridad jurídica, pero también ética, es garantizar un método seguro que asegure a la población una verdadera efectividad clínica.

Bibliografía y fuentes de información

- Basic Indicators 1998. Pan American Health Organization. World Health Organization
- Bergel Salvador Dario y Klemmermajer de Carlucci, Aida (2012) Estudio Nacional sobre Genoma humano en la Republica Argentina Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2265/4.pdf>
- Blaconá, M. T. (2011). *Ética en Estadística: Responsabilidad de las Universidades en la Formación del Profesional. Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de Rosario, Universidad Nacional de Rosario. SaberEs.* (3). 77-82. Recuperado de <http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/2595/50-222-1-PB.pdf?sequence=1>
- Chan, A.W., Tetzlaff J.M., Altman, D.G., y otros (2015). *DeclaraciónSPIRIT 2013: definición de los elementos estándares del protocolo de un ensayo clínico.* Revista Panamá Salud Pública 38(6). Recuperado de http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18567/v38a6n11_506-514.pdf?sequence=3
- Código Civil y Comercial de la Nación comentado (2015) Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires
- Constitución de la Nación Argentina – recuperada de www.infoleg.gov.ar
- Declaración de Doha. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/ddec_s.pdf
- Declaración de Helsinki (última versión Japón de 2004). Recuperada de <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/b3/>
- Dunning M, Lugon M, MacDonald J. (1998); Is clinical effectiveness a management issue?. Madrid: BMJ.
- Farmacéuticas, EEUU y TPP: el monopolio de las patentes hasta el infinito y más allá. (01/08/2015). Recuperado de <http://sabemosdigital.com/hoy/2488-farmaceuticas-eeuu-y-tp-el-monopolio-de-las-patentes-hasta-el-infinito-y-mas-alla>
- Ford, N., Wilson, D., Bunjumngong, O., von Schoen Angerer, T. (2004). The role of civil society in protecting public health over commercial interests: lessons from Thailand. *Fundació Institut Català de farmacologia*, 363, pp. 560-3. Recuperado de <http://www.sietes.org/buscar/cita/69151, ref. ID 69151>.
- Gherzi, C. (2015). *¿Consentimiento Informado?. La influencia del contexto y la elocuencia de los hechos en el paciente.* El Dial.
- Guías Operacionales para Comités de ética que evalúan investigación biomédica. (OMS-2000). Recuperado de http://cgajdh.salud.gob.mx/descargas/rh/01_sistema...oms/OMS005.pdf

Gutiérrez Gutiérrez, C., Torres Rodríguez, B., & Suero Gutiérrez, L. (2015). *Propuesta metodológica para la evaluación ética de diferentes investigaciones que no constituyan ensayos clínicos. Investigaciones Médico Quirúrgicas*, 7(1), 111-119. Recuperado de <http://revcimeq.sld.cu/index.php/imq/article/view/309/394>

Jarret, D. (25/10/2014). La talidomida y demás medicamentos que dañan: el que la hace no siempre la paga. *Diario El Confidencial*. Recuperado de http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2014-10-25/la-talidomida-y-demas-medicamentos-que-danan-el-que-la-hace-la-paga_407306/

Klimovky, E., Saidon, P., Nudelman, L. y Bignone, I. (2002). *Declaración de Helsinki. Sus vicisitudes en los últimos cinco años*. Buenos Aires: ISSN.

La investigación y su aporte a la salud. Los estudios clínicos en la Argentina. (s. f.) *Revista CAEME*. Recuperado de <http://www.caeme.org.ar/notasimg/phpcUEDU30459.pdf>

Laouabdia, Karim -Nota de prensa de los responsables de la Campaña para el acceso a las medicinas esenciales de Médicos sin Fronteras (MSF). *Prognosis: short term relief, long-term pain. The future of generic medicines made in India*. 21

Ley 22.425. Recuperada de www.infoleg.gov.ar

Ley 22.426. Recuperada de www.infoleg.gov.ar.

Ley 23.877. Recuperada de www.infoleg.gov.ar.

Ley 24.240. Recuperada de www.infoleg.gov.ar

Ley 25.156. Recuperada de www.infoleg.gov.ar

Ley 25.467. Recuperada de www.infoleg.gov.ar.

Ley 25.649. Recuperado de www.anmat.gov.ar

Ley 26.688. Recuperado de www.infoleg.mecon.gov.ar

Maliandi R.- Thüer O. (2008) *Teoría y Praxis de los Principios Bioéticos*. Ediciones de la UNLA Buenos Aires.

Manes, F. (2015). *Usar el cerebro*. Buenos Aires: Planeta.

Manterola, C. (2009). *Medicina Basada en la Evidencia o Medicina Basada en Pruebas*. *Revista de Medicina Clínica Condes*. 20(1) 125 – 130. Recuperado de http://www.clc.cl/Dev_CLC/media/Imagenes/PDF%20revista%20m%C3%A9dica/2009/1%20enero/15MEDICINAVIDENCIA-15.pdf

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Complejo farmacéutico serie complejos productivos secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo Subsecretaría de Planificación Económica Dirección Nacional de Planificación Regional - Dirección Nacional de Planificación Sectorial. (2015). Recuperado de http://www.mecon.gob.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmacaceutico.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2011). Guía para la implementación de estrategias de medicamentos genéricos en los países de América Latina y El Caribe como

mecanismo para mejorar el acceso a medicamentos. Washington, D.C.: OPS. Recuperado de <http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s19196es/s19196es.pdf>

Pignarre, P. (2003). *El gran Secreto de la Industria Farmacéutica*. Barcelona: Gedisa

Preocupa el abuso de las patentes de medicamentos esenciales para tratar el VIH. (30/11/2015) *Diario Télam*. Recuperado de <http://www.telam.com.ar/notas/201511/128690-salud-patentes-medicamentos-vih.html>

Reglas éticas para la investigación en países subdesarrollados "Nuffield Council on Bioethics" (2002, Gran Bretaña), recuperada de www.infoleg.gov.ar

Relato de un gran fracaso político: las patentes de medicamentos. (16/11/2014). Recuperado de <http://www.nogracias.eu/2014/11/16/el-fracaso-de-las-patentes/#sthash.1BQxAft7.dpuf>

Resolución 1490/2007 de fecha 9 de noviembre de 2007 y dictada por el Ministerio de Salud de la República Argentina, porque ella aprobó la Guía de las Buenas Prácticas de Investigación Clínica en Seres Humanos, recuperada de www.hospitalaleman.org.ar/wp-content/.../resolucion_1490-2007.pdf

Robaina García, M. & Fors López, M.M. (2011) *Función de la estadística en el contexto de los ensayos clínicos*. *Revista Cubana Farmacia*. 45(4), 575-585. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75152011000400012&lng=es&tlng=es.

Saidón, P. (2014). *Normativas internacionales y nacionales en investigaciones clínicas con productos farmacéuticos*. Boletín del Consejo Académico de Ética en Medicina, 2(1). Recuperado de <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaeem/article/view/4998/4602>

Sackett, D.L, Haynes, R.B, Guyatt G.H, Tugwell, P. (1994). *Epidemiología Clínica. Ciencia Básica para la Medicina Clínica*. Madrid. Editorial Médica Panamericana.

Sanchez, M. y Cano, M. (2014) *La industria farmacéutica argentina; presente y perspectivas*. Recuperado de [www.https://www.kpmg.com/AR/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Informes-KPMG-Argentina/Análisis/Documents/La-industria-farmaceutica-argentina-presente-y-perspectivas.pdf](https://www.kpmg.com/AR/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Informes-KPMG-Argentina/Análisis/Documents/La-industria-farmaceutica-argentina-presente-y-perspectivas.pdf)

Sokal, R.R. & Rohlf, F.J. (2002). *Introducción a la Bioestadística*. Barcelona. Reverté. S-0085/15

The World Health Report 2000. World Health Organization.

't Hoen, E. F. M. (2009). The global politics of pharmaceutical monopoly power. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Ellen_Hoen/publication/272495582_Global_Politics_of_Pharmaceutical_Monopoly_Power/links/54e6e1600cf2bff5a4f75533.pdf

Tobar, F., Drake, I., Martich, E. (2012). Alternativas para la adopción de políticas centradas en el acceso a medicamentos. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 32(6), 457-463. Recuperado de <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v32n6/a10v32n6.pdf>

Una argentina será parte del grupo que asesora a la ONU sobre acceso a medicamentos y patentes. (12/12/2015). Observatorio Sudamericano de Patentes. Recuperado de <http://observadorpatentesur.blogspot.com.ar/2015/12/una-argentina-sera-parte-del-grupo-que.html>

~

Metodología, Filosofía y Teoría del Derecho: Algunas cuestiones a tener en cuenta a la hora de investigar¹

Por Jorge Oscar Rossi²

Sumario: I. Introducción. I. Metodología de la investigación jurídica: ni tan poco...ni tanto. III. ¿Qué investigan los juristas? IV. Tipos de problemas normativos. V. Marco teórico. VI. ¿Qué se busca demostrar en una tesis? VII. ¿Qué es el análisis jurisprudencial? VIII. Efectividad y eficacia de una norma. IX. El dilema de la interpretación: Seguridad jurídica o justicia en el caso concreto. X. Moral y Derecho a la luz del positivismo. XI. Lógica formal y material (justificación interna y externa de los argumentos) XII. Definiciones informativas y estipulativas.

I. Introducción

Las líneas que siguen solo pretenden constituir una guía de temas y lecturas que estimamos útiles para los que intenten acometer la factura de una investigación referida a alguna de las cuestiones que se inscriben en el amplio e impreciso campo de las Ciencias Jurídicas, con su consecuente informe (ponencia, ensayo, artículo, nota a fallo, tesina, tesis doctoral, etc.)

Justamente, la imprecisión del objeto de estudio de las Ciencias Jurídicas es una de las primeras dificultades con las que tropieza el investigador.

"¿Qué tema es jurídico?" o, "¿cuál es el abordaje o enfoque para que un tema sea jurídico?" (en lugar de sociológico, psicológico o económico, por ejemplo), son interrogantes que constituyen una frecuente fuente de discusión para los juristas y los metodólogos, tal como se apreciará a continuación.

I. Metodología de la investigación jurídica: ni tan poco...ni tanto

Exagerando, podría decirse que los estudiosos del Derecho han ignorado a la Ciencia durante décadas. Significativamente, estos estudiosos no se llaman científicos sino juristas o doctrinarios.

Luego, de un tiempo a esta parte, el péndulo fue al otro extremo, la metodología de la investigación hizo su entrada triunfal en las facultades de Derecho y los estudiosos del Derecho pasaron a someterse, culposa y acríticamente, a dicha disciplina.

Un sometimiento culposo porque casi había que pedir perdón por no haber usado el "método científico" durante tanto tiempo.

Un sometimiento acrítico porque, de pronto, se empezó incorporar sin ton ni son una

¹ El presente trabajo nació como un apunte o material para nuestras clases en el Seminario de Tesis del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón y, con posterioridad, para los Talleres de Técnicas de Investigación Jurídica y Redacción Académica realizados para la Fundación Cijuso.

² Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón), Abogado (U.B.A.) Profesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Investigador acreditado en la Universidad de Morón y en la Fundación Cijuso. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones", "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" y Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Autor de distintas obras y artículos sobre derecho privado.

monumental cantidad de jerga sin meditar acerca de su conveniencia, utilidad y originalidad.

Entendemos que la metodología de la investigación no es más que una herramienta que sirve para utilizar en forma consciente los recursos que los investigadores jurídicos ya utilizábamos (vgr, marco teórico, objetivos, hipótesis, etc), a veces en forma implícita, a veces con otros términos.

Por lo tanto, debemos *utilizar* la herramienta, pero sin *someternos* a la herramienta. Eso implica una constante mirada crítica hacia la metodología de la investigación y un intento de adecuación de dicho método a nuestra disciplina de estudio

II. ¿Qué investigan los juristas?

¿Estudian conductas los juristas, o estudian normas? ¿O las dos cosas?

A los juristas les interesa el conflicto de conductas tanto como a los médicos les interesa la enfermedad, pero, así como estos necesitan conocer el cuerpo humano saludable o normal, los juristas necesitan conocer la conducta "normal", en el sentido de "acorde a un Derecho Positivo concreto".

En palabras más precisas, los juristas estudian como las normas de un Derecho Positivo concreto califican y clasifican a las acciones humanas. En el enfoque que nosotros adoptamos³, no se "descubren" conductas jurídicas o antijurídicas, sino que las normas las califican y clasifican como tales. Abandonamos una pretensión ontológica en este tema⁴. Al interpretar normas, incluimos (subsumimos) conductas en ellas o, por el contrario, las excluimos.

Desde esta óptica, solo se puede hablar de conflicto de conductas en sentido jurídico con referencia a un Derecho Positivo concreto. El incesto, el aborto y la poligamia solo plantean conflicto jurídico en ordenamientos jurídicos que lo prohíben (y previa a esa prohibición, es necesaria la calificación de la conducta). Debemos diferenciarlo de otros conflictos, de origen moral o religioso, por ejemplo.

En un intento por categorizar, la Ciencia del Derecho puede subdividirse, según su objeto de estudio, en:

a) **Dogmática o doctrina:** Donde se estudia uno o más Derechos Positivos concretos. También podría llamársela "Teoría del Derecho Positivo".

b) **Teoría del Derecho:** Donde se estudia sistemática y analíticamente el ordenamiento jurídico, en general, sirviéndose, eventualmente, de uno o más Derechos Positivos concretos a mero título ejemplificativo. Para eso, parte de una serie de presupuestos o definiciones (vgr. concepto de norma, de derecho, de sistema, etc.)

³ Respecto del "enfoque" o postura iusfilosofica, podríamos ubicarnos en el llamado positivismo metodológico, dentro de la Teoría Analítica del Derecho, uno de cuyos expositores es Riccardo Guastini. No es el único enfoque, por supuesto, pero el lector debe conocerlo, para saber de qué estamos hablando y no caer en confusión.

⁴ Guibourg, Ricardo A., "El fenómeno normativo", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, 1° reimpresión. El autor trata el tema en págs. 22 y 23, en el ítem "a) La acción humana, objeto del fenómeno normativo". También resulta muy útil para analizar este punto el artículo de Juan Antonio García Amado, "Por qué tenemos derechos y qué implica decir que los tenemos". En Internet: <https://garciamado.blogspot.com/2018/07/por-que-tenemos-derechos-y-que-implica.html> (consultado: 18/12/18)

La Filosofía del Derecho, en cambio, se dedica a estudiar esos presupuestos o definiciones, pero su enfoque varía enormemente de escuela en escuela.

Así, mientras algunos se enfocan en la indagación de las esencias de dichos presupuestos, otros tratan de hallarlos por la delimitación del objeto y su diferenciación con otros objetos parecidos.

Otros, en cambio, se preocupan por un análisis lógico del lenguaje jurídico. Para esta corriente, el lenguaje jurídico, es decir, la forma en que se expresa el Derecho, es lo que estudia la Filosofía del Derecho. Así, Guastini⁵ expresa que *"el propósito de la filosofía no es el conocimiento del mundo (ya que conocer el mundo es tarea de las diferentes ciencias), sino más modestamente, «la clarificación lógica de los pensamientos». La filosofía es, por lo tanto, no una ciencia o una doctrina sino una actividad: la filosofía es «crítica del lenguaje».*

Y su lugar no está «al lado» de las ciencias (no se trata de una ciencia peculiar entre todas las demás), sino «por encima» de ellas desde el punto de vista lógico, y quizás «por debajo» de ellas desde el punto de vista axiológico. En definitiva, según esta visión, la filosofía no es otra cosa que un método: el análisis lógico del lenguaje, precisamente."

Este autor, citando a Bobbio, considera que *" el derecho – al menos en una primera aproximación, digamos – es nada más que un lenguaje o (mejor dicho) un discurso: el discurso del "legislador" (en sentido material), o sea el conjunto de enunciados formulados por las autoridades normativas. Las normas jurídicas son, simplemente, entidades de lenguaje"*⁶. Todo esto lo lleva concluir que *"la filosofía analítica del derecho positivo no es otra cosa que el análisis lógico del lenguaje jurídico"*⁷.

III. Tipos de problemas normativos

Un problema normativo puede ser lógico o empírico.

Es un problema lógico (de lógica deóntica) cuando se analiza una estructura o sistema de normas en busca de lagunas normativas o incoherencias (soluciones incompatibles) Se refiere a casos generales o abstractos.

Es un problema empírico cuando se pretende aplicar las normas a un caso concreto y nos encontramos con dificultades semánticas o de desconocimiento de los hechos del caso.⁸

Podría sostenerse que los juristas investigan normas, lo que no significa que se desinteresen por las conductas humanas o por los valores. Muy por el contrario, no se pueden investigar normas sin tener en cuenta conductas y valores.

Por ejemplo, puede sostenerse que el jurista estudia conductas en interferencia intersubjetiva, pero lo hace desde una perspectiva deóntica, interpretando la conducta en cuestión con el deber ser que surge de un ordenamiento jurídico positivo.

⁵ Guastini, Riccardo, "Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo". Disponible en Internet: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosof%C3%81a%20ana%CC%81l%C3%81tica%20del%20derecho%20positivo.pdf> . Consultado: 21/01/19.

⁶ Guastini, op. cit.

⁷ Guastini, op. cit.

⁸ Ver Alchourron, Carlos; Bulygin, Eugenio, "Sistemas Normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", 2° Edición 1° reimposición, Editorial Astrea, año 2015. pags. 47 y siguientes y, como ejemplo, a partir de página 52, la controversia Soler – Carrio.

IV. Marco teórico

Con esta expresión nos referimos al punto de partida conceptual.

Dicho de otra manera, es

a) El nivel de enfoque desde el que se abordará el tema de investigación: filosófico o científico y, en este caso, desde la Teoría del Derecho o desde la Dogmática.

b) La terminología y los autores que se van a utilizar.

El marco teórico a utilizar está relacionado con el tipo de problema normativo que se va a investigar.

Este concepto no coincide ni con el denominado "estado del arte", el cual puede reflejar la coexistencia de distintos marcos teóricos, ni con el marco histórico, el cual puede exhibir la sucesión de marcos teóricos a lo largo del tiempo.

El marco teórico, en cambio, implica una toma de posición conceptual, un recorte, un particular ángulo desde el cual se va a abordar la cuestión.

V. ¿Qué se busca demostrar en una tesis?

Hipótesis: Es la conjetura que se demostrará o refutará con la tesis. Debe formularse con los términos más precisos posibles.

Aunque parezca obvio, conviene remarcar que la hipótesis está sujeta a demostración y, por ello, es fundamental tener claro "como" vamos a hacerla. Igual que en un proceso judicial, la estrategia de acreditación (la prueba de la hipótesis) variará según la cuestión de que se trate. Así como en un juicio sucesorio suele ser poco útil la prueba de testigos y, en cambio, se acude más a la documental, o en una mala praxis médica es fundamental la pericial, según sea la hipótesis, en la estrategia de acreditación de la tesis tendremos que acudir a distintos recursos (vgr. análisis jurisprudencial y doctrinario, o entrevistas y encuestas)

VI. ¿Qué es el análisis jurisprudencial?

El análisis jurisprudencial implica siempre una toma de decisiones por parte del analista, a fin de extraer conclusiones, aunque sea preliminares.

Se debe "ajustar la mirada" del material analizado, a una serie de parámetros:

- 1) Tribunal y fecha
- 2) Hechos controvertidos y no controvertidos
- 3) Cuestión relevante (para el analista)
- 4) Solución de la cuestión relevante
- 5) Argumentos decisivos y accesorios para la solución de la cuestión relevante ¿Puede inferirse un marco teórico? En caso de disidencias, ¿En qué nivel del razonamiento jurídico se encuentran?
- 6) Regla del caso

- 7) Constitución o no de la regla del caso en regla jurisprudencial
- 8) Alcance jurisdiccional de la regla jurisprudencial
- 9) Alcance temporal de la regla jurisprudencial ante eventual modificación normativa
- 10) Concordancia o no de la regla del caso y/o de la regla jurisprudencial con la dogmática (doctrina) mayoritaria y del analista.
- 11) Aplicabilidad de la regla del caso y/o de la regla jurisprudencial a eventuales casos futuros.
- 12) Posibles problemas de efectividad y/o eficacia normativa o de la regla del caso y/o de la regla jurisprudencial

VIII. Efectividad y eficacia de una norma

A los fines de este trabajo, adoptamos las siguientes definiciones:

Efectividad: *“Relación de conformidad con ella de las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia.”⁹*

En otras palabras, la efectividad es la aplicación real de las normas a los casos por ellas regulados.

Eficacia: La norma es eficaz cuando logra el resultado buscado por el creador de la misma

Vgr: el art. 954 CC (lesión subjetiva – objetiva, similar al actual 332 CCC)

1) ¿Se aplicó por los jueces? (esto se relaciona a la efectividad)

2) ¿Logró el resultado buscado por el legislador?, vgr, desalentar la usura y el sobreendeudamiento (esto se relaciona con la eficacia)

La efectividad y la eficacia de una norma se "miden" de diferente manera.

Por ejemplo, consultando repertorios jurisprudenciales puedo saber cuántas veces se aplicó una norma en determinada jurisdicción, con lo que puedo tener una idea de la efectividad de la misma, pero esos datos no me permiten, por si solos, conocer si se lograron los resultados propuestos por el emisor de la norma (vgr. si disminuyó la litigiosidad, si se recuperaron bienes obtenidos a través de prácticas corruptas, si se redujo la tramitación de los procesos, etc)

Entendemos por "aplicación jurisprudencial de una norma" no a su mera mención o invocación por parte del juzgador, sino a cuando los preceptos de la misma constituyen la fundamentación de lo dispuesto en la sentencia.

IX. El dilema de la interpretación: Seguridad jurídica o justicia en el caso concreto

Comenzaremos postulando que cuanto mayor libertad interpretativa, tendremos

⁹ Jeammaud, Antoine, "En torno al problema de la efectividad del derecho", en Revista Crítica Jurídica, N° 1, 1984. En Internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/viewFile/2862/2664>.

menor seguridad jurídica.

Al respecto, cabe preguntarse: ¿Justicia es "dar a cada uno lo suyo" en el caso concreto sujeto a examen o es resolver los mismos casos de la misma manera?

Para lograr la seguridad que brindaría una interpretación única se busca recurrir a métodos o fórmulas, pero se termina descubriendo o reconociendo que estos métodos o fórmulas solo sirven para una fundamentación razonable de la decisión. Razonable, en el sentido de que un tercero puede realizar la misma secuencia de razonamiento que hizo el que tomo la decisión y así validarla o refutarla. Es decir, de esta manera se exterioriza la lógica de la argumentación, a efectos de su validación o refutación por terceros. (Ver art. 3 CCC)

Cuestión: ¿El art. 2 CCC no contiene una jerarquía u orden de prelación de las reglas de interpretación y, en cambio, el Código Civil la contenía en el art. 16?

Comparemos ambas normas:

ARTICULO 2° CCC.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Art. 16 CC. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

El artículo 16 del Código derogado parece tener una jerarquía en las reglas de interpretación:

- 1) Las palabras de la ley
- 2) El espíritu de la ley
- 3) Leyes análogas
- 4) Principios generales del derecho

En cambio, los redactores del Código Civil y Comercial parecen haber renunciado a establecer una jerarquía de reglas interpretativas, dejando esa tarea al propio interprete.

Consideramos que la tarea de interpretar consiste no en descubrir el "real" significado de una norma sino en darle un significado plausible¹⁰, es decir, fundado en argumentos, condición esta que no siempre se cumple. No es, pues, tanto un acto de conocimiento como de decisión. En este sentido, la interpretación es siempre un acto

¹⁰ Nos enrolamos en una teoría realista o teoría o escéptica de la interpretación, que entiende que la misma, "... -entendida como atribución de significado a los textos normativos- es una actividad no cognitiva, y más bien «decisoria», un acto de voluntad, no de conocimiento, (Guastini, Riccardo, "Teoría Analítica del Derecho", ZELA Grupo Editorial, Perú, Primera edición: febrero 2017, pág. 50). Más adelante, Guastini añadirá que "... los escépticos no piensan que toda interpretación valga como cualquier otra, ni que toda interpretación sea aceptable: también ellos, cuando se quitan las vestimentas del teórico y se comportan como juristas, tienen sus preferencias interpretativas; simplemente no buscan contrabandearlas como las únicas correctas" (Guastini, ob. cte. pág. 59).

discrecional¹¹

Así, entendemos que es ilusorio hablar de "interpretación verdadera" y nos limitamos a identificar dos tipos de interpretación:

1) Interpretación plausible (o racionalmente fundada)

2) Interpretación arbitraria¹². En este caso, el supuesto más común es el de aquella interpretación que se presenta con una fundamentación aparente, que encubre la falta de fundamentación. Por ejemplo, cuando el juez entiende que los términos "sana convicción" lo eximen de explicar por qué encuentra creíble a un testigo y no a otro.

X. Moral y Derecho a la luz del positivismo

Comencemos con un par de conceptos de Nino:

Nino: "...el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin tomar partido acerca de su valor moral"¹³.

"El sistema jurídico vigente en cierta sociedad puede ser identificado tomando solo en cuenta hechos empíricos, como, por ejemplo, el reconocimiento judicial de sus reglas, y sin asumir ninguna posición o hacer ninguna consideración acerca del valor o de la justicia de sus prescripciones."¹⁴

De lo anterior podríamos extraer, entre otras, las siguientes conclusiones:

* Si un principio moral es aplicado por los jueces, **entonces pasa a ser un principio jurídico**, es decir, pasa a integrar el Derecho Positivo de un Estado.

* Si un principio moral **NO es aplicado por los jueces, entonces NO ES un principio jurídico**, es decir, NO INTEGRA el Derecho Positivo de un Estado.

* En ese plano de análisis, **decir que una norma jurídica es inmoral no tiene sentido, porque Derecho y Moral son dos cosas distintas**

Lo anterior está ligado a un concepto "descriptivo" de derecho, dónde se referencian los estándares reconocidos por los jueces.

Un concepto "normativo" de derecho, en cambio, hace referencia a los estándares que los jueces "deberían" reconocer en sus sentencias¹⁵.

En este último caso, y aplicado a nuestro tema, el razonamiento puede ser:

¹¹ En la primera acepción del término: "adj. Que se hace libre y prudencialmente." REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 15/11/20].

¹² Entendemos que toda interpretación es discrecional, pero no toda interpretación es arbitraria, en la primera acepción de este último término: "Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón." REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 15/11/20].

¹³ Nino, Carlos Santiago, "La Validez del derecho", Editorial Astrea, 1ª edición, 4ª reimpresión, 2012, Buenos Aires, pág. 148.

¹⁴ Nino, op. cit. pag. 146.

¹⁵ Nino, op. cit. pags. 165, 166

* Los **principios morales deben ser aplicados** por los jueces, pues **deben integrar el Derecho Positivo de un Estado**.

* Si un principio moral **NO es aplicado por los jueces**, el Derecho Positivo de un Estado **puede ser tildado de inmoral**

El concepto descriptivo es propio de las definiciones positivistas de Derecho, que se enfocan en lo que un Derecho determinado "es". El concepto normativo es propio de las definiciones antipositivistas o iusnaturalistas, que se enfocan en lo que un Derecho determinado "debe ser".

No corresponde decir que un concepto es correcto y el otro equivocado, sino que definen distintas cuestiones. El problema surge cuando las partes de un debate manejan distintos conceptos de Derecho sin reparar que uno es normativo y otro es descriptivo. En ese caso, se producirá una discusión sin fin, porque ambas partes estarán hablando de dos cosas distintas.

XI. Lógica formal y material (justificación interna y externa de los argumentos)¹⁶

La lógica formal solo se ocupa de los procesos de validez del razonamiento desde un punto de vista interno. Es decir, formalmente, es lógico un razonamiento si las inferencias cumplen con determinados principios (por ejemplo, si las premisas son verdaderas, la conclusión necesariamente será verdadera¹⁷). Es decir, se analiza la estructura interna del razonamiento.

Ahora bien, la lógica formal nada dice de la conformidad de determinado razonamiento con el ámbito fenoménico¹⁸.

Por ejemplo:

Todos los hombres tienen ojos azules

José es un hombre

José tiene ojos azules

Este razonamiento deductivo es *formalmente* válido, dado que si José está incluido en el conjunto "hombres", entonces se sigue que debe poseer las cualidades de ese conjunto (ojos azules).

Ahora, desde el punto de vista de la confrontación de este razonamiento con el ámbito fenoménico, encontramos que *la observación nos permite inferir que NO todos los hombres tienen ojos azules, por lo cual esa premisa es materialmente errónea*.

Aquí entramos en la esfera de la *lógica material* (también llamada lógica informal,

¹⁶ En este punto seguimos los desarrollos de Manuel Atienza en "LAS RAZONES DEL DERECHO - Teorías de la argumentación jurídica", Universidad Nacional Autónoma de México, 1° edición, 2° reimpresión, año 2005. Disponible en Internet: <https://www.organojudicial.gob.pa/escuelajudicial/files/2017/06/ATIENZA.-Las-Razones-del-Derecho-Teor%C3%ADas-de-la-Argumentacion-Jur%C3%ADdica.pdf> . Consultado: 22/01/19.

¹⁷ Atienza, op. cit. pág. 12.

¹⁸ Designamos como "ámbito fenoménico" lo que es percibido por los sentidos, (lo que vulgarmente llamamos "la realidad")

tópica, retórica, dialéctica, justificación externa¹⁹), donde lo que se pretende es hacer *plausibles o probables* las premisas. La justificación externa se consigue a través de variados argumentos (vgr. experiencia, autoridad, precedente, analogía, absurdo, etc)

Cada premisa (vgr. todos los hombres tienen ojos azules) es una *proposición* del emisor (vgr. abogado de la parte actora) **sujeta a aceptación o rechazo** por las otras partes (vgr. abogado de la demandada y juez).

Siguiendo a Toulmin²⁰, si se rechaza la *proposición*, (el actor debe ser indemnizado), el emisor tiene que dar *razones*²¹, (El actor venía circulando por la derecha en el cruce). Si no se aceptan las razones debe darse una *garantía*²²; (el que circula por la derecha tiene prioridad de paso) y si aún no se acepta, debe darse un *respaldo*.²³ (art. 41 ley 24449)

Muchas veces, en la práctica, la *proposición* va acompañada directamente del *respaldo* (vgr. se invoca la excesiva onerosidad sobreviniente de una de las prestaciones a cargo del actor y se invoca el art 1091 CCC) sin dar *razones* ni *garantías*, con lo que se da un salto argumentativo que puede ser aceptado o rechazado.

XII. Definiciones informativas y estipulativas

Expresa Guastini²⁴ que, "(f)undamentalmente, existen dos tipos de definiciones:

(i) *las definiciones informativas, las cuales describen de qué forma la expresión definida es efectivamente usada por alguien (típico ejemplo, las definiciones lexicales o lexicográficas que se encuentran en los diccionarios de un idioma, las cuales describen de qué forma o, más a menudo, de qué formas, una palabra es usada comúnmente por aquellos que hablan el idioma en cuestión);*

(ii) *las definiciones estipulativas, las cuales (a) proponen usar un término o sintagma preexistente de una forma nueva, (b) de una forma más precisa respecto al uso común, o (c) establecen cómo usar un término o sintagma recientemente acuñado."*

El lector podrá observar cómo, a lo largo de este trabajo, nos servimos de ambos tipos de definiciones.

¹⁹ Atienza, op. cit. pág. 26.

²⁰ Atienza, op. cit. pág. 81 y siguientes.

²¹ "Las razones no son, pues, teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate; en una argumentación jurídica típica, por ejemplo, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso discutido." Atienza, op. cit. pág. 85, quien en esa misma página brinda este ejemplo de razón: "X es el único hijo de Y, quien falleció sin dejar testamento." Serían los específicos hechos del caso concreto.

²² "La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de naturaleza, etc. En todo caso, las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros." Atienza, op. cit. pág. 85, quien en esa misma página brinda este ejemplo de garantía: "Los hijos suceden (deben suceder) a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento." Sería la regla general, aplicable al caso concreto.

²³ El respaldo es "...el campo general de información...que está presupuesto en la garantía aducida y que, naturalmente, variará según el tipo de argumento." Atienza, op. cit. pág. 86, quien en esa misma página brinda este ejemplo de respaldo: "El artículo 930 del Código civil." En este ejemplo, el respaldo sería la norma de determinado ordenamiento jurídico en la que se subsume el caso. Obviamente, según el caso, puede ser un solo artículo, o un conjunto de ellos, o una jurisprudencia plenaria o mayoritaria, etc.

²⁴ Guastini, Riccardo, "Teoría Analítica del Derecho", ZELA Grupo Editorial, Perú, Primera edición: febrero 2017, págs. 23 y 24.

La definición estipulativa es comúnmente utilizada en normas jurídicas y en trabajos doctrinarios²⁵. Estas definiciones no son ni verdaderas ni falsas pues, como señala Guastini²⁶, *"no dicen nada sobre los hechos, porque versan (no sobre hechos, sino) sobre palabras (o sobre el significado de palabras, vale decir, sobre conceptos)"*

Por ejemplo, los conceptos descriptivo y normativo del Derecho a que hicimos mención ut supra, en el ítem X, son definiciones estipulativas. Quien pretenda refutarlos, no puede atacar su "falsedad", sino su carencia de lógica o su utilización inconsistente por parte del autor, a lo largo de tu trabajo científico²⁷.

~

²⁵ Por ejemplo, los conceptos de "efectividad" y "eficacia" que se mencionan en el ítem VIII de este trabajo. También se las usa en muchos contratos, cuando se pone en una cláusula que "a los fines de este contrato, los siguientes términos se deben entender conforme a estas definiciones:..."

²⁶ Guastini, Riccardo, "Teoría Analítica del Derecho", ob. cit, pág. 26 en nota al pie.

²⁷ Sería el caso, por dar un ejemplo, en el que el autor se aparta de su propia definición a lo largo de su obra, sin dar fundamentos para ello, o cuando brinda ejemplos que no se corresponden a la definición que pretenden explicar.