

# REVISTA ANDINA DE INVESTIGACIONES EN CIENCIAS JURÍDICAS

---



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Central

ÓRGANO ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Año 2

Nº 2

2025





REVISTA ANDINA  
DE INVESTIGACIONES  
EN CIENCIAS  
JURÍDICAS



**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**  
**Sede Central**

**Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas:**  
Año: 2 – N° 2 - 2025

**Presidencia del Comité Editorial:** Dr. José Luis Gutiérrez Sardán

**Comité evaluador:** (Orden alfabético)

Dra. María Elena Attard Bellido - *Universidad Andina Simón Bolívar*  
Dr. Iván Carlos Arandia Ledezma - *Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca*  
Dra. Nancy Susana Cardinaux - *Universidad de Buenos Aires*  
Dr. José Francisco Chalco Salgado - *Universidad del Azuay*  
Dr. Roberto Arturo Corrales Dorado - *Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca*  
Dr. Rubén Martínez Dalmau - *Universidad de Valencia*  
Dr. Raúl Llasag Fernández - *Universidad Central del Ecuador.*  
Dr. Farit Limbert Rojas Tudela - *Universidad Mayor de San Andrés*  
Dr. Alberto Alfredo Rubio - *Universidad de Flores*  
Dr. Alex Iván Valle Franco - *Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador-IAEN*  
Dr. Jaime Villalta Olmos - *Universidad Andina Simón Bolívar*  
Dr. Juan Jaime Zubieta Arce - *Universidad Técnica de Oruro*

**Coordinación general/Editor:** M.Sc. Antonio Enrique Durán Pacheco

**Plataforma OJS:** Ing. Joaquín Saavedra

**Diagramación:** Jorge Delfin Cuenca Churqui

**Redacción y estilo:** Lic. Iván Bustillos Zamorano - Lic. María Virginia Ortiz Echazú - Dr. Alex Salinas Arandia.

**DL:** 3-3-134-2024

**ISSN:** 3007-5335

Impreso en febrero de 2025 en los Talleres Gráficos de la UASB, en Sucre-Bolivia.

Las opiniones y resultados alcanzados por los autores en los artículos científicos de esta revista, tienen carácter individual.

Todos los derechos reservados. se autoriza la reproducción parcial o total del material contenido en esta revista para fines exclusivamente educativos o investigativos, siempre y cuando se especifique la fuente y a los autores.

# Contenido

Pág.

6 Presentación.

*José Luis Gutiérrez Sardán*

---

9 La reforma procesal penal como lucha simbólica.

*Matías Castro de Achával*

49 Cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional superó la Ley de Deslinde.

*Farit L. Rojas Tudela*

71 Las garantías básicas del debido proceso y la constitucionalización de la justicia indígena en Ecuador.

*Cristian Fabricio Peralta Vásquez*

105 Exigibilidad y justiciabilidad de derechos de cuarta generación ante tribunales locales o supraestatales.

*Paul Enrique Franco Zamora*

125 Los principios jurídicos en la determinación del derecho: su reconocimiento en el derecho argentino.

*Fernando Adrián Bermúdez*

165 Liquidez Constitucional: la relativización del carácter rígido de las Constituciones Hispanoamericanas.

*Rodrigo René Cruz Apaza*

201 Dispute Boards: herramienta clave para prevenir disputas en contratos de obras públicas en Bolivia.  
*Mario Ballivián Cabrera*

229 De la toga al algoritmo ¿juez artificial?: la Inteligencia Artificial como aliada en el sistema judicial boliviano.  
*José Luis Cusi Alanoca*

---

275 Convocatoria.

281 Parámetros y criterios de evaluación de los artículos postulados.

## PRESENTACIÓN

En el marco del Acuerdo de Cartagena y el Protocolo de Trujillo, los Estados parte de la Comunidad Andina (CAN), han establecido que los órganos del Sistema Andino de Integración (SAI) estén distribuidos de forma equitativa: el Parlamento Andino con sede en Bogotá-Colombia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con sede en Quito-Ecuador, la Secretaría General de la CAN con sede en Lima-Perú y la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) con sede en Sucre-Bolivia.

Este espíritu de integración y equilibrio fortalece significativamente al SAI, porque genera responsabilidades para los estados con el propósito de permitir las condiciones necesarias para el funcionamiento de los mencionados órganos, y a la vez, consolida derechos de los ciudadanos andinos en el marco de la “costumbre jurídica internacional”, como beneficiarios finales de los alcances que tienen los tratados y convenios internacionales que se han suscrito para el efecto.

La Universidad Andina Simón Bolívar Sede Central, es el Órgano Académico de la CAN, que celebra este año su cuadragésimo aniversario de creación, reconocido en el ámbito internacional como uno de los pilares de este proceso regional, considerado el más significativo en el continente americano.

Esta conmemoración institucional, coincide gratamente con el Bicentenario de la fundación de Bolivia, país con el que la UASB tiene suscrito el Convenio Sede que le otorga privilegios e inmunidades para brindar sus servicios hacia todos los países y ciudadanos andinos, con proyección a otros sistemas de integración.

Una parte importante de la historia libertaria de nuestros países y sus relaciones internacionales, está vinculada con el ámbito jurídico, porque permite proyectar y regular aspectos fundamentales de los Estados como: sus principios y fines, composición, formas de organización, administración de justicia, sistemas de representación

y la vigencia de tratados internacionales ratificados por sus instancias legislativas, mediante los que se erigen los sistemas democráticos, la vigencia de los derechos humanos y los procesos de integración.

En este marco institucional e histórico, complace presentar el segundo número de la “***Revisa Andina de Investigaciones en Ciencias Jurídicas***”, como una publicación científica que se edita semestralmente en formato físico y digital, bajo los estándares internacionales de indexación, entre los que se encuentran: la gestión del proceso mediante *Open Journal System*, la evaluación de los artículos por pares especializados *Peer Review* con metodología *dobles ciegos*, las normas de citación y referenciación *APA*, así como el resguardo de la integridad académica a través de *Turnitin*.

El contenido de esta segunda edición, cuenta con aportes de autores con reconocida trayectoria científica e intelectual de Argentina, Bolivia y Ecuador, a los que se suman los avances de investigaciones doctorales en curso, que han sido enriquecidas con el aporte del Comité evaluador de esta revista, a cuyos miembros agradecemos su invaluable contribución, así como al equipo de nuestra institución que trabaja para alcanzar este producto.

Finalmente, queremos extender la cordial invitación a la colectividad académica internacional, para ser parte de los siguientes números de esta publicación, que abre las puertas de la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central para recibir sus investigaciones y contribuir a la difusión de la producción científica en la Comunidad Andina, siguiendo los rigores y procedimientos antes descritos.

Dr. José Luis Gutiérrez Sardán  
**RECTOR**  
**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR-SEDE CENTRAL**  
**ÓRGANO ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA**



# LA REFORMA PROCESAL PENAL COMO LUCHA SIMBÓLICA

*Criminal procedural reform as symbolic struggle*

DOI: 10.69633/bw417982

Recibido: 17/11/2024 Aceptado: 14/02/2025

\*Matías Castro de Achával

<https://orcid.org/0009-0007-8341-1428>

Universidad Nacional de Santiago del Estero - UNSE (Argentina)

Sociedad Argentina de Sociología Jurídica

Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Sociedad

castrodeachaval@gmail.com

## RESUMEN

Este trabajo aborda el estudio de la percepción de los agentes que actúan en el marco de un proceso de reforma judicial, atendiendo al caso de la reforma procesal penal en la provincia de Santiago del Estero, República Argentina, desde 2007 hasta 2022. Desde la sociología jurídica estudia la distinción entre los enfoques “teóricos” y “prácticos”, la percepción del proceso de transformación jurídica por parte de los abogados litigantes, así como la configuración de un nuevo *habitus* por parte de los magistrados y funcionarios judiciales.

**Palabras clave:** *reforma jurídica – campo judicial – lucha simbólica*

## ABSTRACT

This paper addresses the study of the perception of agents who act within the framework of a judicial reform process, attending to the case of the criminal procedure reform in the province of Santiago del Estero, Argentine Republic, from 2007 to 2022. From legal sociology, he studies the distinction between “theoretical” and “practical” approaches, the perception of the process of legal transformation by trial lawyers, as well as the configuration of a new *habitus* by magistrates and judicial officials.

**Keywords:** *legal reform – judicial field – symbolic struggle*

\*Abogado, Procurador, Mediador, Escribano, Profesor y Licenciado en Filosofía; Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); Master en Dirección y Gestión de la Seguridad Social (Universidad de Alcalá); Posdoctorado en Sociología Jurídica y Filosofía del Derecho (Universidad del Salento); Profesor e Investigador en la Universidad Nacional de Santiago del Estero y en la Universidad Católica de Santiago del Estero; Presidente de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica ([www.sasju.org](http://www.sasju.org)) y de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Sociedad ([www.laels.org](http://www.laels.org)).

## INTRODUCCIÓN

El presente texto expone los hallazgos de un estudio que el autor hizo sobre la reforma procesal penal ocurrida entre 2007 y 2022 en la provincia Santiago del Estero, República Argentina; indagación desde una perspectiva sociológico-jurídica.

En el trabajo hay resultados aún inéditos de lo investigado en el marco del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba, cuando se procuró analizar la referida reforma procesal penal como parte de una reforma judicial amplia, denominada “Poder Judicial en Cambio”.

Bourdieu define al *campo judicial* como “el espacio social organizado en y por el cual tiene lugar la transmutación de un conflicto directo entre partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales que actúan por procuración y que tienen en común su conocimiento y reconocimiento de la regla del juego jurídico, es decir, las leyes escritas y no escritas del campo” (Bourdieu, 2001a, p.164). Así, el *campo judicial* se configura como un aspecto fundamental no solo para el análisis de las *prácticas judiciales*, sino también para la comprensión de las prácticas jurídicas en general, de la totalidad del campo jurídico.

Por todo indicado, el presente trabajo refleja un estudio sobre las *prácticas jurídicas* en el marco de un proceso de *transformación del derecho* que posibilita analizar el *habitus* de los agentes jurídicos y su influencia en las configuraciones de sentido y en sus prácticas específicas, más allá de la sujeción a las reglas y normas jurídicas, entendiendo el *habitus* como el conjunto de disposiciones que son, a la vez, producto y principio generador de las prácticas así como de las percepciones y acciones de los agentes (Bourdieu, 1997).

## 1. La reforma judicial en Santiago del Estero

Argentina constitucionalmente es un país federal, conformado por veintitrés Estados federados y autónomos, denominados “provincias”, los que —junto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— son jurisdicciones con sus propias Constituciones Provinciales y sus propios poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Estos sistemas provinciales coexisten con un sistema nacional que es competente en ciertos asuntos y ante ciertos actores, todo ello bajo una única Constitución Nacional. Así, por ejemplo, cada provincia regula sus propios procesos judiciales, dictando para ello códigos de procedimientos locales en distintas materias.

La transformación del sistema penal en el caso argentino, acompañó en alguna medida al desarrollo institucional democrático que empezó con la recuperación de la democracia en 1983. Las reformas de la Constitución Nacional de 1994, de las Cartas Magnas provinciales, y la sanción de nuevos códigos de procedimiento penal impulsaron los procesos provinciales de reforma judicial, con características particulares en cada caso.

En este contexto, la provincia de Santiago del Estero tuvo un proceso de reforma política, jurídica e institucional de significativa magnitud, de carácter peculiar, cuyas consecuencias todavía no terminan de vislumbrarse. El 1 de abril de 2004 una intervención federal puso fin al régimen de hegemonía política denominado “juarismo”, de más de medio siglo de duración, con aparentes interrupciones en los gobiernos militares “de facto”.

La caída de este régimen instaló en la agenda política de la provincia un proceso de transformación jurídica e institucional que afectó fuertemente a los actores jurídicos, y que tuvo como su

principal referente a la reforma procesal penal<sup>1</sup>. Ya desde 2004, diversos actores sociales (partidos políticos, universidades, organizaciones no gubernamentales, asociaciones sindicales y profesionales) comenzaron a intervenir en debates públicos respecto a la reforma judicial penal que, entre sus medidas más urgentes, incluía la sanción de un nuevo Código Procesal Penal, la creación del Ministerio Público Fiscal y de la Policía Judicial.

En este contexto, organismos como el Colegio de Abogados, la Asociación de Magistrados, el Ministerio de Justicia de la Provincia, el Superior Tribunal de Justicia, conformaron el programa denominado “Poder Judicial en Cambio”, que en 2007 presentó a la legislatura provincial los proyectos de Código Procesal Penal y la Ley de Ministerio Público, entre otros, desencadenando así un proceso de reforma procesal penal inédito en la historia provincial.

Siguiendo a Bourdieu, es posible sostener que una *reforma judicial* no solo implica una modificación en el plano meramente normativo formal, sino que su implementación supone efectos en la distribución de capital simbólico específico entre los diversos actores del campo judicial. Así, el *proceso judicial* es entendido como una “confrontación de puntos de vista singulares, inseparablemente cognitivos y evaluativos”, que será “zanjada por el veredicto solemnemente pronunciado por una autoridad socialmente autorizada”; por ello, el *proceso* es “una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social” (Bourdieu, 2001, p. 200).

En este punto, en relación a la distinta significación práctica de la ley para los actores del campo jurídico, resulta relevante la perspectiva de Bourdieu, al sostener que dicha significación no se determina realmente sino en la confrontación entre

---

<sup>1</sup> Aunque excede los límites del presente trabajo, cabe mencionar que será justamente una causa penal (el llamado “caso Dársena”) el detonador del conflicto político y social que desencadenó el proceso de Intervención Federal de la provincia de Santiago del Estero.

diferentes cuerpos impulsados por intereses específicos divergentes (magistrados, abogados, notarios, etc.) y divididos ellos mismos en grupos diferentes, animados por intereses divergentes, es decir opuestos, en función de su posición en la jerarquía interna del cuerpo, que se corresponde estrechamente con la posición de su clientela en la jerarquía social. (Bourdieu, 2001, p. 176)

Al establecer el procedimiento en virtud del cual se administrará justicia, el *proceso judicial* implica una visión soberana del Estado, pues determina las reglas y los mecanismos por los que se administrará el monopolio de la fuerza simbólica legítima (Bourdieu, 2001).

Aunque todo sistema jurídico es importante para comprender las prácticas sociales, el corpus normativo procedimental será fundamental a los fines de entender el funcionamiento de la organización del Poder Judicial, en tanto estructura jerárquica encargada de la administración de justicia, en virtud de que esta instancia judicial definirá roles, funciones y responsabilidades adjudicadas a cada uno de los agentes que componen el sistema (Villalta, 2004).

Incluso en lo relativo a la *interpretación judicial*, la reforma procesal penal resulta importante al delimitar el accionar de los agentes que intervendrán en el proceso, y definir así el modo en que “dirán el derecho”. Para Bourdieu, el acto interpretativo que realizan los agentes jurídicos no obedece a una lógica deductiva neutral e independiente del caso a tratar, sino que, el decidir entre dos alegaciones distintas de derechos implica una toma de posición en un caso específico y, como tal, un acto en cierto sentido de *creación*. No obstante, el propio Bourdieu reconoce la importancia del texto jurídico y de las pautas normativas, en particular las procesales, pues permiten delimitar los pasos y normas aplicables al caso y restringir, en

cierto modo, la arbitrariedad de los actores del campo judicial. Esto resulta más significativo en el caso del derecho penal, donde las posibilidades de interpretación *in restrictio o in extensio*, o la aplicación de la analogía o la apelación a los principios generales del derecho, están limitadas o prohibidas.

El dictado de un nuevo *código de procedimiento penal* implica la regulación de las etapas, pasos procesales y mecanismos de toma de decisiones, brindando un marco de obligatoriedad que será, a la vez, un marco de justificación. Esto representa, entonces, un elemento constitutivo de la *eficacia específica* del derecho, el que, sin embargo “es socialmente reconocido, y encuentra un acuerdo, incluso tácito y parcial, porque el derecho responde, al menos en apariencia, a necesidades e intereses reales” (Bourdieu, 2001, p. 205).

Por todo ello, la reforma procesal penal santiagueña (como toda reforma procesal) implicará una *lucha simbólica* dentro del campo jurídico, donde intervendrán diferentes agentes en procura de organizar el espacio judicial, condicionando así el sentido de las acciones desarrolladas en el propio campo. La perspectiva triunfante definirá así un marco de interpretación de la ley, lo que constituirá asimismo un argumento de justificación y legitimación de comportamientos de los propios agentes.

## **2. Agentes en lucha, distinción entre “teóricos” y “prácticos”**

Bourdieu (2001) marca una distinción importante a la hora de identificar a los agentes encargados de la interpretación jurídica, de aquellos que tienen el “derecho de decir el derecho”. De un lado, están los “teóricos” del Derecho: los académicos, profesores universitarios, doctrinarios, que se encargan de brindar un marco normativo válido de interpretación jurídica; de otro, los abogados, jueces y funcionarios judiciales que

interpretan la ley para su aplicación en un caso concreto; son los “prácticos” del campo jurídico.

Esta distinción entre *teóricos* y *prácticos* resulta particularmente relevante si pensamos en el derecho procesal, más aún en el contexto de las reformas latinoamericanas en general, y de las reformas procesales penales argentinas en particular<sup>2</sup>.

Definido el derecho procesal como un sistema de normas que establece los procedimientos a llevar a cabo en determinado ámbito jurídico, la interpretación del sentido y alcance de dichas normas resulta tan fundamental como la redacción de las mismas. Y al regular prácticas concretas, el modo en que efectivamente ocurren esas prácticas será de primera importancia para comprender la vigencia y efectividad de las referidas normas.

Aquí Bourdieu remarca la idea de juego y lucha en el campo jurídico, al afirmar que son las prácticas mismas las que producen derecho, y no solo el legislador, como sostienen las posiciones filosóficas tradicionales. En este sentido, quienes generan leyes, normas o reglamentos deben tener en cuenta cómo éstas serán receptadas por los actores del campo (abogados, jueces, funcionarios, juristas, profesores), ya que el efecto práctico de la ley o reglamento estará dado no solo por el texto de la norma, sino por su interpretación y —fundamentalmente— por su puesta en acción a través de la aplicación práctica y de los efectos que la misma produce. En esta división entre *teóricos* y *prácticos* Bourdieu ve una verdadera lucha simbólica, marcada por las posiciones que ambos actores ocupan en el campo jurídico, encontrando también que “la tendencia a poner el acento sobre la sintaxis del derecho es sobre todo el caso de los teóricos y los profesores, mientras que la atención por la pragmática es al contrario más probable entre los jueces” (Bourdieu, 2001, p. 176).

<sup>2</sup> Aunque Bourdieu plantea esta distinción pensando en ejemplos europeos y en particular franceses, considero que, con evidentes matices, resulta válida para un análisis situado en el contexto del presente trabajo.

Una distinción parecida encontramos en Weber, quien señala dos posibilidades en la enseñanza jurídica profesional:

o bien enseñanza empírica del derecho por prácticos, exclusiva o preponderantemente en la práctica misma, es decir, experimentalmente a modo de oficio; o bien enseñanza teórica en ciertas escuelas jurídicas, bajo la forma de una elaboración racional y sistemática, esto es, científicamente, en el sentido puramente técnico de la palabra. (Weber, 2001, p. 133)

Los docentes e investigadores de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE), en tanto agentes encargados de la interpretación jurídica, no sólo se encargan de brindar un marco normativo válido de interpretación, sino que en su investigación proponen maneras de resolver los conflictos que llegan al propio campo jurídico.

Así, la tarea académica no queda dissociada de la realizada por los jueces, abogados litigantes y funcionarios judiciales, quienes interpretan la ley para aplicarla a casos concretos. Para comprender esto se puede volver a la noción de juego y lucha en el campo jurídico, entendiendo con Bourdieu que son las prácticas mismas las que producen derecho, y no solo el legislador, como se suele entender desde posiciones filosóficas.

En el *juego* y la *lucha simbólica* entre los actores del campo jurídico se pueden vislumbrar los efectos prácticos de las interpretaciones teóricas, así como la incidencia de las prácticas en las interpretaciones de la norma, y cómo los actores de diferentes ámbitos (como el educativo, en este caso), inciden en los procesos de cambio en el campo jurídico.

Al respecto, cabe señalar que el proyecto de la UCSE planteaba como objetivos:

lograr la plena constitucionalidad del proceso penal, formular un proceso penal eficaz en la gestión de la conflictividad, revalorizar el juicio oral y público contradictorio, plantear una nueva perspectiva de la acción penal pública, instaurar la investigación penal preparatoria, organizar la policía judicial con capacidad técnica bajo la dirección fundamental del ministerio público, propiciar una mayor participación de la víctima, reformular el rol del juez como sujeto procesal, sostener el ejercicio irrestricto del derecho de defensa, lograr una defensa pública idónea y comprometida con el interés de su defendido, tutelar los derechos del menor en el proceso penal, elaborar mecanismos de control de la duración del proceso según parámetros de razonabilidad, propiciar un uso restrictivo de las medidas cautelares, instrumentar una etapa intermedia, y reestructurar el régimen recursivo. (UCSE, 2002, p. 133)

Esta lucha en el campo jurídico por parte de quienes cuentan con especies diferentes de capital jurídico (teóricos vs. prácticos) no debe confundirse con un enfrentamiento ilimitado entre rivales.

Muy por el contrario, como bien señala Bourdieu, existe una función de complementariedad en cierto punto, que da base a una “sutil *división del trabajo de dominación simbólica* en la cual los adversarios, objetivamente cómplices, se favorecen mutuamente” (Bourdieu, 2001, p. 178). En este punto, la jerarquía jurídica, marcada claramente en la pirámide kelseniana, posibilita una *cadena de legitimidad* que brinda un marco de acción al juez y permite encubrir cualquier acto de creación de derecho a través de lo que se instala como un mero acto hermenéutico. Para Bourdieu, el *canon jurídico* es entonces una garantía ante la potencial acusación de arbitrariedad, que legitima el accionar de los jueces; “es como la reserva de autoridad que garantiza, a la

manera de un banco central, la autoridad de los actos jurídicos singulares” (Bourdieu, 2001, p. 179).

Mientras los *teóricos* del derecho tienden a ver en este un sistema integrado, autónomo, sin lagunas —cuyo paradigma, como ya dijimos, es la teoría pura kelseniana—, los *prácticos* del derecho (magistrados, abogados litigantes, funcionarios judiciales) realizan un trabajo de adaptación de aquella teoría a los casos concretos. Así, mientras los últimos aseguran que el derecho no sea un corpus teórico que se transforme en una mera entelequia y permita resolver conflictos concretos, los primeros ofrecen un marco normativo basado en principios racionales y universales, brindando así una base de justificación y legitimación de las prácticas. Para Bourdieu, los *juristas* pertenecientes a la tradición romano-germánica:

al participar a un tiempo del modo de pensamiento teológico en su búsqueda de la revelación de lo justo en la escritura de la ley, y del modo de pensamiento lógico en su pretensión de poner en práctica el método deductivo para producir la aplicación de la ley al caso particular, pretenden fundar una *ciencia nomológica* que enunciaría científicamente el *deber ser*; como si quisieran reunir los dos sentidos separados de la idea de *ley natural*, practican una exégesis cuya finalidad es racionalizar el derecho positivo mediante un trabajo de control lógico necesario para asegurar la coherencia del corpus jurídico y también para deducir de los textos y de sus combinaciones, consecuencias no previstas y llenar así las famosas *lagunas* del derecho. (Bourdieu, 2001, p. 181)

Por supuesto que esta lucha no es estática ni invariable. Justamente, la relación de fuerzas se modifica en la medida en que los distintos agentes o grupos de agentes adquieren mayor capital, a la vez que estructuran con esta configuración de fuerzas el propio campo jurídico.

La forma misma del cuerpo jurídico, particularmente su grado de formalización y normalización depende, sin duda muy estrechamente, de la fuerza relativa de los *teóricos* y de los *prácticos*, de los profesores y de los jueces, de los exégetas y de los expertos, en las relaciones de fuerza características de un estado del campo (en un momento dado y en una tradición determinada) así como de su respectiva capacidad para imponer su visión del derecho y de su interpretación. (Bourdieu, 2001, p. 177)

Bourdieu toma como ejemplo de esto la distinción entre los denominados sistemas o tradiciones *romano-germánica* y *anglo-americana*, para señalar que en la primera existe una primacía de la doctrina y, por tanto, un primado de los *teóricos*; mientras que en la segunda el predominio sería de las decisiones jurisprudenciales, y por ello, de los *prácticos*, donde el juez ocupa un lugar de privilegio.

En el caso de la reforma judicial santiagueña, los mismos docentes-investigadores entrevistados reflejarán las variaciones que tuvo su incidencia a lo largo del proceso de reforma. Siguiendo el relato de uno de los investigadores entrevistados, este sostenía:

*Binder nos aconsejaba que teníamos que trabajar en la universidad para que los alumnos vieran que se trabajaba en la universidad, había alumnos que concurrían a las discusiones, y había que poner las conclusiones a consideración de los demás. Costaba mucho trabajo, costaba mucho trabajo conseguir gente. Primeros nos miraban para arriba, algunos aceptaban, otros no y algunos por compromiso decían que aceptaban, pero las ausencias eran notorias. (DU-03)*

## MATERIALES Y MÉTODOS

Siendo el objeto de estudio el proceso de reforma procesal penal en Santiago del Estero, se dio particular atención a la percepción de los actores jurídicos, planteándose una estrategia hermenéutica de investigación multimétodos o de triangulación metodológica, desde una posición filosófica interpretativa, basada en la generación de datos sensibles al contexto social en el que se producen, “sostenida por métodos de análisis y explicación que abarcan la comprensión de la complejidad, el detalle y el contexto” (Vasilachis de Gialdino 2006, p. 25).

Las principales fuentes de este trabajo fueron el relevamiento documental, *encuestas* a los abogados litigantes de Santiago del Estero y *entrevistas en profundidad*<sup>3</sup>. En este último caso se aplicó la Técnica de la bola de nieve, mediante la cual se detectó el sistema de actores y delimitó el ámbito de sus relaciones en el campo judicial.

## RESULTADOS Y ANÁLISIS

### 3. Los abogados y la reforma

Como bien sostiene Bergoglio (2010b), “las reformas en el campo judicial plantean múltiples desafíos, tanto en el plano estrictamente jurídico, como a nivel político y administrativo” (p. 83). Al estudiar la implementación del juicio por jurados en la provincia de Córdoba, Bergoglio (2010a) afirma que uno de los mayores problemas para los cambios en el ámbito penal es que las dificultades se incrementan debido a que la reforma tiene que aplicarse simultáneamente en toda la jurisdicción provincial, lo que empeora atendiendo a las diferencias entre la capital provincial y el interior cordobés.

En este punto resulta interesante señalar que la reforma procesal penal santiagueña, pensada primero para una aplicación directa en todo el territorio provincial, finalmente —gracias al dictado

3

En cuanto a las entrevistas en profundidad, ver Anexo I.

de leyes “de transición”— se implementó en *etapas*, con planes piloto, desde pequeñas jurisdicciones del interior provincial hasta culminar en la aplicación en la capital de Santiago del Estero.

Es cierto que la aceptación de la reforma procesal no fue inmediata por parte de los profesionales del derecho, en particular de los abogados litigantes de mayor antigüedad, así como de los funcionarios y empleados de larga data en Tribunales.

Un hallazgo importante fue la impresión de varios funcionarios y empleados del Poder Judicial santiaguense, que manifestaron “perder atribuciones”, a partir de la reforma procesal penal, a manos del Ministerio Público Fiscal, encargado ahora de la investigación penal preparatoria.

Lo que en los primeros años de implementación de la reforma (y aún en anteriores) era visto por muchos agentes jurídicos como un “invento” o un mero “maquillaje”, en los últimos años tuvo una aceptación mucho más amplia, posiblemente gracias al trabajo de difusión y capacitación llevado adelante por el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, y también por cierta esperanza, en el caso de abogados litigantes, de que el proceso tendría mayor celeridad y ayudaría a mejorar el ejercicio profesional.

Con estos interrogantes, se aplicó una encuesta a los abogados matriculados, en tres etapas: la primera, en 2009; la segunda, en 2014; y, finalmente, para el presente trabajo, una nueva encuesta en 2022. En los tres casos se hicieron las siguientes preguntas cerradas:

1. ¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en Cambio”?
2. ¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal?
3. ¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero?

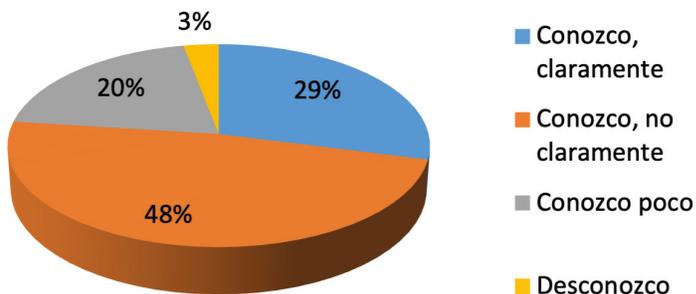
### 3.1. Los abogados ante la reforma en 2009

En 2009 se llevó adelante la primera encuesta. Sobre una matrícula provincial que en ese momento alcanzaba a 1.656 abogados, se encuestó a 476, esto es 28,7% del total, registrando los siguientes resultados.

A la primera pregunta, ¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en *Cambio*”? en 2009, 139 abogados (29% de 476) contestaron *conocerlo claramente*; 228 (48%), que lo *conocían, pero no claramente*; 95 (20%) que lo *conocían muy poco*, mientras que 14 (3%) respondieron que *desconocían* el programa. (ver Gráfico 1)

#### Gráfico 1

¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en Cambio”? (2009)

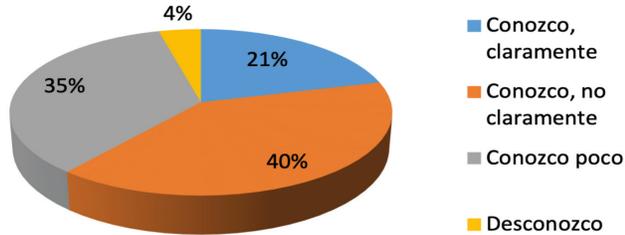


Nota. Elaboración propia

A la segunda pregunta, ¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal? en 2009, 102 abogados (21%) contestaron *conocerlo claramente*; 189 (40%), que lo *conocían, pero no claramente*; 166 (35%), que lo *conocían muy poco*; mientras que 19 (4%) respondieron que *desconocían* el programa. (ver Gráfico 2)

### Gráfico 2

*¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal? (2009)*

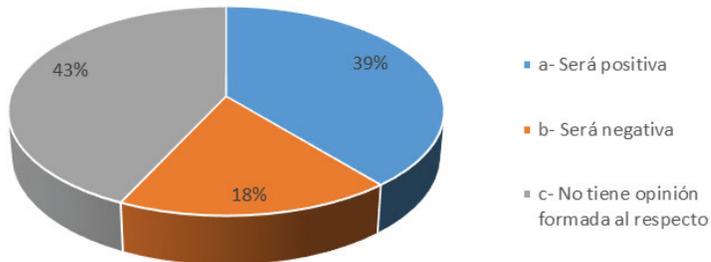


*Nota.* Elaboración propia

En cuanto a la tercera pregunta, ¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero?, en 2009, 187 abogados (39%) contestaron que *sería positiva*; 85 (18%), que la consideraban negativa; y, 204 (43%), que no tenían opinión formada al respecto. (ver Gráfico 3)

### Gráfico 3

*¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal? (2009)*



*Nota.* Elaboración propia

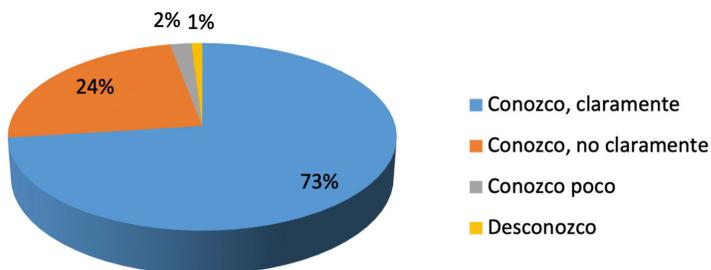
### 3.2. Los abogados ante la reforma en 2014

Replicada la encuesta en 2014 (cinco años después de la primera), sobre una matrícula provincial de 1.826 abogados, hubo 582 entrevistados (31,8% del total). Los resultados fueron significativamente diferentes con respecto a 2009.

A la primera pregunta, ¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en *Cambio*”? en 2014, 423 abogados (73% de 582) contestaron *conocerlo claramente*; 142 (24%), que lo *conocían, pero no claramente*; 12 (2%), que lo *conocían muy poco*; mientras que 5 (1%) respondieron que *desconocían* el programa (ver Gráfico 4).

#### Gráfico 4

¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en Cambio”? (2014)

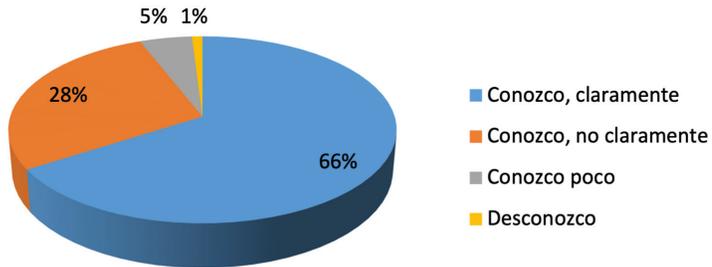


Nota. Elaboración propia

A la segunda pregunta, ¿*Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal?*, en 2014, 385 abogados (66%) contestaron *conocerlo claramente*; 163 (28%), que lo *conocían, pero no claramente*; 29 (5%), que lo *conocían muy poco*; mientras que 5 (1%) respondieron que *desconocían* el programa (ver Gráfico 5).

### Gráfico 5

¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal?”? (2014)

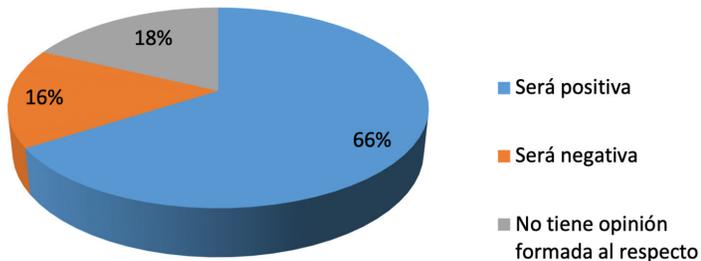


Nota. Elaboración propia

En cuanto a la tercera pregunta, ¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero?, en 2014, 383 abogados (66%) contestaron que *sería positiva*; 95 (16%), que la consideraban negativa; y, 104 (18%), que no tenían opinión formada al respecto (ver Gráfico N°6).

### Gráfico 6

¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero? (2014)



Nota. Elaboración propia

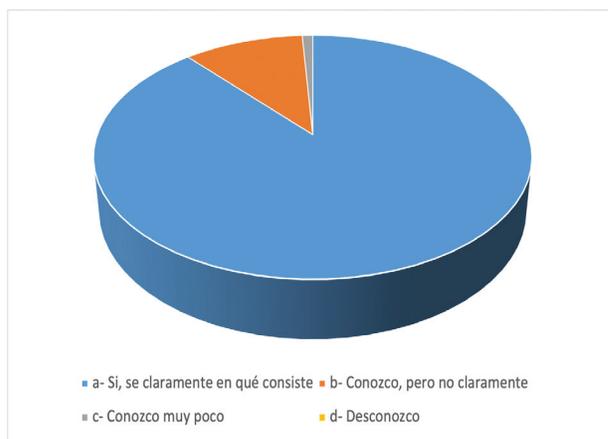
## 3.3. Los abogados ante la reforma en 2022

Replicada una vez más la encuesta en 2022, cuando la matrícula provincial estaba en 2.053 abogados, se encuestó a 540 (26,3% del total de la matrícula). Los resultados profundizaron la tendencia de 2014.

A la primera pregunta, ¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en *Cambio*”? 462 abogados (85% de 540 entrevistados) contestaron *conocerlo claramente*; 75 (14%), que lo *conocían, pero no claramente*; 3 (1%), que lo *conocían muy poco*; mientras que ninguno (0%) dijo que *desconocía* el programa (ver Gráfico N 7)

### Gráfico 7

¿Sabe en qué consiste el denominado “Poder Judicial en Cambio”? (2022)

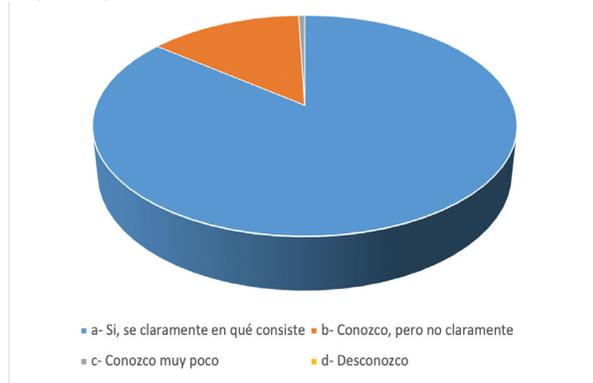


Nota. Elaboración propia

A la segunda pregunta, ¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal?, 478 abogados (66%) respondieron *conocerlo claramente*; 163 (28%), que lo *conocían, pero no claramente*; 29 (5%), que lo *conocían muy poco*; mientras que 5 (1%) contestaron que *desconocían* el programa (ver Gráfico 8).

### Gráfico 8

¿Está interiorizado sobre el Proyecto de Reforma Procesal Penal”?” (2022)

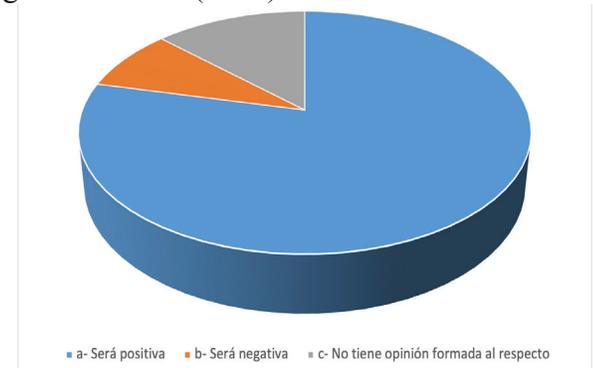


Nota. Elaboración propia

En cuanto a la tercera pregunta, ¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero?, 425 abogados (79%) contestaron que *sería positiva*; 45 (8%), que la consideraban negativa; y, 70 (13%) que no tenían opinión formada al respecto (ver Gráfico 9).

### Gráfico 9

¿Cuál es su opinión acerca de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero? (2022)



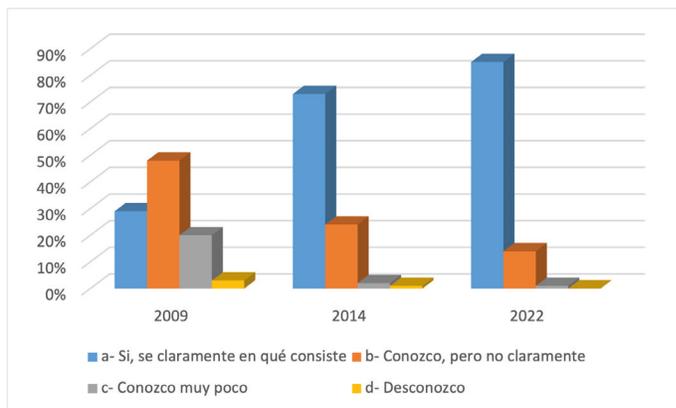
Nota. Elaboración propia

### 3.4. Comparación entre 2009, 2014 y 2022

Si tomamos la evolución de las respuestas desde 2009 y las comparamos con las de 2014, vemos un claro incremento en el conocimiento, tanto del programa Poder Judicial en Cambio como de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero, como también una evaluación mucho más positiva de esta última. Esta tendencia se profundiza aún más en la encuesta de 2022. (Ver Gráfico 10).

#### Gráfico 10

*Grado de conocimiento del “Poder Judicial en Cambio” (comparativo 2009-2014-2022)*



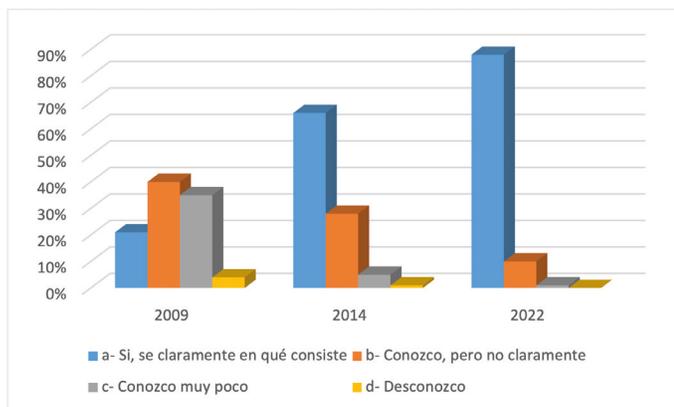
*Nota.* Elaboración propia

Como se aprecia, la variación más significativa consiste en el notable incremento de aquellos que señalan tener un claro conocimiento acerca del programa, siendo prácticamente nulo el porcentaje de quienes manifiestan no conocerlo o conocerlo poco. Para que se haya dado esto, resultaron relevantes las políticas de difusión que se aplicaron principalmente desde el Poder Judicial, en coordinación con los actores involucrados en “Poder Judicial en Cambio”.

Algo similar sucede con la evolución de la pregunta sobre el conocimiento de la Reforma Procesal Penal (Ver Gráfico 11).

### Gráfico 11

*Grado de conocimiento de Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero (comparativo 2009-2014-2022)*

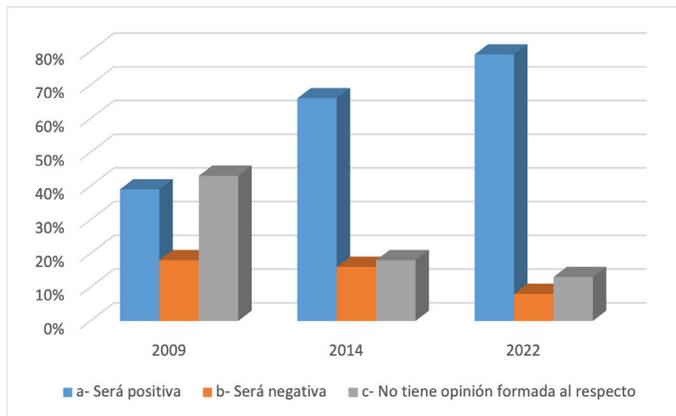


*Nota.* Elaboración propia

Asimismo, al inquirir sobre la evaluación de la Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero, vemos notable evolución de aquellos que la consideran positiva (de 39% en 2009 a 66% en 2014), manteniéndose sin mucha variación el porcentaje de quienes la ven negativa (una leve disminución de 2% de los entrevistados), pero bajando notablemente el porcentaje de quienes no tienen una opinión formada al respecto (de 43% en 2009 a 18% en 2014). Esta tendencia se profundiza aún más en la encuesta de 2022, como se observa en el Gráfico 12.

## Gráfico 12

*Opinión sobre Reforma Procesal Penal en Santiago del Estero (comparativo 2009-2014-2022)*



*Nota.* Elaboración propia

Analizando la evolución de la percepción de los abogados, tanto del conocimiento y valoración del programa Poder Judicial en Cambio, como de la Reforma Procesal Penal, se observa notable aumento de la valoración positiva.

Atendiendo a los *efectos* del Derecho destacados por Bourdieu (2001a), vemos cómo en este caso opera un efecto de *naturalización* y *normalización* dentro del propio campo jurídico, a partir de lo cual las prácticas universalizadas aparecen como las más adecuadas para todo aquel que integra el campo.

De este modo, las nuevas pautas procesales representadas en la reforma, que en un primer momento, en 2009, generaban el rechazo o la suspicacia de los abogados, unos años después, para los mismos actores, aparecen como “positivas”, habiendo ocurrido un proceso de normalización y naturalización.

Se produce entonces lo que Bourdieu llama la “promoción ontológica”, que convierte la regularidad en regla, imponiendo una representación de la normalidad (Bourdieu, 2001, p. 214).

## DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

### **4. Configuración de un nuevo *habitus* de los actores jurídicos**

La implementación de una reforma procesal penal, como la llevada adelante en Santiago del Estero, implica una modificación de la cultura jurídica de los actores intervinientes y del campo judicial penal en su totalidad. Como ha sostenido Bergoglio, entre otros, este tema no resulta menor “en una región donde la importación de normas sin consideración de su adecuación a la cultura legal local tiene una larga tradición, no desconectada del bajo aprecio por la legalidad y el Estado de derecho” (Bergoglio, 2005, p. 68).

En el marco de la reforma santiagueña, los actores que más debieron afrontar la modificación de sus roles, de su jerarquía y de sus capitales específicos en el juego del campo judicial penal, fueron los magistrados y funcionarios judiciales, que muchas veces sintieron que “perdían poder” o que “quedaban disminuidas sus facultades” en la implementación de un sistema acusatorio en lugar de uno inquisitivo.

La reforma procesal propició nuevas funciones de magistrados y funcionarios judiciales, modificando tanto la disposición como la acción de los operadores jurídicos, lo que implicó a su vez cambios en las prácticas de los actores intervinientes en el campo judicial (Cuellar Vázquez, 2015). El análisis de este cambio desde una perspectiva relacional, como la sostenida por Bourdieu, permite observar el vínculo entre la estructura y los agentes que actúan en ella, lo que brinda herramientas para explicar la acción en el campo específico.

En el caso de la reforma procesal penal santiagueña, se debe entender que el accionar de los magistrados y funcionarios judiciales en el campo judicial supone que estos usan “el conjunto de sus conocimientos, experiencias y formas de percepción de la realidad para desenvolverse dentro de un espacio específico” (Cuellar Vázquez, 2015, p. 110). Es decir, su accionar en el campo implica un determinado *habitus*, lo cual constituye un esquema de interpretación de sentido para las propias prácticas, y que por ende incide en ellas.

Por tanto, el cambio judicial se explica no solo a partir de las reformas normativas o de la estructura, sino también en la medida en que se modifiquen los *habitus* de los agentes intervinientes, quienes deberán internalizar nuevos modos de actuar en el campo e interpretar su propio rol.

Así, al efecto de una mejor comprensión del proceso de reforma estudiado, resulta significativo el concepto de *habitus* de Bourdieu, en la medida en que esta categoría permite una comprensión de las prácticas sociales —en este caso, en el campo jurídico— a partir de la relación entre los esquemas de interpretación de los agentes y la estructura en la que estas prácticas se desarrollan. Cabe recordar que para Bourdieu los *habitus* son “principios generadores de prácticas distintas y distintivas”, “pero también son esquemas clasificatorios, principios de clasificación, principios de visión, de división, aficiones, diferentes. Establecen diferencias entre lo que es bueno y lo que es malo, entre lo que está bien y lo que está mal, entre lo que es distinguido y lo que es vulgar, etc., pero no son las mismas diferencias para unos y otros” (Bourdieu, 1997, p. 20).

Cuellar Vázquez (2015) señala la dificultad de operacionalizar el concepto de *habitus*, en virtud de su grado de abstracción, aunque para ello es posible inquirir en los capitales específicos de los actores (en este caso, de magistrados y funcionarios judiciales), en las “estructuras incorporadas o adquiridas, capitales que pueden apreciarse en los esquemas de interpretación que utilizan los jueces para tomar decisiones o manifestar preferencias” (p. 112).

Sin embargo, en las entrevistas llevadas adelante —aún en las diferentes etapas de la reforma— la mayoría de los magistrados observaba “como positiva” la implementación del nuevo sistema. Aunque pueda afirmarse que no existe una homogeneidad absoluta entre magistrados y funcionarios, lo que se observó en las respuestas —que en algunos casos connotan una clara reflexión y análisis sobre la reforma, y en otros se limitan a señalar cuestiones generales y consabidas—, fue que en todos ellos existía cierto consenso sobre la necesidad de dar una nueva respuesta al conflicto judicial penal.

Al respecto uno de los magistrados manifestaba:

*No tengo la más mínima duda de que es sumamente positivo (el proceso de reforma), porque seguir manteniéndonos en el viejo sistema llamado inquisitivo o mixto, para mí verdaderamente inquisitivo (...) se le llamaba mixto porque tiene una parte que era netamente inquisitiva, la instrucción y otra netamente acusatoria, la etapa del juicio oral, pero lo que sucede por lo que digo que en realidad no es mixto, sucede que las cosas llegaban armadas de tal manera desde la instrucción al juicio oral que este era una pantomima de acusatorio, porque los jueces de cámara se veían sumamente influenciados por el expediente construido inquisitorialmente en la etapa de instrucción, o sea para la mí lo de la instrucción era*

*verdaderamente vergonzoso, ya que un juez que tiene que investigar un crimen, él mismo tiene que conseguir las pruebas, él tiene que decir qué es necesario o no para el proceso, él tiene que interrogar al acusado, y después él mismo tiene que decir si toda esa prueba que se ha acumulado, todas esas declaraciones que se han recibido, eran correctas o no, más arbitrario que esto yo creo que es impensable construir. (MPJ-12)*

En otros casos, las respuestas son más escuetas, y parecen atender a una posición “políticamente correcta”, sin demasiados argumentos que las fundamenten:

*En mi opinión, es un cambio muy importante y necesario que se tiene que dar atento a la evolución de los tiempos que se vienen dando en la sociedad y es un paso muy importante para ponernos a la altura de los demás códigos del país que, en general, ya en la mayoría de las provincias del país se está implementando el sistema acusatorio, en algunas provincias ya hace muchos años y en algunas menos; pero en general, ya el sistema acusatorio está implementado en casi todo el país, salvo en el orden nacional, en la justicia federal. (MPJ-07)*

A pesar de existir este consenso aparente entre los actores mencionados, al valorar las causas y efectos de la reforma, se encontraron discrepancias en las opiniones, así como desacuerdos sobre las condiciones de éxito de la reforma.

Aunque la totalidad de los magistrados penales entrevistados manifestaron —en mayor o menor medida— su opinión favorable acerca de la reforma, en el caso de los funcionarios y empleados judiciales, los puntos de vista se dividieron. Una mayoría manifestó su opinión favorable acerca de la reforma, mientras que una minoría —vinculada al período

“juarista” y que no se había alineado con el nuevo gobierno—rechazaba la reforma, por entender que solo se trataba de un cambio superficial, que no tendría implicancias reales en el mejoramiento de la administración de justicia.

Un funcionario del Poder Judicial “de carrera judicial”<sup>4</sup>, señaló que:

*esta reforma es un maquillaje, para decirlo en una palabra, es eso, un maquillaje. Porque hay cosas que no se van a cambiar, pero aparecen con espejitos, todo parece muy lindo, pero no sé si va a haber cambios tan reales. (FPJ-11)*

Aquí cabe señalar que luego de la intervención federal de 2004, y transcurrido el posterior proceso electoral, se procedió a renovar a todos los magistrados de la provincia, mientras que muchos funcionarios y empleados judiciales que venían del período “juarista” continuaron en sus puestos, aun luego de los sucesos señalados.

En cuanto al avance de la reforma, los magistrados y funcionarios penales, casi en su totalidad, señalaron que el virtual éxito de la misma tenía que ver directamente con una *transformación cultural en los agentes jurídicos*, con especial énfasis en la *capacitación* como fuente de concientización del cambio.

En diversas entrevistas apareció esta percepción. Al respecto, el Fiscal General sostuvo que la reforma tiene que “*lograr una transformación cultural*”, lo que se conseguirá:

*a través de la capacitación, nosotros tenemos que tender a capacitar no solo a los operadores (jurídicos) sino también volcar eso en la sociedad. (MPF-01)*

---

<sup>4</sup> En este caso, el entrevistado había ingresado al servicio muy joven, con 18 años, y luego había ido ascendiendo en la escala burocrática—a la par que concluía la carrera de Abogacía en la UCSE— hasta llegar a ocupar una Prosecretaría Letrada.

También uno de los miembros del Superior Tribunal en referencia a la reforma sostuvo que

*los cambios culturales a veces cuesta introducirlos, pero creo que lo operadores jurídicos deberán adecuarse a las normativas legales vigentes (...) aquí estamos involucrados todos, aquí hacemos capacitación (a los agentes jurídicos), y a veces también vamos a las escuelas o los medios de comunicación, a través de programas especializados, explicando medianamente a las personas de qué se trata. (MPJ-05)*

También un funcionario del Poder Judicial dijo al respecto:

*es necesario la capacitación, a los fines de la debida información y conocimiento. Lo que puede atentar es la falta de asignación de recursos, es indispensable la asignación de los recursos a los fines de la organización de este sistema que requiere de una amplia disposición de organismos, de recursos humanos, de infraestructura, entonces, hay que destinar recursos económicos para la debida información. (FPJ-08)*

Un empleado del Poder Judicial, con varios años de antigüedad en el fuero penal, añadió que:

*lo de la reforma está bien, pero nosotros necesitamos formarnos; no nos pueden pedir de la noche a la mañana que cambiemos la forma en que trabajamos; tiene que ser de a poco, y con las herramientas suficientes. (EPJ-06)*

Algunos entrevistados, especialmente los involucrados en el *campo educativo*, van más allá, y analizan no solo los elementos educativos y culturales relacionados con el cambio jurídico, sino también la vinculación de estos con el campo jurídico:

*En la medida en que no entendamos que esto no es un cambio de figuritas o cambio de ubicación, sino un cambio de mentalidad... y que no es fácil cambiar una mentalidad, no es como dice que el proyecto “entra en vigencia en octubre del 2010” que se establece una fecha de un día para el otro. Sería iluso pensar que el cambio se dé así. Porque están llamando al 2010, pero yo no conozco cómo va a ser el mapa jurídico para implementar este código. Nosotros, cuando trabajamos en esa época, ya sabíamos más o menos cuántos fiscales trabajaban para cada sector. Hoy no, eso no se hace de un día para el otro. Eso sí puede hacer fracasar. No se están dando los elementos para el cambio. Políticamente no les va a convenir seguramente... pero que el cambio que es necesario, es necesario, tiene que llegar en algún momento, es imposible vivir a contramano de la Constitución; bueno... la Argentina vivió muchos años en contra del sistema, las constituciones han marcado un sistema y el derecho va por otro lado completamente distinto. (DU-01)*

Otro actor entrevistado sugiere:

*Yo creo que hay que trabajar en la educación, es fundamental y los cambios nunca han venido de arriba... los cambios vienen de abajo (...) Yo en un momento dado, 2004, 2005, 2006 me abrí un poco de saber qué suerte corrían las tendencias políticas en la provincia (...) si lo implementan no lo implementan no me interesa, mejor dicho, sí me interesa pero no me interesa que sea fogueando (sic), eso ya es una cuestión política y yo lamentablemente no puedo sostener un dialogo con los políticos, al político no lo entiendo. Yo soy una persona que cuando me preguntan contesto sí por esto*

*no por esto, entonces busco lo mismo en los otros y no encuentro... menos en los políticos. (DU-04)*

Aparece aquí claramente la idea de que los procesos de cambio en la administración de justicia, que implican transformaciones más o menos profundas (como la reforma del proceso penal), se vinculan no sólo a cuestiones legales o normativas, sino, fundamentalmente, a aspectos “culturales” y “educativos” de los agentes jurídicos, que también se reflejan en una nueva configuración del *habitus* de los actores de un campo específico como el judicial.

Señalando su concepción acerca de cierto *conservadurismo* en general, y particularmente en los actores vinculados al campo jurídico, un entrevistado sintetiza:

*Un problema grave es la resistencia cultural arraigada que no encuentra fundamentos ciertos. Se teme mucho a los cambios, y ese temor lo tienen también los operadores jurídicos. (FMPD-05)*

Otro participante también vinculó la modificación de los *habitus* de los agentes con la capacitación y educación, especialmente coordinada por los órganos del Estado:

*Aquí es fundamental el gobierno, ... ahí hay un espacio físico en casa de gobierno, una especie de anfiteatro que el ministerio utiliza por lo menos una vez por mes, dando cursos, postgrados; ahora tenemos un postgrado de procedimiento constitucional que va a durar dos meses con constitucionalistas de nota, ¿saben cuánto sale? gratis, nada. Esa es la forma de hacer crecer la conciencia de los operadores y de ayudarlos a formar... se ve que tenemos operadores responsables, se ve que nuestros abogados de pasillo son serios y responsables, se ve que hay muchos magistrados que quieren aprender*

*y no que creen que las saben todas. Porque si ustedes van ahí, tanto la parte alta del anfiteatro como la baja están repletas, y encima se ven abogados sentados hasta en las escaleras, eso es una respuesta de cómo se debe ayudar a los operadores y sobre todo es importantísimo el rol de la universidad de Derecho, es fundamental... en la medida en que construyamos una rutina doctrinaria, una forma de pensar desde los profesores en la facultad de derecho, pasando por los estudiantes que algún día van a ser abogados y los abogados del pasillo, formarlos. Entonces el rol de la universidad a través de la facultad de derecho, del gobierno a través de invertir dinero y esfuerzo para preparar a la gente, y a su vez los operadores, comprometiéndose realmente con esto, yendo a prepararse, yendo a profundizar lo que debería haber sido siempre, el recto pensar en el derecho penal. (FMPF-03)*

También diversos funcionarios y actores vinculados al mundo jurídico indican esta necesidad de transformación cultural:

*la mayor demostración va a ser la puesta en práctica, que no es fácil, creo que va a tener sus inconvenientes al principio, además que va a mutar, va a haber causas que están a medio tramitar, van a tener que adecuarse, se verá cómo las normas transitorias resolverán estas cuestiones, pero la decisión había que tomarla y seguir ya con este sistema...ustedes han visto.... Entran 7.000 causas penales anuales y a juicio llegan en una buena performance en una cámara llegan entre 35, 40 juicios por año en cada cámara, que dan un panorama entre 100 y 120 causas entonces muchas de ellas de menor importancia, entonces se busca también elementos de convención; hoy se está hablando muy seriamente en las*

*conferencias de jueces o jornadas de derecho penal de la mediación penal, que en un principio muchas hablaban que era una imposibilidad ponerla en práctica porque rompía con el bloque de legalidad de la Constitución, por el deber del Estado de perseguir el delito y que es una instancia de acción pública, por lo tanto no susceptible de negociación entre las partes involucradas, (víctima y victimario) pero un avance de eso ha sido el tema del juicio abreviado, que si bien no había negociación implicaba un reconocimiento. ya se podía el victimario declarar contra sí mismo, pero de todos modos ha puesto en practico que eran otros mecanismos pero fueron abriendo paso y hoy prácticamente la doctrina sostiene que no se viola los principios de legalidad y que en determinados casos es factible introducir la mediación penal, en algún tipo de delitos. Muchos procedimientos modernos la están incorporando y otros todavía tienen sus peros. (MPJ-02)*

Y continúa en este sentido, señalando la importancia de formar una nueva concientización para acabar con una cultura jurídica contenciosa:

*También nosotros hemos sido formados en una cultura jurídica contenciosa, es decir, muchas cuestiones que pueden ser resueltas por medios extrajudiciales de solución de conflicto, nuestra concepción general nos lleva a querer dirimir la cuestión ante un tribunal. Esto también pasa por una cuestión de concientización, los operadores jurídicos tenemos que ser responsables y pensar qué es lo mejor para la persona que representamos, en cuanto a los tiempos, colapsando los juzgados no favorecemos a la administración de justicia. La administración de justicia muchos creen que*

*son solamente los jueces y no, somos todos, sobre todo los operadores que trabajan en un proceso, los jueces, el ministerio público, entonces la demora no es del sistema en sí, sino por la conducta del que opera judicialmente, hay que hacer mea culpa de todo. (MPJ-2)*

De la relación entre *cultura jurídica* y *los cambios en el campo judicial*, respecto del papel generalmente conservador que se asigna al derecho, mucho se ha dicho en el ámbito de la Sociología Jurídica y la Filosofía del Derecho. Tal vez dos autores clásicos al respecto sean Michel Foucault (2003, 2005), y Pierre Legendre (1976), quienes analizaron además la relación entre poder y saber.

Es posible entender que parte de este carácter conservador del Derecho estaría dado en los propios procesos de adquisición de conocimientos jurídicos, en nuestras Universidades y Facultades de Derecho, aún reconociendo que en esos mismos marcos se posibilita la producción de conocimientos críticos y alternativas jurídicas. Al decir de Cárcova,

la circunstancia de que las escuelas de derecho produzcan un saber amortizado, por una parte, y por la otra, que ese saber se distribuya monopólicamente (de tal forma que saber y poder se rehagan mutuamente) genera una visión fundamentalmente escéptica respecto de la capacidad que ellas tengan para contribuir a la emergencia de cambios progresivos. Pero llegados a este punto es lícito preguntarse: ¿no es ese sistema de producción y distribución de los conocimientos el que ha permitido también una reflexión alternativa y crítica respecto de sí mismo? (Cárcova, 1996, p. 54/55)

Al observar los esquemas de percepción y las pautas de comportamiento interiorizadas por los magistrados, funcionarios y empleados judiciales, es posible vislumbrar su *habitus* y entender a los agentes judiciales como actores “que no son

pasivos y no se limitan a acatar instrucciones” (Cuellar Vázquez, 2006, p. 113), sino que las acciones de los agentes parten de determinado *habitus* y se vinculan también a un *interés* de los actores. De este modo, el concepto de *habitus* “da cuenta de lo pre-reflexivo y también de la intencionalidad presente en las prácticas” que llevan adelante los diferentes actores, “de acuerdo con sus esquemas de interpretación que pueden ser producto de sus prácticas pasadas y también de un cálculo estratégico de sus acciones” (Cuellar Vázquez, 2006, p. 113).

En este punto, cabe observar que los magistrados no legitiman su accionar solo en los atributos que se entiende les son propios, sino principalmente en el respaldo que el sistema judicial, con su clara estructura jerárquica, otorgará a su labor, posibilitando que las decisiones de los jueces sean entendidas como interpretaciones, y ajenas a cualquier acto de creación jurídica.

La concepción kelseniana ofrece entonces un marco legitimante de la judicatura, funcionando como una garantía de autoridad en la acción de los magistrados (Bourdieu, 2001a, p. 179). Aquí se hace visible no solo la influencia que la corriente positivista tiene en el ejercicio profesional de juristas y jueces (Valle Franco y Estévez, 2021) sino también la relevancia de la concepción kelseniana del Derecho en la práctica judicial, entendida como un sistema lógico de normas, que adquiere desde una perspectiva antropológica, “el valor de un paradigma” (Supiot, 2012:110).

En este contexto, el papel de los *teóricos* del derecho será crucial al proporcionar un marco que considere al Derecho como un sistema autónomo e integrado, sin vacíos legales, que permita a los *prácticos* del derecho adaptar esta teoría a los casos concretos, validando al mismo tiempo dicha labor teórica. De este modo, el Derecho se presentará como un plano normativo, autónomo, universal y racional, que a la vez legitima las prácticas jurídicas concretas de los actores judiciales.

Entendemos que este tipo de análisis nos permite comprender los procesos de reforma procesal y judicial no sólo como reformas normativas, sino fundamentalmente como cambios complejos, a partir de la relación entre *estructuras normativas e institucionales* y los *habitus y capitales* de los propios agentes que actúan en el campo judicial. Las prácticas jurídicas aparecen, entonces, como acciones producto de la relación entre estructura y habitus, no reductibles a un solo aspecto.

### **Conclusiones**

Siguiendo a Bourdieu, es posible sostener que el dictado de un nuevo *código de procedimiento penal* implica la regulación del mecanismo de toma de decisiones judiciales a partir de un marco de obligatoriedad que funciona, asimismo, como marco de justificación y legitimación, lo que resulta relevante al momento de entender la *eficacia específica* del derecho.

Entendida desde la teoría de los campos de Bourdieu, la reforma procesal penal santiagueña se vislumbra como un *juego y lucha simbólica* entre los diversos actores que conforman el campo jurídico. Esta reforma procesal penal implicará entonces una *lucha simbólica* dentro del campo jurídico, donde intervendrán diferentes agentes en procura de organizar el espacio judicial, condicionando así el sentido de las acciones desarrolladas en el propio campo. La perspectiva triunfante definirá así un marco de interpretación de la ley, lo que constituirá asimismo un argumento de justificación y legitimación de comportamientos de los propios agentes.

Al estudiar la evolución de las percepciones que los abogados tienen de esta reforma, se observó un proceso de incremento de la valoración positiva de la misma, a lo largo de los años. Queda aquí evidenciado el efecto de naturalización y normalización del Derecho, a partir del cual las prácticas

universalizadas aparecen como las más adecuadas para todo aquel que integra el campo. Se pudo ver, así, cómo las nuevas pautas procesales que generaban rechazo o suspicacia de los abogados en un primer momento, unos años después fueron aceptadas como “positivas” por los mismos actores, habiendo sufrido un proceso de normalización y naturalización. Aquí se produce la “promoción ontológica” que sostiene Bourdieu, que convierte la regularidad en regla, e impone una representación de la normalidad.

Observamos que los magistrados no legitiman su accionar solo por sus atributos, sino principalmente por el respaldo del sistema judicial, cuya estructura jerárquica permite considerar sus decisiones como interpretaciones, no como creación jurídica. La concepción kelseniana del Derecho, entendida como un sistema lógico de normas, brinda legitimidad a la judicatura, funcionando como garantía de autoridad, adquiriendo el valor de un paradigma. En este contexto, los teóricos del derecho tienen un papel clave al ofrecer un marco teórico que permita adaptar esta visión a los casos concretos, legitimando las prácticas jurídicas y presentando el Derecho como un sistema normativo, autónomo, racional y universal.

Finalmente, al analizar los esquemas de percepción y las pautas de comportamiento interiorizadas por los magistrados, funcionarios y empleados judiciales, se pudo vislumbrar su *habitus* y entender a los agentes judiciales como actores del campo judicial, con intereses específicos en juego. Así, la aplicación del concepto de *habitus* posibilitó comprender los procesos de reforma procesal y judicial, no sólo como reformas normativas, sino fundamentalmente como cambios complejos, a partir de la relación entre *estructuras normativas e institucionales*, y los *habitus* y *capitales* de los propios agentes que actúan en el campo judicial.

## REFERENCIAS

- Bergoglio, M.I., N. Barmat, J. Carballo, M. Sánchez y J. L. Vilanova (2005) Estrategias de cambio en la cultura jurídica: ¿mediación voluntaria u obligatoria? En *Revista Iusta*, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bogotá, N° 23.
- Bergoglio, M. I. (2010<sup>a</sup>). El juicio por jurados en los procesos de democratización. En Bergoglio, María Inés (Ed.). *Subiendo al Estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurado*. Córdoba: Advocatus. Pp. 13-22.
- Bergoglio, María Inés. 2010b. Los desafíos de la puesta en marcha: resistencia de la profesión jurídica y desigualdades regionales. En Bergoglio, María Inés (Ed.). *Subiendo al Estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurado*. Córdoba: Advocatus. Pp. 83-105.
- Bourdieu, P. (1997). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.
- Bourdieu, P. (2001). La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. En Bourdieu Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Bower.
- Cárcova, C. M. (1996). *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Biblos.
- Cuellar Vázquez, A. (2006). Estado del Arte de la Sociología Jurídica en América Latina. En De La Garza Toledo, Enrique (ed.) 2006. *Tratado Latinoamericano de Sociología*. México: Anthropos Editorial – Universidad Autónoma Metropolitana.
- Cuellar Vázquez, A. (2015). La utilidad práctica de la teoría relacional de Pierre Bourdieu en la investigación sociojurídica. *Novum Jus, Volumen 9, N°1*. Pag. 103-122. ISSN 1692-6013. Colombia.
- Foucault, M. (2003). *La Verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, M. (2005). *Historia de la Sexualidad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Legendre, P. (1976). *Le jour du pouvoir*. Paris: Minuit.
- UCSE. 2002. *Revista de la Secyt*. N°7/8, Universidad Católica de Santiago

del Estero. Ed. El Liberal, Santiago del Estero.

Supiot, Alain. 2005. *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Valle Franco, A. I. y Estévez F. (2021). *El habitus positivista en el campus jurídico latinoamericano*. Revista Confrontos. Año: 2021 | Volume: 3 | Número: 5

Vasilachis de Gialdino, I. (2006). La investigación cualitativa En Vasilachis de Gialdino, Irene (Coord.) *Estrategias de investigación cualitativa*. Barcelona: Gedisa.

Villalta, C. (2004). Una filantrópica posición social: los jueces en la justicia de menores. En Tiscornia, Sofía. (Comp.) *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Eudeba.

Weber, M. (2001). *Sociología del Derecho*. Granada: Comares.

## **ANEXO I. Sobre las entrevistas**

En el marco de la investigación se realizaron entrevistas en profundidad a 101 personas, desde 2008 hasta 2017 (en muchos casos se realizaron diversas entrevistas, en distintos momentos a lo largo de los diez años, a los mismos individuos). Se clasificaron las entrevistas de acuerdo al rol principal del entrevistado. En virtud de ello, se identificaron los siguientes:

5 Informantes clave (IC)

15 Magistrados del Poder Judicial (MPJ), incluidos miembros del Superior Tribunal de Justicia

9 Funcionarios del Poder Judicial (FPJ)

7 Empleados del Poder Judicial (FPJ)

8 Funcionarios del Ministerio Público Fiscal (FMPF), incluido el Fiscal General de la Provincia

5 Funcionarios de la Defensa Pública (FDF)

6 Funcionarios y autoridades del Poder Ejecutivo (FPE), incluido el Subsecretario de Justicia de la Provincia

5 Funcionarios y autoridades del Poder Legislativo (FPL)

8 Abogados litigantes (AL)

9 Docentes Universitarios (DU)

6 Miembros del Servicio Penitenciario Federal (SPF)

4 Miembros del Servicio Penitenciario Provincial (SPP)

6 Estudiantes de Abogacía (EA)

8 Justiciables (ciudadanos que concurrían a Tribunales por alguna causa, en diversas calidades) (J)

A los fines de la cita de las entrevistas se mantienen las siglas y el número de identificación del entrevistado: por ejemplo SPF-01, MPJ -05, etc. En caso de que el entrevistado tuviera varios roles (por ejemplo: docente universitario y abogado litigante) se resolvió por aquel desde el cual el entrevistado contestaba.



# CÓMO LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL SUPERÓ LA LEY DE DESLINDE

*How did the jurisprudence of the Plurinational Constitutional Court overcome the Demarcation Law*

DOI: 10.69633/95d2ff22

Recibido: 11/12/2024 Aceptado: 17/02/2025

\* Farit L. Rojas Tudela

<https://orcid.org/0000-0002-8009-5841>

Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia)

faritrojas@gmail.com

\*Abogado (UCB) con post grados en educación superior (UCB-Universidad de Sherbrooke, Canadá), Historia y Filosofía (UMSA), Gerencia Pública (UMSA) y Teoría crítica post y decolonial (CLACSO); Master (M.Sc.) en Investigación Social (U-PIEB); Doctor (Ph.D) en Ciencias bajo la mención "justicia, democracia y ciudadanía" (CIDES-UMSA de Bolivia - UNAM de México); Doctor (Ph.D.) en Derecho Comparado y Procesos de Integración en la Universidad de la Campania Luigi Vanvitelli (Caserta-Italia); Docente titular y coordinador del Instituto de Investigaciones de Universidad Mayor de San Andrés; y docente de posgrado de diversas universidades.

## RESUMEN

La Constitución Política del Estado boliviana de 2009 ha establecido la jurisdicción indígena originaria campesina como expresión del pluralismo jurídico, la misma se ejerce en el marco de la Ley de Deslinde 073 de 29 de diciembre de 2010; sin embargo, con el tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) ha ido modulando la aplicación de esta norma, cuestionando incluso su necesidad. A través de un análisis de la jurisprudencia del TCP se da razones para sostener como afirmación el título de este artículo: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional superó la Ley de Deslinde.

**Palabras clave:** pluralismo jurídico, deslinde jurisdiccional, jurisdicción indígena originaria campesina, constitucionalismo boliviano.

The Political Constitution of the Bolivian State of 2009 has established the original indigenous peasant jurisdiction as an expression of legal pluralism, which is exercised within the margins of the Delineation Law 073 of December 29, 2010; However, the jurisprudence of the Plurinational Constitutional Court has modulated the application of this norm, even surpassing the need to have it. Through an analysis of the jurisprudence of the Plurinational Constitutional Court, reasons are given to support the title of this article as an affirmation.

**Keywords:** *legal pluralism, jurisdictional demarcation, original indigenous peasant jurisdiction, bolivian constitutionalism.*

## INTRODUCCIÓN

La Constitución boliviana de 2009, en el numeral 2, parágrafo II del artículo 191, señala que la jurisdicción indígena originaria campesina conoce sus asuntos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. El 29 de diciembre de 2010 se sancionó y promulgó la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional, que en su artículo 10 desarrolla el deslinde de los asuntos que son de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina. Desde su promulgación, esta ley ha sido cuestionada por distintos sectores indígenas y campesinos<sup>1</sup>, incluso recientes propuestas de reforma de la justicia insisten en la *eliminación* del deslinde jurisdiccional<sup>2</sup>, entendiendo esto como la abrogación de la Ley 073. Las razones que se esgrimen, coinciden en que esta norma vulnera los derechos de los pueblos indígenas. Entonces, atendiendo al supuesto de que esta ley vulnera los derechos de los pueblos indígenas

---

1 Son múltiples los reclamos respecto la inaplicabilidad y vulneración de la libre determinación de pueblos indígenas por la ley 073 de deslinde jurisdiccional, al respecto véase: <https://eju.tv/2021/09/principales-conquistas-indigenas-en-retroceso-por-leyes-aprobadas-desde-2010/> (visitada el 1 de febrero de 2025); <https://ocdbolivia.org/ocd-noticias/la-revalorizacion-de-la-justicia-indigena-es-una-de-las-bases-de-la-reforma-judicial> (visitada el 1 de febrero de 2025).

2 Sobre la propuesta de referéndum presentada el año 2022 por el grupo de juristas independientes se encuentra la pregunta 3 que señala: ¿Está usted de acuerdo con la reforma parcial de la Constitución que permita a los pueblos indígenas originarios campesinos ejercer la Justicia Originaria con sus propias autoridades y normas, para resolver sus conflictos, eliminando el “deslinde jurisdiccional”, y donde el Tribunal Constitucional, con representación Indígena, resolverá todos los conflictos de competencias entre la jurisdicción Ordinaria y la Justicia Indígena? Para mayor información véase: [https://sisin.oep.org.bo/medios\\_digitales/108762/detalle](https://sisin.oep.org.bo/medios_digitales/108762/detalle) (visitada el 1 de febrero de 2025).

¿es necesario modificar, abrogar o derogar esta ley? ¿Qué ha señalado al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional?

Para responder estas preguntas, se revisará la diferencia básica entre monismo y pluralismo jurídico, tanto en su formación histórica como en su discusión doctrinal; se continuará con el análisis de la acogida del pluralismo jurídico en el constitucionalismo boliviano, en las reformas constitucionales de 1994-1995 y de 2006-2009; finalmente, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el tema.

## MATERIALES Y MÉTODOS

Para elaborar este artículo académico se ha recurrido a la metodología dogmática jurídica, que comprende estudios de historia constitucional, análisis de la Constitución, de doctrina constitucional y de jurisprudencia. No se trata de una investigación empírica, de averiguar si la norma es efectiva o qué efectos ha causado, sino de una investigación analítica en el ámbito de la llamada dogmática jurídica *lege lata*. Al respecto señala Courtis:

Esta tarea –que llamaré de *lege lata*, para mantener el término tradicional– se caracteriza por identificar problemas interpretativos en el derecho positivo vigente, y se propone señalar soluciones adecuadas que se pretenden racionalmente derivables de este derecho (Courtis, 2006, p.114).

Podríamos señalar que *lege lata* es una variante descriptiva de la dogmática jurídica que busca llevar a cabo un proceso de reconstrucción del objeto de investigación, que en este caso versa sobre las normas del deslinde jurisdiccional y las interpretaciones que el Tribunal Constitucional Plurinacional hizo de las normas constitucionales como de las infraconstitucionales. Es necesario enfatizar que el objeto de la

dogmática jurídica es la norma o el conjunto de normas; como señala Carlos Santiago Nino (1995), *la dogmática jurídica se ocupa del derecho legislado*.

Asimismo, junto a la dogmática jurídica *lege lata*, se ha recurrido a la perspectiva de *sententia lata*, es decir, los estudios de jurisprudencia dedicados a la interpretación de sentencias de máximos tribunales –como es el Tribunal Constitucional Plurinacional– en busca de esclarecer criterios y decisiones de interpretación, en este caso de los alcances del pluralismo jurídico, en virtud de una variante muy importante de la legislación boliviana: la libre determinación.

Según Courtis, los estudios de *jurisprudencia lata* se caracterizan por:

la identificación de problemas interpretativos sobre una o varias decisiones judiciales y la tarea de determinación de sus consecuencias para nuevas hipótesis. Si en la investigación *lege lata* el punto de partida es el hecho dado de la norma puesta por el legislador, aquí el punto de partida es el hecho dado por la decisión judicial analizada (Courtis, 2006, p.131).

Sin embargo, antes de ingresar al estudio de la Constitución vigente y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, se hará una breve referencia a la evolución (entendida como cambio y transformación) del tratamiento que la doctrina y el constitucionalismo boliviano han realizado del pluralismo jurídico.

## RESULTADOS Y ANÁLISIS

### 3.1. Monismo jurídico

La idea de monismo jurídico refiere a la expectativa de que en un Estado debe existir *un y solo un* ordenamiento jurídico jerarquizado y centralizado, producido únicamente por el Estado. Se trata de una concepción de sistema jurídico asentado en la unidad: un Estado soberano, una nación homogénea, un derecho para todos los habitantes del Estado, una estructura burocrática e institucional y una cultura jurídica (Sousa Santos, Araújo, Aragón Andrade, 2021).

La condición de existencia del monismo jurídico no es otra que el Estado moderno, que se fue construyendo lentamente desde los siglos XVII, XVIII y XIX en Europa. En este tiempo, además de consolidarse una organización político-territorial de la soberanía, que hoy conocemos como Estado moderno, se encontraba en construcción el monopolio estatal de la producción jurídica, bajo el principio de legalidad como criterio de reconocimiento del derecho válido. Para los juristas que promocionan y difunden el monismo jurídico, el derecho es únicamente el producido por la autoridad del Estado.

Sin embargo, antes de la aparición en escena del Estado moderno, existía un pluralismo jurídico. Como señala Ferrajoli (en Carbonell, 2005):

En el derecho pre-moderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones—, ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El derecho «común» por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo y

la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, por las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. (p. 15)

Véase cómo Ferrajoli menciona la existencia de una pluralidad de fuentes y ordenamientos, ninguna de las cuales posea el monopolio de la producción jurídica. Y es que será solo cuando se consolide el Estado moderno que existirá el monopolio de la producción jurídica en el Estado, de tal manera que el monismo jurídico, además de ser sinónimo de derecho estatal, es a la vez una condición de existencia del derecho moderno. Dicho de otra manera, solo es derecho el que es producido por el Estado, en observancia, tanto formal como material, a las normas de producción jurídica preestablecidas en la norma jurídica estatal.

Por lo señalado, para el monismo jurídico el derecho es tal si ha sido producido formal y materialmente por el Estado y, en consecuencia, el criterio de validez del derecho es la autoridad del Estado, que se resume en la fórmula enunciada por Thomas Hobbes (2002): *auctoritas non veritas facit legem*, que traducida significa que es la autoridad, y no la verdad, la que establece la ley. Esta fórmula trató de desterrar la supuesta validez del derecho condicionado a la verdad o a la justicia de la norma.

Una, entre muchas distinciones que el principio de legalidad ha puesto en juego como expresión del positivismo jurídico contra el iusnaturalismo, ha sido la separación del derecho y la moral. Para el positivismo jurídico, el derecho no está condicionado a la justicia.

Ahora, más allá de la cercanía entre el monismo jurídico y el positivismo jurídico, lo que sugiere Ferrajoli es que el monismo jurídico es un proyecto moderno, que asiste a la consolidación del Estado moderno. Se puede entender de distintas maneras la idea de un proyecto moderno, aquí al respecto, diremos que se trata de un proceso de racionalización y desencantamiento del mundo (Habermas, 2008). En consecuencia, el pluralismo jurídico es anterior al monismo jurídico, pese a que en los últimos años este pluralismo reapareció en los estudios jurídicos.

### **3.2. Pluralismo jurídico**

No es sencillo definir el pluralismo jurídico, generalmente se lo opone al monismo jurídico y refiere a la coexistencia, en un mismo espacio sociopolítico, de distintos órdenes normativos, de distintas prácticas de resolución de conflictos, de distintas maneras de entender el conflicto, de distintas cosmovisiones, principios y valores, además de distintos sistemas de autoridad. Esto supone el quiebre de las representaciones que tenemos de la unidad: un derecho, una cultura jurídica, una soberanía, una autoridad, una población homogénea, un sistema de valores, una cosmovisión (Sousa Santos, Araújo, Aragón Andrade, 2021).

Se puede argumentar, como ya dijimos, que el pluralismo jurídico existe de manera previa al monismo jurídico; sin embargo, en el tránsito de los siglos XVIII-XIX y XX, la hegemonía en el imaginario jurídico fue siempre del monismo jurídico, por ello la (re)aparición de la teoría del pluralismo jurídico como parte de la discusión jurídica contemporánea, está mediada por una serie de autores y estudios de sociología y antropología, dos disciplinas que nacen a finales del siglo XIX y comienzos del XX (Engle Merry; Griffiths, 2007).

En las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al derecho monista o centralista producido por el Estado, resurge la preocupación por distintas fuentes del derecho más allá del Estado. Destacan sociólogos del derecho como Eugen Ehrlich (2005), sociólogo alemán que articula la idea de *derecho vivo* para denominar a los órdenes normativos paralelos al Estado y que surgen espontáneamente en la vida cotidiana de las personas. Asimismo, en Francia se tiene a Georges Gurvitch (1945) que en una crítica a Ehrlich considera que el pluralismo jurídico va más allá de la espontaneidad y propone la existencia de una micro-sociología que permita observar formas institucionales en los llamados pluralismos.

En los años cincuenta y sesenta del siglo XX, antropólogos jurídicos como Sally Engle Merry y John Griffiths (2007) otorgarán una nueva base teórica para pensar el pluralismo jurídico, problematizarán si es correcto denominar “derecho” a estos otros órdenes normativos y diferenciarán entre el pluralismo jurídico clásico y el nuevo pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico clásico parte de la expansión colonial europea que configura la existencia de un derecho occidental junto a un derecho de pueblos autóctonos. La administración colonial acepta la vigencia de “usos y costumbres” de los pueblos indígenas, sometiendo su validez a la coherencia y congruencia con los principios básicos del derecho oficial. Una expresión de este pluralismo la encontramos en la llamada “cláusula de repugnancia” de la *Recopilación de las leyes de Indias* Libro II, Título I, Ley III, que ordenaba:

*Que guarden las leyes que los Indios (sic) tenían antiguamente para su gobierno, y las que hizieren (sic) de nuevo [...] y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro.*

De esta manera, el pluralismo jurídico “clásico” es el resultado de un cruce de dos formas jurídicas, la occidental y la de los pueblos aborígenes (Merry y Griffiths, 2007). El derecho jurídico occidental convierte el derecho de los pueblos indígenas en costumbre e insiste en que es el derecho de una minoría.

El nuevo pluralismo jurídico va más allá de la mera existencia del derecho europeo y de los sistemas jurídicos tradicionales, y pretende mostrar de qué manera se puede encontrar prácticas de derecho en comunidades no necesariamente indígenas, como comunidades marginales, grupos guerrilleros, rondas campesinas; pero también espacios de comercio internacional, como las cámaras de comercio. En consecuencia, cuando se habla del derecho de los pueblos indígenas o, como en este artículo, de la jurisdicción indígena originaria campesina, se está hablando de pluralismo jurídico clásico.

En las décadas de 1970 y 1980, se desarrolla, particularmente en Canadá y Estados Unidos, una corriente denominada multiculturalismo, que combina un liberalismo igualitario con una marcada mirada culturalista del derecho y del Estado, bajo el influjo de la Constitución canadiense de 1982, una de las primeras constituciones que rompe con las ideas de Estadonación y reconoce la pluralidad constitutiva de su sociedad, admitiendo las herencias angloparlantes y francoparlantes como resultado de la migración europea hacia Canadá y la preexistencia de los pueblos indígenas en el territorio que después de la colonización se constituirá en Canadá (Kymlicka, 1996).

A partir de la Constitución de Canadá de 1982, América paulatinamente se abre al reconocimiento jurídico y estatal del pluralismo jurídico, proceso que será acelerado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del

Trabajo (OIT) de 1989, lo que inicia una serie de reformas constitucionales en Latinoamérica, como son las constituciones de Colombia (1991), Perú (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Las últimas reformas constitucionales, en Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, inauguran el llamado constitucionalismo plurinacional y profundizan el reconocimiento del pluralismo jurídico.

Algunos autores, como Raquel Yrigoyen (2011), ven una continuidad entre el multiculturalismo y el plurinacionalismo; otros, como Enrico Buono (2022) ven una ruptura, en la medida en que el plurinacionalismo tiende a cuestionar al liberalismo igualitario y emprende una reconstrucción crítica del Derecho, con un acento no occidental. Más allá de lo que señalen Yrigoyen o Buono, el plurinacionalismo que habita en las constituciones de Ecuador y Bolivia tiene tanto continuidad con el multiculturalismo como ruptura con el mismo; es decir, se trata de un proceso de construcción de un pluralismo jurídico que aún se encuentra en los cauces de su versión clásica y con herencias de colonialidad.

Para finalizar este apartado, cabe mencionar otros debates y caracterizaciones del pluralismo jurídico emergente en los últimos años, como el desarrollado por el profesor holandés André Hoekema (2002), que distingue entre un pluralismo jurídico igualitario –caracterizado por la igualdad entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena– y un pluralismo jurídico unitario –cuando este pluralismo pese a ser reconocido, luego es objeto de un paulatino sometimiento a instituciones estatales–.

Por otro lado, el grupo de estudios del profesor Boaventura de Sousa Santos (2010) ubica al pluralismo jurídico de países como Bolivia como parte de un constitucionalismo experimental

que demanda diálogos y traducciones interculturales; así mismo, el profesor ecuatoriano Ramiro Ávila Santa María (2011, 2019) ha definido al constitucionalismo de Bolivia y Ecuador como un neoconstitucionalismo transformador, que abre cuestionamientos a la hegemonía moderna del Derecho estatal y, en consecuencia, a la existencia de un pluralismo jurídico que, como también sostiene Carlos Wolkmer (2017), se caracteriza por ser emancipador.

En las reflexiones de los pensadores mencionados, la referencia a las constituciones de Ecuador y Bolivia es reiterativa, y es justamente esta potencialidad del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y el ejercicio de sus instituciones jurídicas y políticas la que se eclipsa con normas como la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

### **3.3. Bolivia y el pluralismo jurídico**

Bolivia deja de ser un Estado-nación con la reforma constitucional de 1994, influenciada por la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1991. La reforma de 1994, en su artículo 1, señala que Bolivia es multiétnica y pluricultural; asimismo, en el 171 se reconoce y garantiza la aplicación de normas propias para la resolución de conflictos en comunidades campesinas. De esta manera, la reforma de la Constitución en 1994, crea normas jurídicas que permiten parcialmente desarrollar un pluralismo jurídico clásico y aún conservador; un claro ejemplo ocurre en 1999 con la aprobación del Código de Procedimiento Penal, que en su artículo 28 señala que *“se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena.”*

Todavía se trata, como señalamos, de un pluralismo jurídico clásico, conservador y tolerante, pero que va abriendo el camino a las transformaciones que se darán en 2009, cuando se apruebe la nueva Constitución, la cual profundizará el carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia hacia un Estado Plurinacional Comunitario, en el que el pluralismo jurídico será parte de un proyecto de juridicidad alternativa.

El artículo 1 de la Constitución de 2009 establece que Bolivia es un *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*, el mismo que *se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico*. Esta pluralidad no es otra que *la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y 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*, como expresa el artículo 2 de la referida Constitución.

El catálogo de derechos de los pueblos indígenas se encuentra en el artículo 30 de dicha Constitución, donde destaca el derecho de las naciones y pueblos indígenas a la libre determinación y al ejercicio de sus sistemas de justicia en el marco de sus cosmovisiones.

¿Qué supone para los pueblos indígenas el ejercicio de sus sistemas jurídicos acorde a su cosmovisión? Consideramos que implica el reconocimiento constitucional de un derecho propio, con sus propios valores y principios, como establece el artículo 190 de la misma Constitución.

El artículo 190 también permite entender que las naciones y pueblos indígenas poseen un derecho propio, expresado en términos como *principios, valores culturales, normas y*

*procedimientos propios*. Este derecho propio no puede ir contra los derechos a la vida y a la defensa, expresamente mencionados en el párrafo II del artículo 190.

Según la Constitución de 2009, en su artículo 179.II, la jurisdicción indígena originaria campesina goza de igualdad jerárquica respecto a la jurisdicción ordinaria, aunque para determinar las competencias de una y otra jurisdicción se deberá acudir al Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme lo establece en el numeral 8 del artículo 202 de nuestra Constitución.

Ahora, es necesario señalar que existe un debate respecto a qué casos o materias puede conocer la jurisdicción indígena originaria campesina, esto debido a que la CPE, en su artículo 191.II.2., establece un principio de reserva, pues señala que una norma de deslinde jurisdiccional será la que aclare las materias que puede conocer la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina.

Como se dijo antes, el 29 de diciembre de 2010 se promulgó la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional, para cumplir la reserva de ley del párrafo II del artículo 191 de la Constitución. En el artículo 10 de la Ley 073 se establece el deslinde material. Dada su importancia, se transcribe in extenso, subrayando las partes que ameritan discusión.

*Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL)*

*I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.*

*II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:*

*a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;*

*b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;*

*c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;*

*d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.*

*III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.*

Fuente: Ley No. 073 de Deslinde Jurisdiccional (el subrayado es nuestro)

El párrafo I del artículo 10 enfatiza que, en virtud del derecho a la libre determinación, hay una condición histórica y tradicional que permite a las naciones y pueblos indígenas continuar conociendo los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron. Sin embargo, el párrafo II del mencionado artículo señala una serie de materias que no son de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina. Entonces, se evidencia una aparente contradicción entre el párrafo I y el párrafo II del mismo artículo 10.

Esta aparente contradicción fue resuelta por el Tribunal Constitucional Plurinacional, inicialmente en su Sentencia SCP 0037/2013 del 4 de enero de 2013 y con mayor claridad en sus sentencias SCP 0764/2014 del 15 de abril de 2014 y SCP 006/2019 del 6 de febrero de 2019. Una vez más, dada la importancia de estas sentencias, transcribimos algunos fragmentos de las mismas.

*[D]ebe tenerse en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de los hechos para el ejercicio de la jurisdicción indígena.*

Fuente: SCP 0037/2013

*En efecto, de acuerdo a los principios de progresividad y de favorabilidad para el ejercicio pleno y eficaz del derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, postulado que encuentra sustento en una interpretación armónica de los Arts. 13.I, 256 y 2 de la CPE, se tiene que todos los actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus normas, procedimientos propios y saberes son de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina, por tanto, el ámbito de aplicación material de esta jurisdicción, debe ser interpretado de la manera más amplia y progresiva posible, para que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y el respeto al ejercicio pleno de la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El postulado expuesto, constituye precedente jurisprudencial vinculante<sup>3</sup>.*

Fuente: SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 (el subrayado es nuestro)

*Respecto al Art. 191.II.2 de la CPE, respecto al ámbito de vigencia material, establece que la jurisdicción indígena originaria campesina: “conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional, pese a ello, a este Tribunal Constitucional Plurinacional le resulta absolutamente claro que las comunidades indígena originario campesinas vienen conociendo desde la antigüedad todas las controversias surgidas en la misma de forma que cuentan con la presunción de competencia por su situación histórica de desventaja*

---

<sup>3</sup> Extracto de la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014, el subrayado es nuestro.

respecto a la jurisdicción ordinaria por lo que la interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe efectuarse de tal manera que lo inhibido a la jurisdicción indígena originaria campesina sea el resultado de una interpretación sistemática del texto constitucional de donde resulte que la exclusión de un 'asunto' de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina busque de manera evidente y clara en el caso concreto proteger un bien jurídico de entidad nacional o internacional de acuerdo a las particularidades del caso concreto”.

Fuente: SCP 006/2019 (el subrayado es nuestro)

De lo establecido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante su reiterada jurisprudencia, se puede concluir que la normativa internacional de derechos de los pueblos indígenas no restringe la competencia material de la jurisdicción indígena; asimismo, respecto a la aplicación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, esta debe interpretarse de manera que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y del principio de libre determinación de los pueblos indígenas, lo que significa que se debe presumir la competencia del pueblo indígena originario campesino. Entonces, ¿en qué queda el parágrafo II del artículo 10 de la Ley 073?

Una respuesta tentativa es que si el pueblo indígena originario campesino conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conoció bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, posee competencia en virtud de su derecho a la libre determinación; si no, se aplica el parágrafo II del artículo 10.

El artículo 203 de la CPE señala que las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de

carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno. Asimismo, la Sentencia Constitucional SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 precisa que el postulado expuesto constituye precedente jurisprudencial vinculante.

Por lo señalado, el pluralismo jurídico está en plena vigencia en Bolivia y su impronta (su presencia) precisa de una reelaboración teórica que aleje nuestro imaginario jurídico del monismo jurídico, y se abra a un derecho plural. Esta reelaboración teórica precisa impactar en una nueva cultura jurídica que posibilite la formación de abogados, fiscales y jueces en los lineamientos de un Derecho plural, que permita la vigencia y vivencia del pluralismo jurídico establecido por la Constitución de 2009 y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

Desde la promulgación de la Ley 073, una serie de voces ha cuestionado la necesidad de esta norma. Primero, porque fue promulgada en una fecha en la que la Asamblea Legislativa Plurinacional se encuentra en receso y, segundo, porque el clima de conflictividad social no permitió reacción alguna por parte de las organizaciones indígenas y campesinas de Bolivia, porque días antes el gobierno de Evo Morales había levantado la subvención a la gasolina y otros combustibles<sup>4</sup>, generando movilizaciones y conflictos que llevaron a la abrogación de la medida.

En múltiples foros y cumbres que tratan el tema de la justicia en Bolivia, se cuestiona una y otra vez la necesidad de modificar o abrogar la Ley de deslinde. Sin embargo, podemos sostener, con

---

4 Puede complementarse en este sitio: [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/12/101227\\_bolivia\\_combustible\\_repercusion\\_smink](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/12/101227_bolivia_combustible_repercusion_smink) (visitada el 1 de febrero de 2025).

base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, algunas conclusiones, a modo de respuestas a dichas demandas:

a) Ni la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas ni el Convenio 169 de la OIT establecen un deslinde de materias, y siendo estos instrumentos internacionales en derechos humanos, los mismos son considerados como parte del Bloque de Constitucionalidad y, en consecuencia, de aplicación preferente respecto a las normas infraconstitucionales.

b) La noción de libre determinación de los pueblos indígenas, que está tanto en la Constitución boliviana como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no establece una limitación respecto al ejercicio del derecho propio de los pueblos indígenas.

c) La uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado que la interpretación de la Ley de deslinde debe realizarse de manera armónica con lo establecido por la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, estableciendo que *“todos los actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus normas, procedimientos propios y saberes son de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina”* (SCP 0764/2014); asimismo *“las comunidades indígena originario campesinas vienen conociendo desde la antigüedad todas las controversias surgidas en la misma de forma que cuentan con la presunción de competencia”* (SCP 006/2019).

d) Si fuera necesaria una reforma de la Ley de deslinde, debería ser aquella que modifique su artículo 10 de la siguiente manera:

**La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación. La exclusión de alguna materia o asunto de la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina solo procederá si se tratase de un bien jurídico de entidad nacional o internacional de acuerdo a las particularidades del caso concreto.**

Por todo lo referido, se puede concluir que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional superó a la Ley de Deslinde Jurisdiccional, creando algunos criterios y pautas de valoración para que la administración de justicia sea efectiva, plural y otorgue a todos los bolivianos certeza sobre el cumplimiento de la Constitución y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

No debe olvidarse que la libre determinación, establecida tanto en el artículo 2 de la Constitución como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, debe ser entendida como una base fundamental del Estado, como un derecho y como un principio, tanto para la regulación legislativa infraconstitucional como para la aplicación de la Constitución en sede judicial o en la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional.

## REFERENCIAS

- Ávila Santa María, Ramiro. 2011. *El constitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ed. AbyaYala.
- Ávila Santa María, Ramiro. 2019. *La Utopía del oprimido. Los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. México: Akal.
- Buono, Enrico. 2022. *La questione plurinazionale nel diritto pubblico comparato*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Carbonell, Miguel (Ed). 2005. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Courtis, Christian. 2006. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta
- Ehrlich, Eugen. 2005. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Engle Merry, Sally; Griths, John; et al. 2007. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, Miguel (Ed). 2005. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 2020. *Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Gurvitch, Georges. 1945. *Sociología del derecho*. Rosario: Editorial Rosario.
- Habermas, Jürgen. 2008. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz
- Hobbes, Thomas (2002) [1666]. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Madrid: Tecnos.
- Kymlicka, Will. 1996. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós.

- Nino, Carlos Santiago. 1995. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Sousa Santos, Boaventura de; Araújo, Sara; Aragón Andrade, Orlando. 2021. *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*. México: Akal.
- Sousa Santos, Boaventura de. 2010. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural.
- Yrigoyen, Raquel. 2011. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. En Rodríguez, César. 2011. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Recopilación de las leyes de Indias*, en Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Edición facsímil, en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1998-62](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1998-62) visitada el 2 de octubre de 2023.
- Wolkmer, Antonio Carlos. 2017. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. México: Akal.

# LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

*Basic guarantees of due process and the constitutionalization of indigenous justice in Ecuador*

DOI: 10.69633/bkq65970

Recibido: 22/11/2024 Aceptado: 16/02/2025

\*Cristian Peralta Vásquez

<https://orcid.org/0009-0001-4546-6088>

Fiscalía General del Estado (Ecuador)

Universidad Católica de Cuenca - Sede Azogues

peraltavc@fiscalia.gob.ec

## RESUMEN

A partir de un análisis de las garantías básicas del derecho al debido proceso y su aplicación formal en el ámbito de la justicia indígena en Ecuador, este artículo estudia los lineamientos determinados en la Constitución de 2008 y las leyes emitidas por la Asamblea Nacional respecto a este tópico, y cómo la Corte Constitucional ecuatoriana, en el ámbito del control constitucional, interpreta la aplicación del debido proceso en el sistema jurídico indígena, ya que no se ha llegado a establecer con claridad los alcances y límites de las garantías del derecho al debido proceso en relación al derecho indígena, lo cual, incide en el libre desarrollo de la autonomía legislativa y jurisdiccional de esta justicia.

**Palabras clave:** *debido proceso, jurisdicción indígena, jurisprudencia constitucional, derechos, garantías.*

\*Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador; Especialista en Derecho Procesal Penal. Magister de Derecho Mención en Derecho Procesal; Doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Central; Agente Fiscal de la Fiscalía General del Estado en Ecuador desde el año 2014 hasta la actualidad.

## ABSTRACT

Based on a synthetic analysis of the basic guarantees of the right to due process and their formal application in the field of indigenous justice in Ecuador, this article analyzes the guidelines established in the 2008 Constitution and the laws issued by the National Assembly regarding this topic, and how the Ecuadorian Constitutional Court, in the field of constitutional control, interprets the application of due process in the indigenous legal system. Since the scope and limits of the basic guarantees of the right to due process in relation to indigenous law have not been clearly established, which affects the free development of the legislative and jurisdictional autonomy of indigenous justice.

**Keywords:** *due process, indigenous jurisdiction, constitutional jurisprudence, rights, guarantees.*

## INTRODUCCIÓN

El debido proceso es de origen anglosajón; significa la potestad de los justiciables de acceder a la tutela judicial efectiva a través de un procedimiento en el que se observen principios y garantías de derecho, concluyendo en un fallo justo, razonable y proporcional (Bandrés, 1992).

En la Constitución ecuatoriana aprobada en 1998, para describir esta normativa se utilizaba la expresión “garantías del debido proceso”. En la Constitución promulgada en 2008 al referirse a esta norma procesal, se estableció que en toda causa en que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, pese a que se lo había incluido entre los derechos de protección; sin embargo, el constituyente luego denominó esta normativa también como “derecho al debido proceso y de sus garantías básicas”.

Por otro lado, la constitucionalización de la justicia indígena en Ecuador se concretó en la Constitución de 1998 y se ratificó en la de 2008 (Llasag, 2021). Esto implicó una ruptura con el

sistema normativo ordinario, un cambio de paradigma en el contenido normativo procesal, pues se advirtió que las fuentes de la justicia indígena se sostienen en tradiciones ancestrales y en su derecho propio. En ese sentido, se estableció que las autoridades indígenas apliquen normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos. Esta situación trajo consigo una serie de interrogantes sobre la vigencia de las garantías básicas del derecho al debido proceso en la justicia indígena. Cuestionantes respecto a: el ámbito de competencia de la justicia indígena, la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones, la aplicación del doble conforme o, simplemente, cuál es la situación del derecho a la defensa, entre otros temas.

Aquí es valiosa la opinión de Díaz (2020), quien afirmó que el derecho al debido proceso es un límite para la jurisdicción especial indígena, lo que implica que ésta cumpla determinadas reglas, pero acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad que se trate (p. 30). Con todo, este autor también interpuso una enérgica postura contra una posible desnaturalización de la justicia indígena, en cuanto a los métodos de sanción que, según él, en este sistema no se tutela los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Díaz, 2020, p. 64).

Es importante también la reflexión de González (2020), quien recordó que la Corte Constitucional ecuatoriana estableció la imposibilidad de exigir la aplicación de los preceptos procesales ordinarios a la justicia indígena. Por este hecho, advierte que no es posible imputar violación al debido proceso a los métodos de resolución de conflictos que ejerce la jurisdicción indígena con base en sus costumbres y prácticas tradicionales (p. 637).

Por otro lado, es significativo el aporte de Bourgeat (2023), que propone una equivalencia entre los procedimientos de la justicia indígena y los de la mediación, para la resolución alternativa de conflictos. Advierte, además, contra el hecho de que muchas personas no informadas adecuadamente, distorsionan la justicia indígena y la relacionan con formas de linchamiento y tortura, cuestiones que naturalmente la distanciarían del debido proceso. Ante esto, sostiene que los métodos de resolución de conflictos, como la mediación indígena, tienen que ser reconocidos y no limitados (p. 141). Por su parte, Montalvan (2019) apunta que el concepto de debido proceso significa una interconexión entre el sistema jurídico ordinario y el indígena; es más, constituye un buen ejemplo de la hibridación del derecho que propone Boaventura de Sousa Santos (p. 166).

Desde la jurisprudencia referida a esta temática, es importante la sentencia Nro. 1-11-EI/22 emitida por la Corte Constitucional de Ecuador (2022) respecto a la aplicación de las garantías del derecho al debido proceso en la justicia indígena. Esta Corte determinó que “el derecho al debido proceso y sus garantías deben ser comprendidos en forma intercultural, es decir, discerniendo los elementos comunes y diferenciales entre la cultura mestiza y la cultura indígena, a fin de brindarles igual consideración y respeto” (p. 15).

De las anteriores opiniones, se advierte que la aplicación de las garantías del derecho al debido proceso en la justicia indígena es una situación en constante debate en la doctrina. Por parte de la jurisprudencia constitucional, se dispone una combinación de reglas y principios como base del debido proceso; para el caso de la justicia indígena se insiste en el componente intercultural.

No obstante, se tiene que diferenciar las garantías básicas del derecho al debido proceso establecidas en el artículo 76 de la Constitución de 2008, frente a la definición legislativa del debido proceso en el ámbito de la justicia indígena inscrita en el artículo 66 numeral cuarto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo que da cuenta de un componente valorativo diferenciado.

Es así, que resulta importante analizar los lineamientos generales del debido proceso en el derecho indígena desde la jurisprudencia, la Constitución y la ley, en razón de que en la actualidad no existe claridad en ese aspecto. En torno a estas situaciones, se plantea el siguiente problema científico a ser tratado en este artículo: ¿Cuáles son los alcances y límites de las garantías básicas del derecho al debido proceso en el sistema de justicia indígena en Ecuador?

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

Para atender la pregunta señalada, se reflexiona sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso en el contexto de la justicia indígena. Se parte del análisis de la supremacía de la Constitución y el reconocimiento constitucional de la justicia indígena en Ecuador. Asimismo, se estudian críticamente las normas jurídicas aprobadas por la Asamblea Nacional con posterioridad a la aprobación de la Constitución de (2008), de manera especial, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) (LOGJCC).

También se revisan las resoluciones de la Corte Constitucional de Ecuador (en adelante Corte Constitucional o simplemente Corte) relacionadas con el debido proceso en la perspectiva del derecho indígena, para relacionarla con la bibliografía actualizada y pertinente al problema planteado. Todo ello, con

base en metodológica de análisis e interpretación hermenéutica de la normativa y jurisprudencia.

## **RESULTADOS Y ANÁLISIS**

### **Influencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Desde la jurisprudencia, en primer lugar se identifica el principio de supremacía constitucional de la Constitución ecuatoriana. Así, en la sentencia Nro. 018-18-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional (2018), se advierte que “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, por lo que todos los actos emanados del poder público deben guardar conformidad con su contenido” (p. 93).

En ese sentido, la Corte Constitucional precisó la obligación de aplicar de manera directa las normas materialmente constitucionales y formalmente recogidas en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Esto implica el deber de las autoridades administrativas de garantizar la rigidez y obligatoriedad de los preceptos constitucionales, situación que se enmarca en el contexto de un Estado constitucional de derechos y justicia, cuya finalidad es consolidar en la sociedad ecuatoriana una cultura constitucional. (Sentencia Nro. 098-17-SEP-CC, 2017, p. 19)

Adicionalmente, la Corte Constitucional (2021) en la sentencia Nro. 1644-14-EP/21 determinó que “el principio de aplicación directa de la Constitución adquiere una trascendencia constitucional en un Estado constitucional de derechos y justicia, la cual otorgó una importancia fundamental a la supremacía de la norma fundamental como límite a las actuaciones del poder público” (p. 10). En tal sentido, la Magistratura precisó que

las normas contenidas en la Constitución gozan de legitimidad democrática, incluso por encima de las leyes, en tanto que estas últimas no pueden contravenir el texto constitucional, debido precisamente al principio de supremacía constitucional (Sentencia Nro. 1364-17-EP/23, 2023, p. 17).

### **El Pluralismo Jurídico desde la mirada de la Corte Constitucional**

Respecto al pluralismo jurídico en Ecuador, existen sentencias dictadas por la Corte Constitucional; en la Nro. 113-14-SEP-CC, emanada en 2014, estableció que:

Al asumir el Estado ecuatoriano el paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia se precautela el reconocimiento de los derechos de las personas individualmente, pero también el derecho de las colectividades que lo integran. Por ende, reconociendo la existencia de las colectividades pertenecientes a minorías étnicas, se protege integralmente sus derechos, respetando sus costumbres y tradiciones, evitando subordinarlos a una cultura nacional mayoritaria, distinta a su cosmovisión propia (p. 14).

En tal sentido, la Magistratura advirtió que en las sociedades modernas paulatinamente se vino reconociendo la diversidad cultural existente en sus territorios, por eso se ha consagrado como un principio en sus constituciones. Además, señala que estas circunstancias no son exclusivas de Ecuador, sino que son comunes en gran parte de la región.

Así, la Corte Constitucional (2022) emitió el dictamen Nro. 3-22-OP/22, que estableció que la Constitución ecuatoriana resalta el carácter plurinacional del Estado, precisando que “uno de los cambios que introdujo el texto constitucional de

2008 fue el reconocimiento del pluralismo jurídico, es decir, que si bien el Estado se concibe como uno solo —carácter unitario—, permite la coexistencia de otras jurisdicciones” (p. 62). La Magistratura dejó sentado, entonces, que la Constitución de Ecuador mantiene su carácter de plurinacional y reconoce el derecho propio de las comunidades y pueblos indígenas.

Esta misma línea de argumentación sigue la sentencia Nro. 256-13-EP/ 21, emitida por la Corte Constitucional (2021), que exalta la potestad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ejercer su derecho propio. La Magistratura determinó que “...por el derecho propio, las autoridades indígenas observan y aplican principios, valores, normas, procedimientos y las tradiciones ancestrales de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades...” (p. 12); señalando además que la función jurisdiccional a la que hace referencia la Constitución significa la facultad o poder de administrar justicia que tienen las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas a través de sus autoridades.

### **Las garantías básicas del derecho al debido proceso desde la jurisprudencia**

Respecto al debido proceso, la Corte Constitucional (2013) instituyó su definición como derecho, principio y garantía. Así, en la sentencia Nro. 099-13-CC se determinó que el debido proceso es el “conjunto de derechos y garantías propias del accionado o parte demandada, así como las condiciones de carácter sustantivo y procesal, que deben cumplirse en procura de que quienes son sometidos a procesos en los cuales se determinen derechos y obligaciones” (p. 8). Además, la Corte caracterizó al debido proceso como una garantía frente a posibles arbitrariedades por parte de los órganos judiciales y administrativos.

Esta misma instancia, añadió que la Acción extraordinaria de protección es un mecanismo de control constitucional que busca el cumplimiento de las garantías del debido proceso en las decisiones jurisdiccionales, lo que se activa una vez agotados los mecanismos ordinarios. Por esto, la sentencia Nro. 077-12-SEP-CC de la Corte Constitucional (2012) dispuso que la Constitución y la LOGJCC estatuyan dicha acción con la finalidad de tutelar “el debido cumplimiento, observancia y respeto de los derechos determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en lo que respecta al debido proceso y a la prestación de una tutela judicial efectiva en los procesos judiciales” (p. 7).

Complementariamente, la sentencia Nro. 218-12-SEP-CC de la Corte (2012) determinó que la acción extraordinaria de protección “procede exclusivamente contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución” (p. 5). No obstante, se dispuso que si bien la regla general para activar este recurso es la interposición de todos los recursos ordinarios, cabe la excepción cuando dicha falta de interposición no sea atribuible a la negligencia del titular del derecho vulnerado.

En otro aspecto, la Corte advirtió una conexión entre la garantía del debido proceso y el principio de seguridad jurídica, como indica la sentencia Nro. 9-22-IN de la Corte (2022):

La seguridad jurídica comprende tanto un ámbito de certidumbre como uno de previsibilidad. El primero se refiere a brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad, y el segundo permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro (p. 22).

La Corte estimó la importancia de contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente. En su sentencia Nro. 043-13-SEP-CC de 2013 establece que la seguridad jurídica se debe entender como la “garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela” (p. 8). De esta manera, la Corte dejó claro que la seguridad jurídica implica la certeza práctica del derecho, que se traduce en la seguridad de conocer lo prohibido, lo permitido y el mandato del poder público.

Además, determinó que el derecho a la tutela judicial es resultado de la aplicación del debido proceso; así, en su sentencia Nro. 039-13-SEP-CC de 2013 declaró que el derecho a la tutela judicial tiene relación con el acceso a la justicia y a la protección de los derechos y garantías ciudadanas (p. 11). Advirtió, por ejemplo, que la falta de citación formal y legal al demandado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Adicionalmente, dejó sentado que el derecho a la defensa, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica son parte de reglas, principios y garantías del debido proceso (p. 13).

La misma Corte señala el derecho a la defensa como un elemento del debido proceso. En la sentencia Nro. 181-15-SEP de 2015 remarca que “el derecho a la defensa representa el parámetro fundamental en el que se sostiene el debido proceso, y por lo tanto, se constituye en una trascendental garantía básica procesal” (p. 9). En este sentido, subrayó que el derecho a la defensa es un principio jurídico constitucional, procesal y sustantivo, por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas dentro de determinado proceso judicial o administrativo, con el fin de acceder a una correcta

administración de justicia. Línea argumentativa que ha venido sosteniendo en el tiempo (Sentencia Nro. 099-13-SEP-CC, 2013, p. 9).

Otro aspecto resaltado por la Corte Constitucional es el derecho a recurrir al fallo jurisdiccional, como parte del derecho a la defensa y, por tanto, adscrito al debido proceso. En esto, la sentencia Nro. 366 -12 EP/19, afirmó que el derecho a recurrir “es la expresión del derecho a la defensa y está estrechamente vinculado con la garantía de doble instancia, específicamente con la posibilidad (de) que una resolución judicial relevante, dictada dentro de un proceso, sea revisada por el órgano jerárquicamente superior” (p. 6).; dejando claro que su objetivo es subsanar posibles errores u omisiones judiciales que se hayan cometido en el proceso.

En otra línea argumentativa, la Corte Constitucional previno que toda resolución de autoridad judicial, administrativa o de cualquier índole, tiene que ser debidamente motivada, es decir, explicar las razones por las que se tomó determinadas decisiones. De esa manera, la Corte Constitucional (2019) precisó:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía de las partes procesales frente a la arbitrariedad judicial e impone a los jueces la obligación de, al resolver las causas, expresar las razones o las justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión, enunciando las normas y principios jurídicos en que se funda y explicando la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (p. 3).

La Magistratura dispuso que la debida motivación está inscrita en la Constitución como una garantía del debido proceso, y que “constituye una barrera a la arbitrariedad judicial para garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia” (Sentencia Nro. 1357-13-EP/20, 2020). En esta medida, la se dejó en claro que la motivación de una sentencia no puede limitarse a citar normas y resumir los antecedentes del caso, sino que exige justificar, por medio de un análisis lógico y coherente, la resolución a la que arribó, mediante la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los hechos del caso.

### **El Debido Proceso en la Justicia Indígena desde la jurisprudencia**

El tratamiento y aplicación de las garantías básicas del derecho al debido proceso en el ámbito de la justicia indígena en Ecuador ha sido escasamente desarrollado por la Corte Constitucional. No obstante, en la sentencia Nro. 1-11-EI / 22, la Corte (2022) se determinó que en la justicia indígena “no corresponde una observancia rígida de las garantías reconocidas en el artículo 76 de la Constitución, sino verificar que la decisión adoptada por la autoridad indígena haya respetado el debido proceso y el derecho de defensa” (p. 16); la Magistratura además precisó que el debido proceso en este ámbito deberá ser considerado como un principio y valor constitucional, a fin de asegurar un resultado atinente a derecho.

En consecuencia, la Corte advirtió la necesidad de formar un criterio de comprensión intercultural entre los sistemas jurídicos, para la efectiva tutela de derechos; con esto, en la sentencia Nro. 4-16-EI /21 ordenó que al ejercer un control constitucional sobre decisiones de la jurisdicción indígena

(esto es, sobre violaciones al debido proceso o al derecho a la defensa), solo cabe analizarlas “a partir de las normas y procedimientos propios de las comunidades y con observancia del principio de autonomía de las decisiones” (p. 9). Por esto, la Corte previó que en el control constitucional de estas decisiones jurisdiccionales, se deberá considerar que cada comunidad posee una cultura específica, con prácticas concretas en las que se manifiesta dicho procedimiento.

La Magistratura estipuló una interconexión entre las normas infraconstitucionales y la Constitución con respecto al debido proceso en la jurisdicción indígena. En tal sentido, mediante la sentencia Nro.1-12-EI/21, la Corte Constitucional (2021) resolvió que el reconocimiento de la justicia indígena “guarda estrecha relación con las disposiciones constitucionales en donde se establecen principios y reglas cuya finalidad es la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria” (p. 40). Por consiguiente, estableció que la relación entre estos sistemas de justicia garantiza el derecho al debido proceso atendiendo los principios constitucionales de interculturalidad y plurinacionalidad.

Por otro lado, se constató que la Corte considera aspectos estructurales del derecho indígena sin establecer los fundamentos del debido proceso. Así, mediante la sentencia Nro. 1-15-EI/21, la Corte Constitucional (2021) aclaró que “por derecho propio, las autoridades indígenas observan y aplican principios, valores, normas, procedimientos y las tradiciones ancestrales de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades” (p. 10). De modo que el derecho propio se sustenta sobre la base de valores y cosmovisión de cada comunidad indígena. Por esta razón, la Corte entiende la interpretación intercultural como un “proceso de determinación de significados de disposiciones normativas, así como de costumbres y hechos con relevancia

jurídica, definidos a partir del diálogo entre culturas diversas, en condiciones de igualdad” (Sentencia Nro. 112-14-JH/21, 2021).

En la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, la Corte Constitucional (2014) también manda a que el derecho indígena debe mantener el carácter de predictibilidad en sus procesos; disponiendo que “las normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos internos deben ser predecibles y aplicados únicamente a sus conflictos internos y dentro de su territorio” (p. 24). No obstante, la Corte reiteró que es un derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas ejercer sus formas propias de justicia, en el marco de la plurinacionalidad e interculturalidad, al resolver sus conflictos y administrar justicia (Sentencia Nro. 134-13-EP/20, 2020, p. 7).

La Corte ratificó que por derecho propio se entiende que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas regulan la organización social, designan autoridades, resuelven conflictos internos, definen derechos y obligaciones de los miembros, modifican, adaptan y crean sus normas, con base en su cultura y costumbres (Sentencia Nro. 1779-18-EP/21, 2021, p. 12). De esta manera, la Magistratura (2019) en el dictamen Nro. 5-19-RC/19 definió que la fortaleza de la justicia indígena en Ecuador depende del respeto del Estado a la diversidad de los sistemas indígenas y a la autonomía de los sistemas individuales, lo que permitiría un diálogo entre la justicia indígena y la justicia ordinaria (p. 7).

En cuanto al control constitucional de las decisiones jurisdiccionales dictadas por las autoridades indígenas, la Corte Constitucional estableció que la acción extraordinaria no constituye una instancia de apelación, ya que no corresponde juzgar la corrección o convivencia de las resoluciones de dichas autoridades indígenas. No obstante, aclaró que el único fundamento de intervención de la Corte se limita a determinar y reparar vulneraciones de derechos constitucionales, aunque

esta intervención se la hará desde una perspectiva intercultural (Sentencia Nro. 2-14-EI/21, 2021, p. 18).

Con todo, la Corte dispuso que a pesar de reconocer la autonomía del derecho propio de los pueblos indígenas, esto tendría límites constitucionales, como el respeto a los derechos establecidos en la Constitución para las personas que regula. De tal manera, explica que esto no pueda quedar fuera del control constitucional, pero en el marco del Estado plurinacional e intercultural, es decir, respetando el principio de máxima autonomía y mínima intervención estatal (Sentencia Nro. 36-12-IN/20, 2020, p. 9).

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

### **El debido proceso y sus garantías básicas**

Se debe advertir que los derechos fundamentales no han sido instituidos por las constituciones, pues estas se limitan a reconocerlos. Desde la teoría liberal de los derechos individuales, se asume que la legitimidad de los derechos fundamentales no radica en el reconocimiento estatal, sino que el Estado tiene legitimidad en cuanto se constituye en expresión y garantía de tales derechos (García, 1999). De esa manera, los Estados constitucionales generalmente reconocen el debido proceso como un derecho, y en esa medida se es un derecho fundamental.

Por otra parte, se debe tener presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) establece una serie de garantías judiciales, que están estrechamente relacionadas con las garantías básicas del derecho al debido proceso, aunque no se les denomina de esa forma, de modo que los Estados parte de la Convención están obligados a adaptar su legislación a estas garantías inscritas en dicha Convención.

No obstante, el hecho de que un tratado internacional contenga una declaración de derechos fundamentales no le da el rango de precepto constitucional, bajo el entendimiento de que la misma Constitución le otorga una jerarquía supralegal, pero infraconstitucional. Cuestión diferente, es que se sostenga que en materia de derechos fundamentales ese tratado tenga jerarquía constitucional, pues, se debe considerar que no está en manos del constituyente ni de ningún poder del Estado. En todo caso, se constata que el debido proceso, visto como un derecho, no es una creación de la Constitución, sino que proviene del reconocimiento de derechos alcanzados y ratificados en documentos internacionales.

En Ecuador, la Constitución de 1998 utilizaba la expresión “garantías del debido proceso” para describir las normas del debido proceso. Sin embargo, en la Constitución de 2008 se ordenó que en todo proceso que trate sobre derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, pese a haberlo fundamentado como un derecho de protección. Entonces, se puede afirmar que la Constitución de 2008 no es uniforme al referirse al debido proceso, pues se lo trata como un derecho, como una garantía y como un principio constitucional.

Por esta razón, se debe advertir que la Constitución de 2008 no presenta una definición concreta sobre el debido proceso en la justicia ordinaria, tampoco respecto al debido proceso en la justicia indígena. Sin embargo, esta misma Constitución dispone una serie de garantías básicas que deben ser observadas en todo proceso, como la presunción de inocencia, el derecho al juez natural, la legalidad de la prueba, la proporcionalidad en las sanciones, el derecho a la defensa, entre otros. Esto significa que el debido proceso se estructura sobre la base de reglas, principios y derechos establecidos en la Constitución

y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que son desarrollados en las leyes emanadas por el órgano legislativo.

No deja de ser importante lo señalado en el artículo 76 de la Constitución de 2008, donde se define que el debido proceso es un derecho y que por esto se prevé su aplicación en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones. Asimismo, dispone que toda autoridad, sea administrativa o judicial, cumpla las normas y la tutela de los derechos.

Sin embargo, se debe advertir, que el concepto “debido proceso” no se limita a las garantías básicas inscritas en el artículo 76 de la Constitución. El debido proceso implica un concepto más extenso, que incluye la tutela de una serie de derechos procesales, garantías, principios, valores constitucionales y la observancia a las garantías judiciales establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Por otro lado, es valioso lo establecido en el artículo 77 de la Constitución de 2008 que dispone que “En todo proceso penal en el que se haya privado de libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas...” (p. 38). De aquí se deduce que la Constitución, además de fijar garantías para la generalidad de procedimientos, dispone algunas garantías específicas para el derecho penal, sin que esto signifique que son las únicas que se tienen que garantizar. En ese sentido, el constituyente estableció que las personas en conflicto con la ley penal tienen un tratamiento especial o, por lo menos por su situación judicial, parámetros especiales y exclusivos de cara a los demás procesos. Esto tiene su razón, pues la persona por el hecho de enfrentar un proceso penal y posiblemente su libertad, no pierde los demás derechos, ya que los mismos tienen que ser tutelados por el mismo hecho de la dignidad humana.

Desde otra perspectiva, el artículo 169 de la Constitución (2008) declara que el “sistema procesal es un medio para la realización de la justicia” (p. 94); para ello, determina una serie de principios constitucionales, ubicándolos frente a la garantía del derecho al debido proceso; es decir, el constituyente diferencia principios de garantías. No obstante, es conocido que el concepto debido proceso está compuesto por reglas, principios, derechos y garantías. En este sentido, las garantías no solo deben ser entendidas como tutela de derechos, sino también como medios jurídicos de naturaleza procesal, que están orientados justamente a la reintegración del orden constitucional cuando éste ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder.

Asimismo, es significativo lo dispuesto en el artículo 426 de la Constitución de 2008, que contempla la obligación de los jueces de aplicar directamente las normas constitucionales y las que se encuentran establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (p. 128). Si partimos de este postulado, se ha de establecer que el debido proceso es un derecho definido en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por tanto, los administradores de justicia tendrán la obligación de tutelar el cumplimiento de las reglas, principios y garantías que componen el derecho al debido proceso.

Desde la doctrina se ha sentado que el debido proceso en Ecuador tiene un fundamento constitucional, el cual incide principalmente en el aspecto procesal en toda materia. Pero esto no significa que no exista un debido proceso sustantivo. En este sentido, es importante lo dicho por Durán (2021), quién advirtió que el debido proceso legal es un concepto moderno relacionado con la validez y legitimidad de un proceso judicial, por medio del cual se puede cumplir el objetivo y finalidad de un fallo justo (p. 1092).

En consecuencia, se podría asumir el debido proceso como un haz de derechos, reconocidos a la vez todos ellos como derechos fundamentales. Aquí se incluyen, los principios y garantías, así como el derecho a la defensa; los principios de igualdad de armas, de contradicción, de publicidad, de aceleración procesal, de presunción de inocencia, entre otros. Todos ellos, con la finalidad del obtener una decisión jurisdiccional justa.

También es valiosa la opinión de Tiche (2023), que apuntó que el debido proceso es una actividad judicial que se direcciona a resolver pretensiones, basada en principios que tienen el objetivo de justicia y están particularizados en las normas de procedimiento (p. 289). Si bien esta opinión es importante, hay que precisar que el debido proceso no solamente opera en el campo judicial, sino también en el administrativo y en cualquier otra materia, ya que la Constitución ecuatoriana establece que en todo proceso donde se determine derechos y obligaciones se asegurará el derecho al debido proceso.

En esta línea, Cedeño (2023) argumentó que los principios de igualdad y contradicción son los que fundamentan al debido proceso en el campo judicial, lo mismo que el derecho de defensa en su dimensión jurídica y constitucional (p. 1518). Esto tiene sentido, ya que el debido proceso abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la verdadera defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Por tanto, el debido proceso es una herramienta procesal eficaz para tutelar formal y materialmente los derechos de los sujetos del proceso judicial.

Las anteriores definiciones demuestran la importancia del debido proceso y sus garantías en el sistema procesal ecuatoriano, por ser un instrumento de protección de los derechos de los justiciables. El debido proceso no solo es

legal sino también constitucional, en razón de que su principal función es facilitar una línea procedimental compuesta de principios, reglas y garantías, a fin de que el proceso se dirija sin menoscabo de los derechos de las personas sometidas a consideración judicial. De esta manera, el debido proceso y sus garantías se presentan como el principal medio de la tutela judicial y efectiva en el sistema procesal ecuatoriano.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la Corte Constitucional ecuatoriana ha profundizado el significado del debido proceso, estableciendo que constituye un conjunto de derechos y garantías de carácter sustantivo y procesal. Es decir, la Magistratura ya no asume al debido proceso con simple carácter procesal, sino que amplía su espectro a la parte sustantiva. Esto muestra una adecuada línea argumentativa de esta alta Corte de justicia constitucional, que precisamente tiene la obligación de desarrollar el contenido de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha precisado que su función encuentra sustento en el control constitucional, pero no solo de las normas jurídicas, sino también de las decisiones de orden jurisdiccional o constitucional que sean de última instancia. Esto se debe a que su fundamento es controlar la arbitrariedad de los jueces y la tutela del cumplimiento del debido proceso y los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La jurisprudencia constitucional ha establecido necesaria la aplicación de los principios constitucionales, como el de seguridad jurídica, el cual tiene conexión directa con el debido proceso. En este sentido, la Magistratura sostiene que con base en este principio, se asegura la regularidad de los procedimientos y se evita arbitrariedades de los administradores de justicia. De

otro lado, la Corte advierte que el derecho a la tutela judicial se conecta directamente con el acceso a la justicia y a la protección de derechos y garantías, lo cual también tiene que ver con la aplicación de las garantías del derecho al debido proceso.

En diferente línea argumentativa se ubica la Corte Constitucional, que exalta el derecho a la defensa como un elemento del debido proceso, como también resalta el derecho a recurrir al fallo jurisdiccional, esto como un elemento fundamental del derecho a la defensa. Además, distingue que la motivación se constituye como una garantía de los justiciables, y una obligación para la autoridad judicial o administrativa.

En definitiva, se podría desarrollar muchos argumentos de la Corte Constitucional relacionados con las garantías básicas del derecho al debido proceso. No obstante, de forma general, se puede establecer que la Corte asume el debido proceso como un concepto meta complejo; es decir como un conjunto de derechos, principios, reglas y garantías estatuidos en la Constitución, las normas infraconstitucionales y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que tienen en común la tutela judicial de los sujetos sometidos a consideración judicial.

### **El Pluralismo Jurídico en Ecuador**

El reconocimiento constitucional de la justicia indígena se adscribe al tratamiento del pluralismo jurídico. Es un tema de reciente data, que surge a partir de instrumentos jurídicos internacionales que superaron la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La cuestión alcanzó su máxima expresión en el Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos

Indígenas y Tribales (1989); aquí se produce un verdadero salto cualitativo en garantizar el desarrollo de un Estado pluralista (Martínez, 1999, p. 67). Este instrumento internacional pretendió la democratización del Estado y la sociedad, partiendo de la existencia de la pluralidad de lenguas, de la pluralidad de culturas y, por ende, de la existencia irrefutable del pluralismo jurídico.

Desde la doctrina comparada, se postula que la justicia indígena es el cimiento que sustenta al pluralismo jurídico. Al respecto, Meza (2011) propuso que la vigencia del pluralismo jurídico significa un esfuerzo del poder judicial para lograr un acercamiento y una relación armónica entre la justicia ordinaria, la justicia de paz y la justicia especial, conocida como comunal, indígena o rondera. Por esto último, es oportuna la opinión de Aridito (2011), que advierte que las rondas campesinas ejercen la función de administrar justicia, pero no como una mera función de apoyo o de seguridad a las comunidades campesinas y nativas, como se encuentra contemplada en la Constitución peruana (p. 36).

De todo lo dicho, se concluye que el tema de la justicia indígena y el pluralismo jurídico no son una cuestión aislada del Estado ecuatoriano, sino que más bien atañe a por lo menos la región latinoamericana. Por tanto, si bien las constituciones de la región pueden tener distinciones, mantienen en común la constitucionalización de la justicia indígena y la vigencia del pluralismo jurídico.

En el caso de Ecuador, desde la Constitución de 1998 se reconoció la denominada justicia indígena, cuyos principios básicos ya se consagraron en el Convenio 169 de la OIT. No obstante, en la Constitución de 2008 se ratificó este reconocimiento, aunque con diferencias respecto de la

Constitución precedente, pasando de un mero enunciado constitucional a convertirse en una realidad.

Sin embargo, la justicia indígena es un tema de alta complejidad, porque se trata de un sistema que tiene como fuentes las tradiciones ancestrales, y por tanto, su aplicación exige un cambio de paradigma en la administración de la justicia. En este sentido, persiste la controversia sobre los límites de esta jurisdicción, en cuanto al territorio, la materia, los procedimientos, e inclusive las sanciones que se imponen.

Estamos frente a una complejidad que ni la jurisprudencia, ni la doctrina han logrado explicar con claridad. Esto es entendible, pues aquí se sustancian controversias y conflictos que tienen que ver con la protección de derechos y garantías inherentes al ser humano.

La Constitución, al reconocer a la jurisdicción indígena como un método para la administración de justicia, implícitamente ratifica la vigencia de los derechos colectivos indígenas. No obstante, se debe advertir que esta forma de administrar justicia siempre estuvo presente, inclusive antes de la formación del Estado como tal, aunque no reconocida formalmente como una jurisdicción. De esa manera, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas fortalecen a la Constitución democrática. En este orden de ideas, es importante lo establecido en el artículo 171 de la Constitución de 2008:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres, las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios

para la solución de conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales (p. 94).

Por el artículo precedente, se entiende que el constituyente ecuatoriano reconoce la jurisdicción indígena como un sistema procesal de plena jurisdicción y competencia para resolver los conflictos internos. Por tanto, se advierte la vigencia del pluralismo jurídico en Ecuador. No obstante, se establece límites, esto es, que los procedimientos indígenas no sean contrarios a los preceptos constitucionales y derechos tutelados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Desde la jurisprudencia, la Corte Constitucional ordenó que una de las características de la Constitución ecuatoriana es el fundamento plurinacional del Estado. Aclarando que uno de los cambios elementales que introdujo el texto constitucional de 2008 fue el reconocimiento del pluralismo jurídico, es decir, que si bien el Estado se concibe como unitario, permite la coexistencia de otras jurisdicciones. En este sentido, es evidente que la justicia indígena en Ecuador se encuentra habilitada y reconocida constitucionalmente.

### **La Justicia Indígena frente a las garantías del debido proceso**

Desde el reconocimiento formal de la justicia indígena en Ecuador, se incorporó un modelo pluralista de resolución de conflictos desde lo jurisdiccional. La justicia ordinaria mantiene sus normas escritas procesales y sustantivas emanadas de la Asamblea Nacional, en tanto que la justicia indígena se sustenta en tradiciones ancestrales, lo cual constituye su derecho propio, de esa forma, mantiene libertad legislativa y jurisdiccional.

Lo común entre estas jurisdicciones es que están condicionadas al respeto de los derechos establecido en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Ahora, uno de los derechos fundamentales inscritos en la Constitución de 2008 es el derecho al debido proceso y sus garantías. A primera vista, se podría asegurar que este derecho debería ser garantizado por cualquier jurisdicción. Sin embargo, considerando que el debido proceso implica derechos, principios, garantías y reglas, la justicia indígena, al tener autonomía legislativa y que sus fuentes son las tradiciones ancestrales, carecería de normas que establezcan reglas como tal o, por lo menos, reglas distintas a las establecidas en el ordenamiento jurídico ordinario. En este aspecto, no hay que olvidar que las reglas son condiciones jurídicas que se cumplen o no, mientras que los principios son mandatos de optimización.

Mientras la Constitución de 2008 define el debido proceso como un derecho (garantizado en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones), el legislador, en el artículo 66 numeral cuarto de la LOGJCC, definió el debido proceso en la justicia indígena como la observancia de las normas, usos y costumbres que hacen parte del derecho propio, como parte del entendimiento intercultural. Se debe considerar, además, que el constituyente al reconocer la justicia indígena, solo le puso el límite de observar los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; tampoco lo condicionó a la observancia estricta de las garantías básicas del derecho al debido proceso.

Como se ve, la cuestión se torna compleja en la medida en que la justicia indígena se encuentre condicionada a observar tal cual, las reglas, principios, garantías y derechos que componen

el debido proceso contemplados en la Constitución y la Ley. Esto significaría un desconocimiento de sus tradiciones ancestrales, que además constituye las fuentes de su derecho propio, en consecuencia se generaría una afectación a su autonomía reconocida constitucionalmente. Por otro lado, tampoco es admisible que la justicia indígena actúe sin observancia de mínimos procesales que garanticen la tutela de derechos, ya que esto significaría dejar a libre discrecionalidad la administración de justicia indígena y en serio riesgo los derechos fundamentales.

En esa medida, se discute si las garantías básicas del derecho al debido proceso son aplicables a la justicia indígena con base al principio de supremacía constitucional; o, por el contrario, en razón al reconocimiento constitucional de la justicia indígena, ésta tendría la libertad para resolver sus conflictos internos con base en sus tradiciones ancestrales, sin considerar las garantías del derecho al debido proceso.

Encontrar una respuesta a este dilema no parece sencillo. Esto explica, por ejemplo, que cuando el legislador redactó el artículo 65 de la LOGJCC, respecto a las condiciones para activar una acción extraordinaria de protección en contra las decisiones de la justicia indígena, no se estableció como una causal la violación del debido proceso; sino, que se limitó a establecer que las causales son la inconformidad de estas decisiones por violar los derechos constitucionalmente garantizados y la discriminación a la mujer, por el hecho de ser mujer. Cuestión diferente a las causales para activar este mecanismo en la justicia ordinaria, donde se estableció como condiciones del control constitucional, la violación del debido proceso y los derechos constitucionales.

Desde esta perspectiva, se observa que el legislador entendió que el concepto “debido proceso” no tiene el mismo contenido valorativo en la justicia indígena que en la justicia ordinaria. Por esta razón, inclusive su desarrollo legislativo tiene lugar en apartados diferentes.

En la doctrina y la jurisprudencia el tema en cuestión ha sido una constante razón de estudio y búsqueda de un balance entre la máxima autonomía legislativa de la justicia indígena y un mínimo de restricciones, para de esta manera lograr que no sean afectados los derechos colectivos ni los derechos individuales.

Ante tal problemática, desde la doctrina surgieron opiniones interesantes. Así, Díaz (2020) advirtió que el “debido proceso constituye un límite a la jurisdicción indígena” (p. 30), lo que significa que para el autor es importante la aplicación de las garantías del derecho al debido proceso en la justicia indígena, al punto que las considera como una herramienta que le impone límites a este sistema jurídico.

Desde otra perspectiva, Bourgeat (2023) reflexionó sobre la justicia indígena de cara a los medios alterativos de solución de conflictos. El autor tiene como premisa que la generalidad de personas concibe a la justicia indígena como una forma de linchamiento y tortura, es decir, que se la considera violatoria del debido proceso. No obstante, el autor considera que la justicia indígena es eficaz y legítima y debe ser reconocida como tal (p. 141). En esta línea, también es valiosa la opinión de Montalván (2019), quien advirtió que si bien el concepto de “debido proceso” no es un término propio de la justicia indígena, permite un acercamiento y correlación con el sistema de justicia ordinario (p. 166).

Por lo señalado hasta este punto, se evidencia que la aplicación de la garantía del debido proceso en la jurisdicción indígena

constituye un tema en constante debate, por la complejidad procesal que presenta y la dificultad de su aplicación. No obstante, se puede considerar los avances alcanzados hasta este momento, como parte de una problemática jurídica que se viene discutiendo desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.

En Ecuador, la Constitución de 2008 y el Convenio 169 de la OIT parecen ser concluyentes en la aplicación de las garantías del derecho al debido proceso en la justicia indígena, pues en estas normas se establece que se deben respetar los derechos humanos, entre los cuales evidentemente se incluye al derecho al debido proceso. No obstante, en la justicia indígena se presentan claras dificultades respecto a las garantías para el debido proceso, tales como la inexistencia del doble conforme (la posibilidad de acudir a una segunda instancia para revisar un primer fallo), porque no existe recursos o porque la decisión adoptada se ejecuta de inmediato; o cómo se aplica el principio de legalidad y la presunción de inocencia, entre otros.

En la búsqueda de un balance a esta problemática, la Corte Constitucional ha desarrollado importantes líneas argumentativas, aunque escasas. Así, se ha previsto que en la justicia indígena no corresponde una observancia rígida de las garantías del debido proceso, sino más bien que este sistema debe garantizar el debido proceso entendido como principios y valores conforme el derecho propio de las comunidades. Además, la Corte ha señalado que por derecho propio se debe entender la observancia y aplicación de principios, valores, normas, procedimientos y las tradiciones ancestrales de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, ya que este sistema mantiene un componente intercultural.

En esa línea, la Corte ha sido muy clara en establecer que si bien la Magistratura tiene la posibilidad de hacer un control de constitucionalidad sobre las decisiones de las autoridades

indígenas, en el marco de la administración de justicia, este control tiene que basarse en la dimensión de las normas y procedimientos propios y con observancia al principio de autonomía de dichas decisiones indígenas. En concreto, la Corte advirtió que en el contexto de la justicia indígena, el derecho al debido proceso y sus garantías deben ser comprendidos en forma intercultural, es decir, discerniendo los elementos comunes y diferenciales entre la cultura mestiza y la cultura indígena, a fin de brindarles igual consideración y respeto.

### **Conclusiones**

En primer lugar se puede señalar, que el debido proceso es el punto medular del sistema procesal en el país y que constituye una herramienta eficaz para la realización de la justicia, la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas sometidas a consideración judicial, administrativa, o de otra naturaleza. De esa manera, los lineamientos que se encuentran contemplados en la Constitución de 2008 son claros en cuanto a la aplicación del debido proceso en la justicia ordinaria.

No obstante, respecto a la aplicación de la garantía del derecho al debido proceso, en la justicia indígena se observa que el legislador en la LOGJCC establece una definición abstracta y condiciones genéricas del problema, se limita a la enunciación de principios y valores relacionados con la interculturalidad y la plurinacionalidad, sin que se determine reglas precisas para la aplicación de las referidas garantías al debido proceso. Sin embargo, es entendible, ya que el tema entraña una complicación significativa.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana se limita a reconocer la justicia indígena, bajo la condición de que no se vulneren los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos

internacionales sobre derechos humanos. Eventualmente esto podría ser examinado por la Corte mediante acciones extraordinarias de protección contra las decisiones de las autoridades indígenas.

De otro lado, también se observa escasa jurisprudencia respecto a la interpretación que se hace de la aplicación de las garantías del derecho al debido proceso en el contexto de la justicia indígena; cuando, por el contrario, es abundante la jurisprudencia generada sobre este tópico en la justicia ordinaria. No obstante, la Corte, en reiterados fallos, efectúa una valiosa argumentación en el sentido del reconocimiento de la justicia indígena, así como los principios, valores y fuentes que la sustentan.

Por otra parte, la Corte deja clara la posibilidad del control constitucional respecto a las decisiones de la jurisdicción indígena, cuando estas eventualmente violenten el debido proceso comprendido en forma intercultural, así como los demás derechos constitucionales.

Esta investigación permite afirmar que las garantías del derecho al debido proceso mantienen un alcance procesal para las resoluciones jurisdiccionales de la justicia ordinaria, pero también lo hacen con respecto a las resoluciones tomadas en la justicia indígena, al punto de que estas decisiones pueden ser examinadas por la Corte Constitucional cuando violen derechos constitucionales o el debido proceso interculturalmente interpretado. Esto significa que el desarrollo de la justicia indígena está condicionado a la tutela de los derechos establecidos en la Constitución, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y a la aplicación de las garantías básicas del derecho al debido proceso con base en los principios de interculturalidad y plurinacionalidad.

Por otra parte, se vio que si bien las garantías del derecho al debido proceso son perfectamente aplicables en la justicia indígena, no se le puede condicionar una observancia obligatoria y rígida de las garantías formales del debido proceso instituidas en la Constitución; de modo que las garantías del derecho al debido proceso son aplicables en el ámbito indígena en la medida que satisfagan parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales contemplados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por último, es necesario que la Corte Constitucional de Ecuador mantenga un desarrollo jurisprudencial respecto a la aplicación de las garantías del derecho al debido proceso en el sistema de justicia indígena, ya que el tema en cuestión es un proceso que se encuentra en constante evolución y sometido a variada interpretación. En este sentido, se recomienda que futuras investigaciones analicen la posibilidad de instalar una Corte Constitucional Intercultural, que cuente con participación de personalidades indígenas, quienes podrían formular líneas argumentativas más profundas respecto al debido proceso desde la perspectiva de la interculturalidad y la plurinacionalidad.

## REFERENCIAS

- Aridito, W. (2011). Reto que el pluralismo jurídico plantea al Poder Judicial del Perú. Congresos Internacionales sobre la Justicia Intercultural en Pueblos indígenas. Comunidades Andinas y Rondas Campesinas.
- Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito: Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Editora Nacional.
- Bandrés, J. (1992). Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional . Pamplona : Arazandi.
- Bourgeat, P. (Octubre de 2023). La mediación dentro de la Justicia Indígena. Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, 6(3), 133-141.
- Cedeño, M. (Marzo - Abril de 2023). La ejecución del silencio administrativo y el debido proceso en Ecuador. Ciencia Latina Internacional, 7(2), 1516-1537.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José.
- Díaz, E. (2020). El constitucionalismo en América Latina: la justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. Pensamiento Jurídico, 43-76.
- Díaz, E. (2020). El derecho alternativo en el pluralismo jurídico ecuatoriano. Lex ISSN 2313 - 1861, 17-43.
- Durán, C. (Julio de 2021). El debido proceso penal y su constitucionalización en Ecuador. Polo de Concimiento, 6(7), 1083-1103.
- García, M. (1999). Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente .
- González, T. (Mayo-Agosto de 2020). El sistema jurídico de los pueblos indígenas: una forma de hacer justicia. Boletín Mexicano de derecho comparado, LIII(58), 619-650.
- Llasag, R. (2021). Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de prácticas coloniales. Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, 53-79.
- Martínez, S. (1999). Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario . Pena y Estado, 53-78.
- Meza, F. (2011). “Presentación” en Oficina Nacional de Justicia de Paz, la Otra

justicia. . Revista de Análisis de la justicia intercultural.

- Montalván, D. (Julio - Diciembre de 2019). El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia. *Ratio Juris*, 14(29), 147-185.
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio N. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Tiche, J. (mayo-agosto de 2023). El Debido Proceso en la fase de ejecución en el Ecuador. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(2), 287-298.
- Sentencia N.º 077-12-SEP-CC, N.º 0870-10-EP (Corte Constitucional Ecuador 29 de Marzo de 2012).
- Sentencia N.º 218-12-SEP-CC, No. 0201-11-EP (Corte Constitucional Ecuador 07 de Julio de 2012).
- Sentencia N.º 039-13-SEP-CC, N.º 2114-11-EP (Corte Constitucional Ecuador 24 de Julio de 2013).
- Sentencia N.º 043-13-SEP-CC, N.º 0053-11-EP (Corte Constitucional Ecuador 31 de Julio de 2013).
- Sentencia N.º 099-13-SEP-CC, N.º 0581-12-EP (Corte Constitucional Ecuador 26 de Noviembre de 2013).
- Sentencia N.º 113-14-SEP-CC, N.º 0731-10-EP (Corte Constitucional Ecuador 30 de Julio de 2014).
- Sentencia N.º 113-14-SEP-CC, N.º 0731-10-EP (Corte Constitucional Ecuador 30 de Julio de 2014).
- Sentencia N.º 181-15-SEP-CC, N.º 0856-12-EP (Corte Constitucional Ecuador 03 de Junio de 2015).
- Sentencia N.º 098-17-SEP-CC, 0310-10-EP (Corte Constitucional Ecuador 12 de abril de 2017).
- Sentencia N.º 018-18-SIN-CC, N.º 0099-15-IN, 0100-15-IN, 0102-15-IN, 0001-16-IN, 0002-16-IN, 0003-16-IN, 0004-16-IN, 0005-16-IN, 0006-16-IN y 0008-16-IN, ACUMULADOS. (Corte Constitucional Ecuador 01 de agosto de 2018).
- Dictamen N.º 5-19-RC/19, N.º 0005-19-RC (Corte Constitucional Ecuador 04 de Septiembre de 2019).

Sentencia N.° 1892-13-EP/19, N.° 1892-13-EP (Corte Constitucional Ecuador 10 de Septiembre de 2019).

Sentencia N.° 366-12-EP/19, N.° 366-12-EP (Corte Constitucional Ecuador 18 de Diciembre de 2019).

Sentencia N.° 134-13-EP/20, N.° 0134-13-EP (Corte Constitucional Ecuador 22 de Julio de 2020).

Sentencia N.° 1357-13-EP/20, N.° 1357-13-EP (Corte Constitucional Ecuador 08 de Enero de 2020).

Sentencia N.° 36-12-IN/20, N.° 36-12-IN (Corte Constitucional Ecuador 09 de Diciembre de 2020).

Sentencia N.° 112-14-JH/21, N.° 112-14-JH (Corte Constitucional Ecuador 21 de Julio de 2021).

Sentencia N.° 1-12-EI/21 voto concurrente Dra. Teresa Núñez Martínez, No. 1-12-EI (Corte Constitucional Ecuador 17 de Noviembre de 2021).

Sentencia N.° 1644-14-EP/21, 1644-14-EP (Corte Constitucional Ecuador 02 de junio de 2021).

Sentencia N.° 1779-18-EP/21, N.° 1779-18-EP (Corte Constitucional Ecuador 28 de Julio de 2021).

Sentencia N.° 256-13-EP/21, No. 256-13-EP (Corte Constitucional Ecuador 08 de Diciembre de 2021).

Sentencia No. 1-12-EI/21, No. 1-12-EI (Corte Constitucional Ecuador 17 de Noviembre de 2021).

Sentencia No. 1-15-EI/21 y acumulado, 1-15-EI/21 y 1-16-EI (Corte Constitucional Ecuador 13 de octubre de 2021).

Sentencia No. 2-14-EI/21, N.° 2-14-EI (Corte Constitucional Ecuador 27 de Octubre de 2021).

Sentencia No. 4-16-EI/21, No. 4-16-EI (Corte Constitucional Ecuador 15 de Diciembre de 2021).

Dictamen No. 3-22-OP/22, No. 3-22-OP (Corte Constitucional Ecuador 03 de octubre de 2022).

Sentencia N.° 9-22-IN/22, N.° 9-22-IN/22 (Corte Constitucional Ecuador 19 de Septiembre de 2022).

Sentencia No. 1-11-EI/22, No. 1-11-EI (Corte Constitucional Ecuador 19 de Enero de 2022).

# EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DE DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN ANTE TRIBUNALES LOCALES O SUPRAESTATALES

*Enforceability and justiciability of fourth-generation rights before local or supra-state courts*

DOI: 10.69633/19hwj804

Recibido: 07/11/2024 Aceptado: 11/02/2025

*\*Paul Enrique Franco Zamora*

<https://orcid.org/009-0003-1587-128X>

*Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca - Bolivia  
Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Central)  
pfrancozamora@gmail.com*

\* Abogado y Doctor en Derecho, "Summa Cum Laude", por la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca; Magister en Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar; Diplomado en diversas universidades; Ex Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional (2019-2024); Director Nacional de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y Vicepresidente para Sudamérica; Autor de varios libros y artículos publicados en revistas indexadas, arbitradas e institucionales; Docente de posgrado y conferencista internacional en derecho constitucional y derechos humanos.

## RESUMEN

La evolución de los derechos humanos trajo consigo el establecimiento de categorías específicas, a las que el mundo jurídico denomina generaciones. En razón del principio de igualdad que prima en la solución de conflictos sobre cuestiones inherentes a la dignidad humana, la dogmática jurídica no admite una jerarquización especializada para tutelar las libertades, sean individuales o colectivas, reconocidas en favor del pueblo. No obstante, en la medida en que comenzó a consolidarse una clasificación primigenia y luego secundaria de los derechos humanos, hoy en día es habitual referirse a su progresividad a través de una tercera generación. En la actualidad, además, cobra relevancia una cuarta generación, relacionada con el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, que merecen los sujetos protegidos.

Bajo este contexto, el presente estudio analiza la exigibilidad de la normativa y la titularidad de los derechos humanos de contenido digital, además de su “justiciabilidad”, entendida como la posibilidad de reclamarlos ante un tribunal local o en el ámbito supranacional, debido a su reciente expansión en la comunidad internacional.

**Palabras clave:** *cuarta generación de derechos humanos; derechos de contenido digital; exigibilidad; justiciabilidad; tribunales de justicia.*

## ABSTRACT

*The evolution of human rights has led to the establishment of specific categories that the legal world calls generations. Due to the principle of equality that prevails in the solution of conflicts on issues inherent to human dignity, legal dogmatics does not admit a specialized hierarchy to protect the freedoms (whether individual or collective) recognized in favor of the people; however, to the extent that a primary and then secondary classification of human rights began to consolidate, today it is very common to refer to their progressiveness through a third class and, currently, a fourth generation related to access to information and communication technologies that protected subjects deserve is in vogue. In this context, the following study analyzes the enforceability referring to the regulation and ownership of human rights with digital content, in addition to justiciability, understood as the possibility of claiming them before a local or supranational court, due to their recent expansion in the international community.*

**Keywords:** *fourth generation of human rights; digital content rights; enforceability; justiciability; courts of justice.*

## INTRODUCCIÓN

El pasaje histórico conocido como la Revolución Francesa, acaecida entre 1789 y 1799, originó transformaciones en el campo social, democrático o político y, por supuesto, es elogiado por los estudiosos del derecho.

La toma de la fortaleza de Bastilla, el 14 de julio de 1789, marcaría el reconocimiento pleno de la libertad, seguridad y propiedad de la población que posteriormente fueron consagradas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de dicho año. Bajo este antecedente jurídico europeo, quedaron establecidos los derechos de primera generación, que suelen dividirse en dos grandes categorías.

Los primeros, conocidos también como derechos civiles, permiten un tratamiento digno al pueblo en condiciones de igualdad y sin discriminación por parte del Estado. Estos derechos incorporan la libertad (en sus diferentes modalidades): la identidad, la seguridad, la integridad, la privacidad, el acceso a la información, entre otros de similar connotación que garantizan a la población la capacidad suficiente de participar en actos de la vida civil.

En cambio, dentro de la clasificación de los derechos políticos, se encuentra la posibilidad de elegir y ser elegido, la participación de procesos democráticos o el acceso a determinados cargos, la fiscalización del aparato público y demás prerrogativas de control ciudadano a las distintas autoridades en funciones (Bonet de Viola, 2016).

Los derechos enumerados, con carácter expreso, fueron plasmados en dos importantes instrumentos redactados en 1948. En rigor, los derechos civiles y políticos fueron incluidos formalmente en los artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, además de incorporarse en los preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

Entre 1870 y 1914 sucedió la Segunda Revolución Industrial, donde las luchas por relaciones obrero-patronales justas y las exigencias para mejorar la salubridad o las condiciones de vida de la humanidad dieron cabida al siguiente conjunto de derechos que, popularmente, se designan como de segunda generación. Tres grandes grupos abarcan a esta categoría. Destacan los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), vinculados directamente con la alimentación, el trabajo, la seguridad social, la educación, el agua y saneamiento, la salud, la vivienda, el medioambiente sano y otros conexos con aquellas exigencias básicas de todo individuo de vivir con dignidad (Bustamante Donas, 2001).

La DUDH desarrolló superficialmente el contenido de esta nueva tanda de derechos. Sin embargo, la Organización de Naciones Unidas (ONU) refrendó su protección jurídica en 1966 mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), acompañado de su Protocolo facultativo. Asimismo, en 1969 quedaron reconocidas la primera y la segunda generación de derechos, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica que entró en vigor en 1978 y, en particular, a través de su Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido, también, como Protocolo de San Salvador.

De una lectura del marco jurídico descrito, se afirma que, en función a la disponibilidad presupuestaria de cada país, los derechos de segunda generación deben satisfacerse paulatinamente por las entidades estatales.

Sin duda, producto de la conflictividad latente a finales del siglo XX y de las preocupaciones a nivel global en el actual milenio, la humanidad enfrenta nuevas problemáticas que afectan la calidad de vida de quienes habitan los ecosistemas. Pero primordialmente atentan contra el bienestar de la población futura.

De esta manera, fue acuñada la idea de una tercera generación de derechos humanos, aparejada a la solidaridad entre los pueblos y las personas, con la finalidad de alcanzar un ambiente colectivo pacífico. En este marco destacan la autodeterminación, el desarrollo sostenible, la justicia social, la paz y otros aspectos que intentan combatir la escases de alimento, la pobreza, la ausencia de salud, etcétera, pues no centran su atención en temáticas locales, sino procuran enfocarse en las dificultades mundiales que van propagándose en perjuicio de la humanidad, traspasando incluso las fronteras (Guerrero M., 2020).

A inicios del año 2000, empezaría a gestarse la sociedad del conocimiento, una etapa marcada con el ingreso masivo de la computación, la ofimática, la cibernética y otros componentes de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC). Estos cambios derivaron en el tratamiento jurídico de los derechos humanos de cuarta generación. Entre los más destacados se encuentran el acceso a la información, la seguridad analógica, los servicios virtuales, así como aquellas facultades personales relacionadas con los derechos de contenido digital.

Las principales dudas respecto a la clasificación de derechos del siglo XXI están en torno a las normas convencionales a invocarse para su tutela. El acelerado avance de la tecnología demanda que los países los instituyan expresamente en sus ordenamientos internos y también se generen disposiciones jurídicas de alcance supraestatal que regulen su ejercicio (Bustamante Donas, 2007).

En este apartado, reside el elemento de “exigibilidad” destinado al análisis de tratados, cuerpos legales o artículos que reconocen literalmente y, de manera expresa, los derechos de cuarta generación.

Por la existencia del ciberespacio, también se analiza la transformación digital de los órganos judiciales, ya que estos derechos no se ejercen en un solo espacio territorial. De esta manera, surge la necesidad de incursionar en el metaverso, como una jurisdicción especializada para la protección de los derechos, en relación con la afinidad a las TIC. De ello se colige el componente de “justiciabilidad”; es decir, la delimitación de la instancia competente para juzgar las controversias en la materia y la potestad de dictar veredictos que solucionen las contiendas de derechos digitalizados.

El debate académico acerca de la configuración de los derechos de cuarta generación aunado a su exigibilidad normativa y “justiciabilidad” jurisdiccional, están en auge en la comunidad internacional. Estas percepciones motivan que los juzgadores o litigantes desconozcan las vías idóneas para interponer recursos judiciales que posibiliten su materialización.

## MATERIALES Y MÉTODOS

El presente estudio es de orden descriptivo y tiene un enfoque cualitativo. Estos aspectos metodológicos facilitaron la recopilación de datos jurídicos sobre la naturaleza de cada derecho relacionado con los contenidos digitalizados. De esta manera, resultó aplicable en la investigación el método bibliográfico, bajo la premisa de recolectar información actualizada de repositorios que concentran artículos en el ámbito del Derecho Constitucional, Derecho Digital y Derecho Cibernético. Además, se utilizó el método de exégesis jurídica, con el propósito principal de cualificar la búsqueda de antecedentes normativos y preceptos jurídicos relacionados con los ciberderechos y las tecnologías empleadas durante la tramitación de causas en los altos tribunales de justicia.

Respecto a las técnicas empleadas, cabe destacar que las fichas bibliográficas y de interpretación exegética posibilitaron el coleccionado de dogmática en la materia y estándares internacionales, a considerarse por las y los operadores jurídicos de estrados judiciales supraestatales en la resolución de procesos con derechos de perspectiva ofimática.

## RESULTADOS Y ANÁLISIS

### **Configuración jurídica de los derechos de contenido digital**

Los grandes hallazgos científicos tuvieron efectos directos en la redacción de normativa ya que, en la medida en que las invenciones revolucionan la vida cotidiana de la población, paralelamente se generan cambios drásticos en el tratamiento jurídico de los derechos fundamentales. La conectividad mundial por medio de la red de redes (Internet) tampoco es la excepción, porque pasó de representar un mero complemento en las telecomunicaciones a constituirse en un

servicio básico elemental, de cuyo uso fueron propagándose una serie de derechos.

Las corrientes conservadoras de juristas plantean que, dentro de esta categoría emergente en el presente siglo, incluyen ampliamente los renombrados derechos de primera, segunda y tercera generación, con la única diferencia de que ahora se ejercen a través del espacio cibernético. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión tiene una novedosa modalidad, con las redes sociales, y el derecho al trabajo ya puede adecuarse al teletrabajo. Esto evidencia la transición de las formas clásicas de materializarlos hacia nuevos medios de concreción (Galindo Núñez, 2019).

Los defensores de esta postura, plantean que los derechos exigibles y los tribunales responsables del enjuiciamiento, son los ya establecidos para cualquiera de las generaciones, con la única diferencia de que el cambio significativo radica en la influencia de Internet o de las TIC. Sin embargo, mantienen sus características esenciales en las normas invocadas en determinados casos (domésticas o transestatales) e interpretadas por las autoridades jurisdiccionales correspondientes.

En el extremo opuesto del ámbito jurídico, se encuentran los profesionales de la abogacía con experticia en el derecho Informático quienes, sin ignorar los criterios de los teóricos conversadores, sostienen la vigencia de dos grandes ámbitos en los que se desarrollan las condiciones humanas (derechos humanos) con contenido digital.

El empleo de las TIC derivó en el surgimiento de los derechos asociados con la información, las telecomunicaciones, los datos personales, el manejo financiero, el uso de inteligencia

artificial, la programación cibernética, y muchos más que conforman los ciberderechos.

Los derechos humanos de cuarta generación han facilitado que, con el apoyo permanente de la innovación tecnológica, el desarrollo de actividades vinculadas a la biomedicina, la biotecnología, la genética y ciertas disciplinas hospitalarias. Estas incluyen los trasplantes de órganos, la inseminación artificial, los tratamientos de enfermedades a través de la telemedicina, entre otros servicios médicos que introducen las TIC, que han optimizado el ejercicio de los derechos a la vida, la salud, la seguridad social y otros que tienen los pacientes (Villarino Marzo, 2017).

En definitiva, la aplicación habitual de la tecnología, en su infinidad de expresiones, rompe las barreras tradicionales de tutelar los derechos humanos en sus diferentes generaciones. Esto justifica la regulación de los ciberderechos en los ordenamientos jurídicos. Entre los más destacados: el acceso a internet en condiciones de igualdad, la libertad de expresión en el entorno digital, la privacidad de datos personales, el derecho al olvido o eliminación de información personal en bancos cibernéticos, la protección de la niñez edad y la adolescencia, la protección de la propiedad intelectual y la encriptación de mensajes para garantizar el anonimato, para los que la tecnología legal desempeña un papel clave en la tutela efectiva de estos derechos (Carrouche, 2016).

Como puede advertirse, la clasificación de los derechos gestados en la era digital ha dado lugar al reconocimiento expreso de los derechos humanos vinculados con el uso la biotecnología. Estas dos categorías permiten analizar su exigibilidad y “justiciabilidad”, de acuerdo con la legislación local o la normativa internacional.

Los teóricos que respaldan esta postura afirman que, dada la naturaleza similar de los derechos de cuarta generación con la de sus predecesores, cada país define los estrados judiciales ante los cuales la ciudadanía puede interponer sus acciones, recursos, denuncias o demandas.

En caso de agotar las instancias locales, el universo litigante puede recurrir a tribunales supranacionales, siguiendo el mismo procedimiento para la protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y de solidaridad. Estos últimos solo se ven influenciados por el uso de la tecnología, una situación que requiere que las partes afectadas acudan a las normas de tutela establecidas en la DUDH, el PIDESC, la CADH y otros instrumentos internacionales, así como a sus protocolos adicionales.

### **La exigibilidad y “justiciabilidad” de los derechos humanos de cuarta generación**

Exigibilidad y “justiciabilidad” no deben entenderse como sinónimos ni conceptos contrapuestos, más al contrario son términos jurídicos que van complementándose al momento de invocar o resguardar los derechos instituidos en el *corpus iuris* internacional e interamericano, además de los mandatos establecidos en la legislación local de los Estados.

La exigibilidad incumbe la identificación de titulares de derechos de contenido digital, sumado al compilado normativo donde se encuentran instituidos; por esta razón, un ciberderecho resulta ‘exigible’ cuando logre distinguirse a un sujeto titular del mismo y pueda invocarse determinados artículos que respalden su ejercicio en la etapa de la globalización (Gurría, 2020)

Los titulares de los ciberderechos recaen en personas (físicas o jurídicas) que, por sus condiciones de conectividad o uso de la tecnología, están facultadas para navegar por internet, obtener prestaciones a su favor, acceder a ciertos servicios e interponer reclamos cuando se evidencien vulneraciones (Rosero, 2020).

En mérito a dicha definición, la titularidad de los ciberderechos puede manifestarse en una dimensión individual (para situaciones en las que un sujeto conectado advierte una lesión) o colectiva (en casos donde un grupo de cibernautas podrían resultar afectados).

De acuerdo con la naturaleza y los presupuestos procesales, las autoridades judiciales locales tramitan las controversias concernientes con los derechos humanos de cuarta generación, diferenciando si el recurso planteado obedece a la esfera individual. Por ejemplo, las acciones jurídicas relacionadas con el resguardo de los datos personales o la privacidad, o todas aquellas exigencias mínimas para garantizar una vida plena en la era digital.

Si el ciberderecho no está restringido a una persona en particular, los juzgadores están conminados a interpretarlos en su apartado colectivo. Por lo tanto, es posible que cualquiera demande su tutela. Dentro de esta categoría ingresan, por ejemplo, los derechos afines a la transformación, alfabetización, interconectividad y cualificación digital, ya que es viable el establecimiento de un cúmulo de beneficiarios.

Lo propio ocurre sobre los derechos humanos vinculados con la biotecnología. La titularidad no recae en los profesionales que acuden a la innovación médica para el tratamiento de patologías o enfermedades. En realidad, la generalidad de los pacientes queda habilitada para solicitar la defensa de su

dignidad humana, toda vez que representan al sector vulnerable al que la norma jurídica amparará ante posibles agravios a la vida, debiendo las y los operadores jurídicos tener presente que la situación a resolver está asociada con los derechos de consumidores de productos farmacéuticos y los derechos de usuarios de los servicios médicos.

En este punto, surge la interrogante respecto a las disposiciones legales que pueden invocar los titulares de los ciberderechos o los derechos emergentes de la tecnología médica. El reconocimiento jurídico de los derechos de contenido digital se formaliza en Europa a mediados de los años setenta, con las Constituciones de Portugal (1976) y de España (1978) que consagraron el derecho a la protección de datos, así como el derecho a la libertad informática, respectivamente.

En rigor, las normas internacionales de las tres generaciones precedentes constituyen el marco jurídico de los derechos humanos de contenido digital. De esta manera, el artículo 12 de la DUDH, el artículo 17 del PIDESC y el artículo 11.2 de la CADH dejan instituido que, en mérito a la protección otorgada por la propia ley, ninguna persona será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación; asimismo, los artículos 25, 12 y 13.2.b que corresponden a dichos documentos jurídicos, aseguran el derecho a la salud, la asistencia médica y los seguros ante enfermedad (Fernández, 2022) denominados “derechos digitales”, los cuales han sido fruto del avance de las tecnologías digitales, de Internet y de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).

En materia de acceso, conexión e intercambio de información en la red de redes, debe tomarse en cuenta que, el 4 de julio de 2018, la ONU aprueba la Resolución sobre la Promoción,

protección y disfrute de los Derechos Humanos en Internet. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en la redacción de este importante aporte para la cultura de protección de la humanidad en la etapa digitalizada, expresa que los derechos ejercitados de forma tradicional pueden protegerse igualmente en línea, sobre todo la libertad de expresión, sin importar las fronteras impuestas por los Estados, considerando a Internet como un aliado considerable en el progreso de la humanidad.

Es meritorio destacar también la Resolución relacionada con el derecho a la privacidad en la era digital, aprobada el 26 de septiembre de 2019 por el Consejo de Derechos Humanos, que reconoce el uso, despliegue y desarrollo de tecnologías nuevas y emergentes, como la inteligencia artificial. Si bien estas podrían afectar el disfrute del derecho a la privacidad y otros derechos humanos, es necesario prever una infraestructura de datos sin riesgos, segura y de gran calidad. Para hacer realidad esto, los Estados están obligados a legislar recursos jurisdiccionales adecuados, a fin de tutelar los derechos de cuarta generación o ciberderechos (Palma, 2022).

Adicionalmente, en temas concernientes con la medicina con base a las TIC, suele acudir a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 19 de octubre de 2005 o la Declaración Ibero-latinoamericana sobre Derecho, Bioética y Genoma Humano, dos herramientas de consulta periódica ante dilemas de investigación aplicables a los seres humanos. En virtud de su contenido social, jurídico y ambiental, permiten interpretar situaciones éticas de la medicina y las ciencias de la vida en las que se recurre a determinadas tecnologías (Paulo Neto, 2024).

Con la normativa precedente, cada país regula el tratamiento de los ciberderechos y los derechos humanos de cuarta generación con relacionamiento con la medicina-tecnológica para solucionar conflictos emergentes. Bajo las motivaciones expuestas, únicamente resta desarrollar el concepto de “justiciabilidad” de los derechos de contenido digital, tomando en cuenta su naturaleza individual o colectiva.

En la comunidad de profesionales jurídicos surgen consultas frecuentes, respecto a las instancias judiciales habilitadas para el conocimiento y resolución de contiendas de los derechos de cuarta generación, sobre todo, las preguntas se formulan acerca de la necesidad de contar con una jurisdicción especializada denominada metaverso.

Explicada la configuración jurídica de esta clasificación de derechos se colige que, en territorios nacionales, cada sistema judicial ha instituido jurisdicciones dirigidas a dictar fallos en materia penal (para delitos con contenido informático), civil (en cuanto a actos jurídicos con componentes telemáticos como los contratos), administrativa (reservada a actuaciones de la administración pública bajo elementos tecnológicos), laboral (dirigida a disipar relaciones obrero-patronales con elementos ofimáticos), niñez o adolescencia (cuando intervengan menores de edad) y otras disciplinas conexas con el derecho digital.

Para el resguardo de los derechos humanos de cuarta generación frente a posibles agravios y limitaciones en su ejercicio, los Estados han asumido la práctica doméstica de incorporar paulatinamente estos derechos de la jurisdicción constitucional. Esto permite su activación mediante el amparo constitucional, el *habeas data* o acción de protección de privacidad y la acción popular, en los que los juzgadores valorarán la dimensión individual o colectiva de los derechos

invocados. Si, agotadas las vías judiciales no se obtiene un veredicto que satisfaga los intereses de las partes, queda la oportunidad de recurrir al Sistema Regional o Universal de los Derechos Humanos para reclamar su protección.

Por lo tanto, puede concluirse que la cuarta categoría de derechos todavía no exige de cortes o tribunales ajenos a los ya existentes en los ámbitos nacional o internacional. Los actuales operadores de justicia locales o supraestatales tienen atribuciones suficientes para interpretar cuestiones sobre los ciberderechos o pronunciarse acerca de causas biotecnológicas (Benlloch Domènech & Sarrión Esteve, 2022).

La idea de contar con una jurisdicción especial, para el tratamiento de los derechos humanos de cuarta generación, está sustentada en la expansión del ciberespacio, donde resulta inviable definir fronteras jurídicas. Los individuos que en procesos judiciales ordinarios o constitucionales (en calidad de proveedores, usuarios, accionantes, demandantes, demandados, denunciante, imputados, entre otros) pueden radicar en varios Estados, lo que justifica la urgencia de regular jurídicamente el metaverso como un espacio virtual que reúne a los individuos y a los jueces a través del Internet.

El metaverso permitiría que los procedimientos de las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, o en el plano transnacional, sean desarrollados en línea. Esta realidad justifica la necesidad de preparar manuales, guías o protocolos de juzgamiento con apoyo informático (Estévez Mendoza, 2023).

La creación de una jurisdicción propia para los derechos con contenido digital está en boga. Sus impulsores investigan la pertinencia de utilizar la inteligencia artificial, jueces robot

y herramientas cibernéticas en las etapas procesales. No obstante, aún quedan numerosos desafíos por resolver antes de considerar la delegación de la administración de justicia en la era digital a tribunales específicos.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

Los apartados normativos que consagran los derechos de primera, segunda y tercera generación constituyen el soporte jurídico apropiado para garantizar la exigibilidad de los derechos humanos de contenido digital.

Las contiendas judiciales sobre ciberderechos o derechos asociados con las biotecnologías se tramitan ante juzgados o tribunales de la jurisdicción ordinaria o constitucional. Agotada la vía interna, los reclamos quedarán bajo el conocimiento de instancias supranacionales. En tanto se moldea la idea de instituir jueces expertos en la materia, el metaverso simplemente involucra conectar virtualmente a las partes procesales con los operadores jurídicos, sin que ello signifique el establecimiento de nuevos estrados judiciales.

Entre las problemáticas recurrentes que serán motivo de debate entre los foros jurídicos especializados en la temática, emergen las vías que pretenden activarse para garantizar la materialización de los derechos de cuarta generación. El avance tecnológico es inminente, por lo que la jurisdicción (local o internacional) debe considerar que el contenido de cada derecho de cuarta generación varía según la realidad de cada Estado.

No puede argumentarse que el acceso a Internet sea una necesidad básica en todas las regiones, ya que hay países con

limitaciones para gestionar la conectividad de sus habitantes. Este es un factor que los jueces deben considerar cuando emiten los fallos. La comunidad internacional procura que las personas gocen de prerrogativas en los derechos de cuarta generación, empero, los planes o programas de gobierno no pueden uniformarse para garantizar un tratamiento igualitario en la conectividad.

Lo mismo ocurre con el resto del catálogo de derechos de cuarta generación. Algunas autoridades estatales pueden cumplir sus obligaciones adquiridas en materia de tecnologías, pero existen gobiernos que enfrentan dificultades para asumir compromisos en el ejercicio de estos derechos específicos. Por ello, la codificación de los ciberderechos continúa en debate ya que no existen criterios sistematizados sobre su contenido esencial.

El disfrute pleno de estos derechos depende de la perspectiva con la que los países, sus habitantes y el propio aparato judicial divisen la comunicación, conectividad o la tecnología. Son cuestiones sumamente complejas entre los gobernantes y el pueblo que demandan mejores respuestas del Estado. Se trata de cuestiones complejas que derivarán en futuros procesos de codificación, tanto a nivel interno como externo, así como nuevas interrogantes sobre su interpretación y aplicación jurisdiccional.

Por lo tanto, la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos de cuarta generación deben enmarcarse en los principios constitucionales y el resto de la normativa aplicable, garantizando la tutela efectiva de la dignidad humana en la era digital.

## REFERENCIAS

- Benlloch Domènech, C., & Sarrion Esteve, J. (2022). *Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital*. *Cuestiones Constitucionales*, 46, 3-28. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.46.17046>
- Bonet de Viola, A. M. (2016). *Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(124), 17-32.
- Bustamante Donas, J. (2001). *Hacia la cuarta generación de derechos humanos: Repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*. *CTS+I: Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, 1(3).
- Bustamante Donas, J. (2007). *Los nuevos derechos humanos: Gobierno electrónico e informática comunitaria*. *Enlace*, 4(2), 13-27.
- Carrouche, D. J. (2016). *Los ciber derechos: Los derechos humanos en la era digital*. [Documento inédito]. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/5359>
- Estévez Mendoza, L. (2023). *Los tribunales del metaverso y el acceso a la justicia del futuro*. En *FODERTICS 11.0: Derecho, entornos virtuales y tecnologías emergentes* (pp. 343-357). Ed. Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8902755>
- Fernández, E. J. C. (2022). *Derechos humanos y derechos digitales en la sociedad de la información*. *Revista Derechos Humanos y Educación*, 1(6), Artículo 6.
- Galindo Núñez, A. C. (2019). *Derechos digitales: Una aproximación a las prácticas discursivas en internet desde la etnografía virtual*. *PAAKAT: Revista de Tecnología y Sociedad*, 9(16), 5-18. <https://doi.org/10.32870/pk.a9n16.359>

- Guerrero Martínez, R. (2020). *Derechos humanos de cuarta generación y las tecnologías de la información y de la comunicación. Derechos Fundamentales a Debate*, 1, 137-149.
- Gurría, J. J. A. (2020). *Naturaleza jurídica y funciones del derecho humano a Internet*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 53(158), 521-552. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.158.15628>
- Palma, O. I. H. (2022). *Pluralismo jurídico del siglo XXI y los derechos digitales: Reflexiones en torno a la sentencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional Colombiana*. *Justicia*, 27(41), 137-149. <https://doi.org/10.17081/just.27.41.5702>
- Paulo Neto, A. (2024). *Bioética y democracia en la sociedad digital*. *Revista de Bioética y Derecho*, 60, 19-34.
- Rosero, F. C. (2020). *Otros sujetos de derecho o personas (?)*. *Estudios Socio-Jurídicos*, 22(1), 321-351. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7576>
- Villarino Marzo, J. (2017). *Cuarta generación de derechos: Reflexiones sobre la libertad de expresión en internet*. *Revista de las Cortes Generales*, 100, 47-100.



# LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO: SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ARGENTINO

*Legal principles in the determination of law: Its recognition in Argentine law*

DOI: 10.69633/wvqze282

Recibido: 21/11/2024 Aceptado: 19/02/2025

\*Fernando Adrián Bermúdez

<https://orcid.org/0009-0000-1663-2721>

Universidad de Mendoza - Argentina<sup>1</sup>

fernando.bermudez@um.edu.ar

\*Doctor en Derecho, Abogado y Profesor universitario en Ciencias Jurídicas egresado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la UNCuyo; Posdoctorado en Derecho por la Universidad de Navarra, España (2018) y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2023); Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UNCuyo y de Filosofía Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza; Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Actualmente es secretario Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UM.

## RESUMEN

El presente artículo analiza la naturaleza jurídica de los principios jurídicos y su función supletoria, integrativa y axiológica en la determinación del derecho. Este trabajo destaca sus aspectos más relevantes que van desde su naturaleza hasta sus tipos y funciones. Una de las principales interrogantes planteadas, es si el principio jurídico es criterio de interpretación u orientación exclusivamente, o si por el contrario, puede considerarse como una fuente más para el derecho. Es decir, se indaga si posee, por su propia naturaleza, fuerza jurídica para determinar lo justo en cada caso concreto.

Para ello, se examina el caso del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que en su título preliminar incorpora los principios jurídicos y los criterios de interpretación jurídica como fuente del derecho.

<sup>1</sup> El presente artículo es parte del proyecto de investigación titulado “Los límites del razonamiento jurídico. Alcances de las razones extrajurídicas en la identificación y determinación del derecho”, aprobado por Resolución del Rectorado N° 161/2024 del 30 de junio de 2024, Universidad de Mendoza.

En este marco se propone un diálogo entre principios, leyes, costumbres y valores, entre otros aspectos. Por último, se evalúa si el ordenamiento jurídico analizado se configura como un sistema cerrado con cierta plenitud normativa o como un sistema abierto a la realidad, en el que los principios operan como criterios de optimización jurídica en los casos concretos.

**Palabras clave:** *principios jurídicos, fuente del derecho, interpretación, diálogo de fuentes, plenitud normativa, sistema abierto.*

### ABSTRACT

This article analyzes the legal nature of legal principles and their supplementary, integrative and axiological function in the determination of law. This paper highlights its most relevant aspects ranging from its nature to its types and functions. One of the main questions raised is whether the legal principle is a criterion of interpretation or guidance exclusively, or if, on the contrary, it can be considered as another source for law. That is, it is inquired whether it has, by its very nature, legal force to determine what is fair in each specific case.

To this end, the case of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation is examined, which in its preliminary title incorporates the legal principles and criteria of legal interpretation as a source of law.

In this framework, a dialogue between principles, laws, customs and values, among other aspects, is proposed. Finally, it is evaluated whether the legal system analyzed is configured as a closed system with a certain normative fullness or as a system open to reality, in which the principles operate as criteria for legal optimization in specific cases.

**Keywords:** *legal principles, source of law, interpretation, dialogue of sources, normative fullness, open system.*

## INTRODUCCIÓN

*“En el Código derogado, los principios tenían un carácter preferentemente supletorio; ahora tienen, además, una función de integración y control axiológico. Los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos; por eso se dice que son mandatos de optimización.”*  
(Lorenzetti, 2014, p. 38).

Uno de los temas más importantes en la teoría del derecho actual es el estudio de los principios generales del derecho, también llamados principios jurídicos, incorporados en distintos ordenamientos nacionales.

En el caso argentino, se encuentran en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuyos fundamentos se expresa que, a diferencia de la mayoría de los códigos existentes, que separan en forma tajante el derecho público y el privado, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humano y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este sentido, recepta la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

Como se puede apreciar, se hace referencia a una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el privado. De esta manera, el derecho civil deja de ser una rama insular o autónoma para abrirse y generar puentes con el derecho en general y, en particular, con la Constitución y los Tratados Internacionales de los que Argentina sea parte. (Vigo, 2012)

Estos supuestos, evidencian la existencia de un nuevo paradigma ajeno a los códigos estructurados en el Siglo XIX y plantean un compromiso que no es solo intersubjetivo, sino que trasciende lo contemporáneo para apuntar a una solidaridad con el “otro” del mañana. Lo que resulta especialmente relevante cuando nos referimos a las cuestiones ambientales y en la consideración de las generaciones futuras. (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2012)

Estamos ante la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional. Este recibe su nombre porque la Constitución es una norma jurídica operativa que, con sus valores, principios y fines, impregna a todo el derecho.

Se trata de un nuevo paradigma y un nuevo derecho que tiene cuatro características principales:

a) Se requiere de un nuevo concepto de derecho que incluya los principios o valores primarios que establece la Constitución. Estos principios son exigencias morales o mandatos de optimización para que se realice la mejor conducta posible a tenor de las posibilidades concretas jurídicas y fácticas.

b) Se demanda una capacidad argumentativa que va más allá de la interpretación y los silogismos deductivos. El derecho transita, en general, por el campo de lo verosímil, no de las verdades evidentes, situándolo en la esfera de la lógica que Aristóteles denominó retórica o dialéctica. La prudencia jurídica actúa como puente entre exigencias universales y circunstancias contingentes que el jurista debe considerar.

c) Se requiere una preocupación por la verdad de los hechos como condición de justicia, a diferencia de la ciencia jurídica normativista tradicional, que se centraba exclusivamente en la norma, desvinculándose de los hechos que se discutían en un proceso y limitándose a conocer las normas en las que aquellos debían subsumirse.

d) El fin de la actividad judicial es realizar la justicia a través del derecho. Esto quiere decir que lo absurdo y lo irracional no es compatible con el derecho porque son actos arbitrarios (Vigo, 2009).

Estos cuatro aspectos del estado de derecho constitucional son claramente visibles en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el que los redactores han enfatizado los principios y valores jurídicos junto con las normas y reglas. En más de una oportunidad, Ricardo Lorenzetti (2021) ha afirmado que este es un código de principios:

“...el Código define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica de este proyecto” (p.581).

“... la potencialidad de los principios irá reformulado el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y a la jurisprudencia” (p. 582).

La relevancia de los principios jurídicos obedece, en primer lugar, a una nueva concepción del derecho, que ya no pone el acento en la norma o en la facultad jurídica, sino adopta una mirada mucho más integral del fenómeno jurídico. Se reconoce que las reglas jurídicas no agotan el derecho, sino que son una expresión circunstanciada e incompleta de este. En consecuencia, el jurista cuenta con diferentes vías de solución para abordar un problema jurídico.

Un punto de inflexión en este cambio de concepción fueron los juicios de Núremberg. Estos evidenciaron la crisis del modelo dogmático del positivismo jurídico. Como afirma Perelman (1979), dichos juicios resaltaron la existencia de un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

En la misma línea, Arthur Kaufmann (2008), destaca:

El derecho no es algo sustancial ni algo solo nominal, sino que consiste en relaciones reales de los seres humanos entre sí y entre estos y las cosas. Un derecho concebido de esta manera es personal, dado que la forma primigenia de la relación es la persona. Como derecho personal, no puede disponerse del mismo a discreción; empero es, no obstante, histórico, dinámico y procedimental: no es primeramente norma, sino *acto*". (p. 358).

Como se observa, los principios jurídicos se consideran en la actualidad, como elementos integradores del ordenamiento jurídico. Autores como Dworkin (1984, 2012, 2014), Alexy (1997, 1988), Prieto Sanchís (2000), y a nivel nacional Rodolfo Vigo (2000) han contribuido a esta revalorización de los principios.

En segundo lugar, este auge de los principios se vincula con la declinación del derecho escrito y la primacía del derecho judicial. Enrique Zuleta Puceiro (2005) señala que esto sitúa a los órganos jurisdiccionales y al proceso judicial en el centro del debate público. De esta manera, el derecho constitucional y el derecho penal se han convertido en las disciplinas motrices de este proceso, desplazando la hegemonía tradicional del derecho privado.

En este sentido, nuestra contribución tiene por objeto estudiar la naturaleza de los principios jurídicos en general, analizar su alcance y características, para luego examinar su incorporación al Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Para alcanzar este propósito, se plantean tres interrogantes principales:

- ¿Estamos ante un Código con pretensiones de plenitud hermética o ante un sistema jurídico abierto?

- ¿Cuál será el reconocimiento de los principios?
- Los principios generales del derecho, ¿son un criterio de interpretación jurídica o también pueden considerarse fuentes del del derecho?

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

Al ser una investigación de corte teórico, cuyo objeto de estudio se centra en el rol de los principios jurídicos en la determinación del derecho, se utilizó como materiales de investigación los presupuestos epistémicos y conceptuales de la ciencia jurídica que indagan e ilustran sobre el tópico elegido y el orden normativo jurídico argentino, en particular su regulación en el Código Civil y Comercial.

Como métodos de investigación se acudió al Analítico–Sintético para descomponer el objeto de estudio en sus principales elementos y luego recomponerlo a partir del sistema de relaciones existentes entre lo jurídico y teórico, lo que permitió analizar cada elemento por separado, pero a la vez sus relaciones en conjunto, en procura de alcanzar una síntesis de comprensión general.

Este sucesivo accionar de fragmentación–examen–reconstrucción–visualización de las interconexiones, dio paso a un ejercicio hermenéutico que posibilitó entender los significados del objeto de estudio, a partir de una triple perspectiva: a) la del fenómeno en sí mismo; b) la de su engarce sistémico–estructural; y c) la de su interconexión con el contexto histórico–social en el que se desenvuelven los elementos jurídicos abordados en este artículo, hasta alcanzar una serie de derivaciones a modo de conclusiones.

## RESULTADOS Y ANÁLISIS

### I. Naturaleza de los Principios

La noción de “principio” viene del latín principium, princeps, y se refiere a lo primero, es decir, aquello del cual una cosa procede o de lo que depende de cualquier manera (Jolivet, 1989). Por eso, cuando hablamos de la palabra “principio”, designamos lo que está en el origen de algo, ya sea en el orden lógico (orden del razonamiento), en el orden ontológico (orden del ser) o en el orden cronológico (orden del tiempo)<sup>2</sup>.

Aristóteles (1993) afirmaba que “principio” se refiere al punto de partida, como el principio de la línea o del viaje. “Principio” se dice, también, de aquello mediante lo que puede hacerse mejor una cosa; por ejemplo, el principio de una ciencia.

De esta manera, los principios de cualquier disciplina serían las verdades demostradas, las cualidades o los postulados que constituyen su punto de partida.

Los principios muestran así la consecuencia de lo posible y la guía de lo realizable, como norte de nuestros actos y límite del ejercicio de nuestra libertad. Esto último se debe a que expresan una verdad real, en otras palabras, objeto no es el pensamiento en sí mismo, sino entender la realidad.

Desde este punto de vista, comprendemos cuáles son los primeros principios de la razón teórica, como el principio de identidad y el primer principio de la razón práctica: “se debe hacer el bien y evitar el mal”. Si bien todos los principios son evidentes en sí mismos, algunos requieren ser explicitados, para su correcta definición e interpretación, es el caso del principio de subsidiariedad.

<sup>2</sup> Entre las otras acepciones del término, se puede citar: comienzo (cronológico), aquello de lo cual depende una deducción (lógico), proposición que resulta inmediatamente de la intuición del ser y que gobierna universalmente el ejercicio del pensamiento (psicológico), aquello de lo cual una cosa depende, ya sea en cuanto a la esencia, ya sea en cuanto a la existencia (metafísico), proposición muy general que sintetiza varias leyes (científico), precepto o ley de orden moral (moral), regla para obrar (práctico).

Si organizamos el pensamiento desde el orden filosófico hasta el jurídico, podemos observar ciertas características en los principios:

- **Se desprenden de la realidad y se proyectan sobre ella.**
- **Son dinámicos**, en el sentido de que vinculan e impulsan la acción.
- **No son teóricos**, es decir, no son principios ontológicos, aunque se fundan en la misma realidad del ser.
- **Tienen una validez universal limitada**, es decir, son aplicables a todas las comunidades políticas, aunque admiten diversas modalidades de aplicación en distintas circunstancias históricas y de acuerdo con la tradición y la idiosincrasia de cada pueblo.
- **Poseen un valor universal, pero no absoluto**, ya que no están desvinculados de un medio social, sino limitados a las modalidades adecuadas a la naturaleza de cada pueblo.
- **Son diversos y requieren coordinación entre sí**, es decir, el principio de subsidiariedad debe articularse con los principios del bien común, la justicia social, la autoridad, la equidad, la solidaridad, entre otros. (Sánchez Agesta, 1986).

## II. Los Principios Generales del Derecho y el Código Civil

### a) *Naturaleza*

Uno de los primeros autores en poner sobre el tapete el debate de los principios generales del derecho<sup>3</sup> fue el maestro italiano

3 Sobre el origen histórico de la palabra se ha dicho: "...en cuanto al origen doctrinario de la expresión "principios generales del derecho", Rivacoba y Rivacoba le atribuye al terciario franciscano Raimundo Lullio o Ramón Lull (1235-1315) el haber utilizado por primera vez la fórmula en estudio en sus obras donde pretendió establecer los principios generales de la ciencia jurídica. La expresión señalada como sustituto del derecho natural. Carlos Cossio pareciera opinar que fue en la escuela racionalista del derecho natural en los siglos XVII y XVIII donde se originó el tema que nos ocupa", Vigo (2006) p. 111 y siguientes.

Giorgio Del Vecchio (1933), quien los define como “... verdades supremas del derecho *in genere*, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos” (p. 7)<sup>4</sup>.

En un sentido similar Valverde y Valverde estima que los principios generales del derecho equivalen a la justicia absoluta y universalmente válida, admitiéndolos como fuentes del derecho con el mismo valor que la ley y la costumbre (Valverde y Valverde, 1935). Villegas Basavilbaso los asimila a los juicios axiológicos de justicia en relación con la conciencia y cultura nacional (Altamira, 1972). Enrique Aftalión, siguiendo a Cossio, insiste en su adhesión a los principios generales del derecho, entendiéndolos como un criterio valorativo ideal que ha servido de estrella polar al legislador para la elaboración del derecho formulado, exigiendo, además, que se ajusten a la idea de justicia, considerando el estado y el estilo de la cultura nacional.

En general, la doctrina civilista estudia los principios generales del derecho dentro de las fuentes del derecho civil. En este sentido, podemos referir a Guillermo Borda (2004), quien además de las fuentes clásicas como la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, también reconoce a los convenios colectivos de trabajo, los principios generales del derecho, la equidad y otros. El maestro argentino entiende por principios generales del derecho a los principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo, aunque aclara que esos principios están en su mayoría contenidos en la Constitución Nacional.

---

4 Más adelante refuta a los que no creen en la universalidad de los principios: La afirmación de que los principios generales del derecho son válidos solamente para cada pueblo particular, afirmaba, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una *contradictio in adjecto*, no corresponde ciertamente a la creencia en una *ratio juris* de carácter universal que, desde los romanos hasta acá, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente. p. 8.

Julio César Rivera (2008), por su parte, considera que los principios generales del derecho son una fuente reconocida expresamente en nuestro ordenamiento. Los define como una idea rectora, como los pensamientos directrices de una regulación existente o posible.

En un sentido similar, Francisco Puy, nos aproxima a los principios generales del derecho en cinco proposiciones:

- a) Los principios generales del derecho son, ante todo, principios.
- b) Los principios generales del derecho son generales.
- c) Los principios generales del derecho son una fuente del derecho.
- d) Los principios generales del derecho son derecho.
- e) Los principios generales del derecho pueden valorarse como piedra angular del derecho.

Como principios, son “proposiciones verdaderas, capitales, originarias o previas a algo, que nacen o son nacidas de algo” (Ayuso Torres, 2002, p. 121). En efecto, el principio es algo identificado por cabeza de serie o primer singular de un todo plural.

En tal sentido, los principios generales del derecho son las principales verdades prácticas, de una serie de otras que les siguen, constituyendo un sistema. En consecuencia, puede decirse que son verdades muy cualificadas: verdades ontológicas, metafísicas, universales, etcétera, muy importantes. En segundo término, y en cuanto generales, son nativos y gozan de una virtud generativa. Por eso, pueden describirse los principios generales del derecho como el conjunto de verdades jurídicas nacidas en el mismo derecho

y dotadas de poder generativo para que sigan naciendo otras verdades jurídicas en el mismo derecho.

De lo anterior se deduce su carácter de fuente del derecho, de esta manera, no solo informan al ordenamiento jurídico, sino que le proporcionan su materia y contenido.

### *b) Funciones*

Respecto de las funciones de los principios generales del derecho, la doctrina enumera tres principales:

- a) como fundamento del orden jurídico,
- b) como orientadores de la labor interpretativa y,
- c) como fuente en caso de insuficiencia de la ley y la costumbre.

Como fundamento, cumplen una función informadora. Como orientadores de la labor interpretativa, cumplen la función de criterio interpretador de la ley y costumbre y, como fuente, cumplen la función integradora.

Con algunas coincidencias, el profesor argentino Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (2012) define una triple función de los principios y valores: supletoria, integrativa y axiológica. En este apartado, interesa destacar este último aspecto (el axiológico), doblemente subrayado por la comisión redactora del Código Civil.

Por una parte, reconoce esta impronta como procedente de la misma naturaleza del instituto; por otra, la jurisprudencia del Alto Tribunal la emplea para dictar resoluciones valiosas y por lo tanto justas.

Si se conecta esta norma con la siguiente, como se verá en el próximo punto, se obtiene que lo valioso viene a ser sinónimo de lo razonable o de lo no arbitrario.

En resumen, los autores asignan a los principios generales del derecho la función de fuente, como elemento de interpretación de la ley y del ordenamiento jurídico.

*c) Contenido*

Respecto del contenido de los principios generales del derecho, seguimos la clasificación de Vigo (1978), quien distingue cuatro categorías:

**Principios jurídicos positivos particulares:** Cada norma, conjunto de normas, institución jurídica o rama del derecho positivo, está animada por uno o varios principios reguladores. Se busca reflejar a estos con la mayor fidelidad en la estructura normativa formal. Una norma jurídica implica una cierta ordenación de conductas y una asignación de derechos y obligaciones. La voluntad que la produce fija ese orden o distribución, ese “deber ser”, conforme con algún criterio o principio que queda impreso en la norma jurídica con observancia de diversos requisitos de fondo y forma.

**Principios jurídicos positivos sistemáticos:** Estos constituyen los pilares sobre los cuales se construye el ordenamiento. Están contemplados en la base misma del sistema jurídico, desde su inicio y, en cierta forma, se encuentran en la totalidad de este, aunque sea negativamente. También se puede considerar que son los grandes fines que persigue el derecho positivo de un pueblo en un momento determinado. En cuanto a su contenido, los principios sistemáticos son menos técnicos y más políticos o filosóficos en comparación con los principios particulares. Generalmente, residen en la Constitución del Estado, en su primera parte. “Declaraciones, Derechos y

Garantías”. En Argentina, la Constitución contiene diversos principios, por ejemplo el artículo 18 establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de sus derechos.

**Principios jurídicos teleológicos o metapositivos:**

Se trata de aquellos principios o criterios valorativos jurídicos, que trascienden el derecho positivo y que mantienen su validez incluso si este los niega expresamente. Constituyen el marco para juzgarlo, su fundamento y el incentivo para mejorar. Son, en definitiva, las exigencias teleológicas de todo orden jurídico positivo, sintetizadas en justicia y seguridad jurídica. Aunque en cantidad son menos numerosos que los sistemáticos, su importancia radica en razones esenciales, ya que explican la razón última del derecho.

**Principios doctrinarios o filosófico- políticos:** Son formulados por las grandes cosmovisiones sobre el ser humano, la sociedad, el Estado, el mundo y Dios, que predominan en un momento determinado y caracterizan a una comunidad. Constituyen el *ethos* de un pueblo, sus modos de sentir, querer, pensar y obrar pero que son históricamente variables. Su función principal, en relación con el derecho es servir como marco interpretativo para los otros tres tipos de principios que precisan determinar con claridad cuáles son sus significaciones y alcances, adaptándolos a un contexto específico y otorgando eficacia jurídica a las normas que respetan el modo de ser de la comunidad a la que se dirigen.

*d) Enumeración de los Principios generales del derecho*

Siguiendo el criterio de autores Zuleta Puceiro (2005), podemos enunciar los siguientes principios generales del derecho:

- *Lex posterior derogat legi priori.*
- *Lex specialis derogat legi general.*
- *Res judicata pro veritate habetur.*
- *De minimis non curat praetor*
- *Ne ultra petita.*
- *Et audiatur altera pars.*
- *In dubio pro reo o indubio pro libertate.*
- *Nemo plus iuris trasferre potest quam ipse heberet.*
- *Casum sentit dominus.*
- *Venire contra factum proprium.*
- *Jura scripta vigilantibus.*
- *Favor legitimatis.*
- Las excepciones de interpretación estricta.
- Nadie puede ser juzgado en su propia causa.
- Principio de enriquecimiento sin causa.
- El silencio no obliga.
- El derecho exige sanciones.
- La confianza merece protección
- Lo necesario está permitido, lo imposible no puede mantenerse.
- Se prohíbe la arbitrariedad.
- Lo que no es soportable no puede ser jurídico.
- No se pueden admitir demandas sin límites

A esta clasificación se puede incluir otros principios, entre ellos:

- la capacidad de las personas físicas;
- las incapacidades no pueden extenderse por analogía;
- la libertad de formas de los actos jurídicos;
- la buena fe creencia y la buena fe lealtad;
- no cabe atender a quien alega su propia torpeza;
- se repudia el fraude a la ley;

- se prohíbe la justicia por mano propia;
- debe prevalecer la conservación de los actos jurídicos;
- *pacta sunt servanda*;
- el patrimonio en garantía común de los acreedores;
- el interés superior del niño;
- protección integral de la legítima. (Rivera, 2008)

#### *e) Prioridad de los principios en su aplicación*

Suele ocurrir, afirma Vigo (1978), que se presenten incompatibilidades o contradicciones fundamentalmente entre los tipos de principios. En consecuencia, lo habitual es que los choques de contenido se produzcan entre los positivos y los metapositivos, lo que obliga al juez a elegir entre uno u otro. Excepcionalmente, podría surgir la pretensión de que, mediante alguna norma, se intente imponer principio que atente contra el *ethos* de una sociedad. Por ejemplo, en Argentina, podría surgir la pretensión de establecer un sistema político monárquico. Sin embargo, esto es poco probable para la función judicial, aunque de todas maneras siempre resulta aplicable el criterio de prioridad que sostenemos.

El criterio de prioridad entre los principios, con miras a que el órgano judicial formule una sentencia, está determinado por la cercanía que estos tengan hacia una cuestión específica. Esta proximidad coincide con el orden en que hemos tratado cada uno de los principios: desde los particulares, pasando a los sistemáticos y teleológicos, hasta terminar con los filosóficos políticos. Es decir, el órgano jurisdiccional debería seguir el siguiente procedimiento para determinar en qué orden aplicará los principios generales.

En primer lugar, el órgano verificará si existe un principio positivo particular relacionado con el problema a resolver. En caso afirmativo, como segundo paso, recurrirá a este para

alcanzar la solución, procurará que, en la medida en que sean compatibles, se utilicen también los principios sistemáticos y metapositivos, los interpretará en conformidad con los principios éticos. En caso de que no exista un principio particular aplicable, se recurrirá sucesivamente al resto de principios. (Vigo, 1978).

Para este autor argentino, prevalecen los principios más cercanos al caso, antes que los que ubican posiciones más alejadas. Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de nuestro país son iguales ante la ley. Este es un principio sistemático. Sin embargo, el juez laboral se rige por un principio jurídico particular que favorece, en caso de duda al operario o funcionario. Todo el derecho del trabajo tiende a compensar la desigualdad real entre el empleador y el trabajador, privilegiando a este último.

En este punto, es importante considerar una advertencia de carácter general, puesto que la prioridad de los principios particulares sobre los sistemáticos funciona como regla y cuando no existen argumentos convincentes y armonizadores derivados de los principios teleológicos, la alternativa jurídica es resolver a favor de los principios sistemáticos.

Precisamente, esto ocurre cuando los tribunales abren espacio a los recursos tendientes a declarar la nulidad de la norma que contradice a la ley fundamental de una sociedad. En nuestro país, el recurso extraordinario por inconstitucionalidad está previsto positivamente en el artículo 14 de la Ley 48 (Jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales).

Lo deseable es que todos los principios estén presentes de manera simultánea y armónica cuando los órganos jurisdiccionales cumplen con su tarea específica de aplicar el orden jurídico positivo. Esto permite que dicho orden responda

de la mejor manera posible a sus fines, resolviendo de acuerdo con la distribución de derechos y obligaciones contenida en las normas y en el ordenamiento jurídico.

El juez debe optar, por el medio más justo, en el marco de las posibilidades que ofrece el marco legal, conservar la la unidad y el sistema jerarquizado del derecho positivo vigente en un país. En ese proceso de toma de decisiones para alcanzar la sentencia judicial, aparece la, antigua y siempre vigente, equidad (Vigo, 1978).

## DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

### III. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

#### *a) Título Preliminar*

La primera cuestión que debió resolver la comisión redactora fue la de definir si se iba a incorporar un Título Preliminar al Código o, solo se dejaría una parte general en el texto. La decisión se inclinó por la incorporación de un Título Preliminar. Esta fue fundamentada con dos razones: una basada en la tradición histórica y la otra en el supuesto de que el Código Civil y Comercial (2015) constituye el centro del ordenamiento jurídico en materia de derecho privado. Por lo tanto, debía consignar en este las reglas generales de todo el sistema. Tal como está expresado en los fundamentos:

[...] es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores. (p.21).

Es importante dejar asentado que el Título Preliminar no es un capítulo más del Código ni una mera introducción; su función es aportar reglas que otorgan un significado general a todo

el articulado. Además, sirve como marco para comprender múltiples cuestiones de interpretación y de integración (Limodio, 2012).

Por esta razón, dichas reglas se deben leer en consonancia con las valoraciones del codificador, en un diálogo de fuentes que no se limita a las normas, sino que también abarca principios y valores. Los fundamentos establecen:

La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial. (p. 21).

Respecto de la función del Título Preliminar, la comisión redactora afirma que, tradicionalmente, este ha sido considerado únicamente para definir las fuentes y las reglas de interpretación del derecho. Empero, el anteproyecto le da una amplitud mayor porque incluye reglas para el ejercicio de los derechos, destinadas para el juez, en particular, y los ciudadanos, en general. También incluye nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos que confieren, al Código, un sentido valorativo integral.

En este sentido, una de las funciones del Título Preliminar es:

[...] aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación e integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera

pensada en la ‘pandectística’ alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas (p. 22).

Por lo descrito, se considera un gran acierto la incorporación del Título Preliminar pues proporciona: en primer lugar, los principios fundamentales del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, las fuentes del derecho; y, en tercer lugar, las pautas para la aplicación de la ley y la interpretación jurídica. En palabras de los codificadores, el Título Preliminar constituye un “núcleo de significaciones”.

### ***b) Derecho y Ley***

El Título Preliminar está estructurado en cuatro capítulos, a saber:

- Capítulo 1: Derecho. Regula las Fuentes y aplicación (artículo 1); Interpretación (artículo 2); Deber de resolver (artículo 3).
- Capítulo 2: Ley. Regula el ámbito subjetivo (artículo 4); Vigencia (artículo 5); Modo de contar los intervalos del derecho (artículo 6); Eficacia temporal (artículo 7); Principio de inexcusabilidad (artículo 8).
- Capítulo 3: Ejercicio de los derechos. Regula el Principio de buena fe (artículo 9); Abuso del derecho (artículo 10); Abuso de la posición dominante (artículo 11); Orden público (artículo 12); Renuncia (artículo 13); Derechos individuales y de incidencia colectiva (artículo 14).
- Capítulo 4: Derechos y bienes. Regula, Titularidad de derechos (artículo 15); Bienes y cosas (artículo

16); Derechos sobre el cuerpo humano (artículo 17) y Derechos de las comunidades indígenas (artículo 18).

Respecto del primer capítulo<sup>5</sup>, se tratará de seguir el orden establecido en el Código y las referencias anotadas en los fundamentos del Anteproyecto. Otro de los aspectos relevantes del Título Preliminar ha sido distinguir entre el derecho y la ley.

De esta manera, se parte de la consideración que el derecho no se agota en la ley o regla jurídica, que será un aspecto, importantísimo y superlativo del orden jurídico, pero no el único, ya que existen otras fuentes del derecho.

El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica. La concepción que se recoge tiene antecedentes en otros códigos, el italiano, que se refiere a las fuentes del derecho (artículo 1) y menciona a la ley, los reglamentos y los usos a los que, luego, define en sus efectos y relaciones jerárquicas (artículos 2, 3, 4).

El Capítulo 2 (artículo 10) regula la aplicación de la ley (artículo 11), su eficacia en el tiempo, y la interpretación (artículo 12). Por esta razón, se incluye un título relativo al derecho y otro sobre la ley como fuente principal (p. 22).

Esto sigue una secuencia lógica, planteada desde el inicio de los fundamentos y el Título Preliminar; es la importancia que se le ha dado a los principios jurídicos, como un ámbito de integración jurídica que están diferenciados de las normas y las reglas jurídicas. Este es el sentido que resaltan actualmente la más calificada doctrina, al distinguir los principios y las normas.

---

5 En el presente artículo solo se analizará el Capítulo 1.

Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente principal, pero no única. Al respecto, es útil fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores.

En este sentido, resulta ejemplificativo enumerar algunas de las diferencias entre la ley y los principios (Vigo, 2006), para poder ahondar con mayor comprensión, la significación de esta reforma:

1. *Contenido*: Los principios tienen un contenido moral o vinculado a los derechos morales, las normas cuentan con un contenido diversificado y no necesariamente moral.
2. *Origen*: Las normas pueden individualizarse en el momento en que fueron establecidas, en cambio los principios, al pertenecer al derecho forzosamente, por su contenido, resulta irrelevante aquella búsqueda.
3. *Validez*: La validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido, las normas derivan de otras normas o de los principios, por eso en caso de contradicción prevalecen estos sobre la norma.
4. *Aplicación*: Las normas se aplican de manera disyuntiva, o todo o nada. Los principios no pretenden las condiciones de su aplicación. Los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que las normas lo hacen en forma cerrada.
5. *Identificación*: En las normas es posible, al menos teóricamente, brindar la nómina de ellas y establecer la fórmula canónica de cada una. En el caso de los principios esto es imposible, básicamente, porque se carece de un acto de incorporación del principio al ordenamiento jurídico y porque

aquéllos se limitan a brindar una razón para estructurar el discurso propio del jurista.

6. *Derogación*: La expulsión del sistema jurídico tiene sentido en la medida en que aludamos a normas; pero con respeto a los principios, éstos permanecen formando parte de aquél mientras se los estime convenientes o justos en la determinación de derechos y deberes.

7. *Labor que exigen*: El recurso a los principios implica una exigencia argumentativa profesional, destinada no solo a precisarlos, sino también a inferir la solución que se propone o prescribe. Obviamente, dicho esfuerzo es significativamente menor cuando se opera con normas, pues allí habría una especie de aplicabilidad burocrática y técnica.

8. *Aporte a la completud del sistema*: La admisión de los principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico, a punto de posibilitar el cierre de éste. La teoría dworkiniana de la respuesta “correcta”, que el juez debe descubrir en cada caso sirviéndose de los principios, como alternativa frente al discrecionalismo de Hart, es una prueba de dicho servicio de los principios. Un sistema de normas encuentra en el listado de sus supuestos y consecuencias una mayor limitación en las respuestas que necesita el jurista.

9. *Capacidad sistematizadora del derecho*: Las normas no generan automáticamente, por sí mismas y entre ellas, un sistema jurídico; sin embargo, todos los principios tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógico. Así, en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema.

### ***c) Las Fuentes***

#### Artículo 1º: Fuentes y aplicación

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que sea parte la República. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma.

Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se ven involucrados en situaciones no regladas legalmente; siempre y cuando estos no sean contrarios al derecho.

Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes. Se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión “contra legem” que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción.

El anteproyecto regula el valor de la costumbre contemplando los casos en que la ley se refiera a esta o en ausencia de regulación necesaria. (p. 23).

La última referencia del artículo resulta muy importante, ya que no basta que exista alguna práctica consolidada o vigente para reconocer la eficacia jurídica. El derecho es el límite. Esto demuestra la distinción entre derecho y ley, presente en el Título Preliminar.

Las fuentes del derecho están íntimamente vinculadas con una de las interrogantes de este artículo, respecto a si estamos ante un sistema jurídico abierto o cerrado. La concepción que se tenga de las fuentes del derecho, será la respuesta a esta interrogante,

pues debemos determinar si partimos de las clásicas fuentes del derecho o si, en realidad, reconocemos la pluralidad de fuentes.

La doctrina distingue entre fuentes directas e indirectas, ambas ayudan a la producción y la comprensión de la regla jurídica. Para Llambías (1995) la palabra fuente, en su primera acepción, se entiende como el manantial del que surge o brota el agua de la tierra. El autor añade que en nuestra ciencia, se usa la voz en un sentido figurado, para designar el origen de donde proviene eso que llamamos derecho.

La doctrina distingue entre **fuentes directas**, que encierran en sí la norma jurídica (la ley y la costumbre), y **fuentes indirectas**, que contribuyen a la producción y comprensión de la regla jurídica, pero sin otorgarle existencia propia. En este sentido, más que fuentes del derecho, son fuentes de conocimiento del mismo.

Las fuentes directas, también llamadas principales o primarias, son de aplicación preferente (la Ley), y las fuentes secundarias o subsidiarias tienen una naturaleza subordinada y carácter supletorio (la costumbre y los principios generales del derecho).

Paralelamente, las fuentes se dividen tradicionalmente entre **formales** y **materiales**. Las primeras corresponden a los modos o formas en que se manifiesta externamente el derecho positivo (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina), mientras que las fuentes materiales del derecho incluyen a todo factor o elemento que contribuya a fijar el contenido de la norma jurídica.

Más allá de estas distinciones clásicas, en la actualidad se observa un marcado interés por superar la diferencia entre las fuentes formales y materiales, una práctica que de acuerdo con la experiencia ha resultado insuficiente para la praxis jurídica.

Las leyes y las costumbres, según afirma Cueto Rúa (1982), no operan únicamente en el plano lógico-formal, también brindan criterios de objetividad para resolver los casos de manera socialmente valiosa. En definitiva, la jurisprudencia, el derecho legislado y un derecho judicial más libre y equitativo refuerzan una concepción pluralista del derecho en la actualidad.

A respecto, Cueto Rúa (1982), continúa con su explicación y afirma que la fuente es multívoca, ya que con ella se puede identificar al origen del derecho; es decir, a las causas que dieron pie a la configuración de esa herramienta. El autor añade que esta palabra tiene una interpretación propia desde la perspectiva del derecho. Es decir, como una expresión visible y concreta de la disciplina en sí misma. En otras palabras, fuentes son el ámbito al que abogados, jueces, legisladores y juristas han acudido históricamente en busca de respuesta para sus dudas.

Explica que las fuentes del derecho son seleccionadas, justamente, con los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social y que sean susceptibles de ser compartidas por los integrantes del núcleo jurídico. Ahora bien, ¿cómo se determinan tales criterios de objetividad?, aquí Cueto Rúa (1982) busca inspiración en la idea de la “fuerza de convicción”, acuñada por el maestro Carlos Cossío (1954)

En efecto, si se tiene en cuenta la jurisprudencia, explica Cueto Rúa (1982 y p.19), la fuerza de convicción de una sentencia surge cuando encuentra apoyo en una norma general en la que subsumirse, ganando así validez lógica, y además, cuando concuerda con las valoraciones vigentes. En otras palabras, no basta con que la sentencia sea lógicamente impecable, debe también realizar positivamente los valores jurídicos.

Ahora bien, ¿cómo resultan determinados? Cossio (1954), siguiendo a Husserl, explica que las valoraciones, siendo individuales, no tienen otra garantía contra lo arbitrario y personal de las sentencias, que regirse por valores objetivos. Esta objetividad de las valoraciones jurídicas es fundamentalmente histórica.

Por consiguiente, habrá fuerza de convicción, desde el punto de vista científico, cuando la sentencia judicial ajuste su valoración a patrones históricos vigentes.

La doctrina distingue entre fuentes directas, que son aquellas que encierran en sí la norma jurídica (la ley y la costumbre) y las fuentes indirectas, que ayudan a la producción y a la comprensión de la regla jurídica, pero sin darle existencia en sí mismas; de modo que, más que fuentes de derecho, son fuentes de conocimiento para esta disciplina.

Entre las fuentes directas, cabe una distinción entre las fuentes principales y primarias, de aplicación preferente (la ley), y las fuentes secundarias o subsidiarias, de naturaleza subordinada y carácter supletorio (la costumbre y los principios generales del derecho).

También ha sido clásica la distinción entre fuentes formales y materiales, las primeras son los modos o formas en que se manifiesta externamente el derecho positivo (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina) y las segundas como fuentes materiales del derecho, contribuyen a fijar el contenido de la norma jurídica. A partir de estas distinciones clásicas, nos encontramos en la actualidad con una marcada superación de la diferencia entre fuentes formales y materiales, una situación que se ha tornado insuficiente para la praxis jurídica.

Las leyes y las costumbres, afirma Cueto Rúa (1982), no operan simplemente en el plano lógico- formal, como pareciera

dar a entender el hecho de que se las clasifique como fuentes formales, ya que el órgano no recurre a las fuentes solamente por una necesidad lógica, sino por una exigencia de otra índole: orientación y criterio de objetividad para determinar el sentido preciso de un fenómeno de conducta humana.

En esta materia, el juego de los principios lógicos es de escasa utilidad. Las leyes y costumbres son útiles como fuentes, no tanto porque sirvan como apoyo lógico para tomar decisiones informadas, sino porque suministran un criterio material para discernir el sentido del caso en discusión y resolverlo de una manera valiosa, ya que incluirán criterios de pluralidad con la participación del grupo social. Esto quiere decir que las fuentes formales, también pueden ser consideradas como fuentes materiales.

La jurisprudencia ya no se define como “fuente formal del derecho, solo cuando así lo dice la ley” (Lorenzetti, 2014), la coexistencia, en el presente, de un derecho formal y legislado frente a un derecho judicial más individualizado, libre y equitativo que da mayor importancia a una concepción pluralista del mundo del derecho, ya es una realidad. El autor está de acuerdo con el criterio de que la jurisprudencia obligatoria sería fuente formal, al contrario, la jurisprudencia no obligatoria sería fuente material.

#### ***d) Reglas de Interpretación***

Artículo 2°. 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.

Con el fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con las reglas de interpretación. De conformidad con lo señalado por la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen las finalidades de esta, dejando de lado la referencia, para dar fuerza a la intención del legislador. De ese modo, la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación .

El artículo 2 establece las reglas de interpretación, entendida esta última como la tarea de desentrañar el sentido jurídico de una norma. Desde el contenido de la ley, se establecen diversos criterios de interpretación que concluyen con los principios, valores y el ordenamiento jurídico. Como se puede observar, a diferencia del artículo 1, se cita a los principios como una fuente de interpretación jurídica. Esto podría hacer pensar que los principios serían solo pautas de interpretación y no una fuente material o supletoria del derecho. Sin embargo veremos más adelante que estamos ante un sistema jurídico abierto, donde el diálogo de fuentes es la premisa y donde este diálogo implica tener a los principios y valores jurídicos dentro de todo el ordenamiento nacional.

Se mencionan las leyes análogas que, tradicionalmente han sido tratadas como fuente, y aquí se las incluye bajo el concepto de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes procesos que deba atender. Esto tiene particular importancia en situaciones en las que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.

Respecto de la analogía, no se observan mayores innovaciones ya que reitera los alcances del artículo 16 del Código de Vélez, entendiéndola como la aplicación a un caso no previsto de la

norma sobre otro que ofrece, como el primero, una semejanza suficiente para justificar su aplicación, por concurrir, en uno y otro, la misma razón. (Lorenzetti, 2014)

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Esto concuerda con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien establece que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, ya que sus distintas partes forman una unidad coherente, y en la inteligencia de sus cláusulas debe evitarse alterar el equilibrio del conjunto.

En esta parte se observa la mayor novedad del código respecto a los criterios de interpretación y en referencia al ordenamiento jurídico, que resulta como un nuevo concepto de derecho que supera la mera interpretación exegética, para dar mayor amplitud de fuentes al juez a la hora de resolver una controversia.

También deben considerarse los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, también son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, reiteradamente, ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos.<sup>6</sup>

En esta parte de los fundamentos del Código se observa una clara y contundente referencia a los conceptos jurídicos indeterminados; como los principios y los valores jurídicos. Como se afirma, no solo tienen un carácter supletorio, sino

<sup>6</sup> No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores debido al carácter dinámico de estas clasificaciones. (p. 24)

que también son normas de integración y control axiológico. Los principios informan todo el ordenamiento jurídico y descalifican decisiones, manifiestamente contrarias a los valores jurídicos.

Esta indeterminación obliga a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos. Por ello, se dice que son “mandatos de optimización” (Alexy, 2024). En su aplicación, se busca el nivel óptimo mediante un juicio de ponderación<sup>7</sup>, entendida esta ponderación como establecer comparaciones, determinar el peso de cada mandato y aplicar el mayor en el caso concreto. Es decir, los principios son indeterminados, porque no tienen un supuesto de hecho específico. (Lorenzetti, 2014).

Éste último aspecto es nuestro principal argumento para poder inferir que tenemos un sistema jurídico abierto que no tiene ninguna pretensión de plenitud jurídica (Bobbio, 2004), como históricamente planteaba el positivismo jurídico. Se trata de un sistema abierto en el que los conceptos jurídicos indeterminados, no solo corresponden a criterios de interpretación jurídica, pautas de integración y control axiológico, sino que también se refieren a fuentes materiales del derecho.

### ***e) Obligación de Decidir Razonablemente***

Artículo 3°. Deber de resolver.

El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. En esta parte se regula la obligación de decidir de los jueces, conforme con la tradición del Código Civil.

---

<sup>7</sup> Sobre el mismo, consultar: Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, y del mismo autor, *El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores*, La Ley 1998-A, 1039.

La decisión debe estar razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos.

Este artículo reitera lo que ya había incluido el Código de Vélez: la obligación de dictar sentencia, de acuerdo con su artículo 1515, además de otorgarle al juez diversos criterios para poder hacerlo a través del artículo 16, ya citado. El nuevo artículo, como se puede apreciar, además de resaltar la obligación de resolver que tiene el Juez, señala que su decisión debe ser “razonablemente fundada”. Estos fundamentos, a su vez, aclaran que la decisión razonablemente fundada se fundamenta en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

No se trata, entonces, de que toda sentencia deba ser fundada, sino de la exigencia de que tal fundamentación sea “razonable” (Herrera, 2015). Ahora bien, ¿qué se entiende por razonable?

Algunos autores consideran que la exigencia de la razonabilidad reside en que la mayor pluralidad de fuentes pone en manos de los jueces numerosas normas “abiertas”, cuya utilización en las sentencias exige una adecuada fundamentación. (Garrido Cordobera, 2015)

Como vemos, esta circunstancia está vinculada con la obligación de motivar las sentencias y su obligación indelegable para las autoridades judiciales. En este sentido, Guzmán (2014) señala que, “...la necesidad de justificar racionalmente las decisiones es una característica esencial de la sociedad democrática”. (p. 12).

Al respecto, Lorenzetti (2014) comenta sobre el significado de la reforma y asevera que en los artículos 1, 2 y 3 están establecidas las reglas para una decisión jurídica:

- El primer paso es aplicar la ley mediante el método deductivo. Para ello, se debe delimitar un hecho probado conforme a las reglas procesales (elemento fáctico) y su correspondencia con una norma aplicable (elemento normativo), solucionando el caso por la vía de la deducción. Debe comprobarse si dicha solución es consistente con los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hecho similares (elemento de consistencia).
- También debe verificarse que sea coherente con el resto del sistema jurídico, armonizando las reglas (elemento de coherencia), y es en este campo donde tiene una relevancia primordial el Título Preliminar del Código en el que están las normas de articulación del sistema. Es necesario señalar que la coherencia se presume, de manera que exige la carga argumentativa de probar lo contrario” ( p. 41).

Siguiendo a Manuel Atienza (1987), cabe considerar una doble consideración de “razonable”. Por un lado, “amplio”, donde todas las decisiones jurídicas deben ser razonables, de modo que la razonabilidad operaría como un criterio o límite general del razonamiento jurídico. Y, por otro, la consideración de “estricto”, donde la razonabilidad puede predicarse únicamente para cierto tipo de decisiones jurídicas, las que no podrían (o no deberían) adoptarse siguiendo criterios de estricta racionalidad.

El autor explica que una decisión jurídica puede ser considerada como racionalmente justificada si, y solo si, respeta las reglas de la lógica deductiva, en el sentido de que en su fundamentación no contiene errores lógicos. Si bien la argumentación del profesor español incorpora otros elementos, lo mencionado es suficiente para entender los aspectos que interesan a este artículo.

Brevemente, podemos destacar que lo “racional” entronca, para decirlo con Viehweg (1991), con un pensamiento “sistemático”, basado en reglas cuya configuración permite una respuesta deductiva, sin falencias lógicas.

Lo “razonable” (en sentido estricto) asume, para emplear las palabras del recién citado autor alemán, la estructura de un pensamiento “problemático” que incorpora a las reglas, la presencia de “principios” y “valores” que requieren una respuesta ponderativa (o de balance) y cuya estructura lógica no es un silogismo, sino una argumentación.

La comisión brinda aquí una definición que va en línea con la tradición de la Corte Suprema -desde el famoso precedente “*Rey v. Rocha*”- por lo que el Alto Tribunal ha ido configurando una dilatada familia de resoluciones indicativas de lo que no es una decisión *stricto sensu*, es decir, de lo que no está fundado y a lo que se ha denominado “sentencia arbitraria”.

Sea como fuere, en la mente de la comisión “*la decisión razonablemente fundada*” parece enraizarse con el referido sentido estricto de “razonable” de la presentación atienziana. Razonables –desde una perspectiva amplia-, se ha dicho ya, deben ser todas las sentencias; razonables –desde una óptica estricta- son las decisiones que, al contemplar reglas, principios, valores y normas de los tratados sobre derechos humanos (como pide el art. 2º) escapan de los márgenes de lo estrictamente “racional”.

## CONCLUSIONES

### **Sistema jurídico hermético o abierto**

En el análisis propuesto no cabe la menor duda de que estamos frente a un Código Civil y Comercial con apertura jurídica; es decir, estamos ante un sistema jurídico abierto que no tiene ninguna pretensión hermética o cerrada.

El anteproyecto contiene un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos a continuación.

Este apartado es relevante, ya que muestra un paradigma teórico diverso en el que se caracteriza la idea codificadora decimonónica que pretendía, como es sabido, ceñir la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto por ese documento. Por el contrario, el Código no abriga pretensiones de abarcar la totalidad de las opciones que requieren ser vistas por el Código.

En ese horizonte, se encomienda a los jueces la tarea de completar e integrar sus disposiciones. Se trata de una afirmación con grandes consecuencias, ya que deposita en uno de los poderes del Estado — el Judicial— la compleja misión de perfilar el sentido del documento, a través de una constante labor interpretativa. Un código abierto, por definición, permeable a los problemas que ofrece la realidad y a las normas que se van sistematizando bajo la estructura de “principios”, abre las puertas a una argumentación que pondera valores, que sopesa alternativas y que, en definitiva, procura encontrar soluciones “razonables” para cada situación. Esto se basa en el empeño lógico-deductivo, como se advierte en la tradición legalista que gobernó el prestigioso proceso codificador del siglo XIX. (Rabbi - Baldi Cabanillas, 2012)

En un sistema abierto, es posible verificar cómo se realiza la incorporación del ordenamiento jurídico. Como es sabido, este se afirma en los fundamentos, permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema.

Todo esto, conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entidad que plantea como parámetro que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes deben establecer una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto.

### ***Reconocimiento de los principios***

En consosnancia con lo anterior, el código civil y comercial no tiene pretensiones de regular todas y cada una de las situaciones jurídicas, dando un claro y contundente reconocimiento y operatividad a los principios.

Ya se ha visto cómo los codificadores, de forma permanente, garantizan y resaltan la comunidad de principios, el diálogo de fuentes, la armonización de reglas, principios y valores, así como la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores. En este sentido, es muy importante el reconocimiento de los principios, ya que amplían los ámbitos de la razón práctica con el fin de lograr una mayor determinación del derecho.

Frente a esto, se pueden encontrar dos posturas bien definidas.

La primera es la de aquellos que consideran la relevancia de los principios para la identificación, determinación y justificación del derecho, en especial de los principios morales o políticos, donde destacan autores como Ronald Dworkin, Rodolfo Vigo y Robert Alexy, cada uno con sus matices y diferencias.

La segunda postura, es la de aquellos autores que no reconocen a los principios la fuerza jurídica en el ámbito de la razón práctica para justificar el derecho. Desde esta perspectiva, la argumentación tendría una pretensión menos ambiciosa y no

vinculada a ninguna razón extrajurídica, sino únicamente desde lo normativo. Su única función sería reducir la discrecionalidad, siempre presente en cualquier decisión judicial. Por ello, al argumentar no se construye necesariamente una solución racional o correcta, sino que se busca alejar los márgenes de discrecionalidad y la sospecha de que la decisión responde a una inclinación subjetiva o a un interés particular.

### **Los principios como fuente del derecho, criterio de interpretación, aplicación e integración del derecho**

Por último, si nos detenemos en el artículo 1 del Código sobre las fuentes del derecho, observamos que los principios y valores no aparecen en la nómina de las fuentes citadas, y solo tendrían un reconocimiento en el artículo 2 como criterio de interpretación. Si comparamos con el Código Civil español, vemos que allí se reconoce a los principios generales del derecho como informadores del ordenamiento jurídico.

Desde nuestra perspectiva, dado el claro y contundente reconocimiento de los principios y la apertura del sistema jurídico, que otorga protagonismo a los jueces y doctrinarios, cabe considerar que los principios no solo funcionan como criterios de interpretación del derecho o de aplicación supletoria ante posibles casos de integración, sino que constituyen una auténtica fuente del derecho. Esta puede ser material o formal subsidiaria, pero fuente, al fin y al cabo.

Finalmente, cabe concluir este trabajo, haciendo referencia a Ferreira Rubio (2017), cuando afirma:

La verdadera significación y trascendencia de la incorporación de los principios generales al ordenamiento, reside en que los principios representan la forma de ingreso al sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad. El ordenamiento, para no convertirse en un pesado lastre, sino

–por el contrario– ser un instrumento útil para la convivencia, debe vincularse con los valores superiores, por un lado, y con la realidad, por el otro. Por atanto, los principios generales son la válvula que permite la oxigenación de las normas concretas (Ferreira Rubio, 2017).

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA*, 5, 139-151.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Altamira, G. (1972). *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- Aristóteles. (1993). *Metafísica*. Colección Austral.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de “razonable”. *DOXA*, 4, 189-200.
- Ayuso Torres, M. (2002). Los principios generales del derecho en el nuevo derecho constitucional: una visión problemática. En F. Lamas (Ed.), *Los principios y el derecho natural* (pp. 121-122). Educa.
- Bobbio, N. (2004). La plenitud del orden jurídico y la interpretación. *Isonomía*, 21, 255-260.
- Borda, G. (2004). *Manual de derecho civil. Parte general*. Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Código Civil y Comercial. (2015). *Código Civil y Comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora*. Astrea.
- Cueto Rúa, J. (1982). *Fuentes del derecho*. Abeledo Perrot.
- Del Vecchio, G. (1933). *Los principios generales del derecho*. Librería Bosch.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Siglo XXI.

- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura Económica.
- Ferreira Rubio, D. (2017). La buena fe. El principio general en el derecho civil. En A. Bueres (Ed.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (p. 38). Hammurabi.
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2015).
- García Amado, J. A. (2014). Sobre la idea de pretensión de corrección del derecho en R. Alexy: Consideraciones críticas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7, 6-40.
- Garrido Cordobera, L. (2015). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado. Tomo 1 (Artículos 1 a 723)*. Astrea.
- Guzmán, L. (2014). *Derecho a una sentencia motivada*. Astrea.
- Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo 1 (Artículos 1 a 400)*. Infojus.
- Jolivet, R. (1989). *Diccionario de filosofía*. Club de Lectores.
- Kaufmann, A. (2008). El renacimiento del derecho natural de la persona y lo que fue de él. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (Ed.), *Las razones del derecho natural* (p. 358). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Limodio, G. (2012). Luces y sombras del título preliminar. En N. Lafferriere (Ed.), *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012* (p. 55). Educa.
- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2015). *Introducción al Código Civil y Comercial*.
- Lorenzetti, R. (2021). Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 2012.C, 581.
- Llambías, J. (1995). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo 1. Editorial Perrot.
- Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas.

- Prieto Sanchís, L. (2000). *Sobre principios y normas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2012). Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del título preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012. En J. Rivera (Ed.), *Comentario al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (p. 24). Abeledo Perrot.
- Rivera, J. (2008). *Instituciones de derecho civil. Parte general. Tomo 1*. Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Sánchez Agesta, L. (1986). *Principios cristianos del orden político*. Temática S.R.L.
- Valverde y Valverde, C. (1935). *Tratado de derecho civil español*. Casa Editorial Cuesta.
- Viehweg, T. (1991). *Tópica y filosofía del derecho*. Gedisa Editorial.
- Vigo, R. (1978). *Integración de la ley: Artículo 16 del Código Civil*. Astrea.
- Vigo, R. (2000). *Los principios jurídicos: Perspectiva jurisprudencial*. Depalma.
- Vigo, R. (2006). *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. (2009). ¿Deben los jueces saber filosofía? *La Ley*, 2009-E, 1327.
- Vigo, R. (2012). Comentarios al capítulo 1 del título preliminar. En N. Lafferriere (Ed.), *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012* (p. 64). Educa.
- Zuleta Puceiro, E. (2005). *Interpretación de la ley: Casos y materiales de estudio*. La Ley.

# LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL: LA RELATIVIZACIÓN DEL CARÁCTER RÍGIDO DE LAS CONSTITUCIONES HISPANOAMERICANAS

*Constitutional Liquidity: the relativization of the rigid character of Hispanic American Constitutions .*

DOI: 10.69633/h7szs598

Recibido: 01/11/2024 Aceptado: 16/02/2025

*\*Rodrigo René Cruz Apaza*

<https://orcid.org/0000-0003-1043-5932>

[rodriggcruz@gmail.com](mailto:rodriggcruz@gmail.com)

## RESUMEN

En hogaño, siglo XXI, una pluralidad de sistemas constitucionales han incorporado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un hecho que ha suscitado la constitucionalización de este derecho y la subsecuente internacionalización del Derecho Constitucional, una ósmosis o interpenetración jurídica. No obstante los posibles beneficios que pueda reportar lo acontecido, se estima que no se ha dispuesto de la suficiente cavilación prolongada que haya estado focalizada en ponderar su incidencia para con la rigidez constitucional y el procedimiento de reforma constitucional. En atención a que la introducción de materia deóntica convencional en las constituciones rígidas de Hispanoamérica ha modificado –diluido– el entendimiento que estos tópicos ameritan, la presente investigación tiene por *telos* (meta) analizar el fenómeno de la liquidez constitucional. El enfoque y la metodología empleados para el estudio de tipo comparatista y bibliográfico-doctrinal. Culminado el análisis constitucional, se dará por adverado, por cierto, que varias normas supremas han sido atenuadas en su rigidez por la posibilidad de anidar y

\*Investigador independiente; Abogado y Maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Docente de Derecho Procesal Constitucional en el Departamento de Posgrado de la Universidad Mayor de San Simón – 2024; Autor de libros y artículos en publicaciones nacionales e internacionales (Perú, Ecuador, México, Chile y Argentina); así como en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2023 de la Fundación Alemana Konrad Adenauer Stiftung.

suprimir normativa constitucional de forma paralela a los dispositivos de enmienda ya reglados en las constituciones.

**Palabras clave:** *liquidez constitucional, rigidez constitucional, constitucionalismo, constituciones rígidas.*

### ABSTRACT

Nowadays, in the 21st century, a plurality of constitutional systems have received International Human Rights Law, a fact that has given rise to the constitutionalization of International Law and subsequent internationalization of Constitutional Law, a juridical osmosis. Notwithstanding the possible benefits that the doctrine may report for what has happened, it is considered that there have not been enough moments of prolonged reflection focused on pondering its incidence on the constitutional rigidity and the constitutional reform procedure. In view of the fact that the introduction of conventional deontic matter in the rigid constitutions of Latin America has modified -diluted- the understanding that these topics deserve, the present research has the purpose of analyzing the phenomenon of constitutional liquidity; the approach adopted and the methodology used for its development is of comparative and bibliographic-doctrinal type, respectively. Once the constitutional analysis has been completed, it will be concluded that a cohort of supreme norms have been attenuated in their rigidity by the possibility of nesting and suppressing constitutional norms in parallel to the textually regulated amendment devices.

**Keywords:** *constitutional liquidity, constitutional rigidity, constitutionalism, rigid constitutions.*

## INTRODUCCIÓN

Existe en hogaño una ósmosis (interpenetración) jurídica entre la constitucionalización y la internacionalización del sistema jurídico, que ha suscitado una pluralidad de fenómenos de notable envergadura: por ejemplo, la ampliación del contenido dogmático de las constituciones y la configuración de escenarios dialógicos judiciales. Sin pretender demeritar los posibles beneficios de las temáticas aludidas para la vigencia y salvaguardia de los derechos fundamentales, se estima que es menester efectuar cavilaciones prolongadas sobre la incidencia que tuvo la introducción de materia deóntica convencional –en particular la atinente a derechos humanos– respecto a la rigidez y reforma de las constituciones de la región.

El abordaje se focaliza en la índole rígida de las constituciones y los procedimientos de su enmienda o reforma, porque sostiene que la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha generado dispositivos de anidación y supresión de disposiciones constitucionales, paralelos o diferentes a los establecidos en los textos constitucionales. La consecuencia inmediata de lo advertido es el debilitamiento de la textura de las categorías conceptuales utilizadas en la Carta Magna, por cuanto la posibilidad de acrecentar o disminuir el contenido normativo de la Constitución al margen de lo específicamente dispuesto por ella implica, en los hechos, que la rigidez constitucional ha sido atenuada, que la Constitución, que pregona firmeza –o una difícil enmienda– se ha vuelto relativamente flexible.

Se presenta por tanto el fenómeno de la *liquidez constitucional*, tendencia a constitucionalizar instrumentos internacionales, de fácil suscripción y denuncia, que modifican la Constitución al margen del proceso ordinario de reforma. Éste será el objeto de análisis jurídico, usando un enfoque comparatista y la metodología bibliográfico-doctrinal.

## MATERIALES MÉTODOS

Se hizo una comparación de las experiencias constitucionales de Argentina, Bolivia y Colombia, casos particulares desde los que se formuló conclusiones genéricas aplicables a otros países de la región que comparten la misma forma de vinculación entre el Estado y los tratados internacionales en materia derechos humanos y la batería competencial estatal para tal efecto.

En razón de que la investigación fue eminentemente teórica, basándose con preferencia en normativa y doctrina constitucional, la metodología empleada para el cotejo y análisis de la liquidez constitucional fue la bibliográfico-doctrinal (De Ballón, 2004).

Al ser una investigación que aplica el método bibliográfico-doctrinal, el material utilizado es estrictamente documental: se aunó información constante en literales normativas y doctrinales.

## RESULTADOS Y ANÁLISIS

### *3.1. La rigidez constitucional en Hispanoamérica*

Orientados por la experiencia revolucionaria estadounidense (1776) y su magno producto, la Constitución de Filadelfia de 1787 (ratificada en 1788 y puesta en vigor en 1789), los pueblos americanos que se independizaron de España asumieron el reto de configurar Estados conforme a los dictados del Constitucionalismo, es decir, Estados Constitucionales. Fue así que se exhibieron ante el viejo y nuevo mundo las primeras constituciones: de Colombia de 1821, de El Salvador de 1824, de Honduras de 1825 y la Constitución boliviana de 1826, entre otras (Chávez, 2011).

Ostentando la mayestática misión de regir dogmática y orgánicamente el presente y porvenir de sus pueblos, las constituciones fueron insufladas por dos principios de honda relevancia jurídico-política, que hacen al concepto contemporáneo de Constitución: supremacía y carácter fundamental.

Encargadas de reconocer los principios, valores, derechos y garantías constitucionales de los nacionales, así como de racionalizar el ejercicio del poder público, estas normas supremas y fundamentales requerían de salvaguardias que impidieran que los poderes constituidos pudieran postergarlas o conculcarlas alterando su contenido deóntico, ora mediante leyes del órgano legislativo, ora por decretos del órgano ejecutivo. Uno de los resortes idóneos para guarecer la obra de los pueblos fue entonces la previsión de que haya un procedimiento de reforma constitucional reglado, especial y engorroso.

Considérese las siguientes evidencias escriturales:

a) El art. 82 de la Constitución de El Salvador de 1824 disponía que haya una institución extraordinaria para encauzar su reforma total sólo después de transcurrida casi una década: “A los ocho años cuando la práctica y más conocimientos hayan descubierto los inconvenientes o ventajas de la presente Constitución, podrá convocarse un Congreso Constituyente para que examinada su totalidad pueda reformarla”.

b) El art. 167 de la Constitución de Nicaragua de 1826 preceptuaba, como la anterior, una entidad especial para su revisión íntegra: “Hasta pasados tres años podrá reverse en su totalidad esta Constitución, y declarándose haber lugar a la revisión, según las reglas del artículo anterior, se convocará una Asamblea Constituyente, cuyos diputados traerán de sus comitentes poderes bastantes y especiales”.

c) Los arts. 145-148 de la Constitución boliviana de 1826 contemplaban un procedimiento sumamente complejo, en el que no se mencionaba la posibilidad de una reforma total, aspecto que puede ser interpretado de forma permisiva o prohibitiva:

Si pasados diez años después de jurada la Constitución, se advirtiere que algunos de sus artículos merecen reforma, se hará la proposición por escrito, firmada por una tercera parte, al menos, de la cámara de Tribunos, y apoyada por las dos terceras partes de los miembros presentes en la cámara (art. 145). La proposición será leída por tres veces, con el intervalo de seis días de una a otra lectura, y después de la tercera, deliberará la cámara de Tribunos, si la proposición podrá ser o no admitida; siguiéndose en todo lo demás, lo prevenido para la formación de las leyes (art. 146). Admitida a discusión, y convencidas las cámaras de la necesidad de reformar la Constitución, se expedirá una ley, por la cual se mandará a los cuerpos electorales, confieran a los diputados de las tres cámaras, poderes especiales para alterar o reformar la Constitución, indicando las bases sobre que deba recaer la reforma (art. 147). En las primeras sesiones de la legislatura siguiente, a la en que se hizo la moción sobre alterar o reformar la Constitución, será la materia propuesta y discutida; y lo que las cámaras resuelvan, se cumplirá, consultado el poder Ejecutivo sobre la conveniencia de la reforma (art. 148).

El procedimiento de reforma es reglado porque se prevé pautas específicas para su dinámica; es especial, en cuanto se contempla un cauce distinto para la elaboración de leyes o una institución extraordinaria al congreso; y, en fin, es engorroso por la dificultad que entraña concretarlo.

Siguiendo el hilo discursivo, si la reforma de una Constitución resultaba bastante compleja con la Democracia representativa, el ascenso del modelo participativo de democracia agravaría la situación: el pueblo ya no se satisface con el proyecto de sus representantes, ahora exige –legítimamente– la potestad de aprobar o rechazar lo obrado –por referéndum o plebiscito– y, en algunos regímenes, demanda la potestad de convocar al ente articulador del proceso de enmienda. Esto acontece con la actual Constitución boliviana, que por la reforma de 2009 se ha provisto de un procedimiento de enmienda que combina elementos representativos y participativos para su reforma parcial o total.

Aunque no es el momento propicio para cavilar la conveniencia o problemática del agravamiento de los procesos de reforma constitucional, es menester efectuar sucintas críticas, por la envergadura de la temática: posibles petrificaciones por lo harto complejo de las reglas. En hogaño, algunos abogados y políticos sugieren la necesidad de implementar los referéndums o plebiscitos como colofón del *iter* (camino) para enmendar una Constitución; empero, estimamos que este mecanismo debe (y debió limitarse en Bolivia) a la reforma iusfundamental, esto es, a aquellos procesos de reforma constitucional que afecten a la *sustancia* de una Constitución, a aquello que define la “identidad constitucional” (López, 2023) y la hace *ser ella y no otra*.

### ***3.2. La ósmosis jurídica***

El Derecho Constitucional y el Derecho Internacional son disciplinas que han tendido a intimar nexos por el paralelismo de sus principales objetos: los derechos fundamentales y los derechos humanos.

El mutuo influjo que se observa entre una disciplina del derecho público interno y una del derecho público externo no deja absortos a constitucionalistas e internacionalistas, si se considera que dicho fenómeno responde a un *telos* (propósito) afín: el respeto, protección y garantía de los derechos esenciales del hombre en sociedad. Habiéndose convenido hermanar esfuerzos para la –ideal– plena “vigencia sociológica” (Bidart, 1989) y no solo normológica (en la mera norma) de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, no resulta incomprensible que las constituciones hayan acogido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (constitucionalización), y que el contenido deóntico de este ejerza un pronunciado influjo sobre el primero (internacionalización).

¿Cuáles son las consecuencias de la ósmosis jurídica? La configuración de normas constitucionales de fuente internacional y el subsecuente acrecentamiento de la parte dogmática de las constituciones (y por tanto de su proyección tutelar). Da cuenta del primer suceso en el sistema constitucional mexicano el profesor Eduardo Ferrer MacGregor (2017) cuando asevera que los derechos humanos incorporados al orden interno son “derechos nacionales de fuente internacional” (p. 266). El segundo es parificado (ejemplificado) por el profesor Luis Castillo Córdova (2021), para quien: “no se debe perder de vista que, en relación a los derechos humanos, el derecho convencional regula lo mismo que el derecho constitucional: el contenido esencial de los derechos humanos”, y, por tanto: “el derecho constitucional y el derecho convencional conforman el contenido esencial o constitucional de un derecho humano” (p. 95-6).

Pero existe una ramificación más, de orden fisonómico, respecto a la índole de las Constituciones: la modelación – expresa o tácita– de un bloque de constitucionalidad.

Esta categoría, acuñada por el profesor Louis Favoreu en el derecho francés, es un concepto esgrimido por la doctrina para incluir en una unidad sistémica a las normas que, no hallándose insertas en el texto constitucional, ostentan estatus constitucional por su carácter fundamental o por decisión del constituyente. Citar la categoría Bloque de constitucionalidad no es superfluo, por cuanto el contenido que se le da en algunos sistemas constitucionales hispanoamericanos, la convierte en una de las más adecuadas nociones para ejemplificar la influencia recíproca entre la constitucionalización y la internacionalización; cávlese el caso boliviano, que por la reforma constitucional de 2009 se posicionó como el primer Estado en incluir “la voz bajo estudio en su texto” (Manili, 2014, p. 123).

Hecha la precisión anterior, se da por certificada la ósmosis jurídica entre la constitucionalización y la internacionalización del ordenamiento jurídico, en aras de optimizar el sistema de protección de los derechos humanos en sede nacional (en los Estados) y supranacional (en los estrados judiciales interamericanos).

### ***3.3. El concepto Liquidez Constitucional***

*In limine* se puede cuestionar la expresión ‘liquidez constitucional’ por dos razones: primera, porque la palabra “liquidez” es recurrentemente empleada por Zygmunt Bauman en el mundo de la filosofía (considérese el título de algunas de sus obras: *Modernidad líquida*, *Amor líquido* y *Tiempos líquidos*); segunda, porque es una categoría que no condice con la idea de rigidez pregonada como un rasgo de la mayoría de las constituciones contemporáneas.

Pese a lo dicho, es menester aclarar que el contenido conceptual de “liquidez constitucional” en el presente escrito no guarda

relación con lo vertido por Bauman. Aquí, el autor con “liquidez constitucional” se circunscribirá a caracterizar la *‘sutilización’, la atenuación*, del carácter rígido de las constituciones hispanoamericanas por efecto de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A causa de esta conclusión, el concepto podría ser reprochado de ser un oxímoron (noción contradictoria), ya que si se plantea la adscripción del término líquido a las normas supremas, estas contendrían dos propiedades contrapuestas: serían constituciones rígidas, por un lado, y líquidas, por otro; a esto replicaremos que lo constitucional es una realidad compleja que exige no ser reducida a ideas singulares que redundarán en conclusiones sesgadas. Afróntese la realidad como se exhibe.

Dicho lo anterior, entenderemos por liquidez constitucional la *virtual relativización de la propiedad rígida de las constituciones que, previendo un procedimiento oneroso para su reforma, han implementado de facto y por sí mismas un procedimiento paralelo para el acrecentamiento o disminución –enmiendas– de las normas que integran el sistema constitucional de un Estado, coonestado por razones dogmáticas –el derecho internacional de los derechos humanos–.*

¿Por qué estamos, en los hechos, ante un procedimiento de reforma paralelo al reglado por la Constitución? Porque si bien la autoridad llamada a modificar el contenido de una Constitución es –regularmente– el poder constituyente, que opera a través de un órgano extraordinario (asamblea o convención constituyente) o es investido en el órgano legislativo del Estado (congreso o parlamento), hay dos departamentos del poder gubernamental esencialmente políticos que, por mandato de la propia Constitución, disponen de competencias para realizar las acciones constituyentes citadas: el órgano ejecutivo y el órgano legislativo, que negocian, suscriben

y ratifican tratados internacionales en materia de derechos humanos.

A lo argumentado debemos sumar que la Constitución *per se* da su venia a esta configuración alternativa, por la incidencia de una “cláusula de dispersión del contenido constitucional”, disposición que: “incorpora al articulado constitucional normativa de fuente internacional (...), en otras palabras, que constitucionaliza normas internacionales” (Cruz, 2021, p. 320).

La sumatoria de estas dos unidades (atribuciones para hacer partícipe al Estado de normas convencionales sobre derechos humanos y el reconocimiento de rango constitucional –o supranacional– a estos instrumentos), resulta en que el Presidente y el Congreso son instituciones que tienen la potestad de tornar líquida a la Constitución al disponer de facultades de adicionar o restar disposiciones constitucionales.

Lo descrito no es un acaecimiento nuevo del presente siglo, viene sucediendo desde la segunda mitad del siglo pasado. No obstante que no es un evento novedoso, este no ha despertado el recelo que podría esperarse por la modelación de un mecanismo de enmienda constitucional al margen del contemplado textualmente. ¿A qué se debe esto? Estimamos que el impacto fue cohonestado por razones dogmáticas; en otras palabras, la ampliación del estatuto constitucional de derechos funciona como anestésico de su impacto social y político.

Aunque diversos derechos humanos previstos en tratados internacionales guarden un paralelismo sustancial con los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones –podrían figurar como meras repeticiones–, y, a pesar de que el sistema de protección supranacional de derechos humanos resulte en diversas ocasiones un resorte de tutela excesivamente tardío –“nada se parece tanto a la injusticia como la justicia

tardía”, Séneca–, el (¿aparente?) beneficio fue y es un importante discurso de permisión de este tipo de proceder constituyente.

Sintetizando, se sostiene que la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha promovido la formación de mecanismos colaterales de reforma constitucional: ya no es el constituyente quien elabora o aprueba las enmiendas, sino el Presidente del Estado, en compañía del Congreso, por sus competencias en las relaciones internacionales. Debido a esta dinámica, se presenta la liquidez constitucional, que atenúa la rigidez constitucional, por cuanto el procedimiento para sumar o restar contenido a la Constitución es bastante menos complejo que el reglado por los textos constitucionales.

Previo a concluir este apartado, es necesario referir que la expresión “liquidez constitucional” no fue acuñada por el autor; es de reciente data en el mundo constitucional por el uso que le dio el profesor José M. Sauca en su ponencia “Cláusulas de liquidez constitucional como procedimiento de cambio constitucional”, expuesta en la Conferencia sobre “Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos”, organizada por la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad Carlos III de Madrid en diciembre de 2020. El concepto sería empleado nuevamente el año pasado (en junio) por la Universidad de Murcia, institución que organizó el seminario “La liquidez constitucional: Estabilidad y cambio constitucional”.

### ***3.4. Ejemplos de liquidez constitucional***

Citemos algunos ejemplos de liquidez constitucional y cuyas conclusiones serán extrapolables a otros regímenes de la región.

**a) El caso colombiano.** La Constitución de Colombia de 1991 contempla su procedimiento de reforma en los artículos 374 a 379, que definen las instituciones y el cauce a seguir para concretar enmiendas: las instancias que pueden reformar la norma suprema son el Congreso, la Asamblea Constituyente o el pueblo mediante referendo; los legitimados para presentar proyectos del acto legislativo de reforma son el Gobierno, 10 miembros del órgano legislativo, 20% de los concejales, 20% de los diputados o ciudadanos equivalentes al 5% del censo electoral en vigencia. El trámite tiene lugar en dos períodos legislativos ordinarios y consecutivos; en el primero, la propuesta debe ser aprobada por la mayoría de los asistentes, de contar con este apoyo, el Gobierno debe publicar el proyecto; en el segundo periodo, se exige el voto de la mayoría de los miembros de cada cámara, no pudiendo debatirse las iniciativas no presentadas en el primero.

Posteriormente, mediante una ley aprobada por la mayoría de las dos instancias camarales, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente, cuya competencia, período y composición será precisada por esta misma ley. Se entenderá que el pueblo decidió convocar a la Constituyente cuando al menos una tercera parte de los ciudadanos integrantes del censo electoral así lo haya aprobado. Una vez en funciones, la Asamblea Constituyente aprobará su reglamento y se suspenderá la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución, hasta que aquella concluya su labor. En cuanto a las reformas constitucionales que apruebe el Congreso, estas necesariamente deben ir a referendo cuando se refieran a los derechos fundamentales de los colombianos, a los procedimientos de participación popular o al propio Congreso (si así lo solicita un 5% de ciudadanos que integran el censo electoral).

Se entiende que la reforma será derogada cuando haya recibido el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que hubiere concurrido al acto electoral por lo menos la cuarta parte del censo electoral.

Por iniciativa del Gobierno o del 5% de ciudadanos del censo electoral, el congreso podrá mediante ley (que demanda mayoría de los miembros de ambas cámaras) someter a referendo el proyecto de reforma que él mismo incorpore a la ley.

Finalmente, la Constitución colombiana dispone que la aprobación de sus reformas, vía referendo, requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de estos sea de al menos la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral.

Descrito el procedimiento de enmienda reglado, detallemos el mecanismo paralelo. En primer lugar está el consentimiento que da la propia Constitución a la introducción de normativa convencional internacional en derechos humanos, lo cual se halla en al menos cuatro artículos: el 44, respecto a los derechos de la niñez; el 93, sobre la prevalencia de los instrumentos internacionales en estados de excepción (al cual es conexo el art. 214.2, que determina que en dichos contextos se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario), y, especialmente, en el. 94, que dispone que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Prosigamos con las competencias de los órganos ejecutivo y legislativo del Estado. Según la Constitución, el Presidente de Colombia tiene la atribución de “Dirigir las relaciones

internacionales. (...) y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso” (art. 189.2). El congreso, por su parte, en el ámbito de sus potestades constitucionales, tiene la competencia para “Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional” (art. 150.16). Adicionalmente, el art. 224 secunda lo dispuesto por el art. 150.16 al preceptuar que “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso”.

La anterior descripción normativa permite dar por adverado que la Constitución de Colombia es un ejemplo de la liquidez constitucional por causa de los derechos humanos inmersos en tratados internacionales, por cuanto se plantea dos escenarios de reforma constitucional: el primero es reglado, incurso en los artículos 374 a 379, donde se pudo observar que los legitimados para introducir enmiendas son el Congreso, la Asamblea Constituyente y el pueblo mediante referendo; el segundo es paralelo, artículos 189.2, 150.16 y 224, donde los entes estelares son el ejecutivo y legislativo nacional, que receptan competencias para vincular al Estado colombiano a normas convencionales.

Detengámonos en el escenario paralelo. Este constituye un procedimiento alternativo de reforma de la Constitución colombiana porque una vez que el Presidente, dirigiendo las relaciones internacionales, negocia y celebra un tratado en materia de derechos humanos, y lo cual es ratificado por el Congreso, esto se convierte en normativa internacional implicadora de derechos constitucionales por efecto de la constitucionalización. ¿Cuál el resultado de esta dinámica de política internacional? La adición de normas constitucionales sobre derechos humanos de fuente internacional en la Constitución.

El escenario torna aún más líquido si se pondera la posibilidad de que el mismo u otro Presidente del Estado –dependerá de la cláusula de limitación temporal de denuncia del convenio–, tiene la potestad de denunciar el tratado. ¿Cuál sería el resultado? La remoción de normas constitucionales sobre derechos humanos que estuvieron endosadas a la Constitución.

Se observa, por consiguiente, que en ambos casos hipotéticos la norma suprema colombiana fue objeto de reforma –por adición o sustracción– sin requerir la participación de una Asamblea Constituyente o de participación del electorado.

**b) *El caso argentino.*** En desemejanza al caso colombiano, el procedimiento para introducir enmiendas en la Constitución de Argentina reformada en 1994, es muy breve. El artículo 30 dispone que: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto”.

Otra pronunciada disimilitud respecto al texto colombiano es el artículo 39, que preceptúa que “No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional”; un dispositivo restrictivo del modelo de democracia participativo que tiene su fundamento en el artículo 22: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”; una norma bastante cuestionada por diversos sectores académicos a causa de su anacronismo con respecto a los avances de la Democracia participativa y la Democracia deliberativa en los Estados Constitucionales de hogaño.

No obstante las disimilitudes precisadas, la Constitución argentina incluye también en su articulado una cláusula de

dispersión constitucional: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33); razonamiento jurídico que significa que el constituyente ha expresado su aquiescencia a la existencia de determinada materia constitucional (derechos y garantías), que aunque no se halle explícitamente en la Constitución ostenta análogo estatus (constitucional).

Esta afirmación es corroborada por el apartado segundo del art. 75.22, que nombra y dota de rango constitucional de forma expresa a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos: v. gr., la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.

Revisemos ahora la temática del derecho constitucional del poder argentino. El artículo 99.11 otorga al Presidente la competencia de concluir y firmar: “tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”. En lo atinente al Congreso, el primer párrafo del artículo 75.22 preceptúa como atribución suya el “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”; en el mismo sentido, el numeral 23 del mentado precepto dispone que al órgano legislativo le corresponde “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución

y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, la mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (norma inspirada en los postulados del Constitucionalismo Social).

Con todo, es necesario aludir nuevamente al artículo 75.22, ya que contempla cerrojos para la denuncia de los tratados señalados con antelación: “Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”; y, porque precisa un procedimiento para la concesión de rango constitucional a otros convenios internacionales: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

En el caso argentino, se observa, por consiguiente, también dos mecanismos de reforma constitucional. Por un lado, en el procedimiento reglado (artículo 30), el Congreso ostenta la facultad calificada por su doctrina y jurisprudencia como “poder preconstituyente” (Sagüés, 2019, p. 198). La referida potestad permite al órgano legislativo declarar la necesidad de reforma de la Constitución, lo cual se concretará a partir de un organismo extraordinario denominado Convención (Constituyente).

Por otro lado, en función de las competencias asignadas al Presidente (art. 99.11) y al Congreso (art. 75.22), así como las previsiones de dar rango constitucional a normativa internacional (art. 75.22), es plausible deducir que el procedimiento no reglado para enmendar la Constitución, con connotaciones aditivas o sustractivas, yace en los órganos ejecutivo y legislativo. El primero de ellos porque tiene la atribución de concluir y firmar convenios internacionales, y

el segundo, porque recepta la facultad para aprobar, desechar y atribuir jerarquía constitucional –con los votos de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros– a los mismos.

A lo argumentado debemos sumar la potestad del ejecutivo para denunciar los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque con el pestillo de la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Por este entramado constitucional competencial, se verifica que el Estado argentino es un ejemplo más de liquidez constitucional, debido a que con el concurso del Presidente y el Congreso respecto a vincularlo o desvincularlo a obligaciones y prohibiciones provenientes de convenios internacionales en derechos humanos, así como dotarle de rango constitucional (constitucionalizarlo), el procedimiento no reglado constituye un mecanismo menos gravoso que el previsto en el artículo 30 para ampliar o reducir la normativa de jerarquía constitucional.

**c) *El caso boliviano.*** El constituyente boliviano dispuso que la Constitución es susceptible de reforma parcial y total (art. 411. I y II): la primera puede ser promovida por iniciativa popular (con 20% de firmas del electorado) o por la asamblea legislativa nacional (por ley de reforma constitucional aprobada por 2/3 del total de miembros presentes en ella); requiriéndose para su aprobación un referendo constitucional.

La segunda, que afecta a sus bases fundamentales, a su “sustancia constitucional” (Cruz, 2022, p. 61), será concretada por una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, la cual será activada mediante referendo constitucional, cuya convocatoria tendrá lugar por voluntad popular (con 20% del electorado), por mayoría absoluta de asambleístas nacionales, o por decisión del Presidente del Estado. Ya en funcionamiento, el organismo constituyente cuenta con autonomía normativa para su autoregulación, salvo en

lo concerniente al número de votos mínimos para aprobar el texto reformado, que es de 2/3 del total de sus integrantes presentes; superada esta etapa, el nuevo texto debe ser aprobado en las urnas por el soberano (referendo constitucional).

En la Constitución boliviana también se tienen cláusulas de dispersión constitucional: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados” (art. 13.II); la prevalencia en el orden interno nacional de los tratados internacionales (ratificados por la Asamblea Legislativa) que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción; además de que los deberes y derechos consagrados en la Constitución serán interpretados de conformidad con dichos tratados. (art. 13.IV), norma que es secundada por el párrafo II del art. 256; el deber estatal de garantizar los derechos insertos en instrumentos internacionales (art. 14.III); la cláusula de supraconstitucionalidad de los derechos más favorables: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta” (art. 256.I); y el ya citado art. 410.II, que señala los componentes del bloque de constitucionalidad: la Constitución, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de Derecho comunitario.

En el ámbito constitucional de organización del Estado, por mandato del art. 172.5 el Presidente del Estado tiene la potestad de “Dirigir la política exterior; suscribir tratados internacionales; nombrar servidores públicos diplomáticos y consulares de acuerdo a la ley; y admitir a los funcionarios extranjeros en general”. Y por disposición del art. 158.I.14

corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional “Ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución”. Respecto al procedimiento de denuncia, el art. 260.I ordena que este se ceñirá a las reglas establecidas en el propio tratado internacional, las dispuestas por las normas generales del Derecho Internacional, y las incluidas en la Constitución y la Ley; además, se condiciona la ejecución del retiro de un convenio a la previa aprobación de la Asamblea (párrafo II), y se exige que los tratados aprobados por referéndum sean sometidos a dicho mecanismo antes de su denuncia (párrafo III).

Para que el estudio del caso boliviano sea integral, es menester citar otro repertorio de normas que guardan nexo con lo tratado. Por disposición del art. 202.9 el *máximum intérprete de la Constitución*, el Tribunal Constitucional Plurinacional, tiene competencia para ejercitar “El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales”.

El citado precepto fue desarrollado por los arts. 106 a 110 del Código Procesal Constitucional. La oportunidad de escrutinio será antes de la ratificación (art. 106) y es activado por el Presidente del Estado, quien formulándose duda fundada sobre la constitucionalidad de la totalidad o una de las partes del tratado, lo remitirá al órgano de control (art. 107.I); una vez remitido el texto del convenio internacional por el ejecutivo al legislativo, el presidente de la Asamblea debe enviarlo, de forma obligatoria y en el plazo de 20 días desde su recepción, al alto tribunal, pudiendo manifestar su dubitación sobre el mismo (art. 107.II); participan de la mentada facultad, en plazos iguales, el presidente de la Cámara de Senadores y el de la Cámara de Diputados, y asimismo lo pueden realizar de

manera directa al menos 5 senadores o 10 diputados o a través del presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional (art. 107.III).

Admitida la consulta, la Comisión de Admisión del tribunal constitucional la pondrá en conocimiento del órgano ejecutivo (cuando corresponda) para que, en plazo de 15 días desde su notificación, emita su opinión sobre la misma (art. 108.I); se remita o no dicho criterio fundamentado, el intérprete de la Constitución emitirá, en el plazo de 45 días, la Declaración Constitucional que definirá la compatibilidad o incompatibilidad del instrumento objeto de control (art. 108.II). La declaración de cargos de inconstitucionalidad tiene consecuencias dependiendo del tipo de convenio: si el tratado es bilateral, se subordina su ratificación a la renegociación (art. 109.I), de ser alguna cláusula de carácter multilateral, la aprobación no será vedada en tanto y en cuanto se formule reservas. El detalle del art. 110 del código adjetivo constitucional (control previo sobre tratados sometidos a referendo) será reservado para el comentario focalizado al art. 259.I de la Constitución.

En el art. 257.I de la Constitución señala: “Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”, podría impeler –desde una lectura célere y no sistemática– a concluir que los dispositivos internacionales sobre derechos humanos solo ostentan rango de ley en el sistema jurídico boliviano; pero esto sería un juicio interpretativo errado. Por el criterio de especificidad, solo los instrumentos convencionales que versen sobre derechos humanos adoptan rango constitucional (y hasta supraconstitucional cuando prevean derechos más benignos). A este elenco deben sumarse las normas de derecho comunitario, compartimento que puede tener dos interpretaciones sobre su proyección: una orientada por la pauta *ubi lex non distinguit*,

*nec nos distinguere debemus* (Andaluz) que supondría incluir toda índole de normas comunitarias; y, otra, guiada por la regla del contexto lingüístico próximo y remoto, que restringiría las disposiciones del derecho comunitario con rango constitucional a las que versen sobre derechos humanos (nos decantamos por esta). Se entiende, por consiguiente, que los convenios internacionales no comprendidos en las características precisadas no participan del estatus constitucional irradiado por el bloque de constitucionalidad.

Culminemos la descripción con el art. 259, una disposición de pronunciada relevancia por la permisión para someter “cualquier tratado internacional” a referendo popular cuando así sea solicitado por al menos 5% del electorado del padrón electoral o 35% de los representantes nacionales; estas iniciativas también pueden ser esgrimidas para solicitar al ejecutivo la suscripción de convenios internacionales (parágrafo I). Anunciada la convocatoria a referéndum, y de acuerdo a los plazos dispuestos por ley, el proceso de ratificación quedará en suspenso (parágrafo II).

Por lo abordado, se constata que la experiencia constitucional boliviana tiene ingredientes semejantes a los ya advertidos en la colombiana y argentina. Por mandato del art. 411. I y II, la Constitución contempla un procedimiento reglado y asaz gravoso para la implementación de enmiendas a su articulado: se detalla los catalizadores de la reforma (congreso, voluntad popular y presidente del Estado), un órgano extraordinario para la variante total (Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria) y un mecanismo popular de confirmación o rechazo del proyecto (referéndum); no se escatima tinta en reiterar y hacer hincapié en la dificultad de modificar tan siquiera un artículo de la norma suprema boliviana, el soberano será convocado a las urnas, como aconteció con el referéndum

de 21 de febrero de 2016, cuando la ciudadanía fue invitada a comicios para aprobar o rechazar la enmienda del artículo 168 sobre reelección presidencial.

No obstante la obligatoriedad del engorroso mecanismo descrito, este puede ser soslayado en materia de derechos humanos mediante el ejercicio de facultades relacionadas con la política internacional del Estado. Dirigiendo las relaciones internacionales, el Presidente del Estado puede “suscribir” normativa convencional bilateral o multilateral (art. 172.5); acto que debe ser “ratificado” por el Congreso (art. 158.I.14) para que el instrumento forme parte del sistema jurídico interno.

Para desvincular al Estado de las obligaciones internacionales contraídas, los mentados órganos de poder ejercen la facultad de denuncia y aprobación de la misma, en el marco legal del propio tratado, de las normas generales del Derecho Internacional y las dispuestas por la Constitución y la Ley (art. 260.I y II). A lo expuesto, debemos anidar un cerrojo más: los convenios que hayan sido objeto de referéndum no podrán ser objeto de denuncia salvo que se proceda a la consulta previa con el mismo dispositivo (art. 260.III).

Se confirma, por consiguiente, la modelación de un procedimiento paralelo de reforma constitucional que insufla elementos líquidos al principio de rigidez constitucional en Bolivia. Mientras los mecanismos de enmienda constitucional inscritos en el art. 411 exigen para las reformas parciales o totales la aprobación de la mayoría del soberano; los arts. 172.5, 158.I.14 y 260 permiten al ejecutivo y legislativo nacionales ampliar o reducir el espectro normativo constitucional en materia de derechos humanos, en ejercicio de sus competencias concernientes a las relaciones internacionales, sin requerir el pronunciamiento favorable de la nación (salvo, como se indicó, en caso de que estos fueran aprobados por referendo).

### 3.5. *Modificación de la índole de las constituciones*

Los hallazgos que se tuvo sobre la tríada de Estados analizados son aplicables a otros sistemas constitucionales, *mutatis mutandis*, por el paralelismo regulativo de las reformas constitucionales que se encontró en el estudio. La mayoría de los regímenes hispanoamericanos confía al director del órgano ejecutivo –Presidente–, a la Jefatura de Estado, las relaciones interestatales; concede la potestad de ratificación de los tratados internacionales al órgano legislativo –Congreso–; contempla “cláusulas abiertas” de derechos, un rasgo característico del Derecho Constitucional Americano (Gros, 2000); y ha constitucionalizado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La analogía en la regulación permite aseverar que el Constitucionalismo Hispanoamericano es una región de *constituciones virtualmente líquidas o relativamente rígidas* por razón de los derechos humanos de fuente internacional constitucionalizados, que inciden en la estructura de los entramados constitucionales; por este suceso, se requiere de una tercera variante –una categoría *híbrida*– a la dicotomía entre constituciones codificadas y constituciones dispersas, acuñada por el profesor Edward McChesney Sait (Linares, T. III, 1987, p. 115).

El *tertium genus* es formulado en doctrina por el profesor Néstor Pedro Sagüés, quien habla de constituciones “intermedias”, aquellas “constituciones que comienzan codificadas, pero son seguidas por normas complementarias y anexos, muchas veces de significativa extensión” (Sagüés, T. 1, 2017, p. 255).

Vertida la idea, corresponde cuestionarse: ¿Son las constituciones colombiana, argentina y boliviana –y sus homólogas en la región– constituciones intermedias? Sí, por

descontado. Las normas fundamentales de los Estados son en principio constituciones codificadas, por contener una textura unitaria y sistemática del espectro normativo fundamental del Estado; pero se convierten en parcialmente dispersas por la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que implicó el acoplamiento de textos de rango constitucional con cuerpos independientes al texto constitucional principal: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

La consecuencia inmediata de lo advertido (implicación de normativa convencional sobre derechos humanos en el seno de la constitucionalidad) es la configuración –o fragmentación– de la idea de Constitución unitaria en diversos compartimentos textuales. Debido a tal estructura, es menester considerar en la presente investigación el análisis de la doctrina del bloque de constitucionalidad, aceptada expresa o implícitamente.

Comentando uno de los procesos constitucionales para el control normativo de constitucionalidad, el profesor Horacio Andaluz Vegacenteno (2017) sostuvo que:

La acción de inconstitucionalidad enjuicia la validez del derecho ordinario. Se trata de un juicio donde el canon de enjuiciamiento son las normas constitucionales (porque el derecho ordinario deriva su validez de la Constitución). Pero son normas constitucionales no sólo las que integran el texto formal de la Constitución. La Constitución está formada por (1) su texto formal, (2) los tratados sobre derechos humanos y (3) las normas de derecho comunitario. La reunión sistémica de (1), (2) y (3) forma una unidad normativa. Esta unidad es

la Constitución. Y como (2) y (3) no son parte de su texto formal, se dice que la unidad forma un “bloque de constitucionalidad” (pp. 428-429).

Algo similar ocurre con la experiencia colombiana, ya que si bien su Constitución no reconoce expresamente la teoría del bloque de constitucionalidad, esto no fue óbice para que la Corte Constitucional lo implementara jurisprudencialmente; así, la Sentencia C-582-99 de 11 de agosto vertió dos nociones:

Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

Enfatizándose el primer concepto y los fundamentos vertidos en la referida resolución, el profesor Luis Andrés Fajardo Arturo (2007) efectúa una distinción de planos: “Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, por entero diferente, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad” (p. 29). Atendiendo el criterio jurisprudencial y doctrinal citados, los profesores Fabio Andrés Gutiérrez Uribe y Sebastián Londoño Valle (2022), concluyen que la:

Corte Constitucional ha restringido el bloque de constitucionalidad, estableciendo como *conditio sine qua non* para que un tratado internacional haga parte de esta, los siguientes: 1. Que el tratado internacional reconozca derechos humanos. 2. Que el tratado internacional prohíba la limitación de derechos en estados de excepción (p. 259).

En el régimen argentino acontece algo análogo a la experiencia colombiana: su Constitución no hace mención alguna del bloque de constitucionalidad. Empero, este silencio no fue rémora para que la doctrina adoptara la categoría mentada, así, el profesor Carlos Mariano Liszczyński (2011) habla de “Bloque Constitucional Federal” o “Bloque de Constitucionalidad Federal”, donde uno de los componentes es de origen internacional: la parcela referente a las normas convencionales sobre derechos humanos (art. 75.22).

¿Por qué fue necesario estudiar la naturaleza estructural de las constituciones hispanoamericanas que han constitucionalizado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la temática de la liquidez constitucional? Porque una de las “dimensiones extratextuales” (Chan, 2018, p. 1) que integra el bloque constitucional, la compuesta por normativa convencional sobre derechos humanos, es susceptible de ser reformada –ampliada o reducida– por un procedimiento distinto al reglado por los textos constitucionales, suceso que provoca que las constituciones rígidas de la región tornen *virtualmente líquidas o parcialmente rígidas*.

Ergo, y por efecto de la construcción de un bloque de constitucionalidad con normativa convencional, en una pluralidad de sistemas constitucionales de Hispanoamérica las constituciones exhiben, desde un prisma de estabilidad y firmeza, un perfil que aglutina elementos *rígidos* –el

texto constitucional formal— y elementos *liquidados* —tratados internacionales que versen sobre de derechos humanos constitucionalizados—.

Así lo declara respecto al régimen argentino el profesor Sagüés (2019), quien, describiendo los caracteres de la Constitución de dicho país, sostiene que es de índole “relativamente rígida”:

Ahora bien, como la reforma de 1994 da jerarquía constitucional a ciertos futuros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aprobados por el Congreso con una mayoría calificada de votos, eso quiere significar que estas nuevas normas internacionales deben tener el mismo valor que las actuales en la Constitución, por voluntad del Poder Legislativo y del Ejecutivo, al aprobar esos tratados o convenciones. En síntesis, la Constitución es potencialmente flexible (p. 113).

A conclusión análoga de lo referido arriba, el profesor Liszczyński (2011), sobre los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional previstos en el art. 75.22, refiere:

Vimos hasta ahora que éste conjunto normativo es dúctil en tanto puede ampliarse y también disminuirse. Sabemos además que esta ductilidad se restringe a las normas de origen internacional que pueden incorporarse o salir del BCF, pero no a la CNA cuyo texto y cuya ubicación normativa dentro del BCF son indisponibles para los poderes constituidos. (p. 215).

Respecto al sistema constitucional boliviano, se ha argumentado que:

La índole codificada de la Constitución boliviana se atenúa, porque—gracias al bloque de constitucionalidad—el contenido de la dimensión dogmática de la norma suprema se ha esparcido en una serie de disposiciones que no integran el texto constitucional formal. (...) En corolario, el modelo de la norma fundamental boliviana no es codificada (como Estados Unidos) ni dispersa en puridad (como Reino Unido o Israel), exhibe un perfil híbrido o intermedio (Cruz, 2021, pp. 340-341).

Finalizamos este acápite con una ejemplificación de la potencial liquidez, ductilidad o relativa rigidez de las constituciones de la región desde los casos indagados. Colombia, Argentina y Bolivia han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 que, por mandato de sus “normas incorporantes” (Andaluz), forma parte de su bloque de constitucionalidad; debido a la índole convencional, aunque este instrumento tenga rango constitucional, su supresión del seno de la Constitución puede ser efectuada con un procedimiento paralelo de reforma que ejerce el órgano ejecutivo (que denuncia) y el órgano legislativo (que autoriza la denuncia).

Conforme al articulado de la Convención, esta solo puede ser objeto de denuncia transcurridos 5 años y con el preaviso de 1 año comunicado al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), quien informa a los demás Estados (art. 78.1).

En razón de que han transcurrido más de 5 años desde que los Estados estudiados ratificaron el Pacto de San José de Costa Rica, sus presidentes, como directores de la política internacional,

tienen la potestad –previa aprobación congresal– de retirar a su Estado de la Convención, lo que implicaría en los hechos una reducción –reforma– de disposiciones constitucionales de fuente internacional que integran sus bloques constitucionales. Aunque algunos abogados, como el Procurador General del Estado, César Adalid Siles Bazán, haya afirmado que Bolivia no puede abandonar la Convención americana, lo verídico es que la calidad de soberano de la nación boliviana y la normativa citada permiten esta posibilidad.

En corolario: la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha entrañado que una parcela de los bloques constitucionales de diversos Estados (Colombia, Argentina y Bolivia, por ejemplo) se torne líquida o relativamente rígida a la Constitución, y sea *en potencia* por la eventual ampliación o encogimiento del catálogo de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, al margen de lo reglado por el cauce ordinario de reforma.

Se esgrime y acentúa las expresiones “virtualmente” o “potencialmente” (sugeridas por el profesor Sagües) porque si bien hemos calificado a las constituciones analizadas (y con ellas a sus semejantes) de líquidas, es verídico que solo una porción de sus dimensiones (la atinente a derechos humanos, y la comunitaria en Bolivia) ostenta dicha propiedad; además, es factible columbrar que los gobiernos de turno –por razones de estrategia populista nacional e internacional– tenderán a abstenerse de denunciar la normativa convencional sobre derechos humanos porque la suscripción de este tipo de normas es más capitalizable que el detrimento.

El procedimiento paralelo que se usa para introducir, de hecho, enmiendas que hacen fluctuar el número de normas constitucionales que versan sobre derechos humanos, prescinde del clásico protagonista: el pueblo (o una mayoría suya) y sus

representantes, unidos éstos de facultades extraordinarias (el propio congreso con un procedimiento agravado o una asamblea constituyente); y enfatiza el rol de la política internacional dirigida por el órgano ejecutivo con aprobación del órgano legislativo.

## DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Desde las postrimerías del siglo pasado y la primera década del presente, el Constitucionalismo hispanoamericano ha reafirmado su compromiso con la monitorización, tutela y garantía de los derechos humanos. En esta magna empresa, las constituciones de la región han conglobado, con equivalente o superior jerarquía, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como conjunto sistemático de principios, valores y normas que han repercutido sobre la fisonomía de los textos fundamentales.

Los derechos humanos constitucionales de fuente internacional se perfilan así como una causa de múltiples efectos que finalizan en la liquidez constitucional: la permisión –causa– de las constituciones para aceptar en su cobertura normas convencionales con equivalente (e incluso superior) jerarquía, habilita –efecto– a que los órganos de poder encargados de la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (presidentes y congresos) influyan sumativa o restrictivamente sobre el contenido deóntico de la Constitución, acaecimiento que modela –efecto– un procedimiento de reforma constitucional ajeno al reglado por los textos constitucionales, y que incide *potencialmente* –efecto– sobre la índole rígida de las constituciones.

Por la característica de estos derechos y el cauce normado para su suscripción y denuncia, una pluralidad de Estados ha configurado expresa o tácitamente bloques constitucionales que, además de modificar su estructura tipológica (constituciones híbridas o

intermedias), afectaron la propiedad rígida que las caracteriza, exhibiéndolas como constituciones *virtualmente* líquidas o *relativamente rígidas*, a causa del procedimiento paralelo de reforma constitucional que se dinamiza por las competencias en política internacional de los órganos ejecutivo y legislativo.

En consecuencia, los constitucionalismos estudiados han disuelto –consciente o inconscientemente– la *idea monolítica de Constitución* en el recipiente de la *idea líquida de Constitución*, lo cual supone que una parcela de la Constitución es susceptible de ser amplificada o reducida al margen de lo reglado textualmente por ella. Planteemos dos episodios: primero, cuando el Presidente suscribe un tratado y el Congreso lo ratifica, las normas constitucionales aumentan; segundo, cuando el Presidente denuncia el tratado previa aprobación del Congreso, las normas constitucionales merman. ¿Cuál es el resultado? El acrecentamiento o disminución del contenido deóntico constitucional, sin necesidad de transitar por el *iter (camino)* de reforma previsto por la Constitución.

Lo advertido y descrito no es un asunto constitucional de poca monta: las disposiciones constitucionales que rigen un Estado pueden fluctuar dependiendo de la política internacional de los gobiernos de turno, lo que hace que se transite de constituciones completamente rígidas a *constituciones virtualmente líquidas*.

Si esto es así, ¿por qué no se observa, por parte de la doctrina y la sociedad civil en general, momentos prolongados de cavilación y resonancia social sobre la potencial liquidez de las constituciones a costa de la dinámica gubernamental internacional ejecutiva y legislativa?

A la cuestión formulada es posible replicar con diversas razones, pero nos limitaremos a señalar que el anestésico para ambas son los derechos humanos. La sociedad civil no

presta la atención debida a la liquidez constitucional porque los instrumentos internacionales la benefician con mayores catálogos de derechos; la doctrina, por su parte, conoce los antecedentes dictatoriales luctuosos de los países, y por causa de ello alienta –en ocasiones hasta servilmente– la configuración de sistemas regionales de protección de derechos humanos (el europeo, americano y africano, por ejemplo) que erigen órganos supranacionales (cortes) con la competencia de sancionar a los Estados responsables de violación de derechos humanos.

En corolario, dado que la liquidez constitucional es una realidad (potencial) en las constituciones hispanoamericanas, es deber de la comunidad letrada y de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales enfatizar la monitorización democrática sobre la política internacional de los gobiernos de turno, pues solo así podrán estar informados sobre la pluralidad de disposiciones constitucionales de fuente convencional que integran sus constituciones y, eventualmente, denunciar públicamente la no conveniencia de la suscripción y ratificación de determinado tratado. Lo manifestado permite formular juicios exhortativos para los directores de las relaciones internacionales del Estado, los órganos ejecutivo y legislativo, a quienes es plausible exigir su obligación de conducir la política internacional con suma prudencia política, en aras de no comprometer al Estado a responsabilidades que estén más allá de sus recursos, o vincularlo a normas que no condigan con el *espíritu* de su Constitución.

## REFERENCIAS

- Andaluz Vegacenteno, H. Título tercero: Acciones de inconstitucionalidad, en: R. E. Cardozo Daza y W. Herrera Áñez (eds.), *Código Procesal Constitucional de Bolivia. Doctrina, Jurisprudencia Constitucional y Legislación Comparada*, 2da ed. (pp. 339-520). Kipus.
- Bidart Campos, G. J. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castillo Córdova, L. (2021). *Constitución y Tribunal Constitucional*. Zela.
- Chan, J. M. M. (2018). Behind the Text of the Basic Law: Some Constitutional Fundamentals, en: Dixon, Rosalind, y Stone, Adrienne (eds.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*. (pp. 1-32). Cambridge University Press.
- Chávez Herrera, N. (2011). *Primeras Constituciones, Latinoamérica y el Caribe*. Biblioteca Ayacucho.
- Cruz Apaza, R. R. (2021). *Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Estandarte de la Verdad.
- Cruz Apaza, R. R. (2022). Una sustancia diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la constitución boliviana. *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, 6 (10), 27-70.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-582-99 de 11 de agosto*.
- De Ballón, J. (2004). *Métodos y técnicas de Investigación*. Universidad Mayor de San Simón.
- Liszczyński, C. M. (2011). Bloque Constitucional Argentino. Una aproximación interpretativa [Tesis de Doctorado, Universidad de Buenos Aires]. [https://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdli/collect/adrposgra/index/assoc/HWA\\_6385.dir/6385.PDF](https://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdli/collect/adrposgra/index/assoc/HWA_6385.dir/6385.PDF).
- Luis Andrés Fajardo Arturo, L. A. (2007). Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 7 (13), 15-34
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2017). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Gutiérrez Uribe, F. A. y Londoño Valle, S. (2022). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Análisis de su desarrollo histórico, fundamentos y restricciones. *Revista Ratio Juris*, 17 (34), 245-262.
- Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. III, 2da ed., Editorial Plus Ultra.
- López Testa, D. (2023). *Identidad Constitucional. Núcleo esencial de la Constitución de un país*. Astrea.
- Manili, P. L. (2014). Bloque de Constitucionalidad y Bloque de Convencionalidad. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et. al., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2da ed. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sagüés, N. P. (2017). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*, T. 1, Astrea.
- Sagüés, N. P. (2019). *Manual de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea.

# DISPUTE BOARDS: HERRAMIENTA CLAVE PARA PREVENIR DISPUTAS EN CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS EN BOLIVIA

*Dispute Boards: Crucial tool for dispute prevention in public works contracts in Bolivia*

DOI: 10.69633/kx9zm218

Recibido: 20/11/2024 Aceptado: 09/02/2025

\*Mario Ballivián Cabrera

<https://orcid.org/0009-0005-8697-0300>

Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central

marioballivian2003@yahoo.es

## RESUMEN

En Bolivia, la ejecución exitosa de contratos de obras públicas es crucial para el desarrollo del país. Estos contratos suelen enfrentar problemas como retrasos, disputas contractuales y cambios imprevistos en su ejecución. Este estudio explora la implementación de los Dispute Boards como un mecanismo preventivo y eficiente para la gestión de conflictos en este ámbito. Los Dispute Boards actúan de manera proactiva, identificando y resolviendo disputas entre las partes en tiempo real, lo que permite mantener la continuidad de las obras, reducir costos asociados y garantizar el cumplimiento de los objetivos contractuales. Aunque existen desafíos para su adopción, como el desconocimiento del mecanismo y el eventual ajuste normativo, los beneficios potenciales superan las barreras iniciales. El análisis concluye estableciendo que los Dispute Boards son una herramienta clave para optimizar la ejecución de contratos de obras públicas, fortaleciendo la colaboración entre las partes y asegurando mayor eficiencia en el contexto boliviano.

**Palabras clave:** *dispute boards, contrato de obras públicas, gestión de conflictos, prevención de controversias y eficiencia contractual.*

\*Abogado (Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca); Magister en Derecho Petrolero (Universidad de Dundee, Escocia); Magister en Regulación (London School of Economics, Inglaterra); complementó su formación con postgrados en prestigiosas universidades como Harvard y Salamanca; 25 años de experiencia profesional, ocupando cargos ejecutivos en el sector privado y público; Gerencia Legal del Grupo Repsol Bolivia; Asesor Legal Principal del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE); Actualmente socio en Criales & Urcullo; y profesor invitado en postgrados de universidades bolivianas.

## ABSTRACT

In Bolivia, the successful execution of public works contracts is crucial for the country's development. These contracts often face issues such as delays, contractual disputes, and unforeseen changes during implementation. This study examines the implementation of Dispute Boards as a preventive and efficient mechanism for conflict management in this context. Dispute Boards proactively address and resolve disputes between parties in real-time, ensuring the continuity of projects, reducing associated costs, and meeting contractual objectives. Although challenges such as a lack of awareness about the mechanism and potential regulatory adjustments exist, the potential benefits outweigh these initial barriers. The analysis concludes that Dispute Boards are a key tool for optimizing the execution of public works contracts, strengthening collaboration between parties, and ensuring greater efficiency in the Bolivian context.

**Keywords:** *dispute boards, public works contracts, conflict management, dispute prevention, and contractual efficiency.*

## INTRODUCCIÓN

En Bolivia, donde la ejecución eficiente de proyectos de infraestructura pública es esencial para fomentar el desarrollo sostenible y mejorar la calidad de vida de la población, los contratos administrativos adquieren un rol estratégico. Estos instrumentos legales no solamente regulan las relaciones entre las entidades públicas y los contratistas privados, sino también son fundamentales para garantizar el cumplimiento de los objetivos del proyecto.

La adecuada gestión de estos contratos implica que las obras se realicen conforme a los estándares de calidad, tiempo y costo.

Ahora, los contratos de obras públicas enfrentan diversos desafíos y problemas a lo largo de su ejecución. Las dificultades más comunes incluyen demoras en la ejecución, disputas contractuales sobre la interpretación de cláusulas del contrato, cambios en el alcance de la obra, incumplimiento de pagos, incumplimientos de normas y regulaciones, entre otras.

La identificación temprana de estos problemas en la ejecución de contratos de obras públicas es fundamental para evitar que se conviertan en conflictos mayores que retrasen o paralicen las obras, y en definitiva en el objeto mismo del contrato. En este sentido, mecanismos como los denominados *Dispute Boards*,<sup>1</sup> diseñados para intervenir en forma preventiva y durante el desarrollo de las obras, permiten tratar los problemas de forma ágil y eficiente.

El propósito de los *Dispute Boards* es prevenir las disputas, mediante la supervisión constante, el asesoramiento técnico y la toma de decisiones oportunas, reduciendo así el impacto de los conflictos en términos de tiempo, costos y calidad de las obras.

<sup>1</sup> *Dispute Boards*, “Paneles de disputa”, en inglés. Son paneles técnicos de expertos “establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen”. (Figuroa, 2010, p. 2) También se conocen como Juntas de resolución de disputas, Paneles de solución de controversias, entre otras denominaciones.

Adicionalmente, los *Dispute Boards* contribuyen a generar un entorno de cooperación y confianza entre las partes, a través de una comunicación que facilite la resolución de sus conflictos.

Existen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, como los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC)<sup>2</sup>, o la litigación ante la justicia ordinaria, pero no necesariamente son eficientes y oportunos para resolver controversias en la ejecución de los contratos de obras públicas de infraestructura, ya que esencialmente intervienen después de que la disputa se ha generado, con los consiguientes problemas en costos y tiempo.

En este escenario, el enfoque primordial del presente trabajo es explorar el papel preventivo que podrían desempeñar los *Dispute Boards* en la ejecución de los contratos de obras de infraestructura pública en Bolivia, toda vez que el objeto fundamental de este mecanismo es que las partes prevengan o, en su caso, resuelvan de manera eficiente las controversias que surjan durante la ejecución del contrato, mientras éste se encuentre en marcha.

Para tal efecto, el presente documento se divide en cinco partes: La primera presenta la introducción fundamentada del tema, la segunda efectúa un análisis del marco legal de los contratos administrativos en Bolivia, principalmente los contratos de obras públicas. La tercera parte explora el rol y las características fundamentales de los *Dispute Boards*. El cuarto momento examina los beneficios y desafíos asociados con la implementación de este mecanismo preventivo de disputas en los contratos de obras públicas en Bolivia. Finalmente, en la quinta parte, se presentan conclusiones que ofrecen una serie de consideraciones sobre la importancia de los *Dispute Boards*.

---

2 Tradicionalmente se ha considerado mecanismos alternativos de solución de controversias a la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Con base en lo señalado, la presente investigación formula la siguiente interrogante: ¿De qué modo los Dispute Boards pueden constituirse en un mecanismo eficiente para prevenir controversias en la ejecución de contratos de obras públicas en Bolivia?

Como objetivo principal se plantea: Analizar los alcances y beneficios que los Dispute Boards pueden brindar como mecanismo para prevenir controversias durante la ejecución de contratos de obras públicas en Bolivia”.

Como objetivos secundarios se tienen los siguientes:

- a) Explicar el posible funcionamiento y la implementación de los Dispute Boards en proyectos de infraestructura pública en el contexto boliviano.
- b) Identificar los beneficios y desafíos asociados con la aplicación de los Dispute Boards en la resolución de disputas contractuales en Bolivia.
- c) Proporcionar recomendaciones para la implementación de los Dispute Boards en la prevención y gestión de controversias en contratos de obras públicas.

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

Se recurre a metodología descriptiva y analítica, ya que se busca explicar el estado actual de la resolución de disputas en proyectos de infraestructura, así como evaluar la viabilidad y beneficios de adoptar los Dispute Boards en el contexto normativo boliviana.

El método descriptivo resulta esencial para documentar y caracterizar los elementos clave del estudio, proporcionando un panorama claro sobre:

- El estado actual de la resolución de disputas en contratos de

obra pública en Bolivia, a través del detalle de los mecanismos vigentes, incluyendo el arbitraje y los procesos judiciales, señalando sus limitaciones en términos de tiempos prolongados, altos costos y su impacto en la ejecución de las obras.

- El marco normativo boliviano aplicable mediante la descripción del régimen legal que regula la contratación de obras públicas y la resolución de controversias en proyectos de obras públicas, analizando si permite la adopción de los Dispute Boards o si requiere modificaciones.

- La experiencia internacional en el uso de Dispute Boards examinando casos donde este mecanismo ha sido implementado, describiendo sus estructuras, funcionamiento y beneficios comprobados en términos de reducción de conflictos y optimización de proyectos.

Más adelante, el estudio adopta el método analítico para evaluar la viabilidad, beneficios y desafíos de implementar los Dispute Boards en contratos de obra pública en Bolivia. Este enfoque incluye:

- El análisis comparativo de métodos de resolución de disputas mediante la contrastación de los mecanismos tradicionales con el modelo de Dispute Boards, evaluando su eficiencia en términos de costos, tiempos de resolución y efectividad en la prevención de conflictos.

- La evaluación del impacto normativo por medio del análisis de las disposiciones legales bolivianas en materia de contratación pública para determinar si los Dispute Boards, pueden implementarse bajo el marco actual o si requieren reformas legislativas.

- El enfoque FODA (Fortalezas, Oportunidades, Debilidades

y Amenazas) para examinar los factores internos y externos que pueden favorecer o dificultar la adopción de los Dispute Boards en Bolivia, proporcionando un marco de referencia para su posible implementación.

La combinación de los métodos descriptivo y analítico permite desarrollar una visión integral, objetiva y fundamentada sobre los Dispute Boards en la contratación de las obras públicas en Bolivia.

En función a esta metodología, la investigación no solo presenta información detallada sobre la situación actual, sino que también propone soluciones concretas y argumentadas para mejorar la resolución de disputas en contratos de obra pública mediante la implementación de los Dispute Boards.

## ANÁLISIS Y RESULTADOS

### 1.1. Los contratos administrativos en Bolivia

**1.1.1. Naturaleza jurídica.** Debido a la gran cantidad y diversidad de tareas de gestión que tiene que realizar el Estado, la administración **pública** necesita celebrar una serie de contratos que le permitan cumplir con sus objetivos, para lo cual debe recurrir a la colaboración de los particulares.

Mediante estos contratos se acuerda con los particulares la provisión y ejecución de una multiplicidad de bienes o servicios. De ahí que la administración **pública en Bolivia constituye el principal contratante de obras, bienes y servicios.**

En este sentido, Martínez (2010) ha señalado que el contrato administrativo “es un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares, que produce efectos jurídicos subjetivos, cuya formación se sujeta al procedimiento administrativo, contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, y tiene por finalidad la satisfacción de necesidades públicas” (pp. 189-190).

En el país, el concepto de contrato administrativo ha sido elaborado a través de la jurisprudencia y la legislación. En el primer caso, la jurisprudencia estableció elementos definidores de este tipo de contratos. Por ejemplo, el Auto Supremo 272/2015 de 24 de abril de 2015 emitido por el Tribunal Supremo de Justicia determinó que para la existencia de un contrato administrativo es necesario que:

- a) Al menos una de las partes que interviene en su celebración es la Administración Pública (elemento subjetivo); b) el objeto sobre el que versa se encuentra directamente relacionado con la satisfacción de necesidades colectivas de carácter público – servicio o interés público – (elemento objetivo), siendo básicamente estos los elementos para que un contrato se configure como administrativo.<sup>3</sup>

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico administrativo, la Ley 1178 (Ley SAFCO) de 20 de julio de 1990, establece una serie de sistemas de administración y control gubernamental, incluyendo el Sistema de Administración de Bienes y Servicios, encargado de establecer la forma de contratación, manejo y disposición de bienes y servicios de la Administración Pública.

Al respecto, el artículo 47 de la Ley SAFCO determina que “son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza”.

Considerando la disposición legal citada anteriormente, inicialmente revisten naturaleza administrativa por atribución legal, aquellos contratos suscritos por la administración **pública**

<sup>3</sup> Adicionalmente, la Procuraduría General del Estado de Bolivia (2015) ha señalado que: “Como toda creación del derecho, el contrato administrativo responde a su *naturaleza jurídica*, en consecuencia podremos decir que, estamos frente a una institución jurídica que se caracteriza por la intervención de órganos públicos o estatales que, en ejercicio del poder de imperio del Estado (potestad imperativa o de mando) y en resguardo de los interés del colectivo social, actúan privilegiadamente en superioridad de condiciones respecto a las personas privadas” (p. 5).

**que tengan por objeto directo: (i) la ejecución de obras; (ii) la provisión de materiales, bienes y servicios; y (iii) otros de similar naturaleza.**

Sin embargo, esto no quiere decir que éstos sean los únicos contratos de naturaleza administrativa, pero sí son los únicos que expresamente se encuentran calificados como tales por la ley, en razón del objeto sobre el que versan. Es la propia ley que abre la posibilidad de que existan otro tipo de contratos administrativos, según determinado interés o servicio público.

Finalmente, el artículo 5, inciso j) de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios<sup>4</sup> define como contrato administrativo al “instrumento legal de naturaleza administrativa que regula la relación contractual entre la entidad contratante y el proveedor o contratista, estableciendo derechos, obligaciones y condiciones para la provisión de bienes, construcción de obras, prestación de servicios generales o servicios de consultoría”.

**1.1.2. Los contratos de obras públicas.** Con relación a las clases de contratos administrativos, Fiorilo Jové (2014) manifestó que:

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico boliviano, los contratos básicamente son: contrato de obra pública, contrato de concesión de obra pública, contrato de concesión de servicio público, contrato de uso del dominio público, contrato de suministro y contrato de prestación de servicios.<sup>5</sup>

---

4 Las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios fueron aprobadas por el Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, posteriormente fue modificada por una serie de normas legales. Una versión actualizada de esta norma puede ser encontrada en la página web del Sistema de Contrataciones Estatales (SICOES): <https://www.sicoes.gob.bo/portal/normativa/decretos.php>

5 Si bien el Estado puede realizar actividades comerciales e industriales, éstas no constituyen funciones estatales propiamente dichas, no son fines estatales específicos, ya que habitualmente emplean o representan actividades propias de particulares.

Específicamente los contratos de obra pública –relevantes para el objeto del presente documento– son aquellos en que una persona individual o colectiva privada se obliga a ejecutar o realizar una obra pública a cambio del precio que la administración se obliga a pagar.

Adicionalmente, el artículo 5, inciso b) de las Normas Básicas define a “Obras” como “Aquellos trabajos relacionados con la construcción, reconstrucción, demolición, reparación, instalación, ampliación, remodelación, adecuación, restauración, conservación, mantenimiento, modificación o renovación de edificios, estructuras, carreteras, puentes o instalaciones, tendido de gasoductos, oleoductos, instalaciones eléctricas, montaje en general, perforación de pozos de agua, así como la preparación y limpieza del terreno, la excavación, la edificación y otros”.

Ahora bien, igual que con el resto de las clases de contratos administrativos, es importante diferenciar la fase de preparación de la de ejecución, un procedimiento precontractual y uno contractual o de ejecución. Precisamente, Fiorilo Jové (2014) señaló que: “Tenemos que distinguir, por tanto, un procedimiento precontractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato, y un procedimiento contractual o de ejecución” (p. 75).

El procedimiento precontractual implica un conjunto de procesos y etapas cruciales que deben llevarse a cabo antes de la celebración del contrato entre la administración **pública** y **el contratista**; busca garantizar transparencia, legalidad y eficiencia en la contratación pública.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> A título enunciativo, las etapas clave de preparación del contrato administrativo son: actividades administrativas previas a la presentación de propuestas; preparación, presentación y apertura de las propuestas; adjudicación o declaratoria de convocatoria desierta; y, firma del contrato. El detalle de estos componentes puede ser encontrado en el Modelo de Documento Base de Contratación de Obras del Sistema de Contrataciones Estatales (SICOES).

El procedimiento contractual es detallado en las Normas Básicas, cuando se definen y regulan las acciones que deben seguirse a efectos de procurar una contratación específica, describiendo requisitos, fórmulas de presentación de documentos, esquemas de evaluación y calificación; estableciendo un régimen de responsables, según cada variable de contratación, entre otros.

Sin embargo, hay que hacer notar que dicha regulación no se encuentra lo suficientemente desarrollada para la etapa del procedimiento contractual o de ejecución del contrato de obra pública. Al respecto, la Confederación de Empresarios Privados de Bolivia (2015) señaló que “La exhaustividad del D.S. 181 a este respecto, es por decirlo menos, notable. No obstante, en este nivel de precisión, la gestión contractual, o lo que es lo mismo, la fase que sigue a la suscripción del contrato y su ejecución tiene menciones muy exiguas y por demás insuficientes que, sólo redundan en conflictos en esta etapa” (pp. 2 y 3).

La etapa contractual o de ejecución del contrato de obra pública es la más importante, ya que constituye la fase en que se implementan concretamente los objetivos y disposiciones del contrato. En este periodo se busca la gestión eficiente de recursos, un control y supervisión continuos y se procura el cumplimiento normativo y legal. Es en esta fase cuando los compromisos asumidos en la etapa precontractual se tienen que transformar en resultados tangibles, siendo fundamental para el éxito del contrato administrativo.

Resulta crítico que en esta etapa de ejecución la administración *pública* y el contratista cuenten con procedimientos *expeditos* y *claros* que garanticen el cumplimiento del objeto de la prestación del contrato, incluyendo lo relativo al régimen de solución de controversias.

**1.1.3. Régimen de Solución de Controversias.** El régimen de solución de controversias es crucial en la etapa de ejecución.<sup>7</sup>

En esta fase, cuando se implementan las disposiciones contractuales, pueden surgir desacuerdos, disputas o problemas imprevistos. Un régimen efectivo de solución de controversias proporciona mecanismos y procedimientos para abordar estas situaciones de manera justa y eficiente, contribuyendo a la continuidad y éxito del contrato.

Este régimen debería proporcionar un marco que guíe a las partes involucradas en la resolución de sus controversias, estableciendo procedimientos claros y transparentes, que promuevan la seguridad jurídica y reduzcan la incertidumbre asociada a posibles conflictos.

En la práctica, la Confederación de Empresarios Privados de Bolivia (2015) ha indicado que el “Estado Boliviano en sus diferentes estamentos de ejecución (Gobierno Central, Gobernaciones, Municipios, Empresas Estatales), no existe dentro de tal relacionamiento, una fórmula de solución de controversias idónea que permita, tanto al Contratante (el Estado en sus diferentes niveles), como al Contratista (proveedor del bien, obra o servicio), la resolución eficiente de las disputas que surjan en el curso de la relación contractual” (p. 3).

En efecto, los Modelos de Contrato para la Contratación de Obras que figuran en los Modelos de Documento Base de Contratación de Obras<sup>8</sup> en la Modalidad de Apoyo Nacional a la Producción

<sup>7</sup> En términos generales, existen dos formas de resolver las disputas mediante la intervención de terceros neutrales, ajenos a los intereses de las partes en conflicto. La primera es la judicial, por la que las autoridades jurisdiccionales (jueces) resuelven las controversias entre el Estado y los particulares o entre estos últimos. La segunda son los “Medios Alternativos de Solución de Controversias” (MASC). Son alternativos porque no son los medios comunes y regulares estatales de solución de controversias; son excepciones a las acciones y autoridades judiciales. Los MASC comunes son: negociación, mediación, conciliación y arbitraje. Sin embargo, según Criales (2022), “La norma boliviana reconoce el arbitraje y la conciliación como medios alternativos; sin embargo, no sucede lo mismo con la mediación y la negociación que, a pesar de que las mismas son practicadas en el territorio nacional, no se encuentran reguladas” (p. 126).

<sup>8</sup> De conformidad con el Artículo 5 Inciso k) de las Normas Básicas, el Documento Base de Contratación – DBC es el: “Documento elaborado por la entidad contratante para cada contratación, con base en el Modelo de DBC emitido por el Órgano Rector; que contiene las especificaciones técnicas o términos de referencia,

y Empleo y Licitación Pública (aprobados por el SICOES), no contemplan un régimen de solución de controversias que permita a la Administración Pública y al contratista la solución eficiente e inequívoca de las disputas que surjan en el curso de la relación contractual, y menos aún hay algún método alternativo de resolución de controversias.

Al respecto, los mencionados Modelos de Contrato para la Contratación de Obras del SICOES lo único que disponen es: “En caso de surgir controversias sobre los derechos y obligaciones u otros aspectos propios de la ejecución del presente contrato, las partes acudirán a la jurisdicción prevista en el ordenamiento jurídico para los contratos administrativos.”<sup>9</sup> (El subrayado es nuestro).

La redacción de esta cláusula, además de no ser clara y precisa, aparentemente sugiere la aplicación del proceso contencioso emergente de los contratos que se suscriben con el Estado boliviano.<sup>10</sup>

Así, este régimen no contiene un procedimiento adecuado para resolución de controversias oportuno y acorde a las exigencias de los contratos de obras públicas. Es como indica la Confederación de Empresarios Privados de Bolivia (2015): sus “regulaciones no solo (son) exiguas, sino insuficientes, remitiéndose en lo que hace su tramitación a las previsiones del proceso ordinario civil” (p. 4).

En este sentido, la redacción ambigua de las cláusulas de solución de controversias, esas que remiten a “la jurisdicción prevista en el ordenamiento jurídico”, son inadecuadas para satisfacer las exigencias de los contratos de obra pública.

---

metodología de evaluación, procedimientos y condiciones para el proceso de contratación”.

9 Ver la cláusula vigésima primera de los Modelos de Contrato para la Contratación de Obras en la Modalidad de Apoyo Nacional a la Producción y Empleo y la cláusula vigésima segunda en la Modalidad de Licitación Pública de las Normas Básicas.

10 El Artículo 775 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables a los procesos contenciosos, establecen que en todos los casos que existiere contención emergente de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, se presentará la demanda ante la Corte Suprema de Justicia, actual Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). Cabe aclarar que la Ley 620 del 29 de diciembre de 2014 fue promulgada para que salas especializadas Contenciosas y Contenciosas Administrativas, dependientes del TSJ, sean las que de manera transitoria conozcan las demandas emergentes de conflictos en contratos públicos.

Estos procesos son lentos, onerosos y no responden a la naturaleza dinámica y compleja de la ejecución de obras.

Por lo tanto, resulta crucial la necesidad de incorporar dentro de los contratos de obra pública los MASC, pero particularmente los *Dispute Boards*, que permitan resolver conflictos de forma preventiva y durante la ejecución del contrato, asegurando el cumplimiento de los objetivos de calidad, costo y tiempo en los proyectos de infraestructura.

## 1.2. Noción básica de los *Dispute Boards*

Frente a los mecanismos tradicionales de resolución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje, por una parte, y, por otra, la litigación ante la justicia ordinaria, que intervienen después de que se ha generado la disputa, surgió en las últimas décadas la peculiar figura de los *Dispute Boards*, como un mecanismo para prevenir conflictos y para buscar una solución temprana a aquellas disputas que surjan durante la ejecución del correspondiente contrato.<sup>11</sup>

Los *Dispute Boards* tienen como propósito fundamental evitar el surgimiento de controversias, así como resolver de manera temprana y expedita aquellas que aparezcan durante la ejecución del contrato, sin que este mecanismo sea antagónico a los métodos tradicionales, sino, por el contrario, complementario a los MASC.<sup>12</sup>

En este sentido, la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés) (2013) define a los *Dispute Boards*

11 Aunque los *Dispute Boards* han sido empleados especialmente en el ámbito de la construcción, el mecanismo también fue efectivo en otras áreas, como en investigación y desarrollo, producción compartida, entre otros.

12 Así, por ejemplo, en las denominadas “cláusulas escalonadas” de solución de controversias, las partes pueden prever varios mecanismos para resolver sus disputas, como los *Dispute Boards* y el arbitraje. En este sentido, González de Cossio (2004) ha señalado: “Un Acuerdo Arbitral Escalonado, es uno en el cual se contempla más de un mecanismo para resolver las controversias que pueden surgir en su relación. La forma en que se conjuga la pluralidad de métodos es variable, no estática. En ocasiones implica que una tiene que agotarse antes de acudir a otra. En otras pueden seguirse en forma paralela o complementaria. La necesidad de agotar previamente uno antes de acudir a otro, es una determinación contractual y casuística. Depende de lo que las partes hayan pactado. No es automática y no admite generalizaciones. Atiende a la arquitectura contractual” (p. 118).

como: “órganos permanentes compuesto por uno o tres miembros, que normalmente se establecen al comienzo de un contrato para ayudar a las partes a resolver las desavenencias y controversias que pudieran surgir posteriormente durante su ejecución” (p. 1).

En definitiva, conforme ha manifestado Jácome Carrera (2020) nos encontramos frente a un panel de expertos de carácter técnico e independiente, “que conoce y resuelve los conflictos que pueden generarse entre las partes y brinda una asistencia informal en los temas de su experticia, evitando que surjan y escalen conflictos y buscando establecer procedimientos claros para la solución de controversias. Esto puede coadyuvar a que las reglas de juego pactadas u ofrecidas sean creíbles para quienes deben tomar decisiones de inversión” (p. 37).

**1.2.1. Principales Características.** Los principios que rigen las actuaciones de los Dispute Boards, al igual que los MASC, son los de equidad y bilateralidad. En este sentido, Radovic (2011) ha señalado que “Dos condiciones básicas requeridas son: que a ambas partes se les garantice la misma oportunidad de exponer sus posiciones y argumentos y, en segundo lugar, que a ambas partes les sea garantizado que serán oídas en el momento que así se establezca” (p. 12).

En tal sentido, las características básicas de los Dispute Boards son:

*a) Prevención de Disputas.* Una característica clave de los Dispute Boards es su enfoque proactivo en la prevención de disputas. Los miembros del panel suelen involucrarse durante todo el proyecto para identificar posibles problemas y resolverlos antes de que se conviertan en controversias significativas.

*b) Independencia e Imparcialidad.* Los integrantes de los Dispute Boards deben ser independientes e imparciales. Esto

garantiza que puedan evaluar las disputas de manera objetiva y sin prejuicios, promoviendo la confianza de las partes involucradas. Conforme Figueroa Valdés (2010), “ellos no son abogados ni representantes de las partes” (p. 3).

*c) Proceso No Adversarial.* A diferencia de los tradicionales tribunales de justicia, los Dispute Boards fomentan un enfoque no adversarial. Esto implica que los miembros del panel de expertos buscan soluciones de manera colaborativa, alentando la comunicación abierta entre las partes y el panel para llegar a acuerdos mutuos.

*d) Involucramiento en el Proyecto.* Los miembros de los Dispute Boards deben estar permanentemente informados de los avances y progresos del proyecto en cuestión, correspondiéndoles un rol activo, por ejemplo, como indica Figueroa Valdés (2010): “haciendo visitas frecuentes al sitio o lugar donde se ejecuta el proyecto, requiriendo la entrega a las partes de documentos, consultando a testigos o a los representantes de las partes, y leyendo los informes de avances de obras y anotaciones del libro de obras aportadas por las partes” (p. 3).

*e) Confidencialidad.* La confidencialidad es una característica importante de los Dispute Boards. Sus discusiones y decisiones suelen mantenerse en privado para fomentar un intercambio abierto y honesto de información entre las partes.

Por todo lo dicho, los Dispute Boards son un mecanismo preventivo de disputas que podrían tener un rol fundamental al permitir que los problemas se detecten y resuelvan en etapas tempranas de los contratos, evitando que escalen a controversias mayores. Esto reduce significativamente los costos asociados con los MASC o litigios judiciales posteriores, asegurando la continuidad de la ejecución de los contratos, sin interrupciones prolongadas.

**1.2.2. Los Dispute Boards y los MASC.** Si bien los Dispute Boards han sido considerados como un tipo más de MASC,<sup>13</sup> existen diferencias significativas entre ambos mecanismos. La mayor distinción entre los Dispute Boards y los MASC radica en el momento y la forma en que intervienen en los conflictos contractuales. Mientras los MASC están diseñados esencialmente para resolver controversias una vez que estas han surgido, los Dispute Boards tienen un propósito preventivo, que busca identificar y abordar los problemas antes de que se conviertan en disputas formales.

Considerando lo señalado, a continuación van algunas diferencias fundamentales entre los Dispute Boards y los MASC:

*a) Naturaleza Preventiva.* Los Dispute Boards tienen una naturaleza esencialmente preventiva desde el inicio del contrato, procurando resolver los conflictos antes que se transformen en plenas disputas. Por su parte los MASC se centran en la resolución de las controversias después que han surgido.

*b) Momento de Intervención.* Los Dispute Boards, según lo señalado por Radovic (2011), son “establecidos por las partes en el contrato y para que empiecen a operar desde el inicio del proyecto, mientras que los ADR (Alternative Dispute Resolution) abordan las disputas después de que éstas han surgido y, en algunas ocasiones, incluso con posterioridad a que el proyecto ha terminado” (p. 12).

*c) Resolución en Tiempo Real.* Los *Dispute Boards* intervienen durante la ejecución del proyecto, resolviendo problemas en tiempo real y evitando que escalen a disputas formales, los MASC intervienen después que han surgido las controversias.

13 Así, por ejemplo, para el caso de Colombia, López Ospina (2016) hace notar que los Dispute Boards se asemejan al mecanismo “amigables componedores”. “En efecto, los terceros elegidos en calidad de amigables componedores procuran obtener la solución del conflicto y celebrar el arreglo en nombre de las partes, quienes los han facultado previamente para ello y cuya decisión tendrá el carácter de transacción, lo que en últimas hace que sus decisiones deban ser realmente acatadas por las partes. Esto sucede igual en los dispute boards” (p.68).

d) *Flexibilidad*. Los *Dispute Boards* son altamente flexibles, adaptándose a las necesidades del contrato y del proyecto. Las partes tienen la libertad para acordar la composición, alcance y normas de funcionamiento del panel. En el caso de los MASC, éstos tienden a ser formales, regidos por normativas predeterminadas que las partes deben seguir de acuerdo con las reglas, particularmente de los procesos de conciliación y arbitraje.

En función a lo manifestado, los *Dispute Boards* y los MASC son mecanismos que no son excluyentes entre sí, sino, por el contrario, complementarios. Sin embargo, los *Dispute Boards* destacan como una herramienta de prevención de conflictos, lo que los hace ideal para proyectos dinámicos como los de obras públicas. En cambio, los MASC son mecanismos de resolución posterior, actuando cuando el conflicto ya es inevitable.

**1.2.3. Carácter vinculante de las resoluciones.** Los *Dispute Boards* también pueden clasificarse según el carácter más o menos vinculante de sus decisiones para ambas partes, contratante y contratista.<sup>14</sup> Para efectos del presente documento, se tomará en cuenta el siguiente catálogo:

a) *Dispute Review Boards*. Las determinaciones que emite el panel son “recomendaciones” que guardan relación con las disputas que le han sido planteadas y constituye un método consensual para resolver las disputas de las partes.<sup>15</sup> Cabe aclarar que si bien las partes no objetan las determinaciones emitidas por el panel dentro del plazo estipulado para ello, se entenderá que se obligan a cumplir tales determinaciones, al adquirir un carácter vinculante.

---

14 Otra clasificación de los *Dispute Boards* es la propuesta por Hernández García (2022): (i) por el momento de su instalación y desarrollo de funciones; (ii) por el número de sus miembros; y (iii) por la naturaleza de su decisión, de conformidad con el Reglamento Relativo a los *Dispute Boards* de la International Chambers of Commerce (pp. 28-31).

15 Ver Artículo 4 del Reglamento Relativo a los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional.

*b) Dispute Adjudication Boards.* En este tipo de Dispute Boards, las decisiones del panel son “obligatorias” para las partes desde el momento de su recepción, quienes deberán cumplirlas sin demora, aun cuando exista una manifestación de desacuerdo de alguna de las partes.<sup>16</sup>

*c) Combined Dispute Boards.* Esta es una clase híbrida entre las dos anteriores. En este caso, inicialmente, los pronunciamientos del panel tendrán carácter de recomendación, sin que nada impida que puedan así mismo emitir decisiones vinculantes si las partes lo demandan y no surge oposición alguna al respecto.<sup>17</sup>

Con respecto al listado precedente, Hernández García (2022) afirma que “la clasificación antes señalada no es ociosa ni académica. Resulta ser un reflejo fiel de lo que sucede en la práctica y tiene consecuencias relevantes” (p. 30).

En efecto, las mencionadas modalidades de Dispute Boards podrán tener consecuencias relevantes en los contratos de obras públicas, ya que afectarán directamente la forma en que las controversias serán tratadas, el nivel de cumplimiento que las partes deben asumir y la dinámica de confianza y colaboración entre estas. Asimismo, tendrán un impacto significativo en la eficiencia y adaptabilidad a las características particulares del proyecto y del contexto contractual.

### **1.3. Implementación de los Dispute Boards en Contratos de Obra Pública en Bolivia**

A momento de analizar la implementación de los *Dispute Boards* en los contratos de obra pública en Bolivia, no es suficiente indicar que se cumplen o no sus características esenciales para su aplicación automática. Lo cierto es que es necesario realizar una evaluación mucho más rigurosa, que permita determinar su viabilidad y efectividad. Para ello,

---

<sup>16</sup> Ver Artículo 5 del Reglamento Relativo a los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>17</sup> Ver Artículo 6 del Reglamento Relativo a los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional.

se propone utilizar la metodología FODA, para analizar de manera integral sus Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas (FODA).

Si bien la metodología FODA es ampliamente utilizada en diferentes contextos, no está exenta de cuestionamientos, al no establecer jerarquías claras entre los elementos identificados, lo que complica la toma de decisiones; su enfoque estático, al no adaptarse de manera dinámica a los cambios rápidos del entorno; y su dependencia del contexto, que limita la generalización de sus resultados en diferentes escenarios.

No obstante dichos cuestionamientos, la metodología FODA sigue siendo – en su conjunto – una herramienta valiosa para evaluar la viabilidad y efectividad de iniciativas como la implementación de los *Dispute Boards* en los contratos de obra pública en Bolivia. Esta metodología tiene la capacidad de identificar de manera sistemática los aspectos positivos y negativos de un proyecto, así como las oportunidades y riesgos externos, lo que la convierte en una herramienta práctica para esta evaluación.

**1.3.1. Fortalezas.** Bajo la metodología FODA, las fortalezas están relacionadas con los rasgos internos positivos, que proporcionan una ventaja competitiva y que pueden ser aprovechados para alcanzar los objetivos propuestos. Las principales fortalezas para la implementación de los *Dispute Boards* en los contratos de obras públicas serían:

a) *Prevención de Disputas.* Como fue manifestado, los *Dispute Boards* tienen un enfoque fundamentalmente preventivo, tratando las controversias antes que escalen en disputas mayores entre las partes. Al trabajar desde el inicio del contrato y de manera continua, los miembros de los *Dispute Boards* permiten una gestión ágil de los conflictos, lo que reduce el riesgo de interrupciones o paralizaciones de las obras. Esto es particularmente relevante en los contratos de obra pública

en Bolivia, cuando la ejecución eficiente de estos contratos es crucial para evitar sobrecostos y retrasos.

*b) Resoluciones Rápidas y Eficientes.* A diferencia de los MASC, especialmente los mecanismos de conciliación y arbitraje, los Dispute Boards pueden emitir recomendaciones y, en su caso, decisiones vinculantes en plazos mucho más cortos y sin mayores dilaciones, minimizando de esta manera los impactos negativos de las controversias, lo cual se refleja en la continuidad de las obras o proyectos.

*c) Reducción de Costos.* A través de los Dispute Boards se podría prevenir litigios largos y costosos para la solución de las controversias de los contratos de obras públicas. La reducción de gastos en abogados, peritos y otros costos asociados a disputas prolongadas, permitiría, a su vez, optimizar el uso de los recursos financieros en las obras de infraestructura.<sup>18</sup>

*d) Decisiones Especializadas.* Los miembros de los Dispute Boards deberían ser expertos en las respectivas industrias y en la materia del contrato, lo que implicará que las soluciones y decisiones propuestas por estos sean prácticas, técnicas y ajustadas a las necesidades del proyecto.

*e) Confidencialidad.* Al tratarse de un mecanismo en el que prevalece la confidencial y reserva de la información, las partes del contrato de obras públicas en Bolivia tendrían la confianza de discutir abierta y transparentemente sus problemas, lo que fomentará que el intercambio de información sea más honesto y en un marco cooperativo entre las partes.

**1.3.2. Oportunidades.** Las oportunidades, bajo la metodología FODA, se refieren a los factores externos que pueden ser aprovechados para alcanzar los objetivos, los cuales están fuera del control interno, pero ofrecen potencialidades para

18 Figueroa Valdés (2010) señaló que “Los costos por el uso del sistema de Dispute Boards durante la vida de los contratos de construcción de obras ha fluctuado entre 0,04% y 0,51% del total del costo del contrato”. Añade que “Los Dispute Boards son más baratos que la instancia arbitral; a lo cual se agrega que las disputas sometidas a la resolución del panel de expertos quedan normalmente a firme, por ejemplo, aquellas que surgen relativas a la terminación del contrato” (p. 10).

generar beneficios.

En este contexto, las principales oportunidades para la implementación de los Dispute Boards en los contratos de obras públicas serían:

a) *Fortalecimiento del Marco Legal.* El régimen normativo sobre la resolución de controversias en los contratos de obras públicas en el país no es adecuado, eficiente u oportuno a las exigencias de este tipo de emprendimientos.

La implementación de los Dispute Boards podría contribuir no solamente a modernizar la normativa de contratación en el sector público, incorporando estándares internacionales, sino también a fortalecer la solución de controversias en los contratos de obras públicas, generando, inclusive, mayor seguridad jurídica contractual en el país.<sup>19</sup>

b) *Competitividad y Atracción de Inversiones.* La implementación de mecanismos modernos como los Dispute Boards podría mejorar la percepción del entorno contractual boliviano, atrayendo y fomentando inversiones nacionales y extranjeras en proyectos de infraestructura.

c) *Adopción de Mejores Prácticas Internacionales.* La experiencia de otros países, principalmente de la región, con los Dispute Boards ofrece un marco referencial valioso para adoptar este mecanismo en el contexto boliviano en lo referente a los contratos de obras públicas, minimizando de esta manera errores en los cuales se podría incurrir y optimizando su implementación.<sup>20</sup>

d) *Flexibilidad de Aplicación.* Los Dispute Boards pueden adaptarse a las necesidades específicas de las obras, permitiendo

---

<sup>19</sup> Los Modelos de Documento Base de Contratación de Obras para el Apoyo Nacional a la Producción y Empleo, así como el de Licitación Pública, fueron aprobados simplemente por la Resolución Ministerial 021 de 2 de febrero de 2022, en el marco de las Normas Básicas.

<sup>20</sup> Para tener una aproximación de la experiencia de algunos países de la región en la implementación de los Dispute Boards, se sugiere considerar la obra Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y Retos, coordinada por Roberto Hernández García (2014).

su implementación en proyectos según las capacidades y necesidades de los contratos de obras públicas en el país.

*e) Capacitación y Desarrollo de Expertise Local.* La implementación de los Dispute Boards podría incentivar la formación y capacitación de expertos nacionales en resolución de disputas en proyectos de infraestructura; lo cual, a su vez, podría fortalecer la capacidad técnica de dichos profesionales, así como generar oportunidades de empleo y desarrollo académico.

**1.3.3. Debilidades.** En la metodología FODA, las debilidades son aquellos factores o características internas que representan desventajas o limitaciones en comparación con sus objetivos o su entorno. Estas debilidades son aspectos que se podrían controlar y, en muchos casos, atenuar.

Las debilidades de la implementación de los Dispute Boards en los contratos de obras públicas en Bolivia implicarían:

*a) Desconocimiento de los Dispute Boards.* Tanto en el sector público como en el privado, en Bolivia existe un desconocimiento generalizado del funcionamiento y los beneficios de los Dispute Boards. Este desconocimiento institucional podría generar resistencia o una implementación ineficaz, especialmente en un contexto en el que las organizaciones están acostumbradas a los mecanismos tradicionales de resolución de disputas a través de la justicia ordinaria o los MASC.

*b) Falta de Marco Normativo Específico.* Bolivia carece de un marco legal claro para regular y respaldar el funcionamiento de los Dispute Boards en los contratos de obras públicas. Esto podría generar cierto grado de incertidumbre y disuadir a las partes de adoptarlos, además de requerir eventualmente reformas al marco legal de las contrataciones públicas en Bolivia.

c) *Capacidad Técnica Limitada*. La disponibilidad de “adjudicadores”<sup>21</sup> capacitados en la gestión y operación de los Dispute Boards es todavía limitada en Bolivia. Esto podría impactar negativamente en la calidad y credibilidad de las decisiones tomadas por miembros de Dispute Boards pioneros.

d) *Percepción de Costos Elevados*. Como fue manifestado por Figueroa (2010), los Dispute Boards ahorran costos a largo plazo, su establecimiento y funcionamiento inicial podría ser considerado oneroso, especialmente en obras de menor envergadura, lo que podría detener su adopción (p. 10).

**1.3.4. Amenazas.** Las amenazas, bajo la metodología FODA, son factores externos que pueden afectar negativamente, dificultando el logro de objetivos, o comprometiendo su sostenibilidad. Estas amenazas están fuera del control directo de una organización, pero su identificación permite planificar estrategias para mitigarlas o adaptarse a ellas.

Las principales amenazas para la implementación de los Dispute Boards en los contratos de obras públicas en Bolivia serían:

a) *Resistencia de las Partes*. La resistencia de las partes contratantes y los contratistas a adoptar este nuevo enfoque podría presentar un desafío significativo. La confianza en la eficacia y neutralidad del Dispute Boards es crucial para su éxito, y lograr la aceptación de todas las partes puede llevar tiempo.

Aludiendo a otras experiencias, como la colombiana, surgió la inquietud de que las decisiones tomadas por Dispute Boards no “generen consecuencias legales para los implicados”.<sup>22</sup>

---

21 A los miembros de los Dispute Boards se los denomina como Adjudicadores. Al igual que los Árbitros y Conciliadores, estos Adjudicadores forman parte de la nómina de algún Centro de Conciliación y Arbitraje. 22 Al respecto, López Ospina (2016) ilustra: “Al ser Colombia un país en el que no es raro que las partes de un contrato o de una relación comercial, y especialmente el Estado, se abstengan de cumplir con lo que estipularon al inicio de su relación contractual, existe el miedo de que el incumplimiento de las decisiones tomadas por el dispute board no genere consecuencias legales para los implicados. Sin embargo, la preocupación va más allá en el caso de las recomendaciones emitidas, pues a pesar de llegar a ser provechosas, por el simple hecho de no ser vinculantes son desconocidas por las partes intervinientes del contrato de obra. En cualquier caso, la falta de coercibilidad de las determinaciones emitidas por el dispute board producirá que no tenga sentido conformarlo en Colombia” (p. 69).

*b) Inadecuado Apoyo Institucional.* Sin un respaldo efectivo de parte del Estado y las instituciones encargadas de las contrataciones públicas en Bolivia, la implementación de los Dispute Boards podría ser parcial e ineficiente.

*c) Impacto de Decisiones no Reconocidas Legalmente.* Como mencionó López Osina (2016), si las decisiones de los Dispute Boards no generan consecuencias legales claras, esto podría disminuir su relevancia como mecanismo preventivo de resolución de disputas en los contratos de obras públicas en Bolivia.

*d) Complejidad en la Integración Normativa.* Modificar la regulación boliviana de contratación pública para incluir los Dispute Boards podría ser un proceso largo y complicado, retrasando su implementación en los contratos de obras, postergando la posibilidad de una mayor seguridad jurídica para las partes.

**1.3.5. Resultados de la metodología FODA.** La aplicación de la metodología FODA en la implementación de los *Dispute Boards* en los contratos de obras públicas en Bolivia proporciona una herramienta fundamental para la toma de decisiones, proporcionando una visión integral de los factores que podrían influir en su éxito o fracaso.

El análisis FODA ha permitido no solo identificar fortalezas inherentes al modelo de los *Dispute Boards* (como su capacidad para prevenir conflictos y reducir costos), sino también ver debilidades internas, como la falta de conocimiento de esta herramienta y la capacitación adecuada, lo que podría comprometer su implementación.

Asimismo, el análisis permitió ver oportunidades en el entorno externo, como el interés de adoptar mecanismos alternativos de resolución de disputas o la necesidad de mejorar la eficiencia en los procesos de contratación pública. De igual manera, esta evaluación posibilita anticipar y mitigar las amenazas como la insuficiencia de un marco normativo adecuado o la resistencia de los involucrados a adoptar nuevos procedimientos.

Al final, este análisis demuestra que aunque existen retos significativos, las fortalezas y oportunidades parecerían superar a las debilidades y amenazas, y con una planificación adecuada los *Dispute Boards* podrían convertirse en una herramienta esencial para la gestión eficiente de la resolución de controversias en los contratos de obras públicas en Bolivia.

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

El presente documento tiene como premisa fundamental determinar si los *Dispute Boards* podrían constituir un mecanismo eficiente para prevenir controversias en los contratos de obras públicas entre una entidad estatal boliviana y los contratistas, mientras estos se encuentran en plena ejecución.

El análisis efectuado nos lleva a concluir que este mecanismo tiene el potencial de desempeñar un papel crucial en el cumplimiento de los objetivos establecidos en los contratos de obras públicas en el país, al facilitar la resolución temprana y eficiente de las disputas que podrían surgir durante su ejecución.

Esto es evidente ya que los *Dispute Boards* permiten abordar posibles controversias de los contratos de manera proactiva y en tiempo real, lo que reduce la probabilidad de que los conflictos escalen a disputas mayores, que podrían paralizar las obras. A lo que se tiene que sumar, que contribuyen a disminuir los costos asociados a litigios prolongados y ayudan a mantener la continuidad de las obras, particularmente útiles en el contexto de Bolivia.

Sin embargo, la efectividad de los *Dispute Boards* dependerá de la superación de barreras específicas asociadas, como el desconocimiento y resistencia a nuevas formas de resolución de conflictos, así como la falta de un marco legal adecuado, generando un mayor grado de incertidumbre e inseguridad entre las partes para adoptarlos.

En el balance final, parecería que las fortalezas y oportunidades asociadas a la implementación de los *Dispute Boards* en los contratos

de obras pública en Bolivia, superan a las debilidades y amenazas, lo que sugiere un escenario favorable no solo para su adopción progresiva, sino también para generar impactos positivos en la gestión de los conflictos contractuales.

En definitiva, los *Dispute Boards*, con todas sus ventajas y debilidades inherentes, representan una herramienta innovadora y transformadora que ha llegado – o deberían llegar – para establecer un nuevo estándar en la gestión y prevención de conflictos en los contratos de obras públicas en Bolivia.

## REFERENCIAS

- Cámara de Comercio Internacional (2013), *Reglamento Relativo a los Dispute Boards*. Editorial: Imprimerie Port Royal, Francia. [https://www.icccostarica.com/images/Arbitraje/ICC\\_Reglamento\\_DisputeBoards.pdf](https://www.icccostarica.com/images/Arbitraje/ICC_Reglamento_DisputeBoards.pdf) (Archivo PDF).
- Confederación de Empresarios Privados de Bolivia (2015), *Desafíos de la Contratación Administrativa en Bolivia* en Boletín Informativo – Unidad de Análisis Legislativo, Año N° 4, Volumen N° 7. [https://www.cepb.org.bo/boletin\\_informativo/Junio2015/Boletin\\_Junio2015.pdf](https://www.cepb.org.bo/boletin_informativo/Junio2015/Boletin_Junio2015.pdf) (Archivo PDF).
- Constitución Política del Estado de Bolivia [Cons]. 7 de febrero de 2009.
- Criales Vásquez, Luis (2022), Métodos alternativos de resolución de controversias para franquicias en Bolivia en *Revista de Derecho de la U.C.B.*, Vol. 6 N° 11, octubre 2022. <https://lawreview.ucb.edu.bo/article/view/82/82>.
- Decreto Supremo 0181. Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios. 28 de junio de 2023.
- Figueroa Valdés, Juan Eduardo (2010), *Los Dispute Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción*. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construccion> (Archivo PDF).
- Fiorilo Jové, Mabet (2014), *Necesidad de otorgar Autonomía e Independencia a los Contratos Administrativos, frente a los Contratos de Orden Civil* [Tesis para el Título de Licenciatura en Derecho en la Universidad Mayor de San Andrés]. <https://repositorio.umsa.bo/handle/123456789/13603>.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1992), *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas Ediciones, Tomo I, 10 Edición, Esp.

- González de Cossio, Francisco (2018), *Arbitraje*. Editorial Porrúa, México.
- Hernández García, Roberto (2014), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, en Estudio Mario castillo Freyre S.C.R.L.. <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/07/03220820/vol23.pdf> (Archivo PDF).
- Hernández García, Roberto (2022), *Dispute Boards: Teoría y Práctica. Prevención y Solución Efectiva de Controversias en la Construcción*. Editorial Wolters Kluwer Legal & Regulatory España S.A.
- Jácome Carrera, Juan Pablo (2020), La función de los dispute boards como mecanismos de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal que promueven la inversión extranjera [Tesis para la obtención del título de Magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7535>.
- Ley 1178. Ley de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO). 20 de julio de 1990.
- Ley 620. Ley Transitoria para la Tramitación de los Procesos Contenciosos y Contenciosos Administrativos. 29 de diciembre de 2014.
- López Ospina, Inés Verónica (2016), *La Importancia de Implementar Dispute Boards como Medio Alternativo de Solución de Conflictos en la Ejecución de Contratos de Obra en Colombia*, en Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 14: 63-72, Julio– Diciembre 2016. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44401/4-LA%20IMPORTANCIA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.
- Martínez, Juan Alberto (2010), *El Derecho Administrativo Boliviano*, (Editorial El País, Bolivia).
- Procuraduría General del Estado (2015), *Dictamen General 02/2015*. [https://procuraduria.gob.bo/ckfinder/userfiles/files/PGE-WEB/ Subs/Sub3/ Dictamenes/Dictamen\\_General\\_2-2015.pdf](https://procuraduria.gob.bo/ckfinder/userfiles/files/PGE-WEB/ Subs/Sub3/ Dictamenes/Dictamen_General_2-2015.pdf) (Archivo PDF).
- Radovic Córdova, Marcela (2011), *Dispute Resolution Boards: Prevención y Resolución Experta de Conflictos en la Industria de la Construcción*, Research Gate Publications. <https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2016/07/docs/DB-herramientaexperta.pdf> (Archivo PDF).
- Resolución Ministerial 021 (02/02/22). *Modelos de Documento Base de Contratación Apoyo Nacional a la Producción y Empleo y Licitación Pública*.
- Sistema de Contrataciones Estatales (SICOES), Dirección General de Sistemas de Gestión de Información Fiscal del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. <https://www.sicoes.gob.bo/portal/normativa/decretos.php>.

# DE LA TOGA AL ALGORITMO ¿JUEZ ARTIFICIAL?: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ALIADA EN EL SISTEMA JUDICIAL BOLIVIANO

*From the robe to the algorithm: artificial judge?:  
Artificial intelligence as an ally in the Bolivian  
judicial system.*

DOI: [10.69633/3h1t0308](https://doi.org/10.69633/3h1t0308)

Recibido: 10/11/2024 Aceptado: 09/02/2025

\*José Luis Cusi Alanoca

<https://orcid.org/0009-0000-2837-2832>

*Asociación Boliviana de Teoría Analítica del Derecho*  
[jcusialanoca@gmail.com](mailto:jcusialanoca@gmail.com).

## RESUMEN

La presente investigación describe y analiza el impacto que ha tenido la inteligencia artificial, desde su desarrollo teórico (implementación de algoritmos), práctico y regulativo en el ámbito del sistema judicial comparado. La automatización de los procesos de toma de decisiones mediante el despliegue de sistemas algorítmicos ha revolucionado el ámbito jurídico, al menos en las últimas décadas. La inteligencia artificial, se ha convertido en una herramienta indispensable para el desarrollo cognitivo y volitivo de los administradores de justicia (jueces humanos), y en igual medida, para los abogados. Paralelamente, se trata de un medio esencial para diversas actividades humanas, como el comercio, la educación, las

\*Abogado por la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA); Director de la Asociación Boliviana de Teoría Analítica del Derecho; Director de la Revista Boliviana de literatura jurídica; Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado; Miembro de la Red PROBATICIUS (Argentina). Jurista e investigador jurídico; Autor; Coautor; Director; Coordinador de más de 13 libros publicados entre diversos países y más de treinta Artículos editados en Revistas Indexadas y Revistas Jurídicas; Es conferencista nacional e internacional.

relaciones interpersonales de los individuos, o el ocio, entre otras. Sin embargo, este fenómeno no debe conducir a la deshumanización ni a la excesiva tecnificación de los vínculos humanos con la tecnología.

**Palabras clave:** *inteligencia artificial, big data, juez artificial, debido proceso, tutela judicial*

## ABSTRACT

This research describes and analyzes the impact that artificial intelligence has had, from its theoretical development (algorithm implementation), practical and regulatory aspects, within the scope of the comparative judicial system. The automation of decision-making processes through the deployment of algorithmic systems has revolutionized the legal field, at least in recent decades.

Artificial intelligence has become an indispensable tool for the cognitive and volitional development of justice administrators (human judges), and equally so, for lawyers. Concurrently, it is an essential means for various human activities, such as commerce, education, interpersonal relationships of individuals, or leisure, among others. However, this phenomenon should not lead to the dehumanization or excessive technification of human bonds. Technology.

**Keywords:** *artificial intelligence, big data, artificial judge, due process, judicial protection*

## INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (IA) ha generado un sinnúmero de comentarios desde el ámbito popular<sup>1</sup> y científico. Intelectuales y académicos han desarrollado investigaciones serias que pretenden dar una explicación sobre lo que debemos comprender por IA. En tal sentido, la implementación de este tipo de inteligencia viene abarcando ámbitos como la medicina, la educación y el derecho, entre otros.

En el área del derecho, el antecedente más relevante se dio con la incorporación de jueces digitales en China y Estonia en 2019. Esta incursión ha generado debates en la academia, donde existen consensos respecto a que el uso de la inteligencia artificial en la toma de decisiones judiciales asistidas debe ser responsable, necesariamente regulada jurídicamente y supervisada por un ser humano.

La era digital en la que actualmente vivimos, es conocida como la Cuarta revolución industrial o la Sociedad 4.0. Esta era digital trae consigo grandes transformaciones, sin embargo, también genera problemas de carácter ético y jurídico, así como en materia de libertades fundamentales.

En este contexto, surge la siguiente pregunta: ¿Cómo puede la IA coadyuvar en la toma de decisiones judiciales asistidas para el descongestionamiento de la carga procesal en la administración de justicia en Bolivia?

En tal sentido, el presente trabajo pretende indagar al respecto desde la dogmática jurídica comparada y el ámbito teórico. En principio, se debe advertir que, en la legislación boliviana no existe ninguna normativa específica sobre el uso y aplicación de los sistemas de IA en la administración de justicia bajo

<sup>1</sup> Por popular, me refiero a las opiniones sin sustento científico.

la potestad jurisdiccional del Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Por lo tanto, esto impide a los jueces ordinarios y constitucionales la aplicación regulada de la IA en la toma de decisiones automatizadas.

La protección de los derechos y las libertades fundamentales continúa siendo un reto para el sistema de justicia en Bolivia, una parte importante de este desafío radica en que los jueces *no deben* ejercer subjetivamente ni actuar de manera arbitraria en la toma de decisiones judiciales.

En este sentido, el desarrollo e incorporación de la IA en el sistema de justicia del Estado Plurinacional de Bolivia resulta relevante y puede contribuir a la transformación de la justicia boliviana. El análisis de casos concretos y las decisiones judiciales emitidas con asistencia de robots implicaría una reducción considerable de la carga procesal que actualmente existe en los tribunales de justicia de Bolivia.

Las decisiones asistidas por un juez artificial —robot asistente del juez humano— deben generar el mayor grado de confianza. Para ello, los hechos objetivos deben ser insertados de forma precisa, para que el juez artificial los conozca adecuadamente y pueda subsumir los hechos corroborados con el derecho positivo (previamente almacenados en la memoria de la IA) y emitir una decisión, para que posteriormente el juez humano deba verificar responsablemente dicha decisión. Es decir, el juez humano confirmará si el juez artificial impartió justicia conforme al derecho.

*“Hacer justicia a través del derecho”* significa en pocas palabras, que el juez debe aplicar el derecho positivo al caso concreto. En casos de ambigüedad o falta de claridad, deberá interpretar el derecho positivo conforme establecen las reglas

de la actividad interpretativa que dispone el derecho positivo para garantizar la justicia.

El desarrollo y aplicación de la IA en el sistema judicial boliviano, necesariamente debe ser regulada por una norma jurídica y dirigido por expertos en la materia (es decir, juristas que hayan implementado criterios conforme a la legislación positiva boliviana). Estos expertos serán responsables ante un fallo injusto. De igual manera, el juez humano será responsable si convalida una decisión injusta. En última instancia, quien decide adoptar o no, una decisión asistida con IA será la persona y no la máquina.

El uso efectivo de la IA conlleva que los jueces y tribunales deban consultar el Derecho a efectos de establecer estándares mínimos en la resolución de controversias suscitadas en la sociedad o derivadas de causas naturales. El uso y la aplicación de la IA – de manera arbitraria- en la administración de justicia, cuando no está regulada por la legislación boliviana *conlleva responsabilidades* que deben ser asumidas por aquellos administradores de justicia que hubieran emitido una sentencia injusta, e incluso justa.

## MATERIALES Y MÉTODOS

Este análisis combina dos métodos de análisis: descriptivo y analítico, con el objetivo de proporcionar una visión integral sobre el concepto y la evolución de la IA, así como su relación con el rol del juez humano en el ámbito judicial.

El método descriptivo permite exponer de manera detallada los diferentes enfoques, definiciones y dimensiones de la IA, abordar su naturaleza tecnológica y su aplicación en el ámbito jurídico. A través de esta descripción, se busca contextualizar el impacto de la IA en los sistemas judiciales contemporáneos,

identificar sus potenciales ventajas y los desafíos para el derecho.

El método analítico se utiliza para descomponer y examinar, de manera crítica, las interacciones entre la IA y el juez humano. Este análisis profundiza en los aspectos éticos, legales y sociales que se dan por la inclusión de los “criterios” de los algoritmos inteligentes con las decisiones judiciales humanas. De esta forma, se evalúa el papel de la IA, como una herramienta de apoyo en el proceso judicial, sus límites y sus posibles implicaciones para garantizar la imparcialidad, el acceso a la justicia y el respeto a los derechos humanos.

## **RESULTADOS Y ANÁLISIS**

### **1. Fundamentación de las tecnologías en las que se basan los sistemas de toma de decisiones automatizadas**

#### **1.1 Inteligencia artificial**

El origen de la inteligencia artificial se remonta a la década de 1950, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando Alan Turing realizó una primera aproximación a este concepto, a través de una herramienta que se hizo conocida con el nombre de Test de Turing.

En dicha prueba se valoró la “inteligencia de la máquina” (Palma Ortigosa, 2021, p. 25). De ello se desprende que:

“(…) el sistema debía mantener una conversación de cinco minutos con un humano. Si la persona durante ese tiempo no lograba discernir si el diálogo era generado por un humano o por una máquina, entonces, esta última habría superado la prueba. Aunque esta teoría ha sufrido importantes desarrollos y el concepto de inteligencia artificial aglutina muchos más ámbitos, dicho estudio sentó

el primer antecedente conocido de lo que hoy conocemos por Inteligencia Artificial”. (Palma Ortigosa, 2021, p. 25)

Al respecto, ya en 1956 se utilizaba la expresión lingüística de inteligencia artificial (pág. 25). Durante el verano de ese mismo año, un grupo de investigadores propuso, a través del desarrollo y respaldo de diversas teorías, la viabilidad de que en el futuro una máquina fuera capaz de llevar a cabo tareas que, hasta ese momento, solo correspondían a los seres humanos, dada la complejidad inherente de esas funciones. Desde la década de 1980, muchas de las teorías que sustentaban esta disciplina comenzaron a integrarse en dispositivos industriales (Palma Ortigosa, p. 25-26).

Actualmente, la sociedad experimenta una transformación acelerada hacia la innovación tecnológica que influye y transformarla manera en que vivimos, pensamos, trabajamos y nos comunicamos. Incluso el ámbito educativo, como parte de un proceso de educación disruptiva impulsado por la aplicación de la IA.

En el Foro Económico Mundial de 2016, Klaus Schwab, según Miranda Bonilla (2022), sostuvo que, la Tercera Revolución Industrial se considera la revolución digital —en marcha desde mediados del siglo XX— caracterizada por la integración de tecnologías que están dibujando las fronteras entre lo físico, lo digital y lo biológico.

La siguiente fase se distingue por avances tecnológicos emergentes en diversos campos, tales como la robótica, inteligencia artificial, la cadena de bloques, nanotecnología, la computación cuántica, la biotecnología, el internet de las cosas, la impresión 3D, y vehículos autónomos. A esta transformación Schwab, citado por Miranda (2022) ha llamado denominado

la “cuarta revolución industrial”<sup>2</sup> (Miranda Bonilla, 2022, pp. 373-402).

En este contexto de avances tecnológicos, el concepto de Inteligencia Artificial, según Palma Ortigosa (2021) “ha contemplado distintos enfoques en función del objetivo que se ha pretendido dar a los sistemas tildados de inteligentes”. (p. 26).

### 1.1.1 Definición de IA

La Autoridad de Protección de Datos Británica, citada por Palma Ortigosa (2021), ha referido que, “la Inteligencia Artificial es un término general para una gama de tecnologías basadas en algoritmos que, a menudo, intentan imitar el pensamiento humano para resolver tareas complejas”. (p. 26).

Al respecto, el Consejo de Europa, define la IA como un “conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos. Los desarrollos actuales buscan que las máquinas realicen tareas complejas previamente realizadas por humanos” (p. 26).

El Grupo de Expertos de la Comisión Europea, citado por Palma Ortigosa. (2021) señala:

“Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y en algunos casos también de hardware) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo

---

2 “La cuarta revolución tecnológica, o la revolución de la información, produjo una serie de transformaciones que impactaron tanto la sociedad como la organización del Estado. Lo anterior, aunado a los procesos generados a partir de la globalización, presionó la reestructuración del Estado hacia estructuras flexibles de administración. Estas transformaciones se dan en el marco de una sociedad interconectada, donde se produce un permanente flujo de información. La posibilidad de que los ciudadanos interactúen entre sí y con las instituciones representa un reto para la estructura del Estado en el contexto de la globalización, en todos los aspectos, así como para todo el derecho en sus diferentes dimensiones”. (Becerra, y otros, 2018, p. 15)

complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido”. (p. 27).

En relación con la definición funcional, Palma Ortigosa (2021) afirma que “por inteligencia artificial hacen referencia a toda una serie de características que, estando presentes en sistemas automatizados, se le asigna el concepto de IA y las consecuencias jurídicas que ello supone. Es la definición que, hasta la fecha, ha adoptado el Gobierno de los Estados Unidos (EEUU), así como la Comisión Europea...” (p. 28)

Sobre la definición funcional, el gobierno de EEUU, citado por Palma Ortigosa (2021), señala lo siguiente:

- Sistema artificial que realiza tareas en circunstancias variables e impredecibles sin supervisión humana significativa, o que puede aprender de la experiencia y mejorar el rendimiento cuando se expone a conjuntos de datos.
- Sistema artificial desarrollado en software de computadora, hardware físico u otro contexto que resuelve tareas que requieren percepción, cognición, planificación, aprendizaje, comunicación o acción física similar a la humana.
- Sistema artificial diseñado para pensar o actuar como un ser humano, incluidas las arquitecturas cognitivas y las redes neuronales.
- Un conjunto de técnicas, incluido el aprendizaje automático, diseñado para aproximar una tarea cognitiva.

- Sistema artificial diseñado para actuar racionalmente, que incluye un agente de software inteligente o un robot incorporado que logra objetivos utilizando la percepción, la planificación, el razonamiento, el aprendizaje, la comunicación, la toma de decisiones y la actuación. (pp. 28-29).

Si nos enfocamos exclusivamente en el aspecto humano de la IA, muchos sistemas que trabajan con decisiones automatizadas quedarían fuera de su ámbito de aplicación, ya que los objetivos de estas tecnologías no siempre coinciden con las habilidades o su imitación.

En este contexto, el concepto de IA que se pretende implementar en los sistemas jurídicos debe ser lo suficientemente flexible y coherente para adaptarse a los avances técnicos de la IA, de manera que los desarrolladores y usuarios de estas tecnologías comprendan el marco jurídico aplicable.

Como ha publicado el Parlamento Europeo, para establecer un enfoque regulador unificado y asegurar la seguridad jurídica, tanto para los ciudadanos como para las empresas, es crucial una interpretación común dentro de la Unión Europea sobre términos como inteligencia artificial, robótica, tecnologías relacionadas y reconocimiento biométrico. (Palma Ortigosa, 2021, p. 29).

### **1.1.2 Big Data**

La palabra *big*, en inglés, hace referencia a —‘grande’ o ‘masivo’ en el contexto de los datos. Esto significa que existe una concentración de información ingente que la mente humana no podría procesar por sí sola. (Becerra et.al., 2018, p. 40).

Aunque no existe una definición única de *Big data*, podemos entenderla como el conjunto de técnicas que permiten procesar

y recopilar grandes volúmenes de datos (información) a gran velocidad, en diferentes formatos y estructuras. Hasta hace poco, las limitaciones tecnológicas impedían aprovechar completamente la información contenida en las grandes bases de datos.

El *Big data* facilita el análisis simultáneo de grandes cantidades de datos (volumen), en diversos formatos y estructuras (variedad), y de manera muy rápida (velocidad). Además, permite filtrar y detectar la información más relevante (veracidad), lo que a su vez posibilita descubrir conocimientos ocultos en las bases de datos (valor). (Palma Ortigosa 2021, pp. 40-41).

El término *Big data* fue acuñado por Schönberger y Cukier (Becerra et. Al., 2018, p. 39). Este concepto se basa en varias fuentes para obtener conocimiento. Primero, se recopilan los datos de varias fuentes, destacando la recolección a través de sistemas o dispositivos interconectados, así como los datos generados en internet. Estos pueden o no ser preprocesados, pero es común que las técnicas de *Big data* analicen los datos en su estado original, sin necesidad de realizar procesos de limpieza. Finalmente, los datos son procesados mediante potentes algoritmos que generan resultados capaces de revelar conocimientos que antes no se habían considerado o permanecían ocultos. (Palma Ortigosa 2021, pp. 40-41).

Los pilares en los que se sustenta el *Big Data*, entendido como una “explosión y avalancha de los grandes volúmenes de datos”, se apoyan, al menos, en cuatro elementos fundamentales: los medios sociales “(*social media*) la movilidad (teléfonos inteligentes, tabletas y aplicaciones —apps—); la computación en la nube (*cloud computing*) y el internet de las cosas (M2M, sensores de todo tipo, chips NFR, RFID...) (Janes Aguilar, 2013).

En este sentido, Wu, et. al. (2014), señalan que:

Big data se refiere a conjuntos de datos de gran volumen, complejos y en crecimiento con múltiples fuentes autónomas. Con el rápido desarrollo de las redes, el almacenamiento de datos y la capacidad de recopilación de datos, los big data se están expandiendo rápidamente en todos los dominios de la ciencia y la ingeniería, incluidas las ciencias físicas, biológicas y biomédicas (pp. 97-107).

Al respecto, resulta necesario mencionar que, según Becerra et. al (2018), “el Parlamento Europeo prefiere el término ‘macrodatos’ en lugar de “datos masivos”:

Recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones (analítica de macrodatos) (p. 39).

## **2. Inteligencia Artificial y Derecho**

La IA tiene dos objetivos principales. Uno es tecnológico: usar los ordenadores para realizar tareas útiles, a veces mediante métodos muy diferentes a la mente humana; el otro es científico: emplear conceptos y modelos de IA para resolver cuestiones sobre los seres humanos y otros seres vivos. La mayoría de los especialistas en IA se concentran en un solo objetivo, aunque algunos contemplan ambos (Montañez Sierra, 2020, p. 57).

La informática jurídica se centra en la aplicación de las tecnologías de la información al ámbito del derecho. Esta disciplina, que combina un enfoque tecnológico con otro jurídico, está influenciada por la interacción entre ambas visiones, situación que influye en las modalidades y alcances de su aplicación. La informática jurídica abarca el tratamiento automatizado de las fuentes del conocimiento jurídico, mediante sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal (informática jurídica documental); las fuentes de producción jurídica, a través del análisis informático de los factores lógico formales presentes en los procesos legislativos y en la toma de decisiones judiciales (informática jurídica decisional); y los procesos relacionados con la gestión de la infraestructura y los recursos que sustentan la administración del derecho (informática jurídica de gestión). (Montañez Sierra, 2020, p. 70).

La Universidad de Cambridge, a través de sus estudiantes de derecho, ha creado el *Case Crunch Alpha* —una *startup* británica— que integra esta disciplina y la IA, que tiene la función de predecir resultados de casos legales con una mayor eficacia que las propias oficinas o bufetes de abogados.

Esta situación se ha evidenciado, no hace mucho, en el Reino Unido, donde los especialistas analizaron 775 casos de incumplimiento de pagos de aseguradoras. El análisis confirmó los resultados alcanzados por los abogados: el 66,3% tuvo resultados eficaces, a diferencia de los robots que alcanzaron un 86,5% de aciertos (Cárdenas Krenz, 2021, pp. 1-10).

“En Estados Unidos, desde 2016, la firma Baker & Hostetler, especializada en litigios económicos, ha contratado un programa denominado ROSS, basado en una plataforma de IBM, que opera como un experto en temas legales y que responde preguntas jurídicas en un

lenguaje comprensible, pudiendo dar referencias de juicios pasados, y estando alerta a las novedades legales en internet, entre otras funciones. En dicho país, además existe el software Public Safety Assessment (evaluación de riesgo público), que es un sistema de inteligencia artificial que ayuda a establecer fianzas o calcular el riesgo de algunas decisiones judiciales.

“Asimismo, existen programas como IBM Watson (Debating Technologies), que pueden analizar problemas jurídicos en segundos al revisar toda la información disponible en internet sobre la materia y ofreciendo posibles respuestas al caso, en forma sustentada, a partir del análisis de los casos más reiterados” (Cárdenas Krenz, 2021, pp. 1-10).

Esto nos indica que el sistema de inteligencia artificial y el del derecho deben estar ligados a estructuraciones lógicas, ordenadas y analíticas, además de la interpretación de la dogmática jurídica, con las tecnologías de la información y comunicación (Rincón Cárdenas & Martínez Molano, 2021, pp. 1-29).

Entonces, según Rincón Cárdenas & Martínez Molano la IA aplicada al derecho puede ser aplicada en cuatro áreas. (2021: pp. 1-29).

- Modelos para la argumentación y toma de decisiones;
- Clasificación y extracción de textos legales;
- Extracción de información de textos legales;
- Creación y planificación de un sistema legislativo.

## **2.1 La regulación normativa de la inteligencia artificial. Una visión comparada**

### **2.1.1 Regulación de la IA en Europa**

El Parlamento Europeo, de acuerdo con su Resolución del 16 de febrero de 2017 emitió una serie de recomendaciones a la Comisión Europea sobre normas de Derecho Civil sobre robótica (Miranda Bonilla, 2022, pp. 373-402). Dicha Resolución ha establecido una serie de principios generales conforme avanza el desarrollo de la robótica y la IA para uso civil. La norma contempla los principios éticos, aspectos de responsabilidad, derechos de propiedad intelectual y plantea la necesidad de regular los medios de transporte autónomo como vehículos autónomos, drones, robots asistenciales, robots médicos, de rehabilitación e intervenciones en el cuerpo humano; así como la realización de estudios sobre el impacto en la educación, empleo y en el medioambiente (Miranda Bonilla, 2022, pp. 373-402).

La Comisión Europea en 2018 incluyó, como parte de la estrategia europea, a la persona situada en el umbral de la inteligencia artificial, y también estableció directrices éticas que deberían ser aplicadas por los desarrolladores, proveedores y usuarios de la IA. Por este motivo, la Comisión Europea, citada por Miranda Bonilla (2022), elaboró, con el respaldo de expertos en el campo, lineamientos para desarrollar una inteligencia artificial fiable que se ceñirá a estos tres componentes:

- Respeto a las leyes.
- Respeto a los principios éticos.
- Debe tener una construcción sólida.

Miranda Bonilla (2022) señala que: “Para comprobar si se cumplen estos requisitos, las directrices plantean otros

requisitos esenciales: a) intervención y supervisión humanas; b) solidez y seguridad técnicas; c) privacidad y gestión de datos; d) transparencia; e) diversidad, no discriminación y equidad; f) bienestar social y medioambiental; g) rendición de cuentas” (Miranda Bonilla, 2022, pp. 373-402).

En diciembre de 2018, el Consejo de Europa adoptó la Carta de Ética Europea, el primer instrumento sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y sus entornos. Este, instrumento europeo establece principios sustanciales y metodológicos que deben ser aplicados en los procedimientos automatizados para decisiones en la gestión de datos judiciales, basados en técnicas de inteligencia artificial, además de directrices para los legisladores y profesionales de la justicia, cuando se enfrentan al rápido desarrollo de la IA en los procesos judiciales nacionales (Miranda Bonilla, 2022, pp. 373-402).

Al respecto, Miranda Bonilla (2022) refiere que:

Este instrumento fue elaborado por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), la cual es un órgano del Consejo de Europa y se encuentra dirigido a las partes interesadas públicas y privadas responsables del diseño y despliegue de herramientas y servicios de inteligencia artificial que implican el procesamiento de decisiones judiciales y datos (aprendizaje automático o cualquier otro método derivado de la ciencia de datos). También concierne a los tomadores de decisiones públicos a cargo del marco legislativo o regulatorio, del desarrollo, auditoría o uso de tales herramientas y servicios (pp. 373-402).

Este instrumento desarrolló cinco principios fundamentales que deben respetarse en el campo de la IA y la aplicación de la justicia:

- Respeto a los derechos humanos;
- no discriminación;
- calidad y seguridad;
- principio de transparencia, imparcialidad y justicia;
- principio bajo el control del usuario.

### **2.1.2 Inteligencia Artificial utilizada por el Poder Judicial de Costa Rica**

En 2018, el Poder Judicial de Costa Rica desarrolló el *chatbot*, una IA que tiene la capacidad de trabajar las 24 horas del día, los siete días de la semana. Con esta herramienta, que tiene como objeto responder en línea dudas frecuentes que se presenten sobre los tramites de gestión. Esta interacción “simulada” con la central telefónica ha permitido la atención de más de 5000 consultas cada mes. (Miranda Bonilla, 2022, pp. 373-402).

Un proyecto denominado “*tipificador de documentos*”, del mismo país centroamericano, tiene la función de leer los escritos para clasificarlos automáticamente, sin necesidad de que intervenga ningún funcionario de la administración de justicia. Hasta la fecha, se ha logrado una precisión global del 80% en la organización.

El proyecto piloto de IA tiene el propósito de disminuir el dinero circulante en materia cobratoria, debido a que esta jurisdicción registra el 63,1% de circulante, de la totalidad de casos que atiende el Poder Judicial. Las mejoras al sistema informático se realizaron con la fabricación de una nomenclatura capaz de seleccionar los escritos que ingresan al despacho y agruparlos temáticamente. (Miranda Bonilla, 2022).

“La implementación del sistema informático se encuentra a cargo de la Dirección de Tecnología de

la Información que constantemente da asistencia y reportes del estado y avance del proyecto. A dos años de puesto en marcha, se ha logrado una mayor celeridad procesal, la reducción de circulante y mejor rendimiento en el despacho. Para el Juez Coordinador del Juzgado de Cobro del Primer Circuito Judicial de la Zona Sur, estas mejoras al sistema de Gestión en Línea ayuda en la selección de escritos mediante una nomenclatura que hace más ágil el procedimiento, pues la inteligencia artificial en la tipificación de los escritos que ingresan al despacho, se incorporó al sistema informático desde hace dos años. Esta herramienta es muy valiosa porque permite la selección por medio del sistema, de los escritos que ingresan al despacho y poder distribuirlo de conformidad con la nomenclatura, esto ha permitido trabajar de una forma más ágil y rápida permitiendo una celeridad procesal” (Miranda Bonilla, 2022).

La aplicación de la IA en este caso, busca en última instancia, solucionar, sin mayores complicaciones, los problemas específicos que plantea la resolución de casos del ámbito jurídico. No obstante, Pompeu Casanovas (2013) identifica los principales desafíos que deben enfrentar este tipo de innovaciones:

La organización de las grandes bases de datos, la clasificación y ordenación de textos jurídicos que varían con el tiempo (leyes, reglamentos, sentencias...), el interfaz con los distintos tipos de usuarios, el modelado de las operaciones realizadas por los agentes políticos (logística) y jurídicos (razonamiento judicial, razonamiento por casos, resolución de problemas), el modelado de determinados ámbitos del conocimiento jurídico (especialmente en derecho financiero y en cálculo

de tasas e impuestos), el modelado de la argumentación razonable en función de normas o de precedentes [...]” (pp. 467-521).

### **2.1.3. La IA en Bolivia: ¿está regulada?**

El Artículo 103 de la Constitución boliviana refleja el compromiso del Estado en *impulsar la ciencia, la investigación y la tecnología, para el beneficio de la sociedad*. La IA, en este contexto, representa un avance tecnológico y una herramienta fundamental para modernizar al país, optimizar los procesos y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. La Decisión N°897 de 2023 de la Comunidad Andina, aplicable en el Estado boliviano, protege los derechos de los usuarios, en relación con el acceso a las telecomunicaciones.

Esta protección se realiza con un enfoque específico de respeto a la privacidad y la seguridad de los datos, lo que podría extenderse, parcialmente, a la regulación de la IA.

Al respecto, la normativa boliviana sobre tecnología se sustenta en el numeral 1 del párrafo I del artículo 85 de la Ley 031 Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez” (19 de julio de 2010). La norma establece que la formulación y aprobación del régimen general de las políticas de comunicaciones y telecomunicaciones en Bolivia, radiodifusión, acceso a internet y demás temas relacionados con las tecnologías de información y comunicaciones (TIC) son de competencia exclusiva del nivel central del Estado.

En este contexto, los numerales 2 y 5 del Artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación (8 de agosto de 2011), disponen, como objetivos, *“Asegurar el ejercicio del derecho al acceso universal y equitativo a los servicios de telecomunicaciones,*

*tecnologías de información y comunicación, así como del servicio postal” y “promover el uso de las tecnologías de información y comunicación para mejorar las condiciones de vida de las bolivianas y bolivianos”, respectivamente. Además, el artículo 71 de dicha ley declara como “prioridad nacional la promoción del uso de las tecnologías de información y comunicación para procurar el vivir bien de todas las bolivianas y bolivianos” (Ley 164, 2011).*

Con este marco, las autoridades nacionales promulgaron el Decreto Supremo (DS) 2514 (9 de septiembre de 2015) que autoriza la creación de la Agencia de Gobierno Electrónico y Tecnologías de Información y Comunicación (AGETIC), que tiene como misión liderar y consolidar el desarrollo e implementación de políticas, programas, proyectos y servicios de gobierno electrónico y TIC para alcanzar la soberanía tecnológica y la transformación digital del Estado, en beneficio de la ciudadanía.

Además, la Ley 1080 incorpora el concepto de ciudadanía digital, así como la notificación electrónica; el DS 4570 regula el teletrabajo, y las leyes 164 y 1080 habilitan la legalidad de los actos virtuales.

A partir de estos antecedentes, se puede colegir con objetividad que no existe una normativa específica para el uso y aplicación de la IA en la administración de justicia boliviana, es decir, no existe una norma especializada que permita a los jueces el uso y aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la toma de decisiones judiciales. Lo cual implica un vacío legal que no puede ser regulado o creado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, siendo esta la facultad de la Asamblea Legislativa Plurinacional (Órgano Legislativo).

### **3. Principios jurídicos para IA que respete y promueva la ciencia del Estado constitucional: la triple garantía procesal**

El Estado constitucional emerge de la construcción racional de lo social, económico, político y jurídico. Este Estado, como unidad política y jurídica, tiene una Constitución rígida, cuyos contenidos presentan coherencia política y jurídica en relación con la validez y efectividad de la voluntad popular.

La Constitución tiene como fin último garantizar objetivamente los derechos y libertades fundamentales, lo que constituye una teoría dominante en busca de fortalecer los derechos, libertades y garantías constitucionales. En este sentido se habla de la autoridad constitucional del Derecho. (Cusi, 2023, pp. 417-458). El Estado Constitucional surge para establecer la subordinación de la unidad jurídica a una norma jerárquicamente superior: Constitución rígida.

(...) El primer cambio de paradigma del derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente. Un segundo cambio, igualmente radical, ocurrió en el último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma—garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a constituciones rígidas que están jerárquicamente por encima de las leyes, funcionando como normas de reconocimiento de su validez. Ha derivado en tres modificaciones en el Estado legislativo de derecho, en los mismos niveles en los que se había producido el cambio precedente (Ferrajoli, 2001, pp. 31-45).

El constitucionalismo de los derechos es producto de la evolución de la sociedad y la Constitución de un Estado constitucional democrático se redactada para garantizar

derechos y libertades fundamentales, además de controlar racionalmente la conducta del ser humano en un territorio democrático. Como señala Lon L. Fuller, citado por Acha (1962), el derecho “es la empresa de sujetar la conducta al gobierno de normas” (p. 5).

El Estado constitucional equivale a la positivización del «deber ser» del derecho, lo que permite la democratización de sus contenidos y condiciona su validez sustancial a la coherencia con los derechos fundamentales, sobre los cuales se fundamenta la dimensión sustancial de la democracia constitucional. (Ferrajoli, 2011, pp. 15-53).

### **3.1 Herramientas y principios jurídicos para la IA**

Las interrelaciones entre la inteligencia artificial y el derecho tienen una larga historia. Esta se remonta a los primeros años de la década de 1950, ya que este campo se consideró uno de los posibles ámbitos específicos de aplicación de la IA.

Dicha articulación se fue consolidando progresivamente, con base en el desarrollo de los siguientes parámetros: (1) lenguaje jurídico, (2) lógica deóntica, (3) procesamiento por reglas, (4) procesamiento por casos, (5) estratificación del razonamiento, (6) razonamiento procedimental, (7) coordinación de tareas múltiples. (Casanovas, 2013, pp. 467-521)

El uso de las herramientas de IA en la resolución de conflictos, como bien escribe Miranda Bonilla (2022), “va desde la estandarización, clasificación y sistematización de grandes cantidades de datos, hasta la identificación de tendencias y patrones de votación, la extracción de argumentos y justificaciones jurídicas de casos legales, así como la predicción de sentencias” (pp. 373-402).

No obstante, para avanzar en la implementación de IA en el ámbito jurídico y alcanzar decisiones plenamente automatizadas a través de algoritmos, se hace necesario considerar la protección de derechos y otros aspectos que se vinculan con la aplicación de este tipo de tecnología, entre ellos: derecho a la información sobre la lógica del tratamiento, derecho de acceso específico, prohibiciones específicas, bases legales de legitimación reforzadas, derecho a solicitar la participación humana, derecho a expresar el punto de vista, derecho de revisión de la decisión y evaluación obligatoria de impacto (Palma Ortigosa, 2021, p. 120).

Por tanto, se debe tomar en cuenta que en el constitucionalismo de los derechos, existe una vinculación directa entre estos derechos, la dignidad humana, la paz y la protección de las minorías, de los más vulnerables o de los más débiles (Corvalán, 2018, pp. 295-316).

La compatibilidad de la IA con un modelo adecuado de derechos y garantías fundamentales, exige una regulación jurídica que incorpore un umbral de principios estrictamente vinculados con la dignidad, identidad y vulnerabilidad algorítmica (Corvalán, 2018, pp. 295-316)

En este sentido, Corvalán (2018) desarrolla un conjunto de principios, como medios de respeto y promoción de la vigencia del Estado constitucional: “todas ellas se presentan como una derivación de la dignidad digital (que a su vez se integra por la identidad digital) de las personas humanas en el mundo digital. Se trata, en esencia, de hacer más robusto el sistema de protección, incorporando al bloque de juridicidad una serie de principios generales tendientes a regularlo”, que se presentan a continuación. (pp. 295-316)

- a) **Prevención y precaución.** La precaución se aplica a riesgos inciertos, y la prevención a riesgos ya identificados. En la IA, es necesario contar con un código fuente accesible, trazabilidad y mecanismos de seguridad (como un “botón de apagado”) cuando se vean afectados los derechos fundamentales, con el fin de evitar riesgos no comprobados y discriminaciones.
- b) **Autodeterminación algorítmica.** La autodeterminación garantiza que las personas controlen el uso de sus datos y decisiones que les afectan, de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y finalidad para proteger los derechos fundamentales.
- c) **Transparencia algorítmica e imparcialidad del validador.** La IA debe ser comprensible y verificable. La transparencia evita la creación de “cajas negras”, y los validadores deben ser imparciales; es decir, no pueden estar involucrados los diseñadores en la validación del sistema.
- d) **Trazabilidad de la IA.** Los sistemas de IA deben permitir rastrear el proceso mediante el cual llegan a sus decisiones, garantizando responsabilidad y la posibilidad de auditoría.
- e) **Máximo acceso. Derecho de acceso a la información algorítmica.** Las personas deben tener información sobre cómo los sistemas de IA afectan sus derechos, hecho que promueve la transparencia y la rendición de cuentas.
- f) **No discriminación algorítmica.** Los algoritmos deben evitar sesgos discriminatorios basados en

características protegidas como raza, género o religión, con el propósito de respetar la igualdad y los derechos humanos.

Como se puede apreciar, estos principios buscan garantizar que la IA se utilice de manera justa, responsable y respetuosa con los derechos fundamentales.

## **3.2 La triple garantía procesal**

### **3.2.1 Proceso justo**

El proceso justo en una comprensión de lo judicial o administrativo que se refiere a la aplicación efectiva de la “garantía de la aplicación de las garantías procesales”. Este criterio implica que la parte involucrada reconoce que el procedimiento se ha desarrollado correctamente en el marco del proceso justo (Lorca Navarrete, 2013, pp. 11-22).

El proceso justo tiene por finalidad resolver la controversia mediante la aplicación efectiva de las garantías constitucionales. Su aplicación implica necesariamente el cumplimiento de las garantías convencionales<sup>3</sup>, con el propósito de asegurar los derechos fundamentales de los sujetos del proceso.

Por lo tanto, se considera que un proceso judicial es “justo”, cuando el juez o el tribunal garantiza efectivamente el cumplimiento de las garantías constitucionales, especialmente en relación con los principios de acceso a la justicia, debido proceso, legalidad y eficacia en el desarrollo de las acciones procesales.

---

<sup>3</sup> Aplicar las garantías constitucionales, supone la aplicación de las garantías convencionales, se entenderá que el Estado que asumió y ratificó la Convención de Derechos Humanos está “siempre bajo el umbral del sistema de protección de los derechos humanos” proferida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### **3.2.2 Debido proceso constitucional**

Se entiende que el debido proceso “es un sistema procesal consecuente con el más avanzado lenguaje de protección de los derechos humanos, a efectos de garantizar la realización de esos derechos” (Cusi Alanoca, 2023).

El debido proceso es un derecho y una garantía fundamental de naturaleza compleja y carácter instrumental, que engloba garantías orientadas a la protección de las personas. Asimismo, representa la máxima expresión del derecho procesal (Agudelo Ramirez, 2006, p. 98). Tiene que ver estrictamente con la protección de la vida, la libertad (en un sentido amplio) y la propiedad, así como con aquellas garantías establecidas por la ley, para salvaguardar a las personas en un Estado constitucional de derecho.

En este sentido, el debido proceso constitucional constituye, tanto un derecho, como una garantía fundamental, destinada a proteger y garantizar los derechos y libertades fundamentales frente a la actuación u omisión de los órganos estatales en un proceso, ya sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional (Cusi Alanoca, 2023).

Conforme al metalenguaje expresado por la Sentencia Constitucional (SC) 0316/2010-R 5 de junio de 2010), emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia:

“El debido proceso al estar bajo un umbral de la Constitución es un verdadero instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, el debido proceso debe razonarse como un principio, un derecho y una garantía. Es decir, la naturaleza del debido proceso es reconocida por la Constitución boliviana en su triple dimensión. De esa triple dimensión, se desprende el debido proceso como derecho fundamental autónomo y como derecho fundamental indirecto o garantía” (SC, 0316., 2010-R).

### 3.2.3 Tutela jurisdiccional efectiva

Para Pérez Ríos (2010) “el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; es decir, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso que cuente con unas garantías mínimas” (p. 33). En este entendido, el autor refiere:

La tutela jurisdiccional efectiva, gracias a los aportes del derecho constitucional y de la teoría general del proceso puede conceptualizarse como aquel mecanismo de protección de los derechos fundamentales en virtud del cual toda persona está legitimada para reclamar ante los órganos jurisdiccionales, permanentemente y en todo lugar, mediante los procedimientos preestablecidos, por sí misma o en representación de otra, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular.

La tutela jurisdiccional es en sí misma un derecho humano esencial. El derecho a la tutela jurisdiccional representa la síntesis de lo más avanzado en el desarrollo de las teorías que explican la naturaleza, finalidad, evolución y trascendencia de la función jurisdiccional; así como las elaboraciones teórico-doctrinarias sobre el derecho de acción como el derecho a poner en funcionamiento el aparato estatal para la protección de determinado interés, postulado como pretensión (pp.18 y19)

Por tanto, la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental, que de acuerdo con Pérez Ríos (2010), se trata de un derecho “que se dinamiza con la postulación de la

pretensión de quien se considera vulnerado en sus derechos en general o intereses, incluyendo entre estos a los colectivos, difusos o de grupo” (p.18).

La tutela jurisdiccional efectiva al ser un derecho fundamental que tiene toda persona a un proceso judicial: normal, pronto, oportuno y justo. Consiste en último término, en una garantía, al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales. En tal sentido, la tutela jurisdiccional efectiva es la garantía máxima que comprende el conjunto de requisitos o presupuestos procesales mínimos a los que debe regirse todo proceso judicial”. (Cusi Alanoca J. L., 2023, pp. 678-706).

#### **4. La responsabilidad en la aplicación de la IA**

Siendo que las inteligencias artificiales están programadas por seres humanos, sus bases de datos pueden contener sesgos y prejuicios. De acuerdo con este criterio, su objetividad puede ser relativa, pues el algoritmo, a través de la decisión del sistema automatizado, podría incurrir en discriminación. Un ejemplo de ello se encuentra en el caso LOOMIS / EE.UU.-, que describe Cárdenas Krenz (2021):

En el uso de Compas, software para analizar las probabilidades de que una persona con antecedentes penales fuera reincidente, se descubrió que el referido sistema le otorgaba un mayor porcentaje de posibilidad de reincidencia a la persona cuando esta era de raza negra. (pp. 1-10).

La IA aplicada al sistema judicial funciona a través de expertos jurídicos, quienes desarrollan e implementan la programación de algoritmos de predicción, con base en un conjunto existente de datos. La programación de estos algoritmos está realizada por seres humanos, quienes los generan en función de las

variables y patrones de probabilidad (Rincón Cárdenas & Martínez Molano, 2021, pp. 1-29).

Por tanto, la decisión sobre conflictos producidos por los humanos no debe ser asumida en su totalidad por la IA —es decir, por un juez robot—, sino que debe ser un juez humano quien tome la decisión final y controle las decisiones de la IA.

La IA dispone de herramientas que proporcionan a los jueces los criterios necesarios para tomar una decisión justa a través del derecho. Estos criterios de información provienen de *Big data*; por ejemplo, en los procesos judiciales se requiere una gran cantidad de información normativa y jurisprudencial, para que la IA (“juez robot”) procese los datos objetivos que le sean suministrados, con lo que subsumirá el hecho con base en el derecho positivo vigente, y en casos análogos, establecerá el precedente (jurisprudencia) que se aplicará.

Siendo que la norma y dogmática jurídica establecen los criterios para determinar la responsabilidad civil, administrativa y penal de los jueces por una decisión arbitraria e injusta, o por su conducta en la administración de justicia, resulta necesario regular los criterios o estándares que permitan establecer la responsabilidad en el uso y aplicación de la IA en casos concretos. En este sentido, surge la siguiente interrogante:

*¿Quién debería asumir la mayor responsabilidad en la toma de decisiones, sobre un caso concreto: el juez, el encargado de dictar la sentencia, o la inteligencia artificial, que actúa como una herramienta judicial creada por un experto técnico?*

La responsabilidad en la toma de dediciones sobre el uso y aplicación de los sistemas de inteligencia artificial debe estar regida por el principio de la transparencia. En este sentido, los

expertos deben justificar con razones lógicas las acciones de los sistemas ante los jueces y demostrar objetivamente por qué la IA tomó determinadas decisiones. Este aspecto resulta complejo debido al nivel de autonomía de los *sistemas expertos*, lo que ha sido advertido por Rincón Cárdenas & Martínez Molano (2021), que refieren lo siguiente:

Podría dejar de tratarse de una cuestión doctrinal y enmarcarse en el marco de lo probatorio, lo que lleva a rastrear cadenas de auditoría para determinar la responsabilidad entre programadores, diseñadores e inclusive el mismo juez (pp.1-29).

Por tanto, es esencial establecer con claridad y precisión la responsabilidad en el uso y aplicación de la IA. No se puede atribuir responsabilidad alguna al *sistema experto* que toma la decisión, debido a lo siguiente:

- En primer lugar, en la incorporación de la IA en la administración de justicia, se debe considerar que la inteligencia artificial es producto de la creación y programación humanas, aunque tenga la capacidad de “aprender” a partir de la información que recopila, su diseño y funcionamiento siguen dependiendo de la decisión humana.
- En segundo lugar, es el juez humano el que está llamado a tomar la decisión final, en cumplimiento de su función imparcial e independiente. La IA sólo opera como una herramienta de apoyo que facilita el dictado de sentencias (Rincón Cárdenas & Martínez Molano, 2021). Por tanto, la responsabilidad recae tanto en el experto que introduce los algoritmos, como en el juez que decide adoptarlos o no. (Palma Ortigosa, 2021, p. 26)

A nivel general, se podría afirmar que cualquier daño ocasionado por un sistema inteligente es responsabilidad de las personas encargadas de su diseño y programación. Esta responsabilidad puede analizarse desde dos perspectivas:

- Responsabilidad positiva: se enfoca en lo que los expertos en inteligencia artificial deben hacer para garantizar la seguridad de las herramientas de IA, a través de medios técnicos adecuados.
- Responsabilidad negativa. Aborda la forma en la que los expertos deben asumir su responsabilidad, cuando IA genera impactos negativos o consecuencias graves.

Desde la perspectiva de la responsabilidad positiva, los expertos no pueden priorizar beneficios económicos ni satisfacer ciegamente las necesidades de los clientes en el desarrollo de la IA. Desde la perspectiva de la responsabilidad negativa, cuando un sistema de IA presenta errores, los expertos deben asumir tal responsabilidad, en lugar de atribuir la culpa a la complejidad del sistema. (Rincón Cárdenas & Martínez Molano, 2021, pp. 1-29).

Bostrom y Yudkowsky, citados por Rincón Cárdenas & Martínez Molano (2021) señalan que se debe tener en cuenta las siguientes medidas preventivas (pp.1-29):

- Auditar e inspeccionar periódicamente el correcto funcionamiento de los sistemas.
- Hacer que los algoritmos sean susceptibles de inspección y constante vigilancia.
- Aplicar, en materia jurídica, principios como la legalidad y transparencia, asegurando que los ciudadanos comprendan los criterios utilizados por la IA en la toma de decisiones.

- Garantizar que los algoritmos sean incorruptibles y tengan la seguridad suficiente para evitar manipulaciones y fraudes.
- Definir parámetros claros para identificar a los responsables en caso de fallas.

Respecto a las responsabilidades ante el uso y aplicación de IA, la *Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence*, citada por Rincón Cárdenas & Martínez Molano (2021), señala lo siguiente:

- Las personas deben asumir la responsabilidad de las decisiones tomadas con base en recomendaciones de herramientas de inteligencia artificial.
- En toda área donde se tome una decisión que afecte la vida, calidad o reputación de una persona, la decisión final debe ser humana, libre e informada.
- Las decisiones que atenten contra la vida deben ser adoptadas exclusivamente por seres humanos.
- Las personas que utilizan IA para cometer delitos son responsables de tales actos.
- Si una IA confiable genera daños pese a su correcto uso, no es razonable culpar a los desarrolladores o usuarios.

Asimismo, dicha Declaración plantea principios éticos para el desarrollo de la IA, sobre los que Rincón Cárdenas & Martínez Molano (2021) señalan los siguientes:

- Principio de bienestar: en virtud del cual el desarrollo y uso de los sistemas de IA permiten el crecimiento del bienestar de todos los seres “sintientes”.
- Principio de autonomía: los sistemas de IA deben desarrollarse y utilizarse respetando la autonomía de las

personas y teniendo como objetivo aumentar el control de las personas sobre su vida y su entorno.

- Protección de la privacidad y la intimidad: la privacidad y la intimidad deben estar protegidas de intrusiones de sistemas de inteligencia artificial y de los sistemas de adquisición y archivo de datos.
- Principio de solidaridad: el desarrollo de inteligencia artificial debe ser compatible con el mantenimiento de los lazos de solidaridad entre las personas y generaciones.
- Participación democrática: los sistemas de inteligencia artificial deben cumplir con criterios de inteligibilidad, justificación y accesibilidad, así, deben estar sometidos al escrutinio, debate y control democrático.
- Principio de equidad: el desarrollo y el uso de los sistemas de inteligencia artificial deben contribuir a la creación de una sociedad justa y equitativa.
- Inclusión y diversidad: el desarrollo y el uso de la inteligencia artificial deben ser compatibles con el mantenimiento de la diversidad social y cultural, y no deben restringir el alcance de las opciones de estilo de vida y experiencia personal.
- Principio de prudencia: toda persona involucrada en el desarrollo de IA debe tener precauciones de manera anticipada para prever dentro de lo posible las medidas adversas del uso de sistemas de inteligencia artificial, tomando medidas apropiadas para evitarlas.
- Principio de responsabilidad: el desarrollo y el uso de sistemas de inteligencia artificial no deben contribuir a disminuir la responsabilidad de los seres humanos en la toma de decisores.

- Desarrollo sostenible: el desarrollo y el uso de sistemas de inteligencia artificial deben llevarse a cabo para garantizar una fuerte sostenibilidad ambiental del planeta (pp. 1-29)

## **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**

### **Juez artificial**

El juez robot, como herramienta auxiliar del juez humano, en la administración de justicia requiere, en principio, una efectiva regulación, ya que el uso de estas herramientas tecnológicas sin previa regulación vulnera el principio de legalidad y la seguridad jurídica de un Estado democrático y constitucional.

Para la regulación legal de la IA como herramienta auxiliar de la administración de justicia, se pueden establecer criterios de responsabilidad para su uso y aplicación en la toma de decisiones judiciales asistidas.

El juez IA utilizado en este contexto se concentra más específicamente en las tareas judiciales, especialmente en la adjudicación. (...), el uso creciente de las Inteligencias Artificiales para realizar funciones complejas puede incluir desarrollos en el procesamiento efectivo que pueden surgir en un futuro próximo (Pérez Ragone, 2020, pp. 401-419).

Se tiene conocimiento de que el Ministerio de Justicia de Estonia ha estado trabajando en una inteligencia artificial que cumpla las funciones de un juez para encargarse de los casos más sencillos. El robot juez podría analizar una cantidad significativa de documentos legales y cruzar información a efectos de resolver los conflictos con un importante ahorro de tiempo (Cárdenas Krenz, 2021, pp. 1-10).

El 27 de junio de 2019, se conoció a través de diversos medios de información que el Tribunal de Internet de Beijing celebró la implementación de servicio de litigios en línea, que incluye un juez artificial, el cual coadyuvará a los jueces humanos con el trabajo repetitivo y mecánico, a este efecto, los jueces humanos deberán dedicarse al estudio del caso y resolver los juicios.

El juez artificial, en China, tiene la apariencia de una mujer con voz y fracciones de una persona real (Cárdenas Krenz, 2021, pp. 1-10). Asimismo, existe un asistente que brinda orientación legal, denominado Xiao Fa “derecho pequeñito” o “ley pequeñita”. (Cárdenas Krenz, 2021, pp. 1-10).

China y Estonia, países vanguardistas y avanzados en el desarrollo de jueces digitales, plantean el desarrollo de innovación responsable, que simplifique tiempo y recursos en cuanto a servicios estatales que ofrecen a sus poblaciones.

El desarrollo de iniciativas encaminadas a regular procesos públicos, también se orienta a generar definiciones precisas sobre el tema. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia de Estonia, señala que: “la expresión ‘juez de IA’ es engañosa, nosotros estamos ampliando la automatización de los procedimientos judiciales, lo que incluye el uso de la IA. Podemos hablar de ‘robot ayudante del juez’, pero no de ‘robot-juez’. La IA no reemplazará nunca a un juez” (p. 68).

En Bolivia, se debe ser muy claro en este sentido, no existe específicamente una regulación normativa por la cual se haya implementado un juez robot, digital, artificial o basado en inteligencia artificial (IA), para resolver casos concretos. Sin embargo, es pertinente señalar que en abril de 2023, los vocales de la Sala Constitucional Cuarta del Tribunal Departamental de Justicia de la Ciudad de Santa Cruz de la Sierra, habrían

consultado al ChatGPT para establecer la decisión de un caso concreto. Este hecho llamó la atención, ya que la aplicación de la inteligencia artificial en la administración de justicia no está regulada de manera precisa, pero a pesar de esta ausencia de regulación, los vocales indicaron que el uso de la inteligencia artificial podría ser una herramienta útil para reducir la sobrecarga procesal que enfrentan los tribunales, promoviendo una mayor eficiencia en la gestión de los casos.

No obstante, surge una pregunta crucial: si las decisiones recomendadas por una IA llegan a contradecir los hechos objetivos de un caso, o incluso afectar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y las leyes bolivianas, ¿quién asume la responsabilidad por tal situación?

La responsabilidad en este escenario recaería, en segunda instancia sobre los jueces que emplean estas herramientas tecnológicas sin que estén reguladas previamente por una Ley. Esto genera un debate fundamental sobre el nivel de confianza y control que se debe otorgar a los jueces en el uso y aplicación de las tecnologías dentro del sistema judicial.

En ausencia de un marco legal claro que regule el uso de la IA en la toma de decisiones judiciales, surge la necesidad urgente de establecer una normativa que permita integrar la tecnología de manera ética y eficiente, sin comprometer los derechos fundamentales ni garantías constitucionales.

Este vacío regulatorio expone la importancia de definir con precisión los límites y las responsabilidades asociadas al uso de la inteligencia artificial en la justicia, garantizando que se mantenga la primacía del principio de legalidad y el acceso a una justicia justa e imparcial.

El Artículo 103 de la Constitución boliviana refleja el compromiso del Estado de impulsar la ciencia, la investigación y la tecnología para el beneficio de la sociedad. La IA, en este contexto, no solo representa un avance tecnológico, sino una herramienta fundamental para modernizar el país, optimizar procesos y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Para ello, es esencial que el Estado asuma políticas que integren la IA en diversos sectores, al mismo tiempo que se asegure de desarrollar una normativa clara que regule su uso y garantice que la tecnología sea aplicada de manera ética y en consonancia con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

En este sentido, la IA representa un área estratégica para la innovación, ya que tiene el potencial de transformar sectores clave como la salud, la educación, la justicia, la administración pública y la industria. Por ejemplo, el uso de sistemas de IA para el procesamiento de datos y la toma de decisiones puede mejorar la eficiencia y reducir la carga procesal en los tribunales de justicia, como se observó en el caso del uso de ChatGPT por los vocales de la Sala Constitucional Cuarta del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz.

La regulación de la IA en Bolivia aún está en proceso de desarrollo. Este vacío regulatorio refleja una oportunidad para que el Estado boliviano siga el ejemplo de la Unión Europea (UE) y otros países, que han comenzado a implementar marcos normativos específicos para la aplicación regulada de la IA. Al respecto, el artículo 103 de la Constitución subraya que el Estado debe destinar los recursos necesarios para fomentar el desarrollo de tecnologías, lo cual incluye la creación de un marco legal robusto y específico para regular el uso de la IA, protegiendo así los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la privacidad y la no discriminación.

El “juez artificial” ha generado bastante discusión en la literatura de las últimas décadas, al ser herramienta auxiliar que debe generar confianza y sus conclusiones tienen que ser efectivas. El “juez artificial” debe garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, seguridad jurídica y la dignidad de las personas.

No se trata de desplazar a los jueces humanos, el “juez artificial” es una herramienta que elabora sentencias en función a la información que se le suministre y es el juez humano, en definitiva, responsable en última instancia, quine decide en adoptar o no la sentencia generada por el juez artificial –Robot ayudante-.

Al respecto, Casanovas (2013) refiere que, “como las múltiples aplicaciones a la sanidad y a la medicina han demostrado, que no se trata de sustituir el criterio del médico (o del juez en nuestro caso) por un programa, sino de ampliar y reforzar su capacidad de diagnóstico” (pp. 467-521). Es decir, la parte litigante cargará los documentos pertinentes e información relevante del caso concreto en una plataforma, donde la IA (juez artificial) tomará una decisión que podrá ser apelada por un juez “humano” (Miranda Bonilla, 2022, pp. 373-402).

La aplicación de la IA en la actualidad supone un cambio trascendental en la asistencia y la ejecución de tareas de la más diversa naturaleza, empleadas por los tribunales de justicia. La IA es identificada como un sistema algorítmico que tiene por objeto dar solución a los problemas que haya ocasionado el ser humano incluso la naturaleza (problemas complejos y simples); la IA considerada como la cuarta revolución industrial o la sociedad 4.0, ya se encuentra aplicada en la industria, en la producción de bienes y servicios, y ahora en la administración de justicia.

Este contexto genera que los vínculos humanos estén en cierta forma deshumanizados, ya que están mediados por la tecnificación. A este criterio, se podría contrarrestar con la inteligencia emocional o humanización de la tecnología (Benavidez, 2023, pp. 217-237).

Al respecto, es pertinente referir que el “juez artificial” -asistente robot-, no podrá remplazar al humano, sino que le será útil como herramienta para decidir de forma efectiva en los casos concretos. El juez humano ejerce el control innato de las decisiones que tome el juez artificial (asistente robot): el juez humano es protector de los derechos y libertades fundamentales intrínsecos del ser humano en escenarios de desarrollo tecnológico.

“Es el operador humano el que conoce el conjunto de normativas y leyes existentes como un universo dialógico y no taxable, y es quién garantiza que los procedimientos se den de una forma accesible al usuario y con lenguaje claro y accesibilidad, dando así el derecho a objetar, remitiéndose nuevamente al principio de transparencia y al debido proceso. Por ello la importancia del control humano y de compensar inteligencia artificial con los factores humanos que se denominan inteligencia emocional (empatía, valores, y toda una serie de “soft skills” que se imponen en el escenario actual del derecho)”.(OJO Falta Fuente).

Toda persona tiene derecho a conocer la base de la decisión que le afecta, y ciertamente saber si ésta fue tomada con uso de herramientas tecnológicas o de Inteligencia Artificial; y no solo ello, sino que debe poder acceder a los factores, a la lógica y a las técnicas que dieron lugar a ese resultado.

La noción que ya se mencionó de “Reserva de Humanidad” en la toma de decisiones, podría ser erigido en tiempos cercanos como otro derecho de 4ta. generación, específico a la toma de decisiones jurisdiccionales o administrativas, como parte del derecho al control humano sobre la IA en las resoluciones y sentencias.

Las preocupaciones derivadas del aprendizaje automático de los sistemas de “caja negra” han influido en las leyes y regulaciones que se dan actualmente, con el establecimiento del derecho al control humano o intervención humana en la toma de decisiones realizadas con apoyo de IA, como un medio de protección de derechos y libertades; pero existen algunas cuestiones pendientes alrededor del llamado derecho al control humano, donde: el qué, el cómo y qué tipo de decisiones están en torno a este derecho. Asimismo, se requiere superar las limitaciones prácticas que surgen, los vacíos conceptuales, el acceso a información necesaria para ejercer la protección de los derechos e incluso la propia intervención humana podría introducir sesgos y limitaciones, dando lugar a resultados indeseables. (Benavidez, 2023, pp. 217-237).

El juez garante debe velar porque se aplique el derecho al caso concreto de forma correcta. Esto supone que el juez humano ejerce control permanente de las decisiones que tomará el asistente robot. El juez humano, es el responsable por las decisiones injustas (*contra legem*) donde haya intervindo la la aplicación de la IA, por lo que se debe establecer medios efectivos que garanticen que las partes del proceso puedan solicitar el control de los procesos o impugnar las decisiones que tome el juez humano a través del asistente robot.

Entonces, el “juez artificial” es el medio o herramienta efectiva para la realización de tareas específicas a través de la aplicación de algoritmos que acumulan y analizan una gran

cantidad de información, que al ser contrastada con los hechos objetivos alegados y los estándares efectivos, procesa la toma de decisión judiciales asistidas.

“El algoritmo utiliza el análisis del llamado big data para acumular y analizar información sobre muchos casos, y para procesarlos y extraer de ellos pautas o criterios relativos a las circunstancias o a las características de los sujetos que, supuestamente, guardan relación con la probabilidad de cometer nuevos actos violentos o delictivos. Una vez proporcionada la información relativa al sujeto individual en cuestión, el algoritmo aplica estos criterios para ofrecer una estimación de su supuesto grado de peligrosidad, y esta información se tiene en cuenta por los tribunales para tomar la decisión sobre la pena a imponer” (Martínez Zorrilla, 2019, pp. 1-12).

Tanto el Órgano Judicial como el Tribunal Constitucional, a través de sus jueces humanos son, como se expuso *supra*, quienes tienen la última palabra sobre la decisión judicial asistida y son los que controlarán los actos de los asistentes virtuales. Para ello, los “jueces artificiales” deben estar especialmente diseñados para asistir el buen ejercicio de las funciones de los jueces humanos en los tribunales de justicia.

La entrada en vigencia de la figura del “juez artificial”, en el sistema de justicia del país, generará una gran transformación para la administración de justicia. En principio, reducirá considerablemente la carga procesal que actualmente tienen los tribunales de justicia.

Las sentencias emitidas por los jueces y tribunales de justicia tendrán mayor grado de confiabilidad, efectividad y seguridad jurídica. La IA aplicará, de forma concreta, el derecho positivo

al hecho concreto –subsunción-. Las decisiones de la IA serán sometidas a control. El agente controlador, en este caso, será el juez humano porque es el experto en el derecho positivo y la jurisprudencia.

## **Conclusiones**

La Constitución Política del Estado boliviano establece un claro compromiso del Estado con el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la investigación, en beneficio del interés general. Este concepto se alinea con la creciente relevancia de la IA en la transformación de sectores clave: justicia, educación, salud y administración pública en general.

No obstante, la normativa actual, como la Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación (164), no regula específicamente la IA. Es necesario contar con un marco legal preciso y efectivo para garantizar que la incorporación de esta tecnología en el ámbito jurídico boliviano sea seguro y garantice los derechos fundamentales de las personas.

La experiencia internacional, por ejemplo en la Unión Europea, demuestra que es importante contar con una regulación específica para la correcta aplicación IA, esta acumulación de conocimiento al respecto podría convertirse en un modelo para el país.

Mientras se desarrolla una legislación adecuada a la realidad boliviana, es crucial que los espacios públicos y privados de Bolivia adopten políticas de integración de la IA en sus protocolos de funcionamiento. Estas decisiones deberían maximizar los beneficios para los usuarios, sin comprometer los principios esenciales, como la justicia, la privacidad y la equidad.

La aplicación de la IA en la administración judicial ya es una realidad en diversas partes del mundo. China y Estonia son países vanguardistas y tienen avance en el desarrollo de la legalización

de la intervención de jueces digitales, siendo que esta innovación promueve el desarrollo de la aplicación de justicia.

El “juez artificial” (asistente digital) no remplazará al juez humano, sólo funcionará como una herramienta útil para la toma de decisiones en los casos concretos. De ninguna manera se propone deshumanizar el sistema de justicia.

Es indudable que el juez robot puede convertirse en una herramienta que mejore la eficiencia y precisión en el análisis de datos y la toma de decisiones repetitivas, basadas en el derecho positivo. La figura principal en la administración de justicia seguirá siendo el juez humano, para la interpretación, uso ético y la responsabilidad personal.

El juez humano tiene la capacidad cognitiva y volitiva de aplicar los principios de la justicia con los valores sociales y morales del marco jurídico nacional. El juez humano puede ampliar la comprensión y conocimiento de situaciones extremadamente complejas.

La combinación de conocimientos (humano y virtual) podrá ser útil para una administración de justicia más objetiva, efectiva y rápida, donde la IA sea un asistente del juez humano, que en última instancia será el directo responsable de las decisiones que emita como autoridad jurisdiccional.

El juez humano tiene el papel de controlador nato de la actividad decisoria del “juez artificial” (asistente robot): el juez humano es el verdadero protector de los derechos, garantías y libertades fundamentales de las personas en el escenario de desarrollo tecnológico.

En tal sentido, el juez que emita fallos injustos con o sin la intervención de la IA, debe ser responsable de sus decisiones.

Por tanto, si se presenta la vulneración de derechos, garantías y libertades fundamentales, de debe conceder a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

En el sistema de control que ejercen los jueces humanos sobre los “jueces artificiales”, debe estar regido por los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, legalidad, debido proceso y seguridad jurídica. Por tanto, los jueces humanos deben controlar los actos de los “jueces artificiales”, asegurando decisiones justas, independientes e imparciales, como una manifestación de la expresión de la garantía constitucional que tiene a su cargo el Órgano Judicial en el Estado constitucional de derecho.

## REFERENCIAS

- Acha Siles, H. (1962). *Derecho constitucional boliviano*. Texto Universitario.
- Agudelo Ramírez, M. (2006). *Filosofía del derecho procesal* (2.<sup>a</sup> ed.). Leyer.
- Becerra, J., Cotino-Hueso, L., León, I., Sánchez-Acevedo, M., Torres-Ávila, J., & Velandia-Vega, J. (2018). *Derecho y big data*. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Benavidez, S. (2023). Inteligencia artificial vs. inteligencia emocional: Pensando las decisiones judiciales a la luz del principio procesal de transparencia, el uso de tecnología y derecho al control humano. En J. L. Cusi Alanoca (Ed.), *Contornos disruptivos sobre derecho procesal contemporáneo: Teoría, dogmática y prueba* (pp. 217–237). Ceji.
- Cárdenas Krenz, R. (2021). ¿Jueces robots? Inteligencia artificial y derecho. *Revista Justicia & Derecho*, 4(2), 1–10. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v4i2.1345>

- Casanovas, P. (2013). Tecnología, inteligencia artificial y web semántica: Un mundo para todos y para cada uno. En J. Fabra & E. Spector (Eds.), *Manual de filosofía y teoría del derecho* (Tomo I, pp. 467–521). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Corvalán, J. G. (2018). Inteligencia artificial: Retos, desafíos y oportunidades - Prometea: La primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5, 295–316. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55334>
- Cusi Alanoca, J. L. (2022). *Sistema de sana crítica racional: Debido proceso y seguridad jurídica* (2.ª ed.). J.M. Bosch Editor.
- Cusi Alanoca, J. L. (2023a). ¿Función jurisdiccional del arbitraje? Árbitro, prueba, sana crítica, ejecución forzosa del laudo arbitral y debido proceso. En J. L. Cusi Alanoca (Ed.), *Contornos disruptivos sobre derecho procesal contemporáneo: Teoría, dogmática y prueba* (pp. 678–706). Ceji.
- Cusi Alanoca, J. L. (2023b). La Constitución del Estado constitucional de derecho: La garantía constitucional de los límites y vínculos a los poderes salvajes del Estado. En J. L. Cusi Alanoca (Ed.), *Építome disruptivo en el derecho contemporáneo* (pp. 417–458). J.M. Bosch Editores.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de derecho. *RIFP*, 17, 31–45.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15–53.
- Joyanes Aguilar, L. (2013). *Big data: Análisis de grandes volúmenes de datos en organizaciones*. Alfaomega Grupo Editor.
- Juan, G. R. (2020). Inteligencia artificial y filosofía del bioderecho: Una tesis crítica y una propuesta ética. *Ius-et-Scientia*, 6(2), 96–110. <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i02.08>
- Lorca Navarrete, A. M. (2013). El denominado “proceso justo”. *Revista de Derecho Ius et Ratio*, 11–22.

- Martínez Zorrilla, D. (2019). El juez artificial: ¿Próxima parada? *Oikonomics*, 12, 1–12. <https://doi.org/10.7238/o.n12.1914>
- Miranda Bonilla, H. (2022). Inteligencia artificial y justicia. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 72(284), 373–402. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2022.284.83394>
- Monasterio Astobiza, A. (2017). Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos. *Dilemata*, 24, 185–217.
- Montañez Sierra, C. F. (2020). *Decisiones judiciales asistidas: Paradigmas del juez y jueza en cuanto al uso de inteligencia artificial* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7783>
- Palma Ortigosa, A. (2021). *Régimen jurídico de la toma de decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en el marco del derecho a la protección de datos personales* [Tesis doctoral, Universidad de Valencia]. <https://www.uv.es/cotino/INDICE%20CON%20PORTADA.pdf>
- Pérez Ragone, Á. J. (2020). Justicia artificial: Oportunidades y desafíos. *Revista de Processo*, 301, 401–419.
- Pérez Ríos, C. A. (2010). *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano* [Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/item/64867ecf-e4bd-4b3e-ae6e-2738185656d6>
- Rincón Cárdenas, E., & Martínez Molano, V. (2021). Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales. *Revista Direito GV*, 17(1), 1–29. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202101>
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2014). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0294/2014* (12 de febrero de 2012).
- Wu, X., Zhu, X., Wu, G.-Q., & Ding, W. (2014). Data mining with big data. *IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering*, 26(1), 97–107. <https://doi.org/10.1109/TKDE.2013.109>

**CONVOCATORIA**  
**Postulación de Artículos Científicos**  
**Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas**  
**(Año 2, Nro.2, 2025)**  
**Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Central)**

*1. Presentación y características de los artículos*

Las “Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas”, de la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Central), es una publicación científica y académica de carácter arbitrado, que aplica el sistema de evaluación externa por expertos (peer-review) bajo el método de pares ciegos (doble-blind review), mediante el sistema OJS (Open Journal Systems). Estos procedimientos garantizan la revisión objetiva e imparcial de los artículos, como parte de los estándares internacionales para la producción y difusión de publicaciones científicas.

Los artículos son considerados en dos etapas: Recepción (verificación de requisitos formales (formato, extensión, integridad y otros) y Evaluación (valoración de aportes, rigor académico, retroalimentación, aprobación o desaprobación).

*2. Plazo para la presentación y envío de los artículos*

El plazo para la recepción de los artículos vence el 15 de diciembre de 2024, a las 23:59 (zona horaria de Bolivia). No obstante, como Ud. es invitado especial, es posible ampliar este plazo, para lo que deberá comunicarse a través del siguiente correo electrónico: [consultaspublicaciones@uasb.edu.bo](mailto:consultaspublicaciones@uasb.edu.bo) haciendo conocer esta situación y el plazo solicitado.

*3. De la postulación de artículos*

Se encuentran habilitados para postular artículos todos los profesionales y académicos que realizan trabajos de investigación, en particular los doctorandos, maestrantes, posgraduantes, docentes y directores.

Nota.- En el caso de los artículos presentados por doctorandos de la UASB (Sede Central), para ser acreditados dentro de los requisitos de cada programa, deben tener carácter individual y derivar de la Tesis de Grado que están desarrollando. Cada artículo que alcance la “aprobación de publicación”, recibirá una acreditación equivalente a 5.5 créditos, de conformidad al: parágrafo segundo del inciso c) de las: “Pautas sobre acreditación académica en programas de doctorado de la UASB (Sede Central)”.

#### *4. Estructura, presentación, extensión y normas*

La redacción de los artículos debe ser clara y con correcta aplicación del lenguaje, siguiendo la estructura IMRD (Introducción, Método, Resultados y Discusión).

A continuación, se detallan las partes de la estructura que deben contener los artículos postulados:

**Título (en español) / Title (traducción en inglés):** Conciso pero informativo, en castellano (en primera línea) y en inglés (en segunda línea). Se acepta un promedio de 15 palabras en ambos casos.

**Autor:** Para la correcta aplicación del procedimiento de evaluación de pares ciegos (doble-blind review), no se debe detallar el nombre del autor. Cada artículo será codificado por la UASB.

**Resumen (español) / Abstract (inglés):** Extensión máxima de 300 palabras en cada idioma. Primero en español y después en inglés.

Debe ser un texto breve y claro que sintetice el artículo, permitiendo a los autores comprender el contenido y alcance del artículo, tomando en cuenta que otros investigadores recurrirán a esta parte para las búsquedas que se realizan en bases de datos.

**Descriptorios (español) / Keywords (inglés):** Se deben exponer entre 5 y 10 descriptorios relacionados directamente con el tema y objeto de estudio del artículo. Se sugiere revisar el uso de palabras clave que corresponden al Thesaurus de la UNESCO.

**Introducción** (y/o estado de la cuestión:) Debe contener el planteamiento del problema, una aproximación al contexto de la problemática y la justificación del estudio. Asimismo, debe presentar un balance del estado de la cuestión, recurriendo a citas bibliográficas de la literatura más significativa, actual y pertinente sobre el tema y el objeto estudio, sin dejar de lado los criterios fundamentados que pueda proponer el autor del artículo.

**Material y métodos:** Debe ser redactado de forma que el lector comprenda el desarrollo del proceso de la investigación, describiendo la metodología, el enfoque, los métodos y técnicas aplicadas, la recolección de datos y la forma en que fueron procesados durante el estudio.

**Análisis y Resultados:** Debe resaltar las observaciones, hallazgos y resultados más importantes. No debe incurrir en juicios de valor, debe ceñirse a presentar los resultados que alcanza el estudio.

Según el caso, se puede incluir las tablas y figuras que resulten imprescindibles, presentadas en forma secuencial al texto, evitando la duplicidad de datos.

**Discusión y conclusiones:** Resumirá los hallazgos más importantes, relacionando las propias observaciones del autor con otros estudios de interés, señalando aportaciones y limitaciones, sin redundar datos ya comentados en otros apartados. Asimismo, debe incluir las deducciones y recomendaciones para futuras investigaciones que deseen profundizar la investigación de este tema.

**Referencias:** Las citas bibliográficas aplicadas en el texto, deben ser adecuadamente referenciadas al final del artículo, siguiendo el formato APA 7ª Edición. No deben incluirse referencias a fuentes no citadas en el texto. Su número debe ser suficiente para contextualizar el marco teórico que ha sido aplicado para desarrollar el artículo, bajo criterios de actualidad y relevancia. Se presentarán alfabéticamente por el primer apellido del autor.

#### *5. Presentación y Extensión de los artículos:*

Formato del archivo: Microsoft Word (.doc o .docx)

Tamaño página y márgenes: Hoja A4, márgenes de 2,54 cm en los cuatro lados.

Tipo de letra: Arial, tamaño 11

Interlineado: Simple (1,5), justificado completo. Al inicio de cada párrafo, sangría de 1.27 cm.

Extensión total del documento: Entre 8.000 y 10.000 palabras, incluyendo las referencias bibliográficas (bibliografía).

Autoría: La autoría del artículo puede ser individual o compartida por dos autores, pero el archivo presentado no debe llevar el nombre del autor(es), ni siquiera en las “Propiedades de Archivo”. Una vez que los artículos han sido evaluados por los expertos, se podrá conocer el nombre del autor.

En el caso de los doctorandos de la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Central), la autoría del artículo debe ser estrictamente personal, a efectos de ser acreditada como parte de los requisitos del programa de doctorado.

Nota.- Tomar muy en cuenta que el documento en Word no se debe incluir nombre del autor o autores, ni ningún otro dato que identifique al o los proponentes (seudónimos, ORCID, etc.).

Normas de citación y referenciación: Las citas bibliográficas en el texto del artículo, las referencias bibliográficas y otras fuentes que requieran ser explicitadas, deben ser realizadas bajo el formato APA (7.<sup>a</sup> Edición).

Notas al pie de página: De ser indispensable la inclusión de ciertas notas al pie de página, se deben realizar en superíndice. No se permiten notas que recojan citas bibliográficas sin comentarios o aportes al texto, dado que serían consideradas referencias bibliográficas que deben ir al final del artículo.

Revisión de originalidad e integralidad: Todos los artículos serán revisados mediante el software Turnitin. En caso de detectarse porcentajes significativos de similitud, los artículos podrán ser descalificados y presentados ante el Comité respectivo.

#### *6. Proceso de admisión, derechos de autor, revisión y evaluación*

Junto al artículo se debe incluir una Carta de postulación suscrita por el autor, donde señale el correo electrónico que utilizará el proponente como contacto para recibir consultas y el resultado de la evaluación.

Nota.- En el caso de doctorandos de los programas de la UASB (Sede Central), la Carta de postulación debe señalar el título de la tesis de grado que está desarrollando.

Al enviar los artículos, el autor confirma que el documento se trata de una aportación propia y autoriza los derechos de publicación a la UASB. No implica la exclusividad de publicación, pero tampoco se aceptarán contenidos que en su mayoría hayan sido divulgados en otras revistas o medios.

Una vez recibido el artículo, se verificará que cumpla con las formalidades y condiciones señaladas. Aquellos que así lo hagan, pasarán a la etapa de evaluación, que puede llevar hasta 6 semanas. En el transcurso de este tiempo se podrá solicitar aclaraciones, ajustes y complementaciones sobre el manuscrito.

Al finalizar este período se notificará el resultado y la publicación de la revista será posterior a estos plazos, pero en caso de que el postulante así lo requiera, se emitirá un “Certificado de aprobación de publicación”, en los casos que corresponda.

### *7. Para postular un artículo*

Para enviar su artículo y carta de postulación, debe ingresar al siguiente enlace: <https://revista.uasb.edu.bo/ciencias-juridicas/about/submissions> Recuerde que el documento debe seguir todos los parámetros y requisitos señalados en los puntos anteriores.

**Nota 1:** Tome en cuenta que para postular artículos debe estar registrado previamente en el la plataforma OJS de la UASB. En caso de no contar con un usuario en esta plataforma, puede registrarse a través del siguiente enlace: <https://revista.uasb.edu.bo/ciencias-juridicas/user/register>

**Nota 2:** En caso de requerir alguna aclaración o asistencia para registrarse o enviar un artículo, puede escribir un correo electrónico a la siguiente dirección: [consultaspublicaciones@uasb.edu.bo](mailto:consultaspublicaciones@uasb.edu.bo) (Sólo consultas, no se reciben artículos en este correo electrónico)

**Comité Editorial**  
**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**  
**Sede Central**

## **CRITERIOS Y PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE LOS ARTÍCULOS CIENTÍFICOS POSTULADOS**

- Originalidad: Evalúa si el trabajo presenta nuevos hallazgos, enfoques, ideas o métodos que contribuyan al conocimiento existente en el campo.
- Rigor metodológico: Examina la validez y fiabilidad de los métodos utilizados en la investigación, así como la solidez del diseño experimental o del enfoque teórico.
- Relevancia y significancia: Considera la importancia del trabajo en relación con el campo de estudio, su contribución al avance del conocimiento y su impacto potencial en la comunidad científica o en la sociedad.
- Claridad y coherencia: Evalúa la claridad y la organización del artículo, así como la calidad de la presentación de los resultados y argumentos.
- Evidencia y apoyo: Analiza la robustez de los datos presentados y la solidez de las conclusiones en relación con la evidencia proporcionada.

El dictámen puede contemplar las siguientes opciones:

**Aceptación sin cambios:** Se recomienda la publicación del artículo tal como está presentado.

**Aceptación con revisiones menores:** Se recomienda la publicación del artículo con cambios menores para mejorar la claridad o precisión.

**Aceptación con revisiones mayores:** Se recomienda la publicación del artículo, pero se requieren cambios significativos en la metodología, el análisis de datos o la interpretación de resultados.

**Revisión adicional (revise y reenvíe):** Se solicita una revisión adicional del artículo después de realizar cambios sustanciales. El autor debe reenviar el manuscrito revisado dentro de un plazo máximo de [especificar plazo] días hábiles.

**Rechazo:** No se recomienda la publicación del artículo debido a problemas graves con la originalidad, metodología, relevancia, claridad, o evidencia presentada.



**UASB**

Universidad Andina Simón Bolívar Sede Central  
ÓRGANO ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA (CAN)



**COMUNIDAD ANDINA**

