

REVISTA ANDINA DE INVESTIGACIONES EN CIENCIAS JURÍDICAS



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Central

ÓRGANO INTERNACIONAL ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Año 2

Nº 3

2025





REVISTA ANDINA DE INVESTIGACIONES EN CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
(Sede Central)

Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas:
Año: 2 – N° 3 - 2025

Presidencia del Comité Editorial: Dr. José Luis Gutiérrez Sardán

Comité evaluador: (Orden alfabético del primer apellido)

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 - *Escuela de Derechos y Justicia del IAEN, Universidad de Posgrados del Ecuador*
Dr. Jaime Villalta Olmos - *Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Central*
Dr. Juan Jaime Zubieta Arce - *Universidad Técnica de Oruro*

Coordinador 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: 3007-6803 (versión digital)

ISSN: 3007-5335 (versión impresa)

Impresa en septiembre 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 Argumentación Jurídica: el modelo ponderativo de Alexy y Atienza en la praxis jurídica ecuatoriana.

Diana Karolina Zumba Romero

47 La definición jurídica de los pueblos indígenas en Bolivia: alocronía y resistencia.

Paola Daniela De la Rocha Rada

79 Conflictos de competencia entre las jurisdicciones Indígena y Agroambiental.

Fernando Reyes Torrez (Coord.)

Ximena Leidy Auca Condori

115 Evolución de la Política Criminal boliviana: de la conciliación a la hiperinflación normativa.

Raul Arnold Barriga Villegas

157 Amnistía en Ecuador (2022): riesgo de impunidad en su aplicación.

Mentor Trujillo Poveda

- 187 Una mirada principalista de la capacidad jurídica: aportaciones desde el Notariado a la teoría de los Derechos Humanos.
Ismael Vargas Aiza
- 225 Configuración típica de la responsabilidad penal en la mala praxis médica en Bolivia.
Marisol Campos Doria Navas
- 265 Ley contra el acoso y violencia política hacia las mujeres en Bolivia: inoperancia disuasoria en el ámbito penal, a 13 años de su vigencia.
Juan Nelson Churqui Aquino (Coord.)
Keyla Dennis Paz Choquemita
-

307 Convocatoria.

312 Parámetros y criterios de evaluación de los artículos postulados.

PRESENTACIÓN

La Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central (UASB), es el Órgano Internacional Académico de la Comunidad Andina (CAN), que tiene entre sus mandatos estatutarios “*contribuir a la solución de los problemas de la CAN, América Latina y el Caribe, mediante la investigación...*”.¹

Este propósito corresponde a uno de los principales desafíos de las instituciones educación superior, el constituirse en núcleo central de la investigación.

Para ello, la UASB implementa políticas de investigación y gestión del conocimiento, que promueven la producción y difusión de investigaciones a través de revistas especializadas, que están dirigidas a la comunidad científica, pero también a las instancias generadoras de políticas públicas.

De esta manera, la producción del conocimiento alcanzado en las investigaciones, contribuye al desarrollo social, económico, cultural y tecnológico, a través de la búsqueda de soluciones científicas e innovadoras a las necesidades y desafíos de las sociedades, en pro de mejorar la calidad de vida de la población, que en el caso de la CAN corresponde a más de 115 millones de ciudadanos andinos.²

Al respecto, podemos afirmar que nos encontramos en un tiempo donde la educación posgradual y la investigación científica están superando ampliamente las fronteras geográficas, logrando democratizar su acceso a través de las nuevas tecnologías. En este sentido, estamos comprometidos en la formación de profesionales con “*...espíritu para la observación y la reflexión, la crítica en la investigación y el amor a la verdad.*”³ (de la Ferrière: 1972, p.120)

1 UASB (2020). *Estatuto*. Artículo IV. Objetivos. Inciso a)

2 SG-CAN (2022). *Nota de Prensa*. <https://www.comunidadandina.org/notas-de-prensa/poblacion-de-la-comunidad-andina-asciende-a-115-millones-de-ciudadanos/>

3 Raynaud de la Ferrière, S. (1972.). *Los grandes mensajes*. Editorial Diana. Ira. Ed., p.120

Con este breve preámbulo, nos complace presentar el tercer número de la **“Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas”**, cuyo contenido presenta una variada selección de temáticas vinculadas al ámbito del derecho, el pluralismo jurídico y la administración de justicia en la región.

A tiempo de felicitar a los autores de los artículos y agradecer la confianza depositada en esta revista, invitamos a nuestros lectores a revisar cada uno de los trabajos y valorar el esfuerzo realizado para alcanzar los datos y resultados de los procesos de investigación a los que corresponden.

Finalmente, reiterar la invitación permanente para postular artículos en las revistas científicas de la UASB, que siempre tienen los brazos abiertos para la difusión de la actividad investigativa de los profesionales latinoamericanos.

Dr. José Luis Gutiérrez Sardán

RECTOR

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR - SEDE CENTRAL

ÓRGANO INTERNACIONAL ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: EL MODELO PONDERATIVO DE ALEXY Y ATIENZA EN LA PRAXIS JURÍDICA ECUATORIANA

*Legal Argumentation: the ponderative model of Alexy
and Atienza in ecuadorian legal practice*

DOI: <https://doi.org/10.69633/hg7e3m02>

Recibido: 21/06/2025 Aceptado: 19/08/2025

* Diana Karolina Zumba Romero

<https://orcid.org/0009-0000-7461-2972>

Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central
dianazumba1387@hotmail.com

*Abogada de los
Juzgados y Tribunales
de la República por la
UTMACH-Ecuador.
Especialista y Magister
en Derecho Penal por
la Universidad Andina
Simón Bolívar-Sede
Nacional Ecuador.
Magister en Derecho
Constitucional por la
Universidad Andina
Simón Bolívar
- Sede Nacional
Ecuador. Magister en
Derecho Mención en
Argumentación Jurídica
y Litigación Oral por la
Pontificia Universidad
Católica del Ecuador.
Doctoranda de Derecho
Constitucional de la
Universidad Andina
Simón Bolívar-Sede
Central. Asesora Jurídica
en la Ex Coordinación
Zonal 7 MAGAP-El Oro.
Analista en Participación,
Rendición de Cuentas y
Control Social Provincial
en el CPCCS-El Oro.
Actualmente funcionaria
judicial en la Fiscalía de
El Oro-Ecuador.

RESUMEN

Este trabajo versa sobre una temática de amplio interés jurídico internacional y de Latinoamérica en particular; región en la que la argumentación y fundamentación jurídica en el ámbito constitucional adquirió especial relevancia desde el llamado constitucionalismo latinoamericano. El objeto de estudio de esta investigación está determinado en los modelos de argumentación jurídica aplicables a la realidad del Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia, que exige a las resoluciones judiciales estar debidamente motivadas; es decir, contener argumentos que respalden las decisiones que se asuman, de manera que los modelos o estructuras argumentativas permitan la construcción de argumentos sólidos sobre una tesis o teoría del caso.

De acuerdo con la revisión de literatura especializada, se abordan los modelos argumentativos y ponderativos de Robert Alexy (*test de proporcionalidad*) y Manuel Atienza (*derrotabilidad*), como esquemas de última ratio, adaptables a la resolución de “casos complejos” en Ecuador.

Esto invita a quienes están vinculados al ámbito jurídico: abogados litigantes, fiscales o jueces a revisar estos elementos a momento de presentar o considerar una defensa técnica nominal, eficiente y eficaz. En consecuencia, ensayar o hacer ejercicios de argumentación jurídica, a través de los modelos propuestos.

Palabras clave: *argumentación jurídica, modelos argumentativos, reglas, principios, subsunción, ponderación, derrotabilidad.*

ABSTRACT

This work deals with a topic of broad international legal interest and particularly in Latin America; a region where legal argumentation and reasoning in the constitutional field have gained special relevance since the so-called Latin American constitutionalism. The object of study of this research is determined by the models of legal argumentation applicable to the reality of Ecuador, a constitutional state of rights and justice, which requires judicial decisions to be duly motivated; that is, to contain arguments that support the decisions made, so that the argumentative models or structures allow the construction of solid arguments on a thesis or case theory.

According to the review of specialized literature, the argumentative and evaluative models of Robert Alexy (proportionality test) and Manuel Atienza (defeasibility) are addressed as last-resort schemes, adaptable to the resolution of “complex cases” in Ecuador.

This invites those involved in the legal field—litigating lawyers, prosecutors, or judges—to consider these elements when presenting or evaluating a nominal, efficient, and effective technical defense. Consequently, it encourages practicing or conducting exercises in legal argumentation through the proposed models.

Keywords: *legal argumentation, argumentative models, rules, principles, subsumption, weighing, defeasibility*

INTRODUCCIÓN

Actualmente, en el campo del derecho, la capacidad más elevada que debe tener un abogado es su capacidad argumentativa, que sin duda marcará la diferencia en el mundo profesional de la oferta de servicios jurídicos, alta competitivo. De tal modo que, clara señal entre el éxito o fracaso de quienes se dedican a la práctica jurídica, es la argumentación de sus postulados. Entonces, la argumentación tiene una preponderante importancia en la vida diaria porque es aplicada en los diversos ámbitos que incluye el derecho.

La teoría de la argumentación jurídica, adquiere valor en Ecuador, a partir del contenido de la Constitución de Montecristi (2008), enmarcado en la doctrina del neoconstitucionalismo latinoamericano. De modo que figuras de esta corriente como “Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell y Susana Pozzolo manifiestan el acierto del cambio del positivismo al constitucionalismo que ha enfrentado nuestro país” (Andrade; 2020; p. 50), corrientes que se contraponen entre sí porque se refieren a realidades distintas, desde su concepción fundamental, del derecho.

El neoconstitucionalismo ecuatoriano corresponde a un modelo constitucional que otorga un papel central a los derechos humanos, la justicia social y la participación ciudadana, además de que fortalece el control constitucional y la figura del juez constitucional. Este nuevo modelo se sustenta en estos valores y principios estructurales, que en el positivismo legal no se tomaron en cuenta, debido a la aplicación de la ley por encima de la Constitución. Y, en consecuencia, se constituye en el “motivo para transformar la práctica del derecho en el sistema de justicia ecuatoriano, porque no es suficiente el ejercicio tradicional del derecho para las exigencias del sistema

constitucional actual” (Escudero; 2009; p. 95) se requiere de verdaderos intérpretes y argumentadores que traduzcan la justicia del ideal a la praxis diaria.

En este contexto, se abre camino a un cambio de paradigma que no excluye del todo el formalismo lógico porque la “teoría estándar de la argumentación jurídica reconoce que el razonamiento jurídico tiene un componente lógico-deductivo ineliminable” (Lozada y Ricaurte; 2015; p. 35). Por ello, toda argumentación jurídica siempre podrá elaborar un *silogismo o inferencia silogística* que la represente y, si resulta insuficiente, estará acompañada de *buenas razones*, encaminadas a *convencer y persuadir* para sostener la tesis presentada. Estos elementos, en su orden respectivo, constituyen las tres dimensiones de la argumentación jurídica: *la formal, la material, y, la pragmática* (Atienza; 2013; p. 176). Este contexto transforma el modelo argumentativo puramente legalista a “boca de la ley”, aplicado por los jueces y al que se habían adaptado los profesionales del derecho, a otro esquema que recrea, en el pensamiento jurídico, valores y principios constitucionales. Antes de ponderar, es preciso subsumir para arribar a la solución de un problema jurídico complejo.

En esta antesala del escenario argumentativo, cobra vital importancia el rol de los jueces en la motivación de las decisiones judiciales, constituyéndose en una exigencia dentro del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia en el que “los individuos no se conforman con una apelación, sino que exigen razones” (Ricaurte; 2022; p. 33) y el juez está obligado a argumentar o expresar los motivos por los que considera que su decisión es la correcta. Esta dinámica argumentativo jurisdiccional “fortalece los vínculos de legitimidad democrática” (López; 2017; p. 69) en el país, evitando fallos contrarios al derecho.

Estos cambios estructurales que trajo el constitucionalismo, redefinieron el sistema de administración de justicia en el Ecuador, estableciendo nuevos estándares para el cumplimiento de la actividad jurisdiccional, lo que fue complejizando la labor del juez en la aplicación del derecho. El juez pasa a tener un rol más activo y de trascendencia que en el anterior Estado positivista. Además, aparece una clara diferenciación entre casos fáciles y difíciles que pone en jaque mate a la actividad judicial. Se establece un modelo formalista que reposa en los silogismos jurídicos con base en la subsunción para la resolución de los casos fáciles; mientras, este modelo, que estructura otros métodos de argumentación jurídica. Por ejemplo, la ponderación de Alexy y Atienza para la resolución de casos difíciles.

La mayoría de casos de la casuística judicial no presentará problemas al juez que avoque su conocimiento, se resolverán fácilmente siempre que el caso en específico se subsuma en una regla general. Pero habrá casos en los que la regla no bastará porque diversos valores y principios, comúnmente, entran en conflicto; circunstancia que requiere el auxilio de otros métodos para analizar la importancia relativa de cada valor o principio en el contexto propio del caso concreto para, desde ese análisis tomar una decisión. No por ello la subsunción será dejada de lado, contrariamente todo paso previo a la ponderación consiste en aceptar la existencia de dos principios en pugna.

Como regla general, todos los jueces del Ecuador deben motivar sus resoluciones judiciales, lo que exige de una justificación o buenas razones que permitan construir premisas fácticas y normativas que deberán estar presentes en la motivación de las

sentencias, conforme lo contempla la Constitución del Ecuador (art. 76, numeral 7, literal 1). El esquema argumentativo por excelencia para los denominados casos fáciles es la subsunción como “una apuesta a la actividad racional del legislador y una concepción mecanicista de la decisión judicial” (López; 2015; p. 54) aplicable cuando intervienen normas cerradas, concretas y específicas (reglas). Pero este sistema argumentativo resulta insuficiente en la jurisdicción constitucional, ya que los jueces constitucionales, para practicar un análisis argumentativo, se apoyan en la ponderación porque procuran la solución de problemas relacionados con normas abiertas, generales y abstractas (principios).

Pero, *¿qué criterio debería adoptar el juez para catalogar técnicamente a un determinado caso, puesto a su conocimiento, como fácil o difícil?*, sumándose a este problema principal, otros subproblemas a solucionar. Podemos citar como ejemplos: *¿qué esquemas de argumentación jurídica se deben emplear en los casos fáciles, a diferencia de los difíciles y por qué?*; y, *¿de estos, qué esquemas argumentativos escapan al límite de las normas y abren espacios de liberalidad en los jueces, con riesgos de arbitrariedad en el fallo judicial?*, es ineludible resolver estos problemas jurídicos debido a que el formalismo educó al juez de tal modo que, el único camino a seguir exigía la resolución de todos los casos sin distinción alguna como fáciles (Vásquez; 2020; p. 41), con la consecuente aplicación de una regla mediante la subsunción. Dicho a grosso modo, se mutilaba la estructura en el pensamiento argumentativo del juez, no se generaba debate alguno, de acuerdo con la regla contenida en la ley.

Las respuestas a las dudas de cómo diferenciar entre un caso fácil o difícil y la aplicabilidad del silogismo o la ponderación,

parece que podemos encontrarlas en la Constitución, la jurisprudencia o la doctrina. La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) marca un aporte teórico importante: el eje temático de la ponderación y consecuente *test* de proporcionalidad como método viable para la resolución de casos difíciles ha evolucionado, brindando herramientas para que los jueces confieran una respuesta correcta al problema planteado, disminuyendo la posibilidad de error judicial dada la necesidad de que se motive con base en razones suficientes. En este marco, cabe la interrogante: *¿cómo debe resolver el juez común, que no se mueve en sede constitucional, cuando se le presentan normas contrarias a la Constitución?*, ante esta realidad fáctica en el texto constitucional se establece:

“Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional...” (CE, 2008, art. 428).

De lo que se puede colegir que la Constitución, de 1998, desarrollaba de una manera más clara, el control difuso de constitucionalidad del poder de los jueces de instancia, para inaplicar los preceptos contrarios a la Constitución; sin embargo, esto no significa que el control difuso de constitucionalidad se haya eliminado de la Constitución de 2008, sino que coexiste con el control concentrado de constitucionalidad. Los jueces de garantías jurisdiccionales ejercen control difuso, aplican la ponderación de principios como método de resolución de conflictos; mientras que los jueces ordinarios que consideren una regla inconstitucional, como no pueden realizar una

simple inferencia silogística, deben elevar a consulta de constitucionalidad la norma que genere duda si esta viola los derechos constitucionales, de modo que la CCE ejerza el control, concentrado, con la aplicación de la ponderación como metodología aceptada por su eficiencia para resolver este tipo de conflictos.

Por ello, es indispensable realizar una aproximación conceptual a la ponderación desde las teorías de Alexy y Atienza (2005) y determinar sus coincidencias, diferencias o complementariedades, dado que es el método acogido en la actividad jurisdiccional en Ecuador para dar respuesta a los casos difíciles. Si bien, ambos teóricos utilizan la ponderación como una herramienta para resolver conflictos entre principios tienen un enfoque y justificación diferente. Alexy (2001) presenta a la norma como una herramienta basada en la fórmula del peso para determinar qué principio debe prevalecer en una situación en particular; mientras que Atienza enfatiza en la necesidad de ponderar en los casos difíciles que no tienen reglas claras para la toma de decisiones.

Desde la perspectiva de Alexy, como ejercicios de argumentación jurídica, la ponderación, a través del test de proporcionalidad resuelve: 1. la tensión de los derechos de libertad de honor vs. la libertad de expresión en el contexto del holocausto de la II Guerra Mundial; o, 2. la pugna entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad vs. la integridad personal, en el caso de la abogada que fue impedida de ingresar a una cárcel en Ecuador porque estaba vestida con una falda corta.

Desde la visión de ponderación de Atienza (2013), en su teoría de la derrotabilidad de las normas, se entiende en sus variantes:

1. Laguna normativa con el análisis ponderativo de la ausencia de norma para concertar matrimonio entre personas del mismo sexo; y, 2. Laguna axiológica, esquema ponderativo analizado a la luz de la no penalización del aborto únicamente de las mujeres dementes. Lo que de manera objetiva demostrará que en la línea jurisprudencial del Ecuador adoptó la ponderación como mecanismo de resolución de los casos difíciles.

MÉTODOS

En el presente artículo científico se aplicó una investigación de corte jurídico con carácter teórico-dogmático, compuesta de dos etapas:

a) Fase descriptiva que permitió identificar el problema interpretativo. Determinar la naturaleza de la indeterminación en el marco de normas en lo semántico, lo lógico y lo sistemático, lo que permitió catalogar técnicamente un caso como “difícil”, con el fin de vencer el principio de conservación de la norma y abrir la posibilidad del análisis axiológico, sea bajo el esquema de Alexy (2001) o el de Atienza (2013). Esto tuvo como soporte un análisis histórico, para ilustrar el recorrido de la norma y las diferentes interpretaciones de las que fue objeto en el tiempo. Finalmente, se dio espacio a la doctrina y su consistencia; y,

b) Fase prescriptiva, que se caracteriza por la presentación de alternativas interpretativas, aplicando los esquemas analizados y a más de explorar otros esquemas para demostrar que no resultan o son insuficientes, justificando la composición de una matriz axiológica en los análisis argumentativos en casos difíciles. A partir de ello, emergen nuevas opciones teóricas y nuevas formas de ir más allá de la norma positiva o silogismo, por urgencia. Con el fin de encontrar el método argumentativo idóneo e identificado para sostener principios, valores y coherencias con el sistema.

RESULTADOS

La Argumentación Jurídica

La argumentación es parte de la cotidianidad, a menudo se utilizan razones o argumentos para defender diferentes ideas o puntos de vista en la práctica discursiva. Esta emplea argumentos lógicos, coherentes y demostrables, con el objeto de convencer o persuadir al otro para que opte por la tesis que se le ofrece. De modo que, en términos generales, la argumentación se ha convertido en un arte que tiene su origen en épocas anteriores, cuando las escuelas de filosofía se dedicaban a comprender y afianzarla, teniendo como máximos exponentes a Platón (c. 427-347 a. C.) y Aristóteles (384-322 a. C.).

Por tanto, la argumentación jurídica se ha ido construyendo, complementando y perfeccionando en el tiempo, con base en planteamientos que, en un primer momento, no conciernen de manera exclusiva al ámbito jurídico. Es así como, Stephen Toulmin, Chaïm Perelman y Theodor Viehweg (Suárez y Conde; 2015; p.39) realizan aportes desde el área de la comunicación, la retórica y la solución de problemas de la vida práctica. Estos conceptos se han convertido en trascendentales para la construcción de la teoría de la argumentación jurídica y se remonta a la década de 1950, del siglo pasado.

En 1958 Toulmin, un filósofo, autor y educador británico, desarrolló un modelo de argumentación, aunque ciertamente no era jurista, nos dio unas pistas suficientemente claras e ilustrativas sobre cómo funciona la argumentación. Su modelo es estándar para todas las ciencias que incluyen al derecho. Este modelo incorpora seis elementos interconectados: afirmación, fundamento, justificación, respaldo, calificativo modal y refutación; busca trascender las formas lógicas tradicionales, como el silogismo, para analizar argumentos en contextos

reales (Restrepo; 2021; p. 173). Una ejemplificación sencilla podría ser (Tabla 1):

Tabla 1

Esquema Argumentativo de Toulmin

El presidente Daniel Noboa ganó las elecciones en Ecuador en segunda vuelta. (afirmación)

La mayoría de la población es anticorreísta; y, (fundamentos o datos) para no permitir que gane Luisa González, quien es una candidata correísta, la gente votó por Noboa (garantía), como pasó en la primera vuelta (respaldo).

Nota. Ejemplificación de elaboración propia, con base en la Teoría de la argumentación (Toulmin; 2003;p.89).

El modelo de Toulmin plantea, como característica principal, el alejamiento de la lógica formal, sirviendo como base en el camino de la edificación de la teoría de la argumentación jurídica que arranca del razonamiento jurídico (Ureta; 2012, p. 40), teniendo esta última, su punto más alto en el neoconstitucionalismo o constitucionalismo latinoamericano, a fines del siglo XX.

La argumentación jurídica, por tanto, requiere de un bagaje de conocimiento, habilidades y destrezas cada vez más amplio, cada vez más sofisticado en la formación de los juristas que se fundamenta sobre tres dimensiones (Atienza; 2013, p. 20). Una argumentación requiere del dominio de los principios de la lógica, desde la construcción de un silogismo en su sentido más elemental (formal), y de corte aristotélico hasta ejercicios de más profundidad como pueden ser las argumentaciones ponderativas, de proporcionalidad e incluso de uso de precedentes nacionales o extranjeros impregnado, además, de buenas razones (material).

Debiendo tomar en cuenta que el objetivo de la argumentación jurídica es el de convencer, es necesario aplicar una metodología que permita persuadir (pragmática), determinar una forma en que la que el intérprete o argumentador puede convencer al público (jueces o espectadores). Por lo tanto, es vital hacer varias consideraciones en la construcción argumentativa sobre una teoría del caso en concreto: qué alcance van a tener los argumentos expuestos, niveles de corroboración argumentativa y fuentes que van a nutrir una argumentación, de manera que sean absolutamente aplicables las nuevas tecnologías en la búsqueda de respaldos legales, jurisprudenciales o axiológicos - doctrinarios para una buena tesis argumentativa.

La Argumentación en el Estado Constitucional

En el Estado liberal del positivismo el juez era el garante de la ley, de ahí aquel señalamiento de que los jueces eran a “boca de la ley”; mientras que, en el Estado constitucional de derechos, su figura garantiza los derechos fundamentales de las personas que se encuentran contenidos en el texto constitucional (Ávila; 2007). En este ámbito, es superlativo que el juez abandone ese inactivismo caracterizado por la mera aplicación de la ley, recobrando un rol protagónico con una actuación que procure garantizar los principios y valores constitucionales a prima facie.

Actualmente en la argumentación jurídica tienen relevancia quienes ejercen la función jurisdiccional, naturalmente que es inexorable que haya jueces con una buena formación argumentativa, dado que en buena medida la argumentación es lo que le da soporte y fundamento, suponiendo un apoyo importante en su tarea diaria. Esto le otorga legitimidad en el orden formal, derivada de su nombramiento como juzgador, pero esa legitimidad material de la tarea de quienes imparten justicia tiene que ver con el hecho que argumenten bien.

No basta con emitir un fallo otorgando razones, sino que esas razones deben ser “buenas razones” que respalden la decisión (Atienza; 2013). Más en un Estado constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano (CRE; art. 1) donde la motivación de las decisiones judiciales es una exigencia constitucional (CRE; art. 76, numeral 7, literal 1), de modo que el juez debe justificar las razones por las que adoptó determinada decisión (Ricaurte; 2023). El camino del juez es complejo debido a que debe transitar por los siguientes pasos o niveles del pensamiento argumentativo en su labor:

1. Para establecer técnicamente si se trata de un caso fácil o difícil lo hará recurriendo al grado de complejidad del caso (Lozada y Ricaurte; 2015), de modo que cuando se trate de un caso difícil se tornará inútil el mecanismo de interpretación tradicional; 2. Una vez establecido que se trata de un caso fácil se resolverá por subsunción, contrariamente si se trata de un caso complejo se utilizará la ponderación; 3. Por generalidad el juez aplicará la subsunción, encontrará la regla preestablecida por el legislador que encaje al hecho específico, aplicándola al caso en concreto. 4. Los métodos alternativos son de última ratio y en su esquema no excluyen a la subsunción, sino que la utilizan como apoyo previo y como parte del mecanismo para establecer la complejidad del caso en estudio. Y, 4. Los jueces jamás deben permitir que los espacios de liberalidad o apreciaciones subjetivas al realizar la ponderación los conlleve a arbitrariedad judicial.

Para la visión lógico formal del razonamiento jurídico “en el Derecho todos los casos son fáciles. Mientras que para las teorías estándar de la argumentación jurídica (como las de Alexy, MacCormick, Atienza, Aarnio, etc.), además de casos fáciles, en el Derecho hay casos difíciles” (Lozada y Ricaurte; 2015).

En esto punto de reflexión judicial, es preciso cuestionarse: ¿cómo el juez puede arribar a una respuesta correcta?; y, ¿que no esté plasmada de la dictadura de sus propias opiniones? porque el proceso cognoscitivo de argumentar tendrá un tinte de la posición teórica del interprete- argumentador (juez), sin embargo, su resolución deberá estar impregnada de objetividad. El resultado de esta objetividad dependerá de las fuentes científicas (ley, doctrina o jurisprudencia) a las que el juez acuda para elaborar sus argumentos o razones que respalden su decisión.

Retomando la dinámica de legitimación democrática centrada en motivación de las sentencias, ésta no exige “una respuesta correcta, sino la mejor justificable posible, esto es una solución, una respuesta que pueda ser aceptada por la comunidad” (Atienza; 2009). Aunque para cada caso de la realidad social que presente relevancia jurídica no existe una sola respuesta correcta, si se debe tener una respuesta final, lo que obedece a la certeza fundada en el principio de seguridad jurídica (CRE; art. 82) propia del Estado constitucional. Empero en este contexto, el juez debe buscar y articular la mejor respuesta posible para que sea aceptada en el imaginario social.

Modelos argumentativos

Un modelo argumentativo es una herramienta práctica que sirve para diseñar un esquema de ordenamiento de los argumentos, relacionarlos entre sí, analizarlos y estructurar la teoría del caso, traducida a un texto o discurso jurídico compuesto por proposiciones fácticas (afirmaciones de hecho) que deberán tener un respaldo jurídico (afirmaciones de derecho), para que el juez las considere válidas. (Taruffo; 2012, p. 45).

Existen teorías de la argumentación precursoras y de estándar. Las primeras procuran divorciarse de la lógica formal en su modelo del razonamiento jurídico. Al contrario, las segundas aceptan que la lógica formal es una arista importante de la dimensión argumentativa (Atienza; 2013, p. 30). Esto implica que el silogismo jurídico participa en las argumentaciones jurídicas, tanto en los casos fáciles como en los difíciles. Sobre la argumentación jurídica, encontraremos varios modelos argumentativos, entre ellos, la subsunción y la ponderación que se complementan en los procesos argumentativos.

La subsunción

La subsunción comprende un modelo positivista que acepta las normas promulgadas por el legislador, como un acto racional supremo del que nada cabe cuestionar (López; 2015, p. 55). De modo que en la subsunción, describiría al proceso de administración de justicia como un acto que determina los hechos facticos y posterior a su valoración conviene insertarlos en una norma (regla) que contiene la solución al caso en concreto.

La resolución jurídica, de esta manera, estaría justificada por el solo hecho de que deriva de una norma jurídica preestablecida y válida; es decir, adecuada para el caso en concreto, sometido a inferencia silogística. Por supuesto, la norma deberá ser adaptable a la descripción de la conducta subsumible para el tipo abstracto previsto en esta.

Todo modelo de silogismo está compuesto de una justificación interna que da cuenta de los casos fáciles; cuando en los casos difíciles se precisa de una justificación externa. La justificación interna se refiere a la validez lógica de las inferencias en un razonamiento, asegurando que la conclusión se derive

válidamente de las premisas. Al contrario, la justificación externa se enfoca en la corrección material de las premisas, dicho de otra manera, las premisas normativa y fáctica son correctas si están bien fundamentadas.

La justificación interna es meramente deductiva, se relaciona directamente con el silogismo jurídico que se asienta en las razones operativas que tienen el carácter de las reglas (Lozada y Ricaurte; 2015, p. 44). Por ende, se trata de encajar un hecho fáctico, de un caso individual, en el supuesto hecho de una regla, para establecer la calificación jurídica.

En este modelo del silogismo, la sentencia se constituye en el razonamiento silogísticos hechos son la premisa menor que se subsumen en la norma aplicable funcionan como premisa mayor y dan lugar a la conclusión jurídica; el fallo judicial.

Así, podemos explorar este método, valiéndonos de un caso en concreto; supongamos que al juez penal se le plantea el siguiente problema argumentativo: si, que es el dueño de un pitbull que mordió el rostro de Pedro, es responsable por los daños causados por su animal. La argumentación en la que se apoye el juez podría seguir los siguientes lineamientos:

Tabla 2
Esquema silogístico

Premisa mayor:	"El dueño de un animal es responsable de los daños causados por este, aun después que se haya suelto o extraviado" (Código Civil, art. 2226).
Premisa menor:	"El pitbull de Juan mordió a Pedro en el rostro y le causó lesiones" (hecho particular).
Conclusión:	"Juan está obligado a reparar los daños constituidos en el daño emergente y lucro cesante causados a Pedro" (aplicación de la norma al hecho).

Nota. Elaboración propia, con base en la Teoría del silogismo jurídico (López; 2015; 5.)

Con base en el ejemplo, observamos que la norma general, sobre reparación de daños causados a terceros, por el dueño de un animal (cuasi delito) es aplicable en este caso. El silogismo jurídico ayuda a justificar la decisión judicial porque muestra de qué manera, la norma puede adecuarse a un hecho concreto.

La ponderación

La ponderación es un proceso argumentativo que subyace a la subsunción, aplicada en los denominados casos difíciles, sus exponentes Alexy y Atienza (2009) coinciden en que es aplicable cuando dos principios están en franca coalición; sin embargo, el primero, Alexy, desarrolla la teoría del peso para su solución y Atienza se afianza en su determinación de los casos difíciles, herramienta resolutoria aplicable por la derrotabilidad de la norma. Estos modelos argumentativos son los más adecuados en la realidad ecuatoriana, por la dificultad planteada en la resolución de ciertos casos complejos y que hace inútil la aplicación de mecanismos interpretativos tradicionales.

La ponderación es la solución para los principios contradictorios; se nutre de las razones en conflicto. Cuando hay un problema entre principios, es preciso ponderar, pero, no por ello, la subsunción es menospreciada porque el paso previo a la ponderación, es la constatación de la pugna de dos principios. Pero antes de ponderar hay que subsumir, esto quiere decir que es necesario verificar que el campo de aplicación es el de los principios y no el de las reglas.

Modelo Ponderativo de Robert Alexy

La Teoría de las normas de Robert Alexy (2001), pretende superar las limitaciones del silogismo jurídico y se respalda en

la ponderación. El punto de arranque para el entendimiento de la teoría de la dualidad y convivencia entre reglas y principios en el ordenamiento jurídico, hay que comprender que las reglas son normas que pueden, o no, ser cumplidas. Si una regla es válida, entonces hay que cumplir sus exigencias; estas contienen determinaciones fácticas basadas en supuestos jurídicos. Los principios, en cambio, son normas o mandatos de optimización porque ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Cuando derechos o principios entran en conflicto, la discrepancia se resuelve mediante la ponderación, considerando como inicio, la igualdad de las normas en conflicto, cuya diferencia debe solucionarse mediante ponderación de los intereses contrapuestos, a fin de establecer cuál de los principios que tienen el mismo rango abstracto precede al otro, en el caso ya descrito. Para esto se aplica el test de proporcionalidad que, explicado por Alexy (2001), reposa en el principio de proporcionalidad, compuesto, a su vez, por tres subprincipios: a. idoneidad; b. necesidad; y, c. proporcionalidad en sentido estricto (p. 35), Esto se entiende de la siguiente manera: los primeros dos principios se refieren a la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Significa entonces que, una norma-principio que limite a otra norma-principio (de considerable importancia) para satisfacerlo (Alexy; 2001) debe ser idónea para obtener el fin esperado, y debe ser necesaria, para que no alcance su finalidad a un costo menor. Mientras que el tercer principio se relaciona con la optimización, en cuanto a las posibilidades normativas de aplicación.

Al igual que el silogismo, la ponderación consta de una estructura compuesta de tres elementos: a. ley de ponderación;

b. fórmula del peso; y, c. cargas de la (Espinoza; 2025; p.71;). Analizados uno a uno, estos elementos, permiten una comprensión integral de la ponderación en sus diversas formas:

Tabla 3

Estructura de ponderación en el Modelo de Alexy

Categoría	Aristas	
Identificación de los principios en conflicto	A	B
Test de proporcionalidad	Idoneidad Necesidad Proporcionalidad	
Pesaje	A	B
Carga argumentativa	Motivos suficientes	

Nota. Elaboración propia, con base en la Teoría de las normas de Alexy (Espinoza; 2025; p. 95).

La ley de ponderación se puede formular en el sentido de que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción o realización del otro” (Alexy). Lo que se relaciona directamente con la ponderación en sentido estricto. De esta ley se colige la necesidad de: 1) determinar el grado de afectación o intervención del principio que ha sido afectado. 2) establecer cuán importante es satisfacer al principio afectante; y, 3) valorar si el grado de satisfacción del principio afectante realmente justifica la afectación del principio afectado (2001, p.27).

La fórmula del peso de Alexy se basa en una proposición matemática que determina el grado de afectación de un derecho o principio, en una escala de tres grados: leve, medio

y grave. La ponderación dependerá del peso de los principios en conflicto.

La Carga Argumentativa

Esta carga se entiende como el resultado en que los principios en pugna mantienen un empate de valores, tras la aplicación de la fórmula y se obtiene un peso idéntico. Es necesaria una argumentación razonable, a favor del respeto de un principio sobre el otro.

Podemos citar un hecho acontecido en España. Este enseña que para realizar un análisis ponderativo e posible considerar precedentes jurisprudenciales extranjeros: Robert Alexy (2001) es la guía para ponderar principios del texto constitucional español en conflicto: la libertad y el honor (art. 18.1) vs. el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1), analizado por el reportaje: *Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle* (El Tiempo, julio 1985). Este texto fue realizado con base en las declaraciones de León Degrelle, quien, hacia conocer su postura respecto de la actuación nazi con los judíos, durante la II Guerra Mundial. En sus declaraciones, Degrelle sostuvo que alemanes nazis no habrían ejecutado el exterminio en contra de los judíos belgas.

Con motivo de esta publicación, Violeta Friedman (7 de noviembre de 1985), presenta una demanda, en el Juzgado de Primera Instancia, para la protección civil del derecho al honor en contra del periodista que realizó el reportaje Juan Girón, el director de la Revista Julián Lago y León Degrelle. La pretensión de la accionante se basaba en que las alegaciones afectaban su derecho al honor --ya que era la única sobreviviente de su familia, exterminada en el campo de concentración de Auschwitz-- porque el reportaje pretendía cambiar la historia y llamaba mentirosos

a los sobrevivientes de esa guerra. Sin embargo, la demanda fue negada en primera instancia, por falta de legitimación activa. El 9 de febrero de 1988 Friedman presentó un recurso de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de Madrid, instancia que, posteriormente, declaró “sin lugar” la demanda. Después, la sobreviviente presentó un recurso de casación por infracción de la ley ante la Sala Primera del Tribunal Supremo de España. Friedman entregó un recurso de amparo contra la sentencia de casación, alegando que se le habían vulnerado los derechos al honor, tutela judicial efectiva e igualdad y no discriminación. (Tribunal Español; Sentencia 214/1991).

Mientras, Degrelle respondió que sus declaraciones obedecieron al uso de su derecho a la libertad de expresión, considerando que podía declarar sobre lo ocurrido con el pueblo judío. La accionante respondió que la realidad histórica y el material relacionado con la dinámica nazi – judía no ocurrió como aseguró Degrelle, recordó que ella vivió los horres perpetrados contra los judíos cuando era una niña y perdió a su familia.

Para entender este argumentativo, es preciso comprender que esta situación muestra una coalición de principios: el derecho a la libertad al honor vs. el derecho a la libertad de expresión. Después, es necesario comprender el alcance de cada una de estas normas, especialmente el derecho a la libertad de expresión, contenido en la Constitución Española (CE). Se colige que no se trata de un derecho absoluto sino relativo, cuyo límite es la afectación en la esfera del derecho al honor. Si bien este último tiene un carácter inminentemente personal, y en las aseveraciones de Degrelle no se menciona a la señora Friedman, esto no significa que la publicación no haya vulnerado el derecho al honor de la demandante.

La accionante es una sobreviviente del holocausto nazi, por tanto, es una víctima del hecho. Narrar una historia distinta a la ocurrida en realidad, considerando que los judíos no fueron víctimas de los nazis y que todo lo dicho con anterioridad era exagerado, provocó que la accionante fuera desacreditada y esto afectó su honor. En el caso citado, existe una evidente tensión entre el derecho a la libertad de expresión de Degrelle frente al derecho al honor de Friedman, por lo que el método operable para la resolución del problema planteado, la mejor herramienta es la ponderación.

Es evidente que ambos derechos no pueden entrar en vigencia a la vez, uno tendrá que sobreponerse sobre el otro. Se debe poner en una balanza el derecho a la libertad de expresión vs. el derecho al honor. Así, en el ejercicio ponderativo se busca determinar:

a) **Juicio de idoneidad:** ¿La restricción a la libertad de expresión de Degrelle, considerando que sus palabras excedían en demasía ese derecho es idónea para proteger el derecho al honor y la dignidad de Friedman? Sí, porque determinar que sus afirmaciones constituirían expresiones de odio que negaban el exterminio nazi, afectaban la memoria de las víctimas y la dignidad de Friedman, evitando la normalización del discurso de odio, con la excusa de libertad de expresión e información de la comunidad.

b) **Juicio de necesidad** ¿Existen medidas menos gravosas que permitan salvar el derecho al honor de Friedman, sin limitar la libertad de expresión? Pues no. Para el Tribunal Constitucional no bastaba con el reproche social o una réplica en medios: dado el carácter ofensivo y degradante hacia las víctimas del holocausto, era forzoso que un fallo judicial reconociera el

daño y definiera límites. En este orden de ideas, la intervención judicial se constituyó en un medio menos lesivo y necesario.

c) ***Juicio de proporcionalidad en sentido estricto*** ¿El sacrificio del derecho a la libertad de expresión de Degrelle es mayor que el beneficio que obtiene Friedman en la protección de su honor y de la dignidad de las víctimas? No, porque el Tribunal Constitucional definió que el beneficio, la protección del honor, memoria y dignidad de las víctimas del Holocausto y sus descendientes. Evidentemente, la determinación superó con claridad la supuesta pérdida de la libertad de expresión de Degrelle, más cuando su discurso era de odio. En suma, el límite impuesto era proporcional y justificado.

En la ponderación entre los derechos en conflicto se aplicó el principio de proporcionalidad, considerando circunstancias fácticas como: el contenido de la información, gravedad de la lesión y la titularidad de quien alegaba una transgresión. En este caso, se trataba de una información que no obedecía a la realidad, la lesión fue grave ya que incitó al menosprecio de una persona perteneciente a un grupo étnico (judío), titular del derecho al honor.

Debido a este choque de derechos, uno debe ceder frente al otro; la ponderación declarararía la vulneración del derecho al honor de la señora Friedman y las víctimas del holocausto.

En un hecho ecuatoriano, en el que también fue posible aplicar el modelo argumentativo de ponderación, respecto de los estereotipos que promueven la discriminación, por razones de género, a las mujeres. (CCE; Sentencia 751-15-EP/21):

El 2 de febrero del 2015, la abogada Tania Vázquez acudió al Centro de rehabilitación social Turi (CRS-Turi), para brindar asesoría jurídica a una cliente detenida en el centro, pero no pudo ingresar, ya que los guías penitenciarios argumentaron que, por protocolo, no podía entrar a este espacio con un vestido corto porque ponía en peligro su integridad y la de las personas privadas de la libertad (ppls).

No existe una normativa o principio que sustente la determinación por el CRS- Turi. Por eso es necesario aplicar el test de proporcionalidad de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (art. 3), con el objeto de establecer una ponderación de los derechos en conflicto: 1. El derecho a la integridad y seguridad de la abogada y ppls vs. 2. Los derechos y libertades de la abogada. Estableciéndose:

1. Respecto si la medida persigue un fin constitucionalmente válido, se verifica que la medida busca proteger la integridad de las mujeres que ingresan al CRS-Turi y de las ppls, por tanto, la medida persigue un fin válido.

2. En cuanto a la idoneidad de la medida se determina que restringir el ingreso al CRS- Turi a las mujeres por el uso de un vestido corto, no se relacione con la protección de la integridad de la accionante y las ppls, a diferencia de un zapato de plataforma que si podría configurar peligro si dentro del mismo, que podría servir para guardar sustancias como droga u objetos cortopunzantes, se entiende que no se trata de una medida idónea para alcanzar el propósito, constitucionalmente válido.

3. Respecto a si existe una medida menos gravosa que logre el mismo objetivo. Sin duda, existen estas medidas menos

gravosas que garanticen la seguridad de la abogada y no era necesario impedir que ingresara al Centro de rehabilitación.

4. Finalmente, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, habría que buscar un justo equilibrio entre la prohibición (derecho a la integridad de la accionante) y restricción (derecho a la igualdad y la no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, derecho a presentar quejas y derecho a acceder a bienes y servicios públicos de calidad). La medida restrictiva no resultó equilibrada, la supuesta protección de la integridad física de la abogada no justificó la decisión de los encargados del CRS – Turi.

Modelo Ponderativo de Manuel Atienza

El modelo argumentativo de Manuel Atienza, está constituido por las dimensiones formal, material y pragmática (2013). Este sostiene que la clave para la argumentación de los fallos judiciales, se encuentra en las normas (dimensión formal) y en las buenas razones (dimensión material) de un caso específico, lo que supone darle prioridad a esta segunda dimensión en la composición del pensamiento argumentativo. Con la dialéctica y retórica (dimensión pragmática) se busca que el juzgador quede convencido de sus determinaciones. Estas tres dimensiones son fundamentales en este modelo argumentativo, necesario para comprender el Derecho derecho en una sociedad que responde a valores y principios constitucionales.

Cuando el juez conoce casos difíciles porque no pueden ser resueltos, mediante la normativa existente, solo queda recurrir a la ponderación. Atienza (2013) considera la ponderación cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada y es necesario recurrir a principios o valores axiológicos.

En este modelo ponderativo, es indispensable distinguir entre dos tipos de lagunas en el nivel de las reglas (Espinosa; 2025): a. Las normativas: cuando no hay una regla o pauta específica de conducta que regule el caso; y, b. Las axiológicas: cuando la regla existe, pero establece una solución axiológicamente inadecuada.

Tabla 4
Estructura de ponderación en el Modelo de Atienza

Categoría	Aristas	
a. Determinación de regla aplicable al caso	Existe	No existe
b. Derrotabilidad de normas	Laguna axiológica	Laguna normativa
c. Identificación de principios fuerza		
d. Construcción de argumentos		

Nota. Elaboración propia, con base en la Teoría de la derrotabilidad de Atienza (2013, p.20).

El modelo ponderativo aplicado en la penalización del aborto, tiene ciertas exclusiones. Si un juez conoce un caso en el que una mujer haya sido víctima de violación sexual y, consecuentemente, abortó, este sería un caso difícil que no podría ser resuelto por el silogismo jurídico.

Este hecho recae en la categoría de laguna axiológica porque, si bien el aborto no es penalizado, siempre que se cumpla la excepcionalidad: “...Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental...” (COIP, art. 150 numeral 2), la regulación existe, pero está reglada de forma inadecuada, porque el legislador no tuvo en cuenta que tanto la mujer con discapacidad mental como la víctima de violación se encuentran en situaciones de vulnerabilidad e imposibilidad de brindar el consentimiento,

perpetrándose en su contra un acto sexual forzado, aquello debió ser observado por el asambleísta de lo contrario se ha transgredido el principio de igualdad y no discriminación.

Se supone que el legislador no tuvo en cuenta la distinción en cuestión (ausencia de consentimiento en el embarazo, como resultado de una violación sexual), por ello no la ha previsto, de haberla considerado, hubiera dado una solución a la criminalización del aborto en estas circunstancias, evitándose así la generación otros subproblemas derivados como los relacionados con la salubridad pública.

El supuesto está reglado, pero falta una norma satisfactoria o justa. Por lo que, para resolver este problema, es necesario cambiar la calificación normativa de este tipo penal, lo que supone: crear una nueva norma que excluya de la esfera penal también a las mujeres violadas que no tengan discapacidad mental, variando así el estatus deóntico o moral del tipo penal que deja de estar regulado por la norma.

La CCE resolvió este problema, mediante el ejercicio ponderativo aplicando el test de igualdad y no discriminación, declarando la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental. (CCE; Sentencia No. 34-19-IN/21).

De acuerdo al modelo argumentativo de Atienza, la regla que presenta laguna axiológica, se verá derrotada, dependiendo del enfoque o fuerza que le dé el argumentador o interprete a los principios como el derecho la integridad física, psíquica, moral y sexual (art. 66 numeral 3); al libre desarrollo de la personalidad art. (66 numeral 5); y, a la igualdad y no discriminación (art. 66 numeral 4; 11 numeral 2) que declinan su resistencia. Dado los resultados la nueva regla o precedente constitucional no es definitiva, sino que puede volver a ponderarse. Es así como la

jurisprudencia en nuestro país ira evolucionando, las líneas jurisprudenciales en este tema no siempre han sido las mismas, por efecto de la ponderación y derrotabilidad de reglas y principios se pueden construir nuevas teorías y por ende nuevas reglas o precedentes jurisprudenciales.

Para el modelo ponderativo de la laguna normativa nos serviremos del caso matrimonio igualitario o con personas del mismo sexo. El problema argumentativo esbozado al juez en el caso en concreto tiene que ver con la ausencia de una normativa que habilite el matrimonio entre personas del mismo sexo en Ecuador.

Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello, el 13 de abril del 2018 solicitan la celebración e inscripción de su matrimonio en el Registro Civil, identificación y Cedulación; lo que les fue negando aquello el 07 de mayo del 2018, con base en el argumento que la legislación ecuatoriana permite el matrimonio entre hombre y mujer.

La Corte Constitucional aprobó el matrimonio igualitario, con sustento en el método de interpretación sistemático evolutivo. Este método de interpretación constitucional, garantiza la aplicación de los derechos contenidos en el texto constitucional en su integralidad porque permite evaluar los derechos en forma armónica y conjunta mas no aislada. Toma como referente los principios internacionales en derechos humanos, referentes a la identidad y género contenidos en la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad (CCE; Sentencia No. 11-18-CN). Fue necesario que nuestra Corte Constitucional apruebe el matrimonio igualitario, ya que el legislador al igual que en el caso del aborto no tenido iniciativa legislativa (la Asamblea debió adecuar los derechos contenidos en la CRE al sistema jurídico nacional).

DISCUSIÓN

Teorías alternativas a la subsunción y ponderación para la construcción argumentativa: sus actores y roles en su dinámica productiva:

Para entender el papel que juegan los diversos actores en el escenario de la teoría de la argumentación jurídica, es menester recurrir a F. Ost y V. Der Kerchove, ambos autores apuestan por “esbozar una teoría del derecho que pueda rebasar los puntos de conflicto entre las teorías positivistas e iusnaturalistas, mediante la construcción de una teoría interdisciplinaria del derecho”(2001, p. 3) que vaya más allá del formalismo o la subsunción, que no se agote en el enunciado normativo, que no solo describa el hecho ajustándolo a la norma, sino que logre explicar o interpretar la realidad que están pasando los sujetos de derecho desde una crítica axiológica en nombre de un discurso alternativo.

Dentro de esta teoría se ven inmersos diversos actores jurídicos (ciudadanos que aceptan o no la normativa), jueces, doctrinarios e inclusive distintos profesionales que desde la ciencia (diferentes saberes) pueden aportar a la resolución de un conflicto social con relevancia que se interponga de la realidad a la judicialización. En este contexto, existe una interacción entre los sujetos mencionados, que los doctrinarios invocados, metafóricamente los ubican en un escenario teatral, cumpliendo diferentes roles o funciones:

a.- Los sujetos del derecho, entendidos como partes procesales, representan la posición de actores que aceptan o no la regla o norma a interpretar y aportan con los datos (derechos vulnerados, determinación fecha de transgresión, pretensión entre otros). Éstos, en el discurso argumentativo no deben estar maquillados o tendientes a favorecer su tesis, sino que

por lealtad procesal se debe presentar una realidad material tendiente a conseguir a la realidad histórica de los hechos.

b.- El juez ocupa la figura de director, es quien debe interpretar la norma, es el intermediario entre el autor de esta (legislador) y los actores en la obra teatral. Es quien interpreta los datos que le han sido entregados de primera mano por los sujetos procesales. No obstante, su rol de intérprete es protagonista porque es indispensable para alcanzar una resolución lo más justa y apegada a derecho, respecto del conflicto que se le ha presentado. Su rol en la escena jurídica es determinante y ubica al juez entre los actores en el amplio sentido de la palabra.

El juez a diferencia de los otros actores (ciudadanos: parte y contraparte) no puede asumir la norma de una manera amplia, sino que, en esa resolución del conflicto, en el ejercicio jurídico debe aplicar la ley y está obligado a motivar, explicar sus razones que le conllevan a determinada decisión. En este proceso el juez anota los aspectos externos: hechos, normas, otros saberes, que internaliza a fin de poder asumir la decisión probablemente más correcta desde el punto de vista de su autoridad, a través de ejercicios de subsunción o ponderación con juicios de valoración axiológica.

c.- Los doctrinarios y los profesionales que conocen de otros saberes de la ciencia, se convierten en el apoyo o respaldo auxiliar que necesita el juez para interpretar la realidad presentando por los actores jurídicos porque no basta la norma en el escenario jurídico. El juez para construir un puente entre los hechos y la norma, cuestionando la manera tradicional de concebir el derecho (interpretación dominante de la regla) y apostar por una visión más completa y enriquecida (que por lo general encierra la ponderación), precisamente se auxilia

de la doctrina de manera bipartita: asumida por un lado como un ámbito del saber (carácter científico) y ámbito de acción (fuente complementaria).

La doctrina si bien no entra en escena de manera directa colabora con los actores (sujetos de derecho y jueces), ejerciendo el papel de “apuntador: colabora con los actores y está listo para intervenir en caso de que uno de ellos falle, pero se sitúa al margen de la escena” (François y Van Der Kerchove, 2001, p. 15). Este auxilio que realiza en la escena teatral propuesta, lo hace desde su parte teórica (dogmática) y práctica (doctrina en sentido estricto).

De manera que, si ejemplificamos y se pone a vista del juez el problema social del aborto en caso de violación, el doctrinario desde la dogmática auxiliará a los actores. Permitiendo definir conceptualizaciones del fenómeno (aborto), así como sistematizar u organizar en un orden lógico los datos (motivación para abortar, día del aborto, derechos en tensión, norma aplicable), aportados por los sujetos de derecho. Asimismo, permite reorganizar en orden cronológico la evolución del problema en el tiempo (como han ido cambiando los conceptos o teorías al respecto) colaborando en la resolución del problema y por ende contribuyendo a la creación de derecho.

En este orden, cuando el doctrinario evidencia su preferencia por determinada tesis o teoría en el caso concreto planteado: bien sea por una tesis liberal a favor del aborto o de lo contrario se acoja una tesis conservadora en contra del aborto, salta al escenario la aplicación de la doctrina propiamente dicha. Esto permite al juez definir una teoría: En base a la resolución de la siguiente pregunta: ¿Se debe aplicar o no la regla del COIP (art. 150, numeral 2) siendo esta contraria al derecho a la igualdad

y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental? (CCE; Sentencia No. 34-19-IN/21).

Se pasa del análisis descriptivo externo (datos aportados por los sujetos de derechos, otros saberes o disciplinas como la medicina y psicología, dogmática) a la internalización de esos datos, donde la doctrina sirve de auxiliar exponiendo tesis contrarias: la pro-vida o pro-derechos de las mujeres víctimas de violación, sobre una de las cuales debe tomar partida el juzgador. En este espacio podría haberse dado una de dos situaciones: a.- La calificación interna o aceptación de la regla determinado por el silogismo jurídico; o, b.- La calificación científica que apunta a tomar distanciamiento de la regla (teoría establecida), en este apartado estaríamos hablando de un ejercicio ponderativo en que el juez constitucional (de la CCE) genera derecho con el precedente jurisprudencial.

La CCE declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, constante en el art. 150 num. 2 del Código Orgánico Integral Penal, por considerarla contraria a los derechos a la integridad —física, psíquica, moral y sexual—, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, así como derechos conexos. Este caso lo resolvió mediante método de ponderación y proporcionalidad.

Posterior la jurisprudencia sin duda, también servirá de auxilio en los procesos de argumentación jurídica, el mejor expositor a este respecto es el catedrático colombiano Diego López Medina, que sostiene que la creación de argumentos se puede realizar, a través del estudio dinámico de precedentes, consistente en la elaboración de líneas jurisprudenciales,

donde el intérprete o investigador (sea abogado litigante, fiscal o juez) debe identificar los principales fallos. Aquellas sentencias consideradas “hito” o más importantes y agruparlas en torno a la problemática que se pretende abordar (escenario constitucional relevante): ejemplos de ello son ejes temáticos importantes como el aborto en caso de violación o el derecho al buen nombre y honor.

De estos escenarios constitucionales debe existir jurisprudencia evolutiva de la CCE con diferentes teorías y, por ende, no todas las sentencias destacarán. Es preciso, diferenciar las sentencias importantes (pequeña fracción del universo de sentencias de la CCE) que servirán de fundamento para sostener la tesis planteada. De modo que se realiza un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionen entre sí.

Una línea jurisprudencial es una idea muy abstracta, por lo que es recomendable graficarla; solo así esta podrá presentarse como una pregunta o problema jurídico bien definido, abriendo espacio a una estrategia para la conexión a posibles respuestas para la interrogante planteada, reconociendo la existencia de un patrón de desarrollo decisional con patrones de permanencia en el tiempo o posibles cambios y la apuesta a teorías actuales con posibles redefiniciones de la línea jurisprudencial.

Conclusiones

Actualmente, el dogma formalista que los jueces son “a boca de la ley” no tiene más hacedero jurídico en el Estado constitucional de derechos y justicia del Ecuador. El ejercicio jurisdiccional de los jueces no puede limitarse a la aceptación irrefutable de la voluntad racional del legislador.

El ordenamiento jurídico, pese a corresponder a un sistema completo, coherente y cerrado, puede presentar ambigüedades, no siempre existe una regla aplicable a todos los supuestos de un hecho. En este escenario, las técnicas de argumentación clásica, como la subsunción, si bien pueden aportar no son suficientes, por lo que los jueces para resolver sus casos complejos recurren a métodos alternativos de argumentación jurídica.

En Ecuador se utiliza la subsunción para la resolución de casos fáciles y la ponderación en los casos difíciles. Los modelos argumentativos ponderativos de Alexey (test de proporcionalidad) y Atienza (derrotabilidad de las normas) son los modelos alternativos de última ratio, que no excluyen a la subsunción y son los más adecuados a la realidad ecuatoriana para la resolución de casos difíciles. Esto se ve demostrado con la aplicación del método ponderativo en la resolución de problemas de índole argumentativo dentro de líneas jurisprudenciales de la CCE.

Casos difíciles:1. El aborto en caso de violación que plantea la sentencia No. 34-19-IN/21; y, 2. El matrimonio igualitario demostrable en la sentencia No. 11-18-CN, se constituyen en escenarios constitucionales, resueltos mediante el test de proporcionalidad de Alexey; sin embargo el problema jurídico

planteado en la primera sentencia también puede resolverse mediante el modelo ponderativo de derrotabilidad de normas de Atienza, en su versión de laguna axiológica y, en la segunda sentencia con la aplicación de la versión ponderativa de laguna normativa.

Existen métodos alternativos distintos a la ponderación como el estudio dinámico de precedentes que sirven como métodos auxiliares que permiten ordenar de manera sistemática las sentencias más importantes de una misma línea jurisprudencia, con el objeto de determinar su evolución, tesis y contra tesis. Lo que servirá de apoyo para la elaboración de argumentos jurídico-sólidos.

El juez puede preferir la teoría multidisciplinaria del derecho que le servirá para ir más allá de la esfera jurídica. No siempre se estará conforme con la regla aprobada por una ley, pueden existir lagunas estructurales, axiológicas o normas que atenten contra derechos constitucionales, en cuyo casos no será aplicable la normativa tradicional, sino la ponderación que se nutrirá de los datos aportados por los diversos actores del derecho, incluyendo a los doctrinarios u otros saberes que permitirán una estructuración axiológica desde donde se resolverá un caso en concreto que el silogismo, por sí solo, es incapaz de resolver.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Andrade Quevedo, K. (2020). *La constitucionalización del derecho administrativo: Del principio de legalidad formal al principio de legalidad material*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador.
- Atienza Rodríguez, M. (2005). *Las Razones del Derecho Teoría de la Argumentación Jurídica. Primera Edición*. Universidad de México. México.
- Atienza Rodríguez, M. (2009). *Sobre la única respuesta correcta*. *Revista Jurídicas*. Alicante-España. <https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/juridicas/article/view/5581>
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de argumentación*. Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2007). *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)*. *Revista Foro* No. 8. Quito-Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1434>
- Escudero Soliz, J. (2009). *Los nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano*. *Revista de Derecho Foro*, No. 12. Quito-Ecuador. <https://revistas.uasb.edu.ec>
- Espinosa Cueva, C. (2025). *Parámetros técnicos para la aplicación de la ponderación en casos difíciles: El caso ecuatoriano*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/10317>
- François, O., & Van der Kerchove, M. (2001). *Teoría crítica del derecho*. Primera edición en castellano. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá-Colombia.
- Ricaurte Herrera, C. (2022). *Argumentación y prueba en casos de femicidio*. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (45), 251–275. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.09>

- Ricaurte Herrera, C. (2022). Derecho a la motivación: Análisis a partir de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista Cálamo*, (18), 31–44. <https://doi.org/10.61243/calamo.18.39>
- Ricaurte Herrera, C. (2023). La prueba a la luz de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (46), 367–383. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.21>
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Ara Editores E.I.R.I.
- Ureta Guerra, J. (2012). *Técnicas de argumentación jurídica para la litigación oral y escrita*. Ediciones Legales.
- López Hidalgo, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿La crisis de la certeza del derecho? *Revista Foro* No. 54. Quito-Ecuador. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/447/442>
- López Hidalgo, S. (2017). Motivación y elección de jueces en la Corte Constitucional ecuatoriana como fuente de legitimidad democrática. *Revista Cálamo*, (8), 69–79. <https://doi.org/10.61243/calamo.8.235>
- López Medina, D. (2009). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Universidad de Los Andes. <https://es.slideshare.net/slideshow/el-derecho-de-los-jueces-diego-lpez-medinapdf/253781256#8>
- Lozada, A., & Ricaurte, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional: Propuesta de un método*. CEDEC.
- Mejía Restrepo, A. (2021) *El esquema argumentativo de Toulmin como herramienta de control de racionalidad de las decisiones judiciales*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* No. 134. Medellín-Colombia. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v51n134/0120-3886-rfdcp-51-134-151.pdf>
- Suárez Romero, M. y Conde, Gaxiola N. (2015). *Argumentación jurídica, Seminario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4057>

Toulmin, S. (2003). *Los usos de la argumentación*. Traducción de María Morrás y Victoria Pineda. Ediciones Península. Primera Edición. Barcelona-España. <https://medhc16.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/06/toulmin-stephen-los-usos-de-la-argumentacion3b3n.pdf>

Vásquez Llerena, M. (2020). *Argumentación de las sentencias de tribunales de garantías penales en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7431/1/T3228-MDPE-V%c3%a1squez-Argumentacion.pdf>

Normas y documentos legales consultados:

Código Civil (Ecuador). (2005).

Constitución de la República (Ecuador). (2008).

Corte Constitucional (Ecuador). Sentencia No. 1118CN.

Corte Constitucional (Ecuador). Sentencia No. 3419IN/21.

Corte Constitucional (Ecuador). Sentencia No. 75115EP/21.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador). (2009).

LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN BOLIVIA: ALOCRONÍA Y RESISTENCIA

Hthe legal definition of indigenous peoples in Bolivia: allocrony and resistance

DOI: <https://doi.org/10.69633/ry8b2k43>

Recibido: 05/02/2025 Aceptado: 15/08/2025

***Paola Daniela De la Rocha Rada**

<https://orcid.org/0000-0002-8002-738X>

Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia)

paola.pankarita@gmail.com

RESUMEN

La Constitución Política del Estado boliviana desarrolla la noción de plurinacionalidad a partir de la presencia de naciones y pueblos indígenas, no sólo en el emplazamiento territorial, sino en su presencia en los distintos niveles de gobierno reconocidos por dicha norma. Este artículo problematiza una parte de las formas de concretización de esta presencia/existencia anterior a la invasión colonial, tomando como análisis la exigencia de ancestralidad en la concreción de las autonomías indígenas, revelando la presencia de criterios de alocronía y criptonormas que se hacen presentes en un neocolonialismo disimulado de conquista de derechos.

Palabras Clave: Pueblo indígena, autonomía indígena, ancestralidad, alocronismo, criptonormas.

*Doctora (Ph.D.) en Derecho Comparado y Procesos de Integración. Master (M.Sc.) en Teoría Crítica, Licenciada en Sociología. Investigadora en temas de Pluralismo Jurídico, Sociología jurídica y sociología política. Actualmente es profesora de la materia de Teorías Sociológicas en la Facultad de Ciencias Sociales de la UMSA.

ABSTRACT

The Political Constitution of the Bolivian State develops the notion of plurinationality based on the presence of nations and indigenous peoples, not only in territorial placement but also in their presence at the various levels of government recognized by this law. This article problematizes part of the ways in which this presence/existence, prior to the colonial invasion, is realized, taking as an analysis the requirement of ancestry in the realization of indigenous autonomies, revealing the presence of criteria of allocrony and cryptonorms that manifest in a disguised neocolonialism of rights conquest.

Keywords: *Indigenous people, indigenous autonomy, ancestrality, allochronism, cryptonorms.*

INTRODUCCIÓN

¿Qué es un pueblo indígena? El debate para responder esta pregunta comienza en los años 50 del siglo XX, cuando se discutía esta definición para el Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre poblaciones indígenas y tribales, el cual fue modificado por el Convenio 169, también de la OIT, de 1989. Cuando se desarrollaban los trabajos preparatorios para la Declaración de Naciones Unidas de derechos de pueblos indígenas de 2007 se decidió guardar silencio y dejar la definición a los instrumentos jurídicos de cada Estado.

En Bolivia la Constitución Política del Estado (CPE) en su artículo 30 señala que “[e]s nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) mediante sus sentencias SCP 1422/2012 de 24 de septiembre de 2012 y SCP 0006/2019 de 6 de febrero

de 2019, precisó el alcance de esta definición señalando que para que un conjunto de seres humanos sea considerado nación y pueblo indígena bastaría que éste cumpla cualquiera de los criterios anotados en el párrafo I del artículo 30 de la CPE.

La existencia o pre existencia de los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación, como lo establece el artículo 2 de la CPE, es una de las condiciones de existencia del Estado Plurinacional.

Artículo 2.

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley. (CPE, 2009)

Así, la plurinacionalidad se refiere a la reconstitución de estas naciones y pueblos indígena originario campesinos, como lo señala la RAE, la plurinacionalidad es el “*reconocimiento realizado por el Estado de las diferentes nacionalidades indígenas y culturas que habitan en el territorio, que implica una estructura legal que admite su propia administración de justicia, modo de vida, sistema económico, lenguas y otros*” (RAE en <https://dpej.rae.es/lema/plurinacionalidad> ,visitado el 9 de diciembre de 2024).

El presente artículo académico problematiza la caracterización final del párrafo I del artículo 30: “*cuya existencia es anterior a la invasión colonial española*”, pretendiendo encontrar en

ella una condición de alocronía, es decir, un pre requisito para poder hablar de pueblos indígenas.

La condición alócrona o alocronía se refiere a una dislocación o separación temporal en el presente respecto de un sujeto que se lo considera del pasado. Si bien esta categoría es utilizada con mayor frecuencia en el mundo del arte, en tanto la originalidad de una obra de arte muchas veces se encuentra en su antigüedad, la misma ha sido problematizada por una parte de la antropología contemporánea para reflexionar sobre las formas o maneras en las que se caracterizan a los pueblos primitivos.

Esta breve intervención pertenece a un proyecto de investigación mucho más extenso que reflexiona sobre la formación –no solo la redacción sino la concepción misma de las ideas y definiciones– de instrumentos internacionales de derechos humanos de pueblos indígenas, así como las miradas y lecturas coloniales que el discurso de los derechos humanos realiza respecto de la alteridad indígena, siguiendo lo que Boaventura de Sousa Santos (2017) denomina como *línea abisal* –un término que denota el abismo que separa a la Europa del norte del mundo del sur–, es decir, aquella que divide por un lado a las metrópolis que discuten y crean las declaraciones de derechos y por otro, a las sociedades coloniales que, sin participar en la discusión y creación de estas declaraciones, son los sujetos en las que se aplican estas declaraciones de derechos.

MÉTODOS

Este breve ensayo recurre a la metodología dogmática jurídica (Courtis, 2006) misma que tiene como objeto de investigación la norma, la doctrina y la jurisprudencia, en particular si la investigación es de carácter *lege lata* el objeto es la interpretación sistémica del ordenamiento jurídico. Por lo señalado, se analiza el texto constitucional y las normas secundarias o infra-constitucionales, en las que se explicitan las disposiciones que tratan de las formas de verificación de esta “*existencia anterior a la invasión colonial española*” por parte de las instancias encargadas de reunir los requisitos para acceder a la autonomía indígena originario campesina.

Por lo señalado se trata de una investigación dogmática bajo una lectura sistémica del texto constitucional, atendiendo a la existencia también de una *criptonorma* (norma escondida), que condiciona la realización de una caracterización de identidades tan compleja como lo son las que se esconden detrás de las palabras “pueblos indígenas”.

Riccardo Guastini, a momento de caracterizar el método sistémico, señala:

De hecho, se llama así a cualquier interpretación que consista en decidir el significado de una disposición la luz de otras disposiciones (previamente interpretadas), sobre la base de la presuposición de que el derecho es una totalidad consistente y coherente (Guastini, 2010:72).

Respecto a la criptonorma, se suele recurrir a la noción de *formantes*, siendo los formantes clásicos: la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Empero, también existen otros *formantes*

no verbalizados, es decir, no expresados en alguna de las formas de lenguaje. Rodolfo Sacco (2016) los denomina *criptotipos* y son los modelos implícitos que están presentes en distintas prácticas jurídicas y que, aunque no están enunciados expresamente, se perciben y se transmiten como algo obvio en la ejecución de las normas.

La presente investigación, en consecuencia, es simplemente dogmática, normativa-descriptiva, porque trata de observar el desarrollo de una parte del enunciado constitucional, en particular, la caracterización de lo que es un pueblo indígena y en el criptotipo de alocronía presente en su desarrollo.

Una mención final, respecto a las estrategias de resistencia a la alocronía se ha recurrido a comentarios de entrevistas y a textos de naturaleza cualitativa, pero solo para dar ejemplos de estas estrategias de resistencia, sin modificar la estrategia dogmática que privilegia la disposición jurídica y sus efectos performativos.

RESULTADOS

La Constitución boliviana de 2009 fue el resultado de un complejo proceso constituyente que comenzó en 2006. La Asamblea Constituyente comenzó sus actividades un 6 de agosto de 2006 en la ciudad de Sucre y culminó sus actividades en diciembre de 2007 en la ciudad de Oruro, durante el año 2008 se llevó a una revisión de más de cien artículos del proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente, esta revisión se llevó a cabo en distintas fases y culminó con la aprobación por parte del H. Congreso de un proyecto de Constitución Política del Estado en octubre de 2008 aprobado por la población en por medio de un referéndum en enero de 2009.

Una de las características de la forma Estado, que puede generar discusión, es la que se refleja en la idea de Estado unitario pero con autonomías. Generalmente la noción de Estado unitario supone una única instancia legislativa y territorial acompañada de procesos de descentralización y desconcentración, lo contrario es la noción de estados compuestos, que pueden ser federales y autonómicos, en los que se abren y desarrollan distintas instancias legislativas, ejecutivas y judiciales.

Desde la aprobación de la CPE por medio del referéndum, Bolivia se reconoce como un Estado unitario con autonomías, es decir, reconociendo instancias legislativas y ejecutivas en tres niveles territoriales: departamentos, municipios y autonomías indígena originario campesinas. Si bien el texto constitucional prevé la existencia de autonomías regionales, estas se acercan más a procesos de coordinación entre las autonomías municipales para la gestión de problemas complejos que involucran una necesaria coordinación intermunicipal, esta afirmación queda mucho más clara si prestamos atención al artículo 280 de la CPE, que señala que “*la región, conformada por municipios y provincias, no podrá trascender límites departamentales*”.

Otra de las características de la forma Estado es el reconocimiento de algo previo que determina al mismo, este algo previo es la *pluralidad*, entendida como la pre existencia de pueblos y naciones indígena originaria campesinas a las que se reconoce la libre determinación, que consiste “*en el derecho a autonomía, autogobierno y ejercicio de sus instituciones*” en los márgenes de sus territorios y sus cosmovisiones.

La libre determinación se presenta en dos niveles que los interpretamos del lugar que ocupa esta categoría en el texto constitucional: como base fundamental del Estado en el

artículo 2 y como derecho de las naciones indígena originaria en el numeral 4 del parágrafo II artículo 30 de la Constitución. Esta interpretación la llevamos a cabo bajo la condición de que el artículo 2 se encuentra en el Capítulo Primero (Modelo de Estado) del Título Primero (Bases Fundamentales del Estado), y el artículo 30 se encuentra en el Capítulo Cuarto (Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos) del Título Segundo (Derechos Fundamentales y Garantías), todos ellos forman parte de la Primera Parte de la Constitución (Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías). Para caracterizar de esta manera a estos artículos se ha recurrido a una interpretación sistemática de la CPE.

Precisamente, una de las novedades de la CPE son las llamadas autonomías indígenas que se presentan como parte de la estructura y organización territorial del Estado boliviano. El artículo 289 de la CPE señala que *“la autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”*.

Referidas autonomías están también presentes en la legislación operativa (normas secundarias en la terminología de H.L.A. Hart¹), es decir en la legislación que puede llevarlas a la práctica, desde la promulgación de la Ley 031, llamada Ley Marco de Autonomías, de 19 de julio de 2010. Sin embargo, para que las autonomías indígenas sean –en verdad– efectivas en Bolivia, deben pasar una serie de trámites jurídico-administrativos para su existencia plena, una especie de norma

1 Para una mayor referencia a la diferencia entre normas primarias y normas secundarias véase Hart (2012).

secundaria de carácter técnico operativa cuasi realizativa², en el sentido sostenido por Austin (1971).

John Austin (1971) en sus lecciones tituladas “*Cómo hacer cosas con palabras*” señala que la finalidad de los enunciados performativos es la de producir una transformación de lo que nos es dado o de crear una nueva condición de la realidad. Por ello, las palabras además de su significado referencial, literal, constituyen una forma de acción intencional cuando son pronunciadas en la interacción.

El portal web del Órgano Electoral Plurinacional señala como uno de los primeros requisitos para avanzar en la aprobación del Estatuto Autonómico (la norma institucional básica para el ejercicio de la autonomía) en la comunidad indígena, el siguiente paso previo (cuasi performativo y realizativo):

Para la conformación de una Autonomía Indígena Originario Campesina (AIOC) en un Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC) o un municipio son requisitos la viabilidad gubernativa y una base poblacional. El Viceministerio de Autonomía certificará la condición de territorios ancestrales, actualmente habitados por los pueblos y naciones demandantes, y su viabilidad gubernativa, es decir la existencia, representatividad y funcionamiento efectivo de una estructura organizacional que incluya a la totalidad de organizaciones constituidas en el territorio (Arts. 56 y 57, Ley N. 031, el subrayado es nuestro.)

La revista del Órgano Electoral Plurinacional denominada “Andamios” (2017, N.3 año 2, pp. 17 y siguientes), publica una serie de artículos y ensayos dedicados a las autonomías

² Sobre el lenguaje y las normas performativas y realizativas, que pueden encontrarse en las prácticas que suponen las normas, véase a Austin (1971).

indígenas, incluso el número de la revista en cuestión se titula: “*Autogobierno indígena hoy*”. En esta revista se encuentra el artículo del investigador y especialista en autonomías indígenas Paulino Guarachi (ex viceministro de Asuntos Campesinos), texto dedicado a la nación Uru Chipaya y la manera en la que consolidó su Estatuto Autonómico.

Los pobladores de la nación Uru Chipaya habían tomado la decisión unánime, en las instancias deliberativas de los cuatro ayllus y en el nivel municipal (Chawkh Parla), de acceder mediante la conversión del municipio a la Autonomía Indígena Originaria de la Nación Uru Chipaya, después de un amplio debate y análisis donde establecieron las razones expuestas anteriormente y nombraron a Tata Félix Lázaro como Mallku de la Autonomía Indígena Originaria. De acuerdo al DS. N° 231, las autoridades originarias gestionaron ante el Ministerio de Autonomías y obtuvieron el Certificado de Territorio Ancestral de Uru Chipaya, para lo cual presentaron estudios e investigaciones de antropólogos y etnohistoriadores, quienes resaltaron que la nación originaria Uru Chipaya es la cultura más antigua de Bolivia. En el salón de reuniones del Gobierno Municipal hay un banner que dice: “Ancestralidad, Identidad y cultura milenaria por más de 6.000 años”. (Guarachi, 2017, p. 17, el subrayado es nuestro)

En esta referencia podemos observar a los peritajes y estudios antropológicos que se hacen presentes para dar cuenta de la ancestralidad o antigüedad de estas culturas³. Pero esto es solo

3 Cabe aclarar que este artículo académico no trata de saber si la nación indígena Uru Chipaya es o no un pueblo ancestral, sino del proceso de (re)construcción de este pueblo indígena como respuesta a unas exigencias de las normas para el reconocimiento, en este caso, de la autonomía. El devenir Uru debe entenderse como una estrategia de resistencia, la misma que puede ser abandonada si las reglas de juego (las normas jurídicas) cambian.

el principio, porque el certificado de ancestralidad es el primer paso en una cadena de controles legales y administrativos que deben cumplir los pueblos indígenas si desean acceder a la autonomía indígena originario campesina. Toda esta cadena de controles legales y administrativos incluye la participación del Tribunal Constitucional Plurinacional, encargado de observar el control de constitucionalidad y también de preservar la imaginación jurídica de alocronía en sus fallos.

Entre los trámites administrativos se encuentra la creación de un órgano deliberativo en los pueblos indígenas para la elaboración de un Estatuto Autonómico, no importa si la forma organizativa de estos pueblos indígenas no lo poseen, de todas formas tendrán que crearlo. Luego, la elaboración participativa del Estatuto que muchas veces se la realiza en base a algún modelo que el Órgano Electoral Plurinacional (OEP) proporciona, y posteriormente el control de constitucionalidad del proyecto de Estatuto, es decir, que debe ser revisado por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) para que el mismo prosiga en tramitación. Si y solo si posee un informe de validez constitucional puede proseguir el trámite. Para ello, el Tribunal dispone de un test de constitucionalidad que en muchos casos ha sido un obstáculo a las comunidades⁴. Debido a la necesidad de comprender la conformación de una autonomía indígena, se copian algunos artículos de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”.

Artículo 53. (PROYECTO DE ESTATUTO AUTONÓMICO O CARTA ORGÁNICA). I. Aprobado el referendo o consulta por la autonomía, los órganos

⁴ Según el portal del Órgano Electoral Plurinacional (OEP), Charagua Iyambae, Raqaypampa y Uru Chipaya conforman las tres primeras autonomías indígenas. Para mayor información véase: <http://fuentedirecta.oep.org.bo/noticia/charagua-raqaypampa-y-uru-chipaya-conforman-los-primeros-tres-autogobiernos-indigenas-de-bolivia/> visitado el 1/09/2024. Se debe aclarar que actualmente, a diciembre de 2024, existen cinco autonomías indígenas en pleno funcionamiento: Charagua Iyambae, Raqaypampa, Uru Chipaya, Salinas, Kereimba Iyaambae, Jatun Ayllu Yura y una en implementación la denominada TIM.

deliberativos elaborarán participativamente y aprobarán por dos tercios (2/3) de votos del total de sus miembros el proyecto de estatuto autonómico o carta orgánica:

(...)

5. En el caso de la conformación de una autonomía indígena originaria campesina, en un territorio indígena originario campesino, su titular convocará a la conformación de un órgano deliberativo, o su equivalente, para la elaboración y aprobación del proyecto de estatuto mediante normas y procedimientos propios bajo la supervisión del Órgano Electoral Plurinacional a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE).

Artículo 54. (APROBACIÓN DEL ESTATUTO AUTONÓMICO O CARTA ORGÁNICA).

(...)

II. El órgano deliberativo correspondiente que aprobó el proyecto de estatuto autonómico o carta orgánica solicitará al Órgano Electoral Plurinacional la convocatoria a referendo en la jurisdicción respectiva para su aprobación, siendo requisitos para ello:

1. Contar con declaración de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional sobre la constitucionalidad del proyecto de estatuto o carta orgánica. (Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”, el subrayado es nuestro.)

En una entrevista realizada al antropólogo Pedro Pachaguayá en diciembre de 2018, se mencionó que muchas comunidades están preocupadas en insertar, en incluir, en los proyectos de Estatutos⁵, declaraciones históricas, formas de organización

5 El Estatuto de la Autonomía Originaria de la Nación Uru Chipana señala, en su preámbulo: “La Nación Uru Chipaya desde tiempos inmemoriales ha mantenido su identidad propia, ligada a los ancestros y prácticas culturales heredadas de los Chullpas (...) manteniendo en ellos su propia identidad

políticas como las asambleas, los consejos de ancianos, las temporalidades de decisión y otros, como manifestaciones y pruebas de que la comunidad cumple con esos requisitos, y que para ello han ido recurriendo a “expertos” en la búsqueda de repetir los elementos necesarios para pasar el test de constitucionalidad. Lo curioso, en declaraciones de Pachaguayaya (2018), es que algunas comunidades no poseen varios de estos elementos, sin embargo, están dispuestas a incluirlos e incluso inventarlos (pues no tienen la intención de crearlos solo de señalar que sí existen) en busca de ser considerados aptos para referido test de constitucionalidad. La inventiva de los pueblos indígenas se adapta de los requisitos que se espera de ellos para acceder al ejercicio de sus derechos.

Por ejemplo, para la elaboración del estatuto de la autonomía indígena de Huacaya, presentado como un territorio ancestral guaraní, se señala que:

Uno de los primeros pasos para iniciar la implementación de la Autonomía Indígena era constituir el Órgano deliberativo o estatuyente. Es decir, las personas que tendrán como ‘tarea’ la redacción del Estatuto. (Ledezma y Aruchari en Lizarraga y Vacaflores, 2017:35).

Sin embargo, el conflicto se encontraba en que el pueblo indígena de Huacaya no tenía una instancia deliberativa responsable de elaborar estos estatutos y, si había algo parecido era la toma de decisiones colectiva sin la mediación de un Órgano deliberativo, entonces frente a esta carencia se decidió crear (inventar) este ente pero solo como un formalismo legalista, es decir, sólo como una manera de cumplir con los requisitos y la imaginación jurídica que se tiene de ellos.

cultural, lengua, vestimenta, usos y costumbres, dentro el territorio ancestral que es habitado desde más de 6.000 años antes de Cristo (...). Asimismo en su artículo 1 se señala: “La Nación Originaria Uru Chipaya con dominio ancestral sobre su territorio actualmente habitado y preexistente a la cultura aymara, quechua y colonia española (...)”

Como señala Ledezma y Aruchari (2017):

“(…) se debatía que todos deben ser partícipes de la formulación del Estatuto sin ninguna discriminación y que las personas que se elijan para la redacción tienen un carácter ‘más formal’ con el propósito de ‘cumplir’ las leyes y procedimientos de supervisión posterior” (p. 36)

La misma idea de que exista una supervisión posterior, a cargo del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (Sifde) del Órgano Electoral Plurinacional, nos coloca delante de la necesidad que tienen los pueblos indígenas de actuar, de poner algo en escena, de generar una *performance*, una actuación y actualización de sus prácticas que impacten en la actualización de su identidad. Esta exigencia teatral se la desprende de las interpretaciones que realizan de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (en particular del Convenio 169 de la OIT), de la Constitución Política del Estado y de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. Dicho de otra manera, esta exigencia de formas políticas adecuadas y de la “autenticidad” del sujeto llamado “pueblo indígena” y sus instancias de participación, se convierte en un requisito para la existencia de la autonomía indígena.

La Constitución considera que los territorios ancestrales deben estar habitados como base material de la autonomía. Ante esto, la Ley Marco de Autonomías señala que habrá una instancia que califique la condición ancestral de este territorio habitado. Dada la importancia de lo establecido por la Constitución y por la Ley Marco de Autonomías, a continuación se copia in extenso algunos artículos de estas normas para su posterior análisis.

Artículo 290. I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley. (CPE, 2009, el subrayado es nuestro.)

Artículo 56. (REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA AUTONOMÍA INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA).

I. De manera previa a la iniciativa establecida en el Artículo 50 de la presente Ley, el Ministerio de Autonomía deberá certificar expresamente en cada caso la condición de territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones demandantes (...) (Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”, el subrayado es nuestro.)

La ancestralidad es uno de los requisitos para la conformación de las autonomías indígenas por mandato de la Constitución y de la ley en la materia. Todas estas acciones administrativas son las que dan cuenta que “*estas comunidades hasta la actualidad siguen reproduciéndose*”, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional *SCP 0026/2013* de 4 de enero de 2013, es decir, la identidad depende de la repetición y de la actuación (o *performance*) que realicen estas comunidades y que además sea aceptada como válida.

Debe aclararse que la Constitución Política del Estado en su artículo 410 establece la noción de “bloque de constitucionalidad”, por medio de la cual es parte de la Constitución los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y en particular para pueblos indígenas son parte del bloque de constitucionalidad el Convenio 169 de la

OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de pueblos indígenas.

DISCUSIÓN

No es la intención de este breve artículo académico desarrollar un análisis sobre las autonomías indígenas y su estado de situación, solo busca mostrar que “algo” sucede, que “algo” se produce en esta manera de leer lo indígena, que supone, a la vez, una manera de imaginar lo que es “*indígena*”, una pre-comprensión, una idea previa, que nos permita acercarnos a lo indígena. Esta idea previa es parte de la imaginación jurídica, es decir, del tipo de lectura de los agentes jurídicos (abogados, jueces, funcionarios) respecto de lo que entienden como pueblos indígenas.

La presencia indígena en el proceso constituyente fue de mucha importancia, no solo para la definición del Estado boliviano como un Estado Plurinacional Comunitario (Schavelzon, 2012) sino para lograr la realización efectiva de lo plurinacional en el reconocimiento de las autonomías indígenas y en el pluralismo político y jurídico (Vargas, 2016). Sin embargo, es posible que la imaginación jurídica respecto a lo indígena hubiera reproducido la condición alócrona que es posible encontrarla en los instrumentos de la OIT, tanto el Convenio 107 como el Convenio 169 de la OIT. El primero caracterizó a lo indígena en su artículo 1 como “*poblaciones en una etapa menos avanzada que la alcanzada por la comunidad nacional*” y como “*descendientes de poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista o la colonización*” con la finalidad de integrarlos gradualmente a la cultura dominante; el segundo, el Convenio 169 que reemplazó al Convenio 107, también en su artículo 1 señala que los pueblos indígenas son aquellos “*considerados indígenas por el hecho de descender*

de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización”, si bien ya no en busca de integrarlos a la cultura dominante, pero caracterizándolos como un pueblo que viene del pasado y que precisa, para su consideración como indígena que demuestre esta pertenencia al pasado, que en términos de la crítica a la antropología se denomina a esta manera de referirse a los indígenas como condición alócrona.

Consideramos a la condición alócrona (Fabian, 2019) a aquella que expulsa a las culturas no occidentales del presente en el que viven, para situarlas como reverberación de algún pasado de épocas históricas anteriores (y muchas veces épocas exóticas), como condición de su existencia y a la vez como criterio de identificación. Y todo ello con ayuda de antropólogos que observan, describen, analizan y autorizan, es decir, como la instancia que estaría a cargo de crear esta alocronía como condición de existencia del sujeto indígena. Nos referimos a una existencia reconocida por la imaginación jurídica, la cual es también una existencia jurídica que permite a un pueblo indígena acceder al ejercicio de sus derechos, desde la puesta en práctica del pluralismo jurídico hasta la puesta en práctica de la autonomía indígena originario campesina.

La antropología, en tanto disciplina moderna, ha constituido su objeto bajo esta condición de alocronía. La crítica de muchos autores como Viveiros de Castro (2013), Philippe Descola (2016) a la práctica colonial de la antropología ha sido motivo de una parte de las reflexiones que ha dado paso al llamado giro ontológico de la antropología (Holbraad, Pedersen, 2021). Así, la reflexión de Fabian (2019) pertenece a esta crítica de la manera en la que se imagina la alteridad.

La alocronía, en consecuencia, es una expresión de la colonialidad, que podríamos llamarla colonialidad del tiempo

o *cronolianismo* (inventamos este término uniendo *cronos* o tiempo y *colonialidad*, entendido como la continuación de los efectos de la colonia en el presente).

Según Walter Mignolo (2010):

“En los últimos tres o cuatro años, en los trabajos y conversaciones de los miembros del proyecto de investigación modernidad/colonialidad la descolonialidad se convirtió en la expresión común emparentada con el concepto de colonialidad y se extendió la colonialidad del poder (económico y político) a la colonialidad del conocimiento y a la colonialidad del ser (de género, sexualidad, subjetividad y conocimiento); estos fueron incorporados al vocabulario básico de los miembros del proyecto de investigación. Últimamente, y a instancias de Edgardo Lander, se agregó la esfera de la colonialidad de la naturaleza” (p.12)

No solo se trata de considerar la novedad de la colonialidad del tiempo, sino de encontrar en esta una de las razones de la colonialidad del poder, del conocimiento y del ser. En el fondo, las reflexiones de Enrique Dussel sobre el encubrimiento de América tematizan la colonialidad del tiempo, aunque no la menciona de esa manera⁶. Lo mismo podemos decir de la escuela de Derecho Comparado crítico y nuestra sutil referencia al trabajo de Daniel Bonilla (2020) “*Los bárbaros jurídicos*”. Hay algo similar en las nociones de “*Sociología de las ausencias*” de Boaventura de Sousa Santos, cuando señala

6 En las conferencias de Enrique Dussel, dictadas en Frankfurt y publicado bajo el título “1492 El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del Mito de la modernidad” se señala: “En estas conferencias, en cambio, deseamos indicar por ‘invención’ a la experiencia existencial colombina de prestar un ‘ser-asiático’ a las islas encontradas en su ruta hacia la India. El ‘ser-asiático’ -y nada más- es un invento que sólo existió en el imaginario, en la fantasía estética y contemplativa de los grandes navegantes del Mediterráneo. Es el modo como ‘desapareció’ el Otro, el ‘indio’, no fue descubierto como Otro, sino como ‘lo Mismo’ ya conocido (el asiático) y sólo re-conocido (negado entonces como Otro): ‘encubierto’” (Dussel, 2008:32).

que la razón metonímica reduce la multiplicidad de tiempos al tiempo lineal para asegurar la idea de progreso (de un occidente adelantado y de un sur atrasado), de esta manera se construyen las formas de generar ausencia, es decir la producción de no existencia⁷.

El evento colonial dejó una huella: la manera en la que Europa se presentó como vanguardia, es decir, como la cabeza de un proceso de racionalización que llevó en su momento a denominar a América y a los pueblos indígenas como “nuevo mundo”, como algo antiguo en el presente, lanzando a todos los pobladores de estas tierras a una existencia alocrona. Entonces, junto con la colonización espacial encontramos a la colonización temporal o *cronolianismo*. Tiempo y espacio son dos variables fundamentales en la concepción de lo que se denominará después indígena y en la manera en la que se ordenarán las jerarquías cronológicas.

Europa será el sujeto y el lugar de la enunciación, y América y el indígena serán el objeto de esta enunciación. La colonización del tiempo será determinante para el discurso de la modernidad que se presentará como salvación, emancipación y progreso. Esta manera de crear un vacío, un algo que sucede en la caracterización de lo indígena es lo que caracterizamos como condición alócrona, y puede tener también una faceta de resistencia por parte de los pueblos indígenas. Sin embargo, no se trata de una resistencia activa y de movilización, sino un tipo de resistencia sutil y silenciosa.

⁷ Sousa Santos (2017) refiere de la siguiente manera una de las cinco maneras de producir ausencia: “La segunda lógica reside en la monocultura del tiempo lineal, la idea de que la historia tiene un único significado y una sola dirección, perfectamente conocidos. Este significado y esta dirección se han formulado de diferentes formas en los últimos doscientos años: progreso, revolución, modernización, desarrollo, globalización. Común a todas las formulaciones es la idea de que el tiempo es lineal y de que a la cabeza del tiempo están los países nucleares del sistema mundial y, con ellos, los saberes, las instituciones y las formas de sociabilidad dominantes. Esta lógica produce no existencia al definir como atrasado todo aquello que sea asimétrico respecto a todo lo que se declare avanzado. Según esta lógica, la modernidad occidental produce la no contemporaneidad de lo contemporáneo, y la idea de simultaneidad, al ocultar las asimetrías de los tiempos históricos que convergen en ella, no puede reconocer las posibles formas distintas de ser contemporáneo” (220)

Quizás sea James Scott (2000) el autor que más ha escrito sobre las distintas formas de resistencia de los grupos subalternos. Desde la monografía *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance* (Las armas de los débiles: formas cotidianas de resistencia campesina), hasta el libro *Los dominados y el arte de la resistencia* (Scott, 2000), son trabajos en los que expone las distintas estrategias de resistencia del campesinado y de las clases subalternas.

Las clases subalternas, según Scott (2000), no suelen arriesgarse a un enfrentamiento abierto, pues el precio a pagar puede ser muy caro, y las posibilidades de articular una alternativa que devenga en lucha son escasas. En su lugar, la resistencia se lleva a cabo en un campo más seguro, como lo es el de los gestos, los rumores y el sabotaje. Se trata de una resistencia silenciosa, aunque, no por ello ausente de efectividad.

Para Scott (2000), esa práctica oculta constituye la *infrapolítica de los desposeídos*. Los sujetos no hegemónicos comprenden la dominación, saben que deben cumplir, por ejemplo, con un test de constitucionalidad, y resisten a ella, cumpliendo con la exigencia de manera grandilocuente. ¿Quieres que seamos ancestrales? Muy bien tendremos 6000 años de antigüedad. ¿Se precisa un Órgano deliberativo? Muy bien existirá uno pero solo para cumplir la legalidad. Si lo indígena es, para los ojos no indígenas, una existencia que proviene del pasado, lleno de pureza y, a la vez, salvadora de los vicios de la modernidad occidental, serán los buenos indígenas que protegen la naturaleza y no están corrompidos por la modernidad occidental y como alternativa al capitalismo contemporáneo.

Como señala Scott (2000), con mucha precisión:

“Una de las ironías de las relaciones de poder es que las actuaciones que se les exigen a los subordinados se pueden convertir, gracias a su habilidad, en un muro casi impenetrable detrás del cual su vida autónoma puede transcurrir ajena a la mirada de las elites. La forma más sorprendente de este fenómeno se da cuando se construye toda una fachada artificial para evitar que se detecte otra realidad. Por ejemplo, en la época colonial, los funcionarios franceses que de vez en cuando iban de visita exigían a los pueblos de las montañas de Laos que designaran a un jefe y un consejo de ancianos con los cuales negociar. Al parecer los laosianos respondieron creando un consejo de notables falsos, sin ningún poder local, que se presentaron ante los agentes coloniales como si fueran los funcionarios locales. Por detrás de esta estratagema, los respetados notables del pueblo siguieron manejando los asuntos locales, incluyendo la actuación de los falsos funcionarios. El caso laosiano no es sino un ejemplo notorio de los eternos esfuerzos de los pueblos del sudeste asiático para mantenerse a una distancia prudente del estado amenazador” (pp.162-163)

El ejemplo laosiano se parece mucho a la estrategia de Huacaya referida anteriormente.

El texto de Scott (2000) *Los dominados y el arte de la resistencia* analiza diversos casos de sectores subordinados que resisten en diferentes momentos de la historia así como en distintas regiones del mundo, para concluir que el discurso escondido es un patrón universal de los desposeídos y cruza la resistencia desde los tiempos de los esclavos hasta alcanzar

a los trabajadores del capitalismo contemporáneo. Se realiza este recorrido a partir de la diferencia entre “discurso público” y “discurso oculto”. El primero es el que se desarrolla en un escenario determinado, con dominadores y dominados actuando, cumpliendo cada uno con su guion y su rol, en tanto el segundo (el discurso oculto) es la conducta fuera de escena.

Las exigencias teatrales que generalmente se imponen en las situaciones de dominación producen un discurso público que corresponde mucho con la apariencia que busca el grupo dominante (Scott, 2000).

“Si he llamado a la conducta del subordinado en presencia del dominador un discurso público, usaré el término discurso oculto para definir la conducta “fuera de escena”, más allá de la observación directa de los detentadores de poder. El discurso oculto es, pues, secundario en el sentido de que está constituido por las manifestaciones lingüísticas, gestuales y prácticas que confirman, contradicen o tergiversan lo que aparece en el discurso público” (Scott, 2000:28)

Desde el argumento de Scott, la hegemonía es imposible. La teoría más común de la hegemonía señala que hay dos formas a través de las cuales se ejerce la dominación: primero la violencia. Segundo, y más importante para la construcción política, el consenso, es decir que los oprimidos estén de acuerdo con su propia opresión. Para Scott los subalternos pueden “parecer” estar de acuerdo (discurso público), pero por mucho que lo parezcan o actúen en correspondencia hay un componente irónico en su comportamiento (discurso oculto).

¿No es acaso esta estrategia de discurso irónico lo que vemos

asomarse cuando se exige a los pueblos indígenas alocronía? ¿O cuando se exige a los pueblos indígenas el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para que puedan ejercer los derechos al territorio? Y mejor aún ¿No es una estrategia acercarse a la imaginación no indígena reiterando la ancestralidad que se desea como prueba del buen indígena que accede a cumplir con el destino del Estado de ser uno plurinacional?

Lo irónico⁸ se encuentra cuando el hablante, en este caso el pueblo indígena, *repite o se hace eco* de una proposición ajena que proviene de un enunciado inmediato (por ejemplo, el Convenio, la Declaración de Naciones Unidas, la Constitución

o la ley que señalan la ancestralidad como requisito), o de un lugar común (los indígenas deberían ser precolombinos o resultado de un evento situado en la colonización), o que representa lo que se suele decir en ciertas situaciones, o incluso lo que se podría decir: el hablante repite la proposición pero la aplica a un estado de cosas contrastante, volviéndola grandilocuente, inadecuada y hasta chocante, por ejemplo: “tenemos 6000 años”, “¿Qué más precisan para aceptar nuestra práctica como indígena y ancestral?”

Scott reivindica su estrategia de revelar el discurso oculto y de esta manera complementar los estudios en materia política:

Comparando el discurso oculto de los débiles con el de los poderosos, y ambos con el discurso público de las relaciones de poder, accedemos a una manera fundamentalmente distinta de entender el poder y la política” (Scott, 2000: 21).

⁸ Una enunciación es irónica cuando quien la pronuncia (también llamado locutor) introduce en ella un punto de vista diferente del propio, del que se disocia y se burla implícitamente. Para una mayor referencia sobre enunciados irónico véase a Bruzos Moro (2006).

En los procedimientos para conformar una autonomía indígena originario campesina, accedemos a una manera distinta de comprender la resistencia irónica de los pueblos indígenas. La puesta en escena es una performance, no sólo de cumplir con lo exigido por las interpretaciones de la CPE boliviana y de las leyes, es también una forma de ser y de existir como indígena originario campesino.

“Mientras en algunos casos, el énfasis en el aspecto artificial de la performance como “construida” revela un prejuicio antiteatral en lecturas más complejas, lo construido es visto como coparticipe de lo “real”. Aunque una danza, un ritual o una manifestación requieran de una estructura que las diferencie de otras prácticas sociales en las que se insertan, esto no implica que las performances no sean reales o verdaderas” (Taylor, 2015:36).

Esto nos lleva a comprender estas puesta en escenas como una forma de resistencia, puesto que los pueblos indígenas no solo participan en lo que podemos llamar farsa o invención, sino que también logran una transferencia y continuidad de su conocimiento y existencia. ¿De qué otra manera se podría entender la existencia contemporánea de memorias, tradiciones e historia?

Todo lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿qué significa, entonces, ser originario para un pueblo indígena? Parece que significa estar dislocado en el tiempo, un fenómeno que el antropólogo Johannes Fabian (2019) ha denominado condición alócrona del sujeto, es decir, la condición de que para ser originario en este tiempo, es preciso también pretender ser de otro tiempo.

La condición alócrona o alocronia se refiere a una dislocación o separación temporal en el presente respecto de un sujeto que se lo considera del pasado.

Esto es lo que Johannes Fabian (2019) denomina como la condición alócrona del sujeto. El adjetivo alócrono es utilizado, como antónimo de isócrono, para situar en otro tiempo al sujeto indígena, con ello Johannes Fabian insiste en la idea de que se ha tratado de negar contemporaneidad (coevalness) al indígena (Fabian, 2019), pese a que sean personas que viven en el mismo tiempo, al mismo tiempo que “nosotros”: los no indígenas. En palabras de Fabian (2019):

Formulada como una pregunta, el tema de estos ensayos fue: ¿cómo ha estado la antropología definiendo o construyendo su objeto, el Otro? Mi búsqueda de una respuesta ha sido guiada por una tesis: la antropología surgió y se estableció como un discurso alocrónico; es una ciencia de otros hombres en otro tiempo. Es un discurso cuyo referente ha sido eliminado del presente del sujeto que habla/escribe. Esta “relación petrificada” es un escándalo. (...) Como las relaciones entre los pueblos y las sociedades que son estudiadas, las relaciones entre la antropología y su objeto son inevitablemente políticas; la producción de conocimiento ocurre en foro público de relaciones entre grupos, entre clases y entre naciones. Entre las condiciones históricas bajo las cuales surgió nuestra disciplina y que afectó su crecimiento y diferenciación se encuentran el surgimiento del capitalismo y su expansión colonialista-imperialista hacia las mismas sociedades que se convirtieron en el blanco de nuestras investigaciones. Para que esto ocurriera las sociedades

expansivas, agresivas y opresivas que colectivamente e inexactamente llamamos Occidente necesitaban espacio para ocupar. De manera más profunda y problemática requerirían el tiempo para adaptar los esquemas de una historia de sentido único: progreso, desarrollo, modernidad (y sus imágenes especulares negativas: estancamiento, subdesarrollo, tradición). En resumen, la “geopolítica” tiene sus bases ideológicas en la cronopolítica” (pp. 193-194).

Como señala Fabian (2019), una buena parte de la antropología creó su objeto sobre la base de complejas traducciones de la distancia espacial en distancia temporal. La palabra “indígena”, en sus múltiples usos, condensa esos ejercicios de traducción, que son juegos con el tiempo social; es decir, juegos con las relaciones sociales entendidas como relaciones entre tiempos. El término “indígena” designa, en su origen, a una toma de distancia de quien la enuncia. En latín, *inde-gens inde*: de allí y *gens*: gente, es decir “gente de allí”; aunque el adverbio *inde* en toda su extensión evoca una distancia temporal: “desde entonces” .

Lo indígena, entonces, es un constructo que condiciona su existencia a un tiempo originario, como se puede ver en el correlato sobre la preexistencia de los indígenas (artículo 2 de la CPE) y la caracterización de lo que es un pueblo indígena (artículo 30 de la CPE) y en las derivaciones que se realiza en la interpretación constitucional con los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicados a pueblos indígenas. Pero también se ha atribuido al indígena un tiempo congelado (remoto, ancestral) necesariamente verificable, mismo que preparó la retórica del presente etnográfico, mismo que permitió que sean los peritajes antropológicos los que den

“fe” de que las prácticas gozan de “falta de contemporaneidad” o *coevalness*.

Lo irónico del “ser indígena” se encuentra en pretender ser, en este tiempo, de otro tiempo. Por ello, en el plano subjetivo, es prácticamente imposible estar seguro de que se es o no “indígena”. La aparente conquista de derechos de pueblos indígenas puede ser entendido como una forma neocolonial de determinación sobre los pueblos indígenas, es decir, de un otro que los califica, de un otro que los nombra y al hacerlo los condiciona.

El acto de nombrar es a la vez el acto de constituirlos, es decir, de decir y al decir constituir. Nombrar, en consecuencia, tiene una trascendencia política importante, que excede este breve artículo académico sobre la autonomía indígena, la alocronía y la resistencia.

Conclusiones

El párrafo I del artículo 30 de la Constitución Política del Estado, a momento de reiterar el requisito de “*existencia es anterior a la invasión colonial española*” para constatar la existencia jurídica de un pueblo indígena, reitera la condición de alocronía, la misma que es parte de la imaginación jurídica que ha dominado en parte el discurso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de pueblos indígenas.

Esta condición de alocronía no sería efectiva si no existieran otras condiciones institucionales. Austin (1971, p.66 u siguientes) señala que para la efectividad de un mensaje son necesarias otras condiciones para que una emisión performativa esté dotada de aquella fuerza que le permite transformar, entre ellas el hecho de que los participantes en el juego del lenguaje

estén de acuerdo en jugar, es decir, les sea estratégico jugar, y que la persona que pronuncia un enunciado performativo tenga el poder y la autoridad de hacerlo.

Los usos de la palabra “indígena” se intensifican justamente por su inevitable referencia a un tiempo otro, un tiempo pasado marcado por una condición originaria, pero como condición de contemporaneidad de este sujeto, es decir, es posible encontrar en el uso contemporáneo de la palabra indígena un recurso de existencia contemporánea, así sea bajo la condición alócrona. Así, frente a esta caracterización, es posible encontrar estrategias y acciones de resistencia pasiva, es decir, una forma o manera de jugar a ser del pasado bajo la condición de acceder a los derechos de pueblos indígenas establecidos tanto en la Constitución Política del Estado.

En cuanto los pueblos indígenas asisten a dar forma al discurso dominante que crea la alocronía y la correspondiente colonialidad del tiempo, vemos que no asisten sólo como subalternos a recrear la pulsión moderna colonial de estas exigencias y demandas jurídico políticas, sino que asisten en una clave de resistencia que podemos llamar posthegemónica⁹. El juego que nos lleva a una estrategia de resistencia posthegemónica, solo puede darse bajo la siguiente condición: si bien se asiste a dar forma a esta condición de alocronía, de espectralidad del sujeto pueblo indígena, se lo hace a condición de que el discurso dominante se abra a una dislocación y se lograr abrir reconocimientos inéditos para pueblos indígenas como la libre determinación y la autonomía indígena, que pese a la existencia de una letra chica del contrato –convenio, declaración– que se esconde en la definición de pueblos indígenas y que se expresa en el razonamiento de la siguiente

9 Se introduce esta categoría en las conclusiones y no en el cuerpo teórico de la tesis en tanto se trata de una conclusión no esperada, es decir, que deviene del análisis de las ideas de resistencia de James Scott.

afirmación: sí derechos pero limitados, sí territorio y libre determinación pero que no se arriesgue al estado nación, frente a ello se propone: si pluralismo, si autonomía, si performance o puesta en escena de nuestros territorios y de nuestras prácticas.

La resistencia está aún en juego, y si bien la condición de alocronía sigue presente, las distintas formas de resistencia también, y las vemos en las astucias de los pueblos indígenas

para lograr desde el reconocimiento del pluralismo jurídico hasta el reconocimiento de la autonomía indígena; y en el plano internacional lo vemos en juego en las luchas por lograr que se deje de lado la idea de poblaciones indígenas que deben integrarse a la cultura dominante, y se avance a la idea de pueblo indígena con el derecho a la libre determinación.

Cuando al pensador inglés Beasley Murray le preguntan qué es posthegemonía, éste respondió:

En términos posthegemónicos pienso en los afectos (la alegría, la desilusión pueden ser afectos) y en los hábitos del cuerpo más allá de nuestra voluntad. Me parece que la política, sea la dominación o la ruptura, no opera tanto a partir de la represión o del consenso, sino de afectos y hábitos, es decir, de la producción de gestos corporales: movimientos, movilizaciones del cuerpo individual y colectivo (Beasley Murray en VVAA, 2015:186)

Estas resistencias indígenas son posthegemónicas, porque no sería posible bajo la existencia de una hegemonía. Si se desea, podríamos decir que se trata de resistencia posthegemónicas debido a que hay lugares, como estos en los que la hegemonía ha dejado de ser significativa, pero aun arranca una mueca de incomodidad al sujeto dominante.

REFERENCIAS

- Austin, J. (1971). *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós.
- Beasley-Murray, J. (2010). *Poshegemonía. Teoría política y América Latina*. Paidós.
- Bonilla, D. (2020). *Los bárbaros jurídicos. Identidad, derecho comparado moderno y el Sur global*. Siglo del Hombre Editores.
- Bruzos Moro, A. (2006). *Sobre el problemático concepto de mención irónica*. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/6073> (visitado el 4 de febrero de 2025)
- Courtis, C. (Ed.). (2006). *Observar la ley. Ensayos de metodología de la investigación jurídica*. Trotta.
- Descola, P. (2016). *La composición de los mundos*. Capital Intelectual.
- Dussel, E. (2008). *1492: El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del “mito de lamodernidad”*. Biblioteca Indígena - Vicepresidencia del Estado.
- Fabian, J. (2019). *El tiempo y el Otro. Cómo construye su objeto la antropología*. Universidad de Los Andes.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta.
- Hart, H. L. A. (2012). *El concepto del Derecho*. Abeledo Perrot.
- Holbraad, M., & Pedersen, M. A. (2021). *El giro ontológico. Una exposición antropológica*. Nola Editores.
- Lizárraga, P., & Vacaflor, C. (Coords.). (2017). *Diversitas 3. Revista de Pensamiento Crítico, Año 3 (2017)*. Ed. Jaina.

- Mignolo, W. (2010). *Desobediencia epistémica. Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la decolonialidad*. Ediciones del Signo.
- Pegoraro, L. (2016). *Derecho constitucional comparado. Tomo 1. La ciencia y el método*. Astrea.
- Revista Andamios, (3), febrero de 2017. Ediciones del OEP.
- Sacco, R. (2016). *El derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*. Communitas.
- Scott, J. (2000). *Los dominados y el arte de la resistencia. Discursos ocultos*. Ed. Era.
- Schavelzon, S. (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*. Plural.
- Sousa Santos, B. (2017). *Justicia entre saberes: Epistemologías del Sur contra el epistemicidio*. Morata.
- Taylor, D. (2015). *El archivo y el repertorio. La memoria cultural performática en las Américas*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Vargas, G. (2016). *Territorialidad y autogobierno*. Ministerio de Autonomías.
- Viveiros de Castro, E. (2013). *La mirada del jaguar. Introducción al perspectivismo amerindio*. Tinta Limón.

CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LAS JURISDICCIONES INDÍGENA Y AGROAMBIENTAL EN BOLIVIA

*Conflicts of jurisdiction between indigenous and
agro-environmental jurisdictions in Bolivia*

DOI: <https://doi.org/10.69633/r5pwn220>
Recibido: 10/06/2025 Aceptado: 21/08/2025

* Fernando Reyes Torrez

<https://orcid.org/0009-0009-8912-0378>
Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central
fhercho_87@hotmail.com

** Ximena Leidy Auca Condori

<https://orcid.org/0009-0003-9468-5441>
Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central
x-ime77@hotmail.com

* Abogado con maestría en Derecho Agroambiental por la UASB, Juez Agroambiental de Oruro, docente de la Escuela de Jueces del Estado, autor de varios artículos académicos, ganador del concurso de sentencias con perspectiva de género del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia.

** Abogada, maestrante en Derecho Constitucional en la UASB, con experiencia laboral en el Instituto Nacional de Reforma Agraria - INRA, Juzgado Civil, Juzgado Agroambiental, actualmente en ejercicio libre de la profesión.

RESUMEN

El presente artículo de investigación jurídica indaga sobre la problemática que se advierte en las diferentes fundamentaciones del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Tribunal Agroambiental para dirimir conflictos de competencia entre la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina y la Jurisdicción Agroambiental. A partir de un análisis de la jurisprudencia se contribuye con elementos para el ejercicio de la función jurisdiccional, cuando se pretenda resolver asuntos en la jurisdicción agroambiental como en la Indígena, reduciendo la posibilidad de que se emitan dos sanciones por un mismo hecho.

Se enfatiza en los razonamientos realizados por el Tribunal Constitucional Plurinacional para decantarse por la otorgación de competencia a la jurisdicción indígena o a la jurisdicción agroambiental. Asimismo, se analizan los diferentes argumentos expuestos por el Tribunal Agroambiental para resolver controversias en situaciones referidas a temas competenciales.

Palabras clave: *Jurisprudencia, Conflictos de Competencia, Jurisdicción Agroambiental, Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, Posesión de la Tierra.*

ABSTRACT

This legal research article investigates the issues observed in the different justifications of the Plurinational Constitutional Court and the Agro-environmental Court in resolving conflicts of jurisdiction between the Indigenous Peasant Original Jurisdiction and the Agro-environmental Jurisdiction. Based on an analysis of case law, it contributes elements for the exercise of judicial functions when attempting to resolve matters in both the agro-environmental and Indigenous jurisdictions, thereby reducing the possibility of imposing two sanctions for the same act. The article emphasizes the reasoning employed by the Plurinational Constitutional Court in deciding whether to grant jurisdiction to the Indigenous or the Agro-environmental jurisdiction. Additionally, it analyzes the different arguments presented by the Agro-environmental Court to resolve disputes related to jurisdictional issues.

Keywords: *Jurisprudence, Conflicts of Jurisdiction, Agro-environmental Jurisdiction, Original Indigenous Peasant Jurisdiction, Land Possession.*

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución Política del Estado de 2009 se ha instituido el sistema plural, donde emergen diferentes entendimientos, varias normativas dentro de un mismo Estado, varias economías, etc., una de las expresiones de esto es el pluralismo jurídico y la posibilidad de someterse a diferentes entes jurisdiccionales, por su forma de impartir justicia, así cuando una persona que perturba en la posesión agraria a otra o directamente la despoja de esta posesión se tiene tanto a la jurisdicción agroambiental como a la jurisdicción indígena con facultades y competencias similares, para conocer estos casos de posesión y propiedad de tierras agrarias, especialmente si estas son las denominadas Tierras Comunitarias de Origen (TCO), que desde 2010 se han ido convirtiendo en Territorios

Indígena Originario Campesinos (TIOC), aunque para fines didácticos y evitar la confusión se utilizará el primer término, por ser el más usado en la normativa agraria boliviana.

Los conflictos de posesión de tierras al interior de TCO son muy frecuentes, debido a que la titulación colectiva de la tierra propicia que ninguna persona al interior de estas tenga un derecho propietario individual, y mucho menos una delimitación y mensura precisos, por ello los conflictos sobre derecho propietario suelen ser nulos, salvándose los pocos conflictos de personas que pudiesen tener derecho propietario dentro de tierras tituladas en colectivo.

Siendo que las TCO son un tipo de propiedad agraria, con la vigencia del pluralismo jurídico nace un conflicto de competencias, puesto que tradicionalmente la jurisdicción agraria, hoy agroambiental era la jurisdicción oficial para la solución de controversias relacionadas con la posesión de tierras. Por otro lado, tradicionalmente en muchas comunidades los problemas de tierras se resolvieron en las propias comunidades, dada la escasa o nula presencia judicial, de aquí que se tiene dos jurisdicciones íntimamente relacionadas, especialmente en el ámbito territorial. Es muy difícil marcar una línea divisoria respecto de la competencia de cada una, porque resultaría en el menoscabo de cualquiera de estas, así como una violación del pluralismo jurídico con igualdad jerárquica, norma establecida en la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional.

La metodología de juzgamiento en la jurisdicción agroambiental consiste en la aplicación de normas establecidas en el ordenamiento jurídico en que la tipificación de las violaciones a la ley ya están insertas en las mismas leyes, de las cuales también emanan las respectivas sanciones, claro

todo ello en un debido proceso, en el cual el juez impartirá justicia mediante escritos llamados Resoluciones Judiciales. La jurisdicción indígena originario campesina, en cambio, de acuerdo a sus usos y costumbres realizará el juzgamiento emanando sanciones de forma obligatoria, las cuales no se encuentran plasmadas en ordenamientos jurídicos como en la jurisdicción agroambiental, ya que los usos y costumbres son normas que prevalecen adoptando principios ético morales, como el vivir bien, *el ama sua, ama llulla y el ama quella*.

Adentrando en el tema de las competencias, cabe tomar en cuenta que la justicia indígena se fundamenta en el derecho a la libre determinación, autonomía y autogobierno de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, plasmado en el Art. 159 parágrafo II de la Ley N° 025 del Órgano Judicial, que se ejerce mediante sus autoridades o dirigentes, según normas y procedimientos propios, principios y valores culturales.

Asimismo, de conformidad con el Art. 191 de la Constitución, la Ley N° 025, en su artículo 160, señala que la jurisdicción indígena originaria campesina, se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial. Según ello, los sujetos de esta jurisdicción son los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, actúen como demandantes o demandados, y se habla de hechos jurídicos que se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena. En el mismo sentido, la Ley de Deslinde Jurisdiccional N° 073 regula los ámbitos de vigencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente.

Complementando el párrafo anterior, el art. 10 parágrafo I de la Ley 073 enumera materias que no debe tratar la jurisdicción

indígena, entre las que figura la prohibición que nos interesa y que está referida a los conflictos de derecho agrario.

En consonancia con lo dicho, no se puede dejar de lado que la Constitución Política del Estado estableció que la función judicial es única y que la justicia será administrada por varias jurisdicciones, y que la jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras legalmente reconocidas, ello de conformidad con los arts. 4 parágrafos I y III y art. 159, parágrafo II, de la Ley del Órgano Judicial.

Por esa igualdad jerárquica, se reafirma que los asuntos que conozca la jurisdicción indígena originaria campesina no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las demás, es decir, las decisiones o sanciones establecidas por las autoridades o dirigentes indígenas, son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y otras legalmente reconocidas, lo que implica que los fallos son de cumplimiento obligatorio y deben ser acatados por todas las personas y autoridades.

En atención a lo expuesto, el problema que se analiza en el presente artículo radica en los vacíos normativos relacionados a los derechos posesorios, los cuales determinan el alcance de competencias de las jurisdicciones agroambiental y la indígena originaria campesina. Para tratar el tema se hará un contraste de los diferentes fundamentos utilizados por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) para otorgar determinada competencia a una u otra jurisdicción sobre un mismo asunto.

Asimismo, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Agroambiental (TA) en referencia a conflictos de competencia

que se plantean en recursos de casación, con relación a problemas de posesión suscitados dentro de una TCO, entre personas de una comunidad o de ente territorial, o bien entre personas de diferentes comunidades indígenas, en observancia al tipo de conflicto suscitado, considerando que la mayor parte de los casos ocurre por la posesión de un determinado lugar para la vivienda, el sembradío, el ganado, el pastoreo, el uso o aprovechamientos de aguas, etc.

En ese sentido, el análisis jurisprudencial de los conflictos de competencias entre ambas jurisdicciones, es un medio para observar los hechos relevantes para la justicia comunitaria y para la agroambiental, ya que ambos entes se creen competentes para llevar adelante los casos referidos a la posesión de tierras agrarias para determinar sanciones por incidentes que vayan a ocasionarse, entre personas pertenecientes de pueblos indígenas o campesinos u otras que son miembros de distinto ente social.

Por otra parte, cabe destacar que siendo el TCP el guardián de hacer prevalecer lo estipulado en la Constitución, una de sus facultades es, conocer y resolver los conflictos de competencias entre la jurisdicción indígena originario campesina y la ordinaria, o la agroambiental, debiendo el Constitucional definir cuál de estas jurisdicciones tiene competencia para conocer ciertos casos concretos, ello en conformidad con el Art. 100 y siguientes del Código Procesal Constitucional.

Asimismo, existen resoluciones del Tribunal Agroambiental sobre conflictos de competencia, dado el carácter agrario por la posesión dentro de las TCO. Es conveniente estudiar y analizar esto, porque las directrices allí insertas, como pasa también con las resoluciones del Tribunal Constitucional, servirán para poder entender mejor los conflictos de competencia y sus implicaciones.

Como dato adicional, en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1227/2012 de 7 de septiembre, se advierte que:

La función judicial, podría generar conflictos de competencia ya sea positivos o negativos. Positivos, cuando en aplicación de mecanismos intra-procesales para el resguardo de esta garantía normativa, dos o más autoridades jurisdiccionales se consideran competentes para el conocimiento y resolución de una problemática determinada. Por el contrario, el conflicto jurisdiccional negativo, opera cuando mediante la utilización de mecanismos intra-procesales para el cuestionamiento de la competencia, dos o más autoridades jurisdiccionales se inhiben del conocimiento de la causa por considerarse incompetentes.

En ese contexto, referido a dirimir conflictos de competencias, se hace necesario precisar los siguientes conceptos:

Competencia: Capacidad de una autoridad para conocer o tratar una materia o asunto (Cabanellas, 2025).

Conflicto de competencias: Las también llamadas “cuestiones de competencia” se ocasionan cuando dos autoridades creen que les pertenece entender un asunto determinado (Ossorio, 2008).

Conflictos de posesión de tierras o “interdictos”: Constituyen un procedimiento en materia civil o agroambiental encaminado a obtener del juez una resolución rápida, dictada sin perjuicio de mejor derecho, a efectos de evitar un peligro o de reconocer un derecho posesorio (Ossorio, 2008). (Las negrillas corresponden al autor).

Jurisdicción agroambiental: La jurisdicción agroambiental es parte del Órgano Judicial, ejerce su función junto con las jurisdicciones ordinaria, especializada e indígena originaria campesina. Desempeña una labor especializada y le corresponde impartir justicia en materia agraria, pecuaria, forestal, ambiental, aguas y biodiversidad; que no sea de competencia de autoridad administrativa (Agroambiental, 2025).

Jurisdicción Indígena Originaria Campesina: Es la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia de acuerdo a su propio sistema de justicia y se la ejerce mediante sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la Ley de Deslinde Jurisdiccional (Infoleyes, 2025)

Jurisprudencia: En términos concretos, se entiende por jurisprudencia la interpretación que hacen los tribunales de la ley, para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre determinada materia (Ossorio, 2008).

Sentencias: Acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden una causa o punto sometidos a su conocimiento (Ossorio, 2008).

Tierras Comunitarias de Origen: Son los espacios geográficos que se constituyen en el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias; territorios a los que tradicionalmente han tenido acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural de modo que la TCO asegura su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas

por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles (Ley N° 1715, 1996).

MÉTODOS

En este apartado se detalla los métodos de investigación, aplicados para el presente artículo.

Método de Análisis Documental

El Análisis Documental, es considerado como el conjunto de operaciones destinadas a representar el contenido y la forma de un documento para facilitar su consulta o recuperación, o incluso para generar un producto que le sirva de sustituto. (Clausó, 2025).

Dicho método permitió investigar archivos documentales, bibliográficos y otros, que posibilitaron enfatizar las problemáticas judiciales que hay en los conflictos de competencia entre la justicia indígena originaria campesina y la justicia agroambiental, dichas disputas son dirimidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional o cuando el Tribunal Agroambiental se pronuncia al respecto. Asimismo, este método ayuda a ver de qué manera y en qué situaciones fueron planteadas ciertas normas jurídicas, cuál la problemática planteada y cuál su solución.

Método Sintético

El método sintético implica la síntesis. Síntesis proviene de la palabra griega *synthesis*, que significa reunión. Así, en el método sintético es necesario reunir diversos elementos para lograr formar un todo. La síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión total de aquello que ya se conocen sus partes y particularidades. La síntesis va de lo abstracto a lo concreto, ya que pasa de los elementos (abstractos) al todo concreto y real (Ejemplode.com, 2025).

Es un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos. Consiste en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad. El investigador sintetiza las ideas en la imaginación con el objetivo de establecer una explicación tentativa que someterá a prueba.

Método que coadyuvó en el análisis jurisprudencial de lo resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Agroambiental, en relación a los fundamentos que sustentaron para decantarse o a favor de la jurisdicción indígena originaria campesina o a favor de la jurisdicción agroambiental en conflictos de competencia sobre casos en Tierras Comunitarias de Origen.

Método Bibliográfico

“En un sentido amplio, el método de investigación bibliográfica es el sistema que se sigue para obtener información contenida en documentos. En sentido más específico, el método de investigación bibliográfica es el conjunto de técnicas y estrategias que se emplean para localizar, identificar y acceder a aquellos documentos que contienen la información pertinente para la investigación” (López, 2025).

Método consistente en la recolección y análisis de contenidos doctrinales constitucionales sobre los conflictos de competencia, identificando las líneas jurisprudenciales aplicadas, así como señalando la diferenciación teórica de los tipos de conflictos de competencia existentes o reconocidos por la jurisprudencia boliviana.

Método Hermenéutico

“La hermenéutica encierra una pretensión de verdad,

no verificable con los medios de la mitología científica, fundamentada sobre la lingüisticidad como modo de ser en el mundo, la comprensión y el acuerdo que se aspira” (Guanipa, 2025).

Método que permite realizar un análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Tribunal Agroambiental, respecto a la colisión de competencias entre las jurisdicciones indígena originaria campesina y agroambiental; de manera de que se pueda identificar los fundamentos jurisprudenciales contenidos en las sentencias del ente constitucional, los cuales influyen para que una competencia sea otorgada a una u otra de las jurisdicciones.

A través de estas técnicas se recopiló información acerca de nuestra legislación constitucional a fin de consolidar una idea de lo acontecido en la vía constitucional y agroambiental, para identificar las garantías que otorgan el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Agroambiental en referencia al ámbito competencial.

RESULTADOS

En este apartado se analiza las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Tribunal Agroambiental sobre conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción agroambiental.

Sobre la Ley de Deslinde Jurisdiccional y el conflicto de competencias, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0026/2013 del 4 de enero de 2013, en su parte sobresaliente señala:

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 indígenas originarios 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 indígenas originarias 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 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.” (Págs. 10 y 11)

La SCP 0026/2013 resuelve el conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la ordinaria, utilizando como fundamento para declarar la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina el hecho de que ancestralmente ya se conocían los problemas sobre posesión de tierras al interior de las comunidades. Para esto, señala que en cuanto al ámbito de vigencia material, que aunque la Constitución establece que la jurisdicción indígena originaria campesina conoce sus asuntos de conformidad a la Ley de Deslinde Jurisdiccional, funda su decisión en que la Ley 073 debe ser interpretada de forma inmutable respecto a la norma suprema, por lo que los asuntos que deben ser excluidos de la jurisdicción indígena originaria

campesina, son específicamente los casos en que se tenga que proteger un bien jurídico de una entidad nacional o internacional.

Similar entendimiento se tiene en las sentencias constitucionales 037/2013 de 04 de enero de 2013, 0925/2013 del 20 de junio de 2013 y 0874/2014 del 12 de mayo de 2014.

Acerca de la disputa por la posesión de tierras dentro de una TCO, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0077/2016 del 13 de diciembre de 2016 señala lo siguiente:

“Ahora bien, por disposición del Art. 10. I. de la L.D.J., 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, salvo las excepciones previstas. Si bien es cierto que, entre tales excepciones se encuentran los conflictos sobre derecho agrario: empero el párrafo II inc. c) de la norma en examen, deja salvo la competencia de la JIOC a los casos sobre distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas. En el caso de examen, de los antecedentes que cursan en obrados se advierte que el supuesto hecho de despojo forma parte de una disputa de posesión de una parcela que integra la TCO del Ayllu Hiluta Chahuara.” (Pág. 16)

La SCP 0077/2016 resuelve un conflicto de competencias en la Tierra Comunitaria de Origen Ayllu Hiluta Chahuara. Apoyada en la SCP 026/2013 que el caso corresponde al conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina porque pese a que existen excepciones como los conflictos de derecho

agrario, el párrafo II inciso c del referido Art. 10 de la Ley N° 073, deja la salvedad de que la jurisdicción indígena originaria campesina abarca la competencia de distribución interna de tierras en las comunidades con posesión o derecho propietario colectivo. Así en consideración a que el conflicto se suscitó en la TCO Ayllu Hiluta Chahuara, donde existe un derecho propietario colectivo las autoridades de la comunidad tienen la atribución conferida por la Ley de Deslinde Jurisdiccional para el conocimiento del asunto suscitado. El TCP para declarar la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, utiliza como fundamento el hecho de que autoridades originarias ancestralmente ya conocían los problemas sobre posesión de tierras al interior de las comunidades, utilizando un parámetro más garantista de derechos, toda vez que se hace una interpretación sistémica de la Constitución y garantizando los derechos de los pueblos indígenas originarios para administrar sus propias normas y procedimientos.

En contrario sobre la competencia de la jurisdicción agroambiental, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0078/2017 del 14 de noviembre de 2017, en su parte sobresaliente determina:

Cabe referir lo dispuesto en el art. 30 de la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (LRNRA) –Ley 1715 de 18 de octubre de 1996–, que textualmente prevé el ámbito de competencia y jurisdicción de la judicatura agraria, en temas relacionados a la resolución de los conflictos emergentes de la posesión y derecho de propiedad agrarios y otros que le señala la ley; precepto legal que, concuerda con lo establecido en el art. 39 de la Ley 1715 (modificado por la Ley 3545 de 28 de noviembre de 2006), que dispone en su numeral 7, como

competencia de la referida jurisdicción agraria, conocer interdictos de adquirir, retener y recobrar la posesión de fundos agrarios; extremo que, de manera correcta fue expuesto por la señalada Jueza agroambiental, en el Auto de 4 de octubre de 2016 (Conclusión II.6); actuado por el cual, de manera acertada se declaró competente para el conocimiento y resolución del proceso agrario de interdicto de retener la posesión interpuesto por Jorge Vargas Alba y Jacqueline Marlene Choque Ala de Vargas contra Norah y Angel Huarachi Mamani Tiburcio Flores Ortiz; hecho que sin duda imposibilitaría en el caso en estudio disponer la remisión de obrados ante la jurisdicción indígena originaria campesina, tal como se reclama en el presente expediente, al no concurrir este tercer ámbito de vigencia, esto conforme la normativa ya citada; y, si bien entra dentro de la competencia de la jurisdicción, la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo de las mismas, no así el conocimiento de conflictos emergentes de la posesión y derecho de propiedad, tal como, se interpuso a través del proceso agrario de interdicto de retener la posesión puesto a conocimiento de la judicatura agroambiental.” (Pág. 17).

Esta sentencia contra lo establecido en las 026/2013 y 0078/2017, sustenta su decisión de declarar la competencia de la jurisdicción agroambiental, en que no se cumple el ámbito de vigencia material, pues si bien la jurisdicción indígena originaria campesina puede conocer la distribución interna de tierras en las comunidades con posesión legal o derecho propietario colectivo, no lo puede hacer sobre acciones que emergen de la posesión y el derecho de propiedad que conforme

a la Ley Nº 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria corresponde a la jurisdicción agroambiental, acudiendo a un parámetro meramente legalista.

Por su parte, el Auto Constitucional 033/2017 – AC de 07 de febrero de 2017, indica que un conflicto de competencias también puede resolverse por voluntad de una de las partes. Determina lo siguiente:

Revisados los antecedentes del presente caso, se advierte que River Ferrufino Chávez interpuso interdicto de retener la posesión contra el Secretario General de la Comunidad Agraria “Los Altos”, Edwar Tipuni, ante el Juez Agroambiental de Apolo del departamento de La Paz. Dentro del indicado proceso, dicho Secretario General, así como otros miembros de la referida comunidad, solicitaron a la autoridad judicial mencionada su declinatoria de competencia a la jurisdicción indígena originario campesina; sin embargo, el Juez Agroambiental, mediante Resolución de 18 de enero de 2017, dictada en audiencia, determinó declararse competente; y en consecuencia, dispuso que existe conflicto de competencias entre la jurisdicción agroambiental y la indígena originario campesina, disponiendo que se remitan obrados ante este Tribunal Constitucional Plurinacional.

No obstante, de que en su oportunidad el Secretario General de la Comunidad Agraria “Los Altos” activó una solicitud de declinatoria ante el Juez Agroambiental de Apolo del departamento de La Paz, se advierte que ante la emisión de la Resolución de 18 de enero de 2017, el nuevo Secretario General de la mencionada Comunidad señaló expresamente que estaba de acuerdo con la misma. Ante esta manifestación, se evidencia un consentimiento sobre la determinación del indicado Juez en

el sentido de que es competente para conocer el interdicto de retener la posesión interpuesto. En mérito a dicha situación, conocida la posición de la nueva autoridad originaria indicada, se llega a la conclusión de que el conflicto de competencias jurisdiccionales desapareció, pues la voluntad de suscitarse el mismo ya no se halla presente al estar de acuerdo dicha autoridad originaria con la decisión del Juez mencionado.

En razón a lo manifestado por la autoridad indígena originaria campesina y constituyendo en fundamental la manifestación realizada por él, corresponde rechazar el presente conflicto de competencias, por haber desaparecido el mismo. (Pág. 3 y 4).

El parámetro utilizado es el garantista de derechos, puesto que, si bien la autoridad originaria de una gestión anterior observó la competencia del juez agroambiental, en caso de que la nueva autoridad reconozca la competencia del juez agroambiental, resultaría en la no existencia en un conflicto de competencias. El fundamento para declarar la no existencia de un conflicto de competencias es el reconocimiento de competencia del juez agroambiental por parte de la autoridad originaria.

El Auto Constitucional 0315/2015 – CA de 18 de agosto de 2015, establece que la resolución de un conflicto de competencias puede darse a causa de un acto procesal. En la parte pertinente determina:

En el presente caso, el Secretario de Justicia y Derechos Humanos de la Central Agraria de Achocalla, provincia Murillo del departamento de La Paz, presentó conflicto de competencias entre la jurisdicción agroambiental y la indígena originaria campesina, alegando que ésta última es la única competente para resolver un hecho que se produjo dentro la jurisdicción de la comunidad de “Marquirivi”, Tercera Sección, Capital Achocalla, provincia Murillo del citado Departamento,

referido a una demanda de desalojo por avasallamiento que fue conocida por el Juez Agroambiental de El Alto del mismo Departamento; proceso en el que se halla involucrada una persona que es miembro de dicha Comunidad.

Por su parte, el Juez Agroambiental de El Alto del departamento de La Paz, rechazó la solicitud impetrada, arguyendo que, durante la tramitación del proceso, la demandada Juana Rojas Carrillo asumió su defensa, consintiendo con ello la competencia de la citada autoridad jurisdiccional, no habiendo interpuesto excepción de incompetencia; máxime si el proceso concluyó al haberse pronunciado sentencia, la misma que se halla ejecutoriada.

Al respecto, si bien entre las atribuciones que tiene el Tribunal Constitucional Plurinacional, está el de conocer y resolver los conflictos de competencia que se suscitaren entre las jurisdicciones indígena originario campesina, ordinaria y agroambiental, mediante la interposición de una demanda que será planteada por cualquier autoridad indígena originaria campesina, debe considerarse que la jurisprudencia desarrollada en el Fundamento Jurídico II.3. del presente Auto Constitucional, determinó el momento procesal o la oportunidad en la que el conflicto puede ser presentado; en tal sentido, de la revisión de obrados se constató que en el caso concreto existe la Sentencia 09/2014 de 24 de noviembre (fs. 18 a 24), pronunciada por el Juez Agroambiental de El Alto del departamento de La Paz; vale decir, un fallo con calidad de cosa juzgada que se encuentra en ejecución, por ello, no puede ingresarse al análisis de la problemática planteada, toda vez que la Autoridad Indígena Originaria Campesina, no cuestionó la competencia de la autoridad judicial

demandada oportunamente más al contrario, dejó que se susciten actos procesales que derivaron en la ejecutoria de la sentencia previamente mencionada, por lo que actualmente no existe conflicto de competencias a dirimir, razón por la cual corresponde que el mismo sea rechazado. (Pág. 6 y 7).

El parámetro utilizado es el legalista, porque las autoridades originarias reclamaron su competencia cuando el proceso se encontraba con sentencia ejecutoriada, El argumento para declarar la no existencia de un conflicto de competencias es el hecho de que no se planteó el conflicto de competencias en el momento procesal oportuno, que es hasta antes de la ejecutoria de la sentencia. Al respecto, es oportuno señalar que esta postura es acertada, toda vez que el revocar una sentencia con calidad de cosa juzgada iría en franca afectación al principio de seguridad jurídica y provocaría un caos legal, más si la finalidad de la justicia no es satisfacer la creencia de una autoridad de ser competente, sino más bien solucionar el problema de las partes en conflicto, especialmente del demandado.

El Auto Agroambiental Plurinacional S1ª N° 04/2018 del 25 de enero de 2018, además determina que la solución de una colisión de competencias también depende del consentimiento de hecho no declarado de una de las partes. Este Auto afirma:

De lo señalado precedentemente se advierte que el ahora recurrente conjuntamente la parte demandante, acudieron en su oportunidad, ante la autoridad originaria del lugar a efectos de lograr alcanzar una solución al conflicto, no habiendo logrado resolver el mismo, es que eleva un informe acerca de lo ocurrido, donde al mismo tiempo se evidencia que en el ámbito de la cooperación y coordinación también estuvo presente el

Juez Agroambiental al que posteriormente acudieron las partes, proceso en el cual se emitió Sentencia que ahora es motivo de recuso de casación; por tanto, lo denunciado en éste punto no resulta evidente debido a que al no haberse resuelto el conflicto en la jurisdicción indígena originaria, las partes acudieron ante el Juez Agroambiental de Curahuara de Carangas, las cuales, durante la tramitación de la causa y hasta la emisión de la Sentencia nunca cuestionaron la competencia del mismo; en relación a la presentación del memorial de fs. 223 a 230 de obrados, no interpuesto por ninguna de las partes, el mismo fue resuelto de manera fundamentada mediante el auto de fs. 312 a 315 conforme lo previsto en el art. 191 de la CPE, la L. N° 073 y el art. 102 de la L. N° 254, determinando que el competente para conocer la causa es el Juez Agroambiental de Curahuara de Carangas, no resultando evidente que el indicado Juez hubiese incumplido su rol de director del proceso ni vulnerado normativa alguna, como arguye el recurrente, puesto que corresponderá a la autoridad solicitante, en éste caso a la Autoridad Indígena Originario Campesino (AIOC), plantear el conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional y no así al Juez de instancia. Por lo expuesto no se evidencia que el Juez de instancia hubiere incurrido en nulidades que interesen al orden público o efectuado una interpretación errónea y aplicación indebida de la ley, menos haber incurrido en falta de fundamentación y motivación y tampoco haber infringido las normas acusadas en el recurso. (Págs. 8 y 9).

Cuando en la instancia de casación el demandante afirmó que en el proceso había un conflicto de competencias, esto fue rechazado porque el recurrente ya había consentido la

competencia del juez agroambiental, al no haber interpuesto ninguna excepción hasta que se emitió la sentencia, en ese sentido, el fundamento para declarar que no existe conflicto de competencias recae en el consentimiento tácito que realizan las partes de someterse al proceso agroambiental.

El Auto Nacional Agroambiental S^a 2^a N^o 27/2017 del 26 de abril de 2017, destaca que el conflicto de competencias puede perder su base debido a acciones de cooperación y coordinación de distintas jurisdicciones:

Por otro lado, de los criterios vertidos por el recurrente sobre la exclusión probatoria del informe y planos presentados por las autoridades de la comunidad y sobre la Igualdad de Jerarquía que se encuentra reconocido por la Ley 073 en su art. 3, se debe tomar en cuenta que esta igualdad jerárquica debe ser analizada en razón de conflicto de competencias, entre la jurisdicción Indígena Originaria Campesina y las otras jurisdicciones, tanto la Ordinaria como la Agroambiental, sin embargo en la presente causa, las autoridades de la comunidad Copalani, se apersonaron en razón de cooperación y coordinación entre jurisdicciones, aceptando de esta forma la competencia que tiene la jurisdicción Agroambiental en la causa, no siendo valederos los argumentos expuestos por la parte recurrente, ya que no existió conflictos de competencia en la referida controversia; por otro lado, la juez de la causa, excluye las documentales presentadas por la parte demandante por cuanto, la naturaleza del Interdicto de Recobrar la Posesión, hace de este proceso destinado a proteger la posesión frente al despojo por parte de un tercero con independencia de la cuestión de derecho, es

decir independiente del derecho propietario del bien inmueble despojado, por lo que, en apego del art. 145-I del Código Procesal Civil, la Juez de la causa, resolvió desestimar la prueba presentada en Audiencia Preliminar. (Pág. 8).

El Auto Agroambiental detalla que cuando en casación el recurrente reclamó un conflicto de competencias, se decidió no conceder esta solicitud porque si bien las autoridades originarias se apersonaron al proceso, no fue para reclamar la competencia para sí, sino que lo hicieron en el marco de la coordinación y cooperación, por tanto, la principal razón para declarar que no existe conflicto de competencias recae en la participación de las autoridades originarias en el proceso.

Asimismo, el Auto Nacional Agroambiental S1ª N° 08/2017 del 15 de febrero de 2017 determina que el planteamiento de una disputa por competencias también puede sujetarse a la legitimidad o no de las partes:

2. Que, ante la presentación del memorial de incidente de excepción por incompetencia descrito en el punto 3. del Considerando precedente, y observándose que el mismo no es presentado por ninguna de las partes demandadas, evidenciándose además que de fs. 27 a 28 de obrados, cursa la Resolución N° 004/2016 de 4 de agosto de 2016, emitido por la “Federación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Pando”, que reconoce al representante de la parte actora Jesús Álvarez Cutili como Secretario General de la Comunidad Campesina “Montevideo”, mismo que es firmado por Ciro Cordero Chao como Secretario Ejecutivo de la F.S.U.T.C. de Pando, el cual también funge como

impetrante entre otros, de la excepción interpuesta; consiguientemente, al existir incongruencia entre lo resuelto en la Resolución N° 004/2016 y lo aseverado en el memorial de interposición de la excepción de incompetencia; previo a cualquier decisión a adoptar, el Juez de instancia debió observar la excepción opuesta a fin de que los impetrantes aclaren la situación antes descrita, y su legitimación para oponer excepciones dentro del caso de autos, máxime cuando de la documental adjuntada a la excepción de incompetencia planteada, se evidencia que el conflicto conocido por la Federación radica en la presencia de dos Directivas de la Comunidad Campesina “Montevideo”, no constando prueba alguna referente a la existencia de denuncia, proceso en sustanciación o resolución emitida por la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, respecto a los hechos denunciados por la parte actora dentro de la demanda de Reivindicación incoada; asimismo, no existe claridad ni acreditación fehaciente referente a quienes son los miembros de la Comunidad Campesina “Montevideo”, que son beneficiarios del Título Ejecutorial N° TCM-NAL-000370 Colectivo emitido pos saneamiento, por lo que correspondía al Juez de instancia como director del proceso disponer la aclaración respectiva solicitando Informe al INRA; aspectos que son necesarios para establecer si corresponde a la Jurisdicción Agroambiental asumir competencia para el conocimiento de la causa o en su caso a la Jurisdicción Indígena Originario Campesina, conforme a la Ley N° 073; por otro lado, el haber resuelto sin haber puesto en conocimiento de la parte actora el memorial de excepción de incompetencia, se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de

los demandantes establecido en el art. 115 de la CPE, así como el principio procesal de contradicción. (Pág. 6 y 7).

Cuando en la instancia de casación se reclamó la existencia de un conflicto de competencias, el referido Auto Agroambiental de manera indirecta observó que quien se encuentra en calidad de demandado no puede hacer las veces de autoridad originaria, y que, en caso de existir dos directivas de una misma comunidad, primero se debe resolver cuál es la representación oficial de la comunidad, porque solo debe existir una sola válida. En tal sentido el principal argumento para considerar si hay un conflicto de competencias, con carácter previo debe resolverse la cuestión de la legitimidad que tienen las partes para interponer excepciones, luego también se debe valorar si el asunto se encuentra en trámite o resuelto ante las autoridades originarias.

El Auto Nacional Agroambiental S2ª N° 10/2017 del 14 de febrero de 2017, por su parte, define que la no activación oportuna de recursos legales también puede impedir reclamar un conflicto de competencias:

Resolviendo esta acusación se debe tomar en cuenta que las autoridades jurisdiccionales tiene la competencia que emana única y exclusivamente de la ley, no puede admitirse ninguna prórroga de la misma que luego de haber respondido a la demanda, es decir habiendo la parte demandada aceptado la competencia del juez de instancia desde que se asumió conocimiento de éste proceso, y corrida en traslado, ya no puede retrotraer las actuaciones procesales y declinar competencia, a no ser que se suscite un conflicto de competencias que en el caso de autos no existe. El Juez Agroambiental ha conocido el

proceso dentro de la competencia establecida en el art. 152 de la Ley N ° 025, y el art. 39 de la Ley Nro. 1715, que si bien el art. 10-II-c) de la Ley Nro.073 y si bien la parte recurrente indica que la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina tiene competencia para conocer sobre la distribución interna de tierras, pero no es menos cierto que la presente demanda versa sobre un proceso de reivindicación donde no se otorga derecho propietario alguno sino que está en entredicho la posesión de la propiedad que debe ser reivindicada al verdadero propietario que demuestre mediante un título idóneo de dominio tal condición, es en ese contexto no se advierte que la parte recurrente haya activado los mecanismos que la ley franquea (Art. 81-II de la Ley 1715); consiguiente éste Tribunal no encuentra haber sido violadas las leyes acusadas. (Pág. 13 y 14).

Este Auto Agroambiental, señala que recién en la etapa de casación se denunció que el juez agroambiental estuviera asumiendo competencias que correspondía a las autoridades originarias, y que a pesar de ello, el recurrente no utilizó oportunamente la vía que le correspondía para reclamar competencia de jurisdicción indígena originaria en el asunto. En ese sentido, el fundamento para declarar la no existencia de un conflicto de competencias, radica en que no se activaron los mecanismos legales en el momento procesal oportuno.

Finalmente, el Auto Agroambiental Plurinacional S1ª N° 23/2019 del 10 de abril de 2019, dispone que la declinatoria de competencia por parte de un juez no siempre deriva de un conflicto de competencias:

En el caso presente no ocurrió la situación que se describe, toda vez que el Juez de instancia declinó la competencia a favor de las Autoridades Indígenas

Originarias de la Comunidad de San Lorencito situada en la provincia Méndez del departamento de Tarija, aspecto que materialmente no representa un conflicto de competencias entre la Jurisdicción Agroambiental y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina para que derive impedimento a este Tribunal para asumir conocimiento del presente caso, y por el contrario, ante la ausencia de dicho conflicto, habilita a este Tribunal resolver el recurso de casación que fue planteado, toda vez que la Resolución impugnada por la cual el Juez Agroambiental declinó su competencia, constituye un Auto Interlocutorio Definitivo que corta todo procedimiento ulterior en la tramitación del proceso agrario.

Debe señalarse también que la decisión del Juez de instancia de declinar competencia a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, tampoco puede ser asimilada a la figura de la inhibitoria previsto en el art. 21-II de la L. N° 439 (Código Procesal Civil) como refiere la parte demandada, ya que dicha figura jurídica se trata de conflicto de competencia generado entre juzgados o tribunales que se consideran competentes para el conocimiento de un determinado asunto, pero dentro de una misma jurisdicción; en el caso presente, y como se tiene señalado, el problema que entraña la discusión de las partes litigantes, se trata entre dos jurisdicciones distintas. (Pág. 5 y 6).

El Auto Agroambiental Plurinacional señala que cuando la autoridad originaria solicita declinatoria de competencia y el juez se allana a este pedido y dispone el envío de antecedentes a la JIOC correspondería que previo a dicha remisión el juez

debe aguardarla y esperar a que la parte afectada con el Auto de declinatoria de competencia pueda impugnar dicho auto mediante el recurso de casación. En todo caso, si la figura de autoridad originaria recae en la persona del demandado, no debería darse curso al conflicto de competencias. En resumen, la principal razón para declarar la no existencia de un conflicto de competencias es que cuando el juez se allana a la solicitud de declinatoria, materialmente no existe ningún conflicto de competencias.

DISCUSIÓN

Analizada la jurisprudencia que declara la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina o la jurisdicción agroambiental en el mismo asunto se tiene las siguientes discusión y conclusiones:

Debido a las particularidades de la propiedad agraria, el juez agroambiental debe observar si el conflicto de posesión de tierras se encuentra en una propiedad clasificada como TCO, para tomar especial atención a la situación competencial y el surgimiento de posibles conflictos de competencia, verificando siempre el cumplimiento de los tres ámbitos de vigencia (material, personal y territorial) para que el caso sea declinado en favor de las autoridades originarias, además de revisar las situaciones descritas en el presente estudio (jurisprudencia) en lo que respecta a posesiones agrarias.

La jurisdicción agroambiental tiene competencia para conocer los conflictos de derecho de posesión de tierras, dicha atribución se halla respaldada en la normativa agraria, en la Ley N° 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, modificada por la Ley N° 3545 de Reconducción Comunitaria; asimismo en la Ley N° 025 del Órgano Judicial.

Del análisis hecho a la fundamentación que arguye el Tribunal Constitucional para declarar la competencia de la jurisdicción agroambiental en los conflictos de derecho de posesión de tierras, se tiene que la SCP. 78/2017, sólo se ha remitido a los artículos que establecen las competencias de la jurisdicción agroambiental, es decir la Ley N° 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, modificada por la Ley N° 3545 de Reconducción Comunitaria, no acudiendo a lo establecido en la Constitución Política del Estado, ni realizando un análisis sistémico de la misma, puesto que no se valora en su real dimensión lo referido a la jurisdicción indígena originaria campesina, pudiendo llegar a decirse que el TCP se limitó a realizar simplemente una interpretación gramatical de las leyes.

La Ley de Deslinde Jurisdiccional, en su Art. 10 párrafo II inciso c limita la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando señala que esta no alcanza a la materia agraria; sin embargo, conforme la jurisprudencia analizada en la presente investigación, así como una interpretación sistemática de la Constitución, los conflictos de posesión de terrenos, al ser hechos que tradicionalmente conocían los pueblos indígenas originarios, deben continuar siendo competencia de estos, a efectos de lograr su autodeterminación y la materialización del ejercicio de sus sistemas jurídicos.

La Constitución de 2009 al adoptar el pluralismo jurídico como elemento fundamental para la existencia del nuevo Estado, toma al sistema jurídico de los pueblos indígenas originarios campesinos como parte de la función judicial única del Estado, así la jurisdicción indígena originaria campesina se encuentra

en igualdad de jerarquía con las demás jurisdicciones. Ahora establecida la jurisprudencia de que la jurisdicción indígena hoy conoce los asuntos que histórica y tradicionalmente conocía, a mérito de ello, se tiene que la jurisdicción indígena originaria campesina sí tiene competencia para el conocimiento de conflictos de derecho de posesión de tierras, porque son asuntos que se conocían histórica y tradicionalmente.

En vista de la fundamentación hecha por el Tribunal Constitucional para declarar la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, en los conflictos de derecho de posesión de tierras se tiene que dichas sentencias poseen plena tutela constitucional, pues el Estado boliviano a partir de la puesta en vigencia de la Constitución ha adoptado el pluralismo jurídico como factor básico del nuevo Estado, reconociendo los sistemas de justicia de la jurisdicción indígena y otorgándoles amplias facultades para el ejercicio de sus funciones.

Del estudio de la normativa y jurisprudencia ofrecida en el presente artículo, se puede advertir que tanto la jurisdicción indígena originaria campesina como la jurisdicción agroambiental se hallan amparadas para adquirir competencia en el conocimiento de conflictos de derecho de posesión de tierras, y que en caso de que ambas jurisdicciones pretendan asumir o negar dicha competencia, corresponderá resolver el problema a través de un conflicto de competencias al Tribunal Constitucional.

Para reclamar la competencia de una autoridad jurisdiccional, las partes tienen como mecanismo de defensa la Excepción de incompetencia, que debe ser planteada en el momento procesal oportuno, no pudiendo considerarse ni tramitarse dicha excepción como si se tratase de un conflicto de competencias,

porque son dos hechos completamente distintos, la excepción de incompetencia es un mecanismo de defensa reservado para las partes, en cambio, un conflicto de competencias solo puede presentarse cuando dos autoridades de diferentes jurisdicciones de forma paralela asumen o niegan su competencia para el conocimiento de un caso concreto.

Cuando un juez se allana al reclamo de competencia hecho por una autoridad de otra jurisdicción, se considera que no existe reclamo de competencia; asimismo, no existe conflicto de competencias si se reconoce de forma expresa la competencia de una autoridad jurisdiccional a favor de la autoridad de otra jurisdicción; como, por ejemplo, ocurre cuando una autoridad originaria reconoce la competencia de un juez agroambiental para el conocimiento de un determinado caso, a través de un oficio en que indica a las partes que pueden acudir ante este juez para dirimir sus conflictos.

Cuando una autoridad originaria reclama la competencia de un juez agroambiental para el conocimiento de un caso concreto, y hay un cambio de autoridades, la nueva autoridad deberá necesariamente deberá confirmar la continuación del reclamo de competencia de la autoridad anterior, de lo contrario, podría interpretarse la no existencia de un conflicto de competencias.

Si bien el reclamo de una competencia no tiene un momento procesal definido para su interposición, este debe realizarse hasta antes de que se ejecutorie la sentencia para que pueda suscitarse el conflicto de competencias; caso contrario, se tiene por consentida la competencia de la jurisdicción que conoció la causa hasta el dictado de la sentencia.

La participación de autoridades originarias en un proceso llevado a cabo por un juez agroambiental, no implica la existencia de un conflicto de competencias, ya que el reclamo de competencias debe realizarse de forma expresa.

Cuando existan autoridades paralelas que pretendan asumir la representación de una comunidad, y ambas reclamen competencia a la jurisdicción agroambiental; con carácter previo a resolverse el conflicto de competencias, debe solucionarse la situación de cuál de las dos es la autoridad legítima para el reclamo competencial, cual es la autoridad legítima para asumir la representación de la comunidad.

En caso de que el demandado sea al mismo tiempo sea autoridad originaria de la comunidad, no debe darse curso al reclamo de competencias, que lleve el caso a la jurisdicción indígena, en consecuencia, el juez agroambiental deberá continuar con la tramitación del proceso.

Se debe prestar especial cuidado en diferenciar si un asunto se encuentra en trámite en la jurisdicción indígena originaria campesina o si este se encuentra concluido, en el primer caso se puede declinar la competencia o suscitarse un conflicto de competencias; en cambio, en el segundo se deberá considerar la existencia de cosa juzgada y dar por concluido el proceso.

A modo de Conclusiones y Recomendaciones

Habiendo analizado a través del presente trabajo las normas que otorgan competencia tanto a la jurisdicción indígena originaria campesina como a la agroambiental sobre conflictos de derecho de posesión de tierras al interior de las TCO, y analizada la jurisprudencia constitucional nacional, se puede afirmar que la competencia es para ambas jurisdicciones. En

caso de que la jurisdicción indígena tome conocimiento sobre este tipo de conflictos posesorios, la jurisdicción agroambiental deberá respetar las resoluciones emergentes de la Justicia Indígena Originaria Campesina (JIOC); por otro lado, en caso de que la demanda de interdicto posesorio sea presentada ante un juzgado agroambiental, este deberá conocerla o tratarla hasta su conclusión, debiendo sin embargo, apartarse del conocimiento de la causa una vez que la JIOC reclame su competencia para el conflicto de derecho posesorio al interior de las TCO.

Se recomienda revisar la Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional para efectuar su adecuación constitucional, puesto que a partir de su promulgación, no cumple con el mandato expreso establecido en los Arts. 1 y 30 numeral 14 de la Constitución. Si no se cumple la condición de respetar y promover la pluralidad y el pluralismo en los términos establecidos en los citados artículos constitucionales, no será posible la construcción (constitución) del Estado Plurinacional Comunitario.

Se recomienda además que el Tribunal Constitucional Plurinacional, se pronuncie respecto a la contradicción de sus líneas jurisprudenciales cuando trata conflictos de competencia respecto al derecho posesorio de tierras al interior de las TCO, a fin de que haya una sola línea jurisprudencial que sea uniforme.

REFERENCIAS

- Agroambiental, T. (10 de junio de 2025). *Tribunal Agroambiental*.
Obtenido de www.tribunalagroambiental.bo
- Auto Agroambiental Plurinacional S1 N° 04/2018. (2018, enero 25) Tribunal Agroambiental.
- Auto Agroambiental Plurinacional S1 N° 23/2019. (2019, abril 10) Tribunal Agroambiental.
- Auto Constitucional 033/2017. (2017, febrero 7) Tribunal Constitucional Plurinacional.
- Auto Constitucional 0315/2015. (2015, agosto 18) Tribunal Constitucional Plurinacional.
- Auto Nacional Agroambiental S1 N° 08/2017. (2017, febrero 15) Tribunal Agroambiental.
- Auto Nacional Agroambiental S1 N° 10/2017. (2017, febrero 14) Tribunal Agroambiental.
- Auto Nacional Agroambiental S2 N° 27/2017. (2018, abril 26) Tribunal Agroambiental.
- Cabanellas, G. (10 de junio de 2025). *Diccionario Jurídico*.
Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>.
- Clauso, A. (10 de junio de 2025). *Análisis documental*.
Obtenido de El análisis formal: <file:///C:/Users/Fernando/Downloads/12586-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12666-1-10-20110601.PDF>
- Ejemplode.com, R. (10 de junio de 2025). *Ejemplo de método analítico y sintético*. Obtenido de https://www.ejemplode.com/13-ciencia/4189-ejemplo_de_metodo_analitico_y_sintetico.html

Guanipa, M. (10 de junio de 2025). *Hermeneutica de la ciencia y el método en la investigación*. Obtenido de <https://www.gestiopolis.com/hermeneutica-de-la-ciencia-y-el-metodo-en-la-investigacion/>

Infoleyes. (10 de junio de 2025). *República de Bolivia*. Obtenido de Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional: <https://bolivia.infoleyes.com/norma/2769/ley-de-deslinde-jurisdiccional-073>

Ley N° 1715, Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (artículo 41 párrafo I numeral 5 18 de octubre de 1996).

López, R. (10 de junio de 2025). *El método de investigación bibliográfico*. Obtenido de Museo arqueológico nacional (biblioteca): <http://www.oocities.org/zaguan2000/metodo.html>

Núñez, W. (10 de junio de 2025). Revisión documental. Obtenido de El estado actual de las investigaciones desarrolladas sobre empatía en niñas y niños en las edades comprendidas entre los 6 a 12 años de edad surgidas en países latinoamericanos de habla hispana, entre los años 2010 al primer trimestre del 2017: [https://repository.uniminuto.edu/bitstream/handle/10656/5218/TP_NunezMeraWendyJohanna_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Seg%C3%BAAn%20Hurtado%20\(2008\)%20afirma%20que,etapas%2C%20en%20donde%20se%20observe](https://repository.uniminuto.edu/bitstream/handle/10656/5218/TP_NunezMeraWendyJohanna_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Seg%C3%BAAn%20Hurtado%20(2008)%20afirma%20que,etapas%2C%20en%20donde%20se%20observe)

Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (33 ed.). Buenos Aires - Argentina: Heliasta S.R.L.

Sentencia Constitucional Plurinacional 0026/2013. (2013, enero 4) Tribunal Constitucional Plurinacional.

Sentencia Constitucional Plurinacional 0077/2016. (2016, diciembre 13) Tribunal Constitucional Plurinacional.

Sentencia Constitucional Plurinacional 0078/2017. (2017, noviembre 14) Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Seg%C3%BAn%20Hurtado%20(2008)%20afirma%20que,etapas%2C%20en%20donde%20se%20observe

Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (33 ed.). Buenos Aires - Argentina: Heliasta S.R.L.

Sentencia Constitucional Plurinacional 0026/2013. (2013, enero 4) Tribunal Constitucional Plurinacional.

Sentencia Constitucional Plurinacional 0077/2016. (2016, diciembre 13) Tribunal Constitucional Plurinacional.

Sentencia Constitucional Plurinacional 0078/2017. (2017, noviembre 14) Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL BOLIVIANA: DE LA CONCILIACIÓN A LA HIPERINFLACIÓN NORMATIVA

Legal evolution of Bolivian criminal policy: From conciliation to normative hyperinflation

DOI: <https://doi.org/10.69633/ectgcq79>
Recibido: 09/06/2025 Aceptado: 18/08/2025

* Raul Arnold Barriga Villegas

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2012-5123>
Unidad de Formación y Capacitación de la Escuela de Jueces del Estado
arnibarriga@gmail.com

RESUMEN

Este artículo efectúa un análisis histórico-jurídico de la evolución de la Política Criminal en Bolivia, desde el periodo precolombino hasta la etapa estatal contemporánea. Usando un enfoque cronológico y doctrinal, se identifican los rasgos esenciales de los sistemas normativos penales en las etapas históricas incaica, colonial, republicana y estatal.

Queda comprobado cómo la justicia penal boliviana transitó de una política criminal basada en la conciliación y el respeto comunitario hacia un proceso de hiperinflación normativa, caracterizado por la acumulación de leyes penales sin un criterio sistemático. En rigor, la excesiva legislación penal actual responde más a presiones sociales y políticas que a una estrategia integral de política criminal, afectando la vigencia del sistema jurídico punitivo nacional.

Palabras clave: *Codificación penal; criminalidad; hiperinflación legislativa; política criminal; sistema normativo punitivo.*

*Licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma Tomas Frías, Juez en materia Penal de la ciudad de Potosí, docente en la Escuela de Jueces del Estado y ha sido docente universitario. Realizó sus estudios de post grado en la Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Central, siendo egresado del Segundo Curso de Formación y Especialización Judicial en el Área Ordinaria de la Escuela de Jueces del Estado. En su carrera profesional desempeño funciones en el ámbito privado y en el Órgano Judicial en el cargo de juez en distintos juzgados.

ABSTRACT

This article provides a historical-legal analysis of the evolution of criminal policy in Bolivia, focusing on the pre-Columbian period up to the contemporary state stage. Using a chronological and doctrinal approach, it identifies the essential features of the criminal normative systems in the different historical stages, divided into Inca, colonial, republican and state. It is shown how Bolivian criminal justice transited from a criminal policy based on conciliation and community respect to a process of normative hyperinflation characterized by the accumulation of criminal laws without a systematic criterion. Strictly speaking, the current excessive criminal legislation responds more to social and political pressures than to a comprehensive criminal policy strategy, affecting the validity of the national punitive legal system.

Keywords: *Criminal codification; criminality; legislative hyperinflation; criminal policy; punitive normative system.*

INTRODUCCIÓN

Todo Estado de derecho en el que haya un ordenamiento jurídico básico, obligatoriamente consta de un sistema normativo. La premisa no implica que el conjunto normativo positivado vigente en un país se exprese con carácter exclusivo en algunas materias o ramas de las ciencias jurídicas; por el contrario, resulta válida la existencia simultánea de diversos sistemas normativos acordes a la realidad social (Agüero-SanJuan, 2023). De allí que el nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia contrajo el reconocimiento del denominado pluralismo jurídico, ampliamente condensado y desglosado en la Constitución.

El artículo 410 de la Constitución establece que esta es “la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa” (Estado Plurinacional de Bolivia, 2009). En consecuencia, con

el sustento de su Ley Fundamental, el Estado boliviano adopta un ordenamiento jurídico interno compuesto por sistemas normativos propios, entendiéndose éstos como principios, caracteres, naturaleza jurídica, figuras o tipificaciones legales, reglas procesales y demás características de los acápites sustantivos, procedimentales, del ámbito legal (Quenta Fernández, 2019).

Un Estado de derecho consta de un ordenamiento jurídico que está amparado en sistemas normativos que regulan las actuaciones y conductas de la población. No por nada se exige que los sistemas sean de cumplimiento obligatorio; así, cada sociedad organizada genera y concibe un conjunto normativo de caracteres propios, evitando una dispersión, procurando, además, concordarse con otras reglas comunes de la sociedad.

La relevancia de comprender los sistemas normativos que rigieron o rigen en el territorio nacional, busca instituir un “Derecho Propio”, un “Derecho Plurinacional”, que destierre la yuxtaposición de normas o sistemas ajenos que perforan la realidad boliviana; el conocimiento de las etapas en las que fueron impuestas hace que la ciudadanía en su conjunto, y primordialmente el legislador boliviano, respalde el acoger modelos de regulación jurídica conforme a la vivencia nacional (Charney & Núñez, 2024).

El Estado no es ajeno a los sistemas normativos que típicamente reglamentan la convivencia social; ramas como el derecho penal, el derecho civil, el derecho administrativo o el derecho tributario resultan nombrados por el universo litigante; es más, se ofertan como una necesidad en la tramitación de procesos.

Empero, la acumulación excesiva de leyes, su poca concordancia con la realidad, así como la tipificación de conductas sociales hoy reprochadas, permitieron que emerjan distintas soluciones de la llamada crisis judicial. Algunas de ellas representan a la nueva concepción de la política criminal plurinacional, consistente en accionar la conciliación previa en asuntos penales, junto con el surgimiento y sistematización de métodos alternativos de solución de controversias ante hechos punitivos (Araya-Moreno, 2021).

En el intento de corregir las leyes positivas extranjeras, es oportuno analizar la naturaleza jurídica de la evolución de la política criminal del país, que hoy día pretende imponerse frente a la constante judicialización del conflicto, reivindicando la esencia de las primordiales normas jurídicas penales bolivianas, en un Estado que evita la propagación de figuras legales externas e intenta perfilarse como modelo en la región.

Sin el ánimo de generar confusión o mayores conflictos doctrinales respecto a lo que debe entenderse por derecho penal, habrá que partir de nociones conceptuales de entendimiento común. Como una aglomeración de figuras jurídicas, el derecho penal permite un análisis de la teoría general del delito y de los delitos en particular. Las conductas que menoscaban la convivencia pacífica y su prevención son regladas en el derecho penal, a través de normas coactivas (Campoverde Nivicela et al., 2018).

El derecho penal comprende una parte general y otra especial. La primera incluye la teoría general del delito, los principios de culpabilidad, la forma de adecuar delitos a posibles culpables, las circunstancias atenuantes o agravantes y las correspondientes penas; la parte especial abarca los hechos

punibles o lo que se denominan delitos tipificados, reunidos en el apartado normativo que es el Código Penal (Cortés Z., 2020).

Comprendida dicha división, hay que advertir que el derecho penal sustantivo, también llamado De fondo, está íntegramente positivado o escriturado en los delitos del Código Penal boliviano; en tanto que la aplicación del proceso penal o la forma de juzgar los delitos y dictar las penas está prevista en el derecho adjetivo, el cual tiene que ver con el Código de Procedimiento Penal.

Para una correcta comprensión de los apartados sustantivos, adjetivos y de ejecución de penas en la política criminal penal boliviana, amerita una subdivisión de períodos en que, de forma objetiva se conozcan los sistemas normativos penales concebidos en Bolivia, en los períodos incaico, colonizado, republicano y, principalmente, en los tiempos modernos de instrumentalización del Estado Plurinacional.

Es pertinente entender las fases de la codificación penal boliviana, pues en reiteradas oportunidades surgen intentos de reformar la política criminal sin tener criterios formados que diluciden su naturaleza jurídica o la efectividad de cada compilado sancionatorio impuesto en el país.

El presente estudio, considera la política criminal como el conjunto de directrices y estrategias adoptadas por el Estado para sancionar y reinsertar socialmente a quienes incurrir en conductas tipificadas de ilícitas.

Así, la política criminal es una categoría jurídico-política vinculada al derecho penal, pero con un alcance de legislación

(sustantiva y procesal) junto a la organización institucional y los criterios de aplicación de la ley. En rigor, difiere del derecho positivo (que alude al conjunto de normas vigentes) o del delito (conducta sancionada), habida cuenta de que tiene un propósito preventivo, para luego reprimir y dar curso a la reintegración.

Dicho esto, a través del análisis de las etapas históricas premodernas (el incario y la colonia), se prevé adoptar la noción de que la política criminal se identifica con los mecanismos formales e informales de control social y de resolución de conflictos propios de cada periodo, sin forzar la aplicación acrítica de categorías contemporáneas.

MÉTODOS

La investigación plantea un enfoque histórico-jurídico de carácter eminentemente descriptivo, toda vez que reconstruye la evolución de la política criminal en Bolivia desde el período precolombino hasta la etapa estatal contemporánea.

Es una investigación histórico-descriptiva que sistematizará los rasgos normativos y doctrinales de cada periodo, con especial atención en la codificación penal y sus transformaciones. Para ello se empleó el análisis documental y la revisión bibliográfica de fuentes primarias (constituciones, códigos, leyes y decretos) y secundarias, compuestas estas por literatura académica especializada, crónicas históricas y estudios doctrinales nacionales e internacionales.

Respecto a las técnicas de investigación, se utilizaron matrices de análisis normativo y bibliográfico, logrando una clasificación ordenada de la información, la que fue confrontada con el escenario socio-jurídico correspondiente. Gracias a esta

metodología, se pudo identificar las líneas de continuidad y ruptura en la política criminal boliviana, decantando en la valoración crítica de sus efectos en el aparato penal.

RESULTADOS

1. La Criminalidad en el Período Precolombino

El período que antecede a la llegada de la corona española a tierras americanas se conoce como la etapa precolombina; en específico se refiere al imperio incaico asentado en el Tahuantinsuyo.

Cabe precisar que al hablar de este periodo, el uso de las categorías de derecho penal, delito o normas sustantivas y adjetivas, corresponde a una adaptación conceptual, a fin de facilitar la comprensión contemporánea. En rigor, dichas sociedades no disponían de un Estado moderno, tampoco de un sistema jurídico codificado en el sentido actual; al contrario, primaba un conjunto de normas consuetudinarias y principios de convivencia que operaban como mecanismos de control social y resolución de conflictos. Por tanto, las referencias terminológicas modernas deben entenderse como equivalencias analíticas y no traslaciones literales de instituciones jurídicas vigentes hoy.

Para una interpretación jurídica del incario, se puede señalar que por su alto contenido de respeto a la colectividad y al bien común, esta sociedad denota rasgos y caracteres propios de un auténtico sistema normativo penal incaico. De otra forma, no tendría relevancia hacer hincapié en este periodo; al contrario, en una etapa histórica cultural incipiente, es propicio destacar la adecuación de figuras jurídicas actuales al imperio inca, por cuanto éste discierne elementos penales en contraposición a institutos de normas civiles (Kihien, 2022).

La correlación entre el respeto a las buenas costumbres y la propiedad colectiva de bienes en general, permitió la preponderancia del derecho penal en el imperio; de esta forma, puede advertirse una división apropiada de la trilogía del sistema normativo penal: visiblemente en el periodo incario pueden catalogarse de uniformes los delitos castigados (cúmulo sustantivo), el proceso contra los infractores (apartado adjetivo) y la aplicación de penas (clasificación de sanciones) (Zorrilla & Chimbor, 2015).

Entonces, el imperio inca, al sujetarse a principios de convivencia pacífica, evita la disgregación conflictual entre sus habitantes. La finalidad del incario, al preferir una mayor concentración de normas penales e imponerlas bajo sanciones severas, no es otra que la cultura de paz; es más, al divisarse la necesidad de combatir la criminalidad, se masifica la persecución de oficio, y la correspondiente sanción a los infractores es impuesta en la medida en que se transgreden los principios ancestrales. (Pease, 1971)

Dicho de otro modo, para evitar conductas contradictorias a los usos y costumbres, el incario logró tipificar adecuadamente los delitos. La política criminal adquiere una naturaleza jurídica sancionatoria pero de respeto pleno hacia la comunidad.

Con ello, la naturaleza jurídica incaica de lucha contra ilícitos puede caracterizarse por configurar las conductas que conculquen el pacifismo en la población. Así, no significa que jamás se utilizó la fuerza o la guerra como medio de defensa; al contrario, el sistema penal incaico apuntó a contrarrestar las prácticas inadmitidas en la convivencia social y a reducir la criminalidad (González Kazén, 2020).

El desconocimiento de una política criminal de tratamiento similar en el territorio del Tahuantinsuyo, revela una supremacía del interés y la propiedad colectiva sobre la tierra; ello repercutió en que el comercio y la propiedad no gocen de atención en el imperio. En síntesis, al predominar el sometimiento pleno y respeto a la autoridad del inca, la política contra ilícitos procuraba el bienestar y respeto entre la población, evitándose el surgimiento de conductas conculcadoras o que menoscaben los principios, usos y costumbres con los que se concibió al imperio (Barnechea et al., 2013).

En el incario está arraigado el respeto común de lo colectivo, porque al no generarse la propiedad individual y primar los delitos, las figuras jurídicas civiles quedan reducidas a su mínima expresión, tal cual es el caso de la sucesión, que llanamente es un modelo que rige la mita y el ayni, mas no una práctica jurídica común y frecuente entre los incas (Valentin Mballa et al., 2020).

Para un mejor entendimiento de los tipos penales que preponderaron en el imperio y, con ello, respaldar la diferenciación de los ilícitos jurídicos perpetrados en el incario, las conductas delictivas se condensan con mayor relevancia en el sistema normativo penal y ejecutorio de penas. Entre los delitos contra la autoridad, el Inca irradia la presencia del Estado ficticio; no se prohibía atentar contra la vida o seguridad de la persona que asumía ésta representación, sino contra el imperio entero y su territorio. Por ser una cultura guerrera, no es permisible que los incas abandonen la contienda; así, la desertión se tipifica como delito porque el desertor deja de defender al imperio (San Miguel, 2022).

Ahora bien, la administración de justicia, vista como predecesora de los delitos contra la administración, obligaba a informar la labor que desempeñaban los juzgadores; la

potestad de supervisarlos correspondía a los llamados Tucuy-ricoc, quienes valoraban, evaluaban y vigilaban que no hubieran actos de injusticia en el imperio (G. García, 2021).

La indisciplina o incumplimiento de las órdenes emanadas por los Curacas también es objeto de sanción pues, aparte del Inca, éstos últimos tenían ciertas prerrogativas. Con relación a los delitos contra la fe pública, la suplantación de títulos o funciones determinaron la imposición de la llamada Hihuaya-rumi, consistente en dejar caer sobre las espaldas del acusado una piedra de dos varas de alto. Al mismo tiempo, los hechiceros o brujos no tenían cabida ante los Curacas y, en ese orden de ideas, entran en el sistema normativo sustantivo los delitos contra los bienes, en razón de que no se permitía descuidar las obligaciones con el poder real. Se debía trabajar la tierra y, en caso de incumplimiento, operaban las sanciones correspondientes; a colación, se prohibía la caza de animales sagrados porque el incario propugnó el respeto de la naturaleza (Azócar Prado, 2017).

En cuanto a delitos contra las personas, se diferenciaban las contravenciones a la vida y a la integridad corporal; en conjunto, las lesiones fueron penadas o castigadas, incluso con la retribución o el trabajo comunitario. Respecto a la familia, las regulaciones jurídicas no se redujeron al respeto de la monogamia, sino que procuraban que la identidad familiar subsista; las conductas viciosas consumistas fueron proscritas, privándose de trabajo a quienes excedían el rango moderado de consumismo (Berríos-Campos, 2020).

La propiedad colectiva intentó censurar las conductas de apropiación indebida de objetos pertenecientes al imperio o a la colectividad; así, el principio de evitar la sustracción mediante el robo o hurto se posiciona en el sistema normativo penal a título de delitos contra la propiedad. Se concluye que para condenar y sancionar las conductas delictivas, en el

imperio inca prevalecieron los principios, usos y costumbres. La catalogación de la parte sustantiva debe entenderse como prolija; su tipificación penal amerita destacarse y su división minuciosa de delitos es el cimiento para desechar el crimen (Hachim Lara, 2018).

Con relación al ámbito adjetivo, la aplicación del procedimiento penal a infractores (hasta de oficio) respetaba las reglas mínimas del debido proceso (móviles, atenuantes, medios y formas penales en que nacen los delitos y su correspondiente tipificación); la garantía de un proceso justo exento de vulneraciones contra los delincuentes está en la intervención de los llamados veedores; por ello, resultado del sistema normativo en tierras precolombinas es un derecho adjetivo penal moderado (Zorrilla & Chimbor, 2015).

Por último, a título de pena de muerte (ahorcamiento, decapitación, despeñamiento o entierro), penas corporales (lapidación, apaleamiento o reclusión), penas infamantes (corte de cabello o la afectación del derecho a ocupar funciones públicas) y penas pecuniarias (decomiso de bienes del infractor), el incario refleja un inventario detallista de sanciones por conductas delictivas (Puma Llanqui et al., 2022).

La tipología de penas se conceptúa, en un enfoque amplio, como coherente a los delitos concebidos en la comunidad incaica. Los antecedentes expuestos remarcan que la etapa precolombina favorece una política criminal boliviana íntegramente nutrida de elementos y figuras jurídicas penales incaicas. Los incas, además, tuvieron como base de convivencia pacífica el sistema normativo penal y no así las reglas civiles propias del territorio colonizado.

2. Imposición de la Política Criminal Castellana en la Colonia

Mediante las Capitulaciones de Santa Fe, los Reyes de Castilla (también conocidos como Reyes Católicos) otorgaron a Cristóbal Colón el poder de sobreponerse al régimen jurídico costumbrista de los pueblos precoloniales; al mismo tiempo, se inclinaban a que los habitantes de las tierras descubiertas asuman la calidad de vasallos libres y, excepcionalmente, se sometían a un régimen de esclavitud (Olivares, 2019).

En este periodo, la denominación de instituciones y categorías jurídicas exige cautela. La aplicación de términos como política criminal o delitos incumbe una lectura contemporánea que facilita la clasificación de las prácticas normativas y sancionatorias coloniales, aun cuando su estructura y fundamentos hayan respondido a un sistema jurídico premoderno, regido por preceptos reales y ordenanzas de carácter territorial. De hecho, las figuras y procedimientos descritos suelen interpretarse mediante la lógica jurídica y política de la época, evitando proyectar respecto a ellas nociones modernas en sentido estricto.

La corona española desintegra la política criminal incaica, caracterizada por una identificación plena de los elementos jurídicos de mayor relevancia en el derecho penal. Entonces, con la llegada de los españoles a territorio americano, la libertad (como bien jurídico protegido por el poder real y suplementario del pacifismo entre la población) ya no representa una potestad del imperio; al contrario, la atribución de emitir normas correspondería a la región castellana o de la metrópoli (Toro Silva, 2022).

Así, en plena conculcación de la propiedad colectiva del incario, los usos y costumbres son sustituidos por las Leyes

de Castilla y de Indias. Se anula la facultad de los habitantes originarios sobre la tierra, pasando de su calidad de propietarios a simplemente vasallos; ello genera una transmutación de la personalidad y atributos propios de los incas, forzándolos al sometimiento a las prescripciones normativas castellanias (Ibarra, 2016).

El carácter yuxtapuesto de los principios y usos incaicos originó la naturaleza jurídica de la política criminal colonial. La libertad, uno de los principales bienes jurídicos del incario, fue limitada y utilizada para operar la colonización; desde un enfoque normativo, se imponen las leyes españolas generales de Castilla y las leyes específicas de Indias (García Pérez, 2017).

Las primeras resultan incoherentes con la realidad colonial, y la jurisdicción intercontinental o de España denota su insostenibilidad en América, ambas atenuantes obligan a la vigencia de una administración penal propia en la colonia, conforme a las normas indianas y acorde a la distribución geográfica e instituciones creadas en territorio americano. Lo antedicho fundamenta que la política criminal inquisitiva, la existencia de auxilio judicial, delitos, penas, y demás caracteres normativos e institutos jurídicos españoles rijan durante la colonización de América, previamente, bajo la dependencia de las Leyes de Castilla y, a posteriori, las Leyes de Indias (González Monguí & Carvajal Martínez, 2023).

Referirse a las Leyes de Castilla permite desentrañar el Derecho Territorial Castellano o las leyes que fueron importadas desde la Corona; resaltando en el ámbito penal la Recopilación Legislativa o Nueva Recopilación del Rey Felipe II (Pabón Lara, 2023). Se contemplaba la pena de muerte, las penas corporales y, según la condición del delincuente, distinguía

a nobles, plebeyos, negros, mulatos e indios. Suprimió disposiciones y añadió otras, como las Leyes de Toro, en las cuales, por ejemplo, se castigaba el aborto, el adulterio, la herejía, la hechicería; de la misma forma, fueron tipificadas de conductas contravencionales la blasfemia, la usura, el juego, las injurias, el robo, la traición, el incesto, el estupro, el homicidio, entre otros tipos penales (Iglesias Rábade, 2021).

Al derecho metropolitano se agregan las Leyes de Partidas; éstas, admitían el tormento ante la insuficiencia de pruebas del delito, y legisla diversas figuras delictivas (como la traición al Rey, la falsedad, homicidios, delitos contra la honra, robos, hurtos y daños, estafas, engaños, adulterio, incesto, violación, sodomía, hechicería, herejía, suicidio y blasfemia). Por lo demás, definía la inimputabilidad; reconocía la figura legal de tentativa, delito consumado, instigación y complicidad, circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes, y propugna la finalidad de la pena a título de retributiva y prevención general en tierras colonizadas (Loris, 2021).

En atención al derecho indiano habrá que conceptualizarlo a través del conjunto de las Leyes de Indias, que fueron una compilación de las Leyes de Burgos, en respuesta a los maltratos que sufrirían los indígenas por parte de colonos, de las Leyes Nuevas, tendientes a resolver problemas de la figura jurídica de la encomienda en los Virreinos de Nueva España y Perú, y de las Ordenanzas de Alfaro, que apuntaron a constituirse en la política criminal imperante, tanto en el ámbito penal como en el civil (Sánchez Domingo, 2012).

Entre las características más sobresalientes podría destacarse que la llamada inquisición no alcanzaba a los indígenas, porque se los consideraba incultos de fe; empero, en materia

penal, los delitos cometidos por indios eran castigados con mayor benignidad que a los españoles; igualmente, los ilícitos perpetrados contra indios se reprimían con mayor dureza (García, 2021).

En el proceso penal inciden grandemente las instancias en que se juzgan las conductas delictivas y se imponen penas. Instituciones como los Tribunales del Santo Oficio, las Casas de Contratación (en una primera etapa de dependencia jurisdiccional de la corona española) y la Real Audiencia de Charcas, a través de Alcaldes del Crimen, conocían los denominados pleitos; sin duda, la nomenclatura pleitista, y no así proceso penal, es una característica esencial a destacarse del adjetivo penal (Estruch & Oyarzábal, 2020). Concluido el procedimiento, queda emitida la resolución, pudiendo ser objeto de los recursos de apelación, súplica y segunda súplica; o sea, estaba vigente la doble instancia.

El proceso penal se consuma según las reglas contenidas en las Leyes de Partidas y Leyes de Indias, lo que presupone una concentración de normas castellanas y propias del territorio colonizado, garantizándose incluso defensores de oficio. Como era de esperar, la tipología de penas resulta acrecentada. Siete especies de penas se encuentran contenidas en la Nueva Recopilación y las Siete Partidas; a destacar: la pena de muerte o pérdida de un miembro, trabajo perpetuo, destierro perpetuo con y sin confiscación de bienes, prisión de por vida, infamia o pérdida de algún oficio, azotes o heridas públicas (Guerra Orozco, 2012).

El procedimiento penal en la legislación indiana se desarrolla al punto de contar con una resolución que no desconoce la doble instancia, ya que la sentencia es objeto de revisión mediante

los recursos de apelación y segunda suplica. Así, queda plasmada la ejecutoria de la resolución y, al verificarse que el pleito y juicio se consumaron, el declarado culpable tendrá que cumplir una condena; entonces, el condenado se regirá según lo prescrito en el régimen normativo de cumplimiento de penas. Las cárceles, los carceleros, las visitas de cárceles también son reguladas por las Leyes de Indias (Castro-Valdebenito, 2019).

Por lo expuesto, se puede afirmar que la naturaleza jurídica de la política criminal en la colonia (en su parte sustantiva, adjetiva y procedimental), obedece a criterios rectores legislados en un primer momento, por normas castellanas, para luego finalmente consolidarse el derecho indiano.

3. La Criminalidad en el Período Republicano

La sublevación del 25 de mayo de 1809, ocurrida en la entonces ciudad de Chuquisaca, actual Sucre y capital del Estado Plurinacional, es el primer grito libertario en América y detonante de las guerras de independencia en territorio americano. El país, mediante la Asamblea General de Diputados de las Provincias del Alto Perú, se declaró independiente el 6 de Agosto de 1825; de esta forma, nace la República de Bolívar, a posterioridad, Bolivia.

El nacimiento republicano, sin embargo, adolece de un problema jurídico heredado de la colonia: la vigencia normativa de leyes españolas, como el Código Español de 1822 (Colmenero, 2023). Una incoherencia pues una república, emancipada del régimen colonial, merecía normas propias; sin embargo, se critica que culminada la época independista y constituida la República de Bolivia, el Libertador Simón Bolívar permita la aplicabilidad de un cúmulo normativo inapropiado.

La codificación de origen tendría que ser una política criminal estatal boliviana y no concretarse casi nueve años después, con el Mariscal Andrés de Santa Cruz; en 1834 se adopta una política criminal propiamente boliviana, inscrita en el Código Penal Santa Cruz, con una denominación individualista porque así lo determinó el propio Presidente (Ramos Nuñez, 2000).

El sistema casuista e inquisitivo, propio de gobiernos autoritarios, reviste la naturaleza jurídica de la política criminal en la etapa republicana. Se afirma que este Código Penal es demasiado casuista, en rigor, que es muy detallado e incisivo en las conductas delictivas. La labor de codificación española, conforme se observa en el Derecho Castellano, incluye la tipificación de absolutamente todas las conductas consideradas delictuosas.

Así, cada delito tiene una subdivisión, atenuante, reincidencia, y otros factores que permiten al compilador español regular conductas específicas y no de forma general el delito. El principal problema radica en que, producto de la cultura positiva española, intenta plasmar gran parte de los delitos, lo que arroja un sistema penal colmado de descripciones con amplio desarrollo; no por mucho, sin embargo, la redacción de cada artículo o tipificación delictiva implica un detalle de diversos factores o circunstancias en que se comete la contravención.

Acorde a lo expuesto, la legislación penal española de 1822 y, por consiguiente, el Código Penal Santa Cruz de 1834 han de catalogarse como una compilación de transgresiones con una regla general y una serie de reglas específicas, pues tratando de evitar una dispersión normativa, adopta la posibilidad de reunir delito tras delito y, con ello, llegar a un casuismo vasto. Sobre la parte procesal del sistema penal republicano, sin distinción

se juzgaba conforme al Código de Procederes de Andrés de Santa Cruz; tanto la materia civil como la penal se regulaban a través de este compilado normativo (Villamor Lucia, 1976).

Los artículos que conforman el Código de Procederes permiten reconocer el sistema inquisitivo, porque apuntan a que el juez investigue, acuse y castigue al infractor. Las múltiples facultades asignadas al juzgador son un signo típico del sistema inquisitivo; el casuismo se perfecciona cuando el apartado normativo o Código Penal está saturado de tipos penales, desplegados al mínimo detalle; además, una mayoritaria cantidad de artículos o su extensa redacción, copia fiel del modelo español, dan como resultado el poco interés gubernamental cruceño, por dotar de un sistema normativo sustantivo propio a la República de Bolivia (Peralta Ruiz, 2020).

Sintetizando, el apartado sustantivo denota que la política criminal penal republicana acoge el Código Español de 1822, sin mayores modificaciones que las establecidas por necesidad de ajuste social y readecuación geográfica o de gentilicios apropiados a la República de Bolivia.

Respecto a sus reformas, diversas constituciones políticas del Estado derogan implícitamente la esencia procesalista criminal del Código Penal de 1834, pero mantienen la naturaleza casuista; las leyes modificatorias sólo acumularon tipificaciones penales; no obstante, el sistema penal sustantivo o de ejecución de penas republicano aún era conflictivo, por su transcripción fiel del Código Español de 1822 (Machicado, 2024).

Sobre el procedimiento, éste se representa (en una primera etapa) en el Código de Procederes que incluía indistintamente

el juicio civil y criminal. La vigencia del Procedimiento Criminal de 1858, y sus modificaciones de 1880 y 1898, permitieron su diferenciación del proceso civil; empero, la esencia inquisitiva aún tapizaba el procedimiento penal porque el juez, colaborado externamente por un agente fiscal, aún conserva su papel principal de juzgador de infractores; lo que le importa al juez es castigar al delincuente y probar su culpabilidad (Parra Núñez, 2022).

Allí radica el antecedente del sistema mixto, pues es un paso para que el fiscal, posteriormente, investigue, acuse e impute, y el juez se limite a dirigir el juicio, pudiendo efectuarse un proceso ordinario, para conductas en que se apliquen juicios orales y penas mayores, o un proceso sumario, donde se imponga penas leves o pecuniarias; en ese entendido, los juicios penales podían ser verbales o escritos. Para concluir, sobre las sanciones impuestas, campean las penas corporales (muerte, presidio, destierro, confinamiento, trabajo social) y penas no corporales (declaración de infamia, inhabilitación para ejercer el empleo, profesión o cargo público, privación de empleo, arresto y retractación) (Mundo Jurídico, 2018).

Con base en lo anotado, se puede afirmar que la política criminal boliviana de 1834 obedece al sistema español, habida cuenta de que se mantiene la masiva tipificación de delitos; su contenido general y específico generaba ciertas dudas y la imposibilidad de ampliarse a otras conductas delictivas, además que el régimen de penas todavía conservaba lo normado en la colonia.

Lo propio ocurría con el apartado procedimental. Las reformas intentaron modificar el sistema normativo procesal penal republicano. Inclusive, la jurisprudencia quedaba sin uniformidad y relegada porque, por una parte, la legislación era

para una realidad española, distinta a la boliviana, y resultaba inviable la aplicación de tipos penales que apuntan a regular autoritariamente el ámbito criminal republicano; y, por otra, las constantes reformas disgregaron la opinión formulada por las instancias que emitían las resoluciones judiciales.

4. Codificación Totalitaria del Crimen en el Período Estatal

La segunda codificación boliviana ocurre en la década de los 70 del siglo pasado; en 1972 se desnaturaliza el sistema normativo casuista republicano. El entonces presidente Hugo Banzer Suárez impulsa la reforma de los principales compendios normativos, destacándose, el Código Penal, el Código Civil, sus procedimientos, el Código de Familia, además del Código de Comercio.

La labor codificadora permite desentrañar que, en cierta medida, prima una tarea legislativa penal claramente boliviana, porque no se utilizan las extensas descripciones delictivas heredadas del derecho español. Cambia la orientación legal del principal cuerpo tipificador de delitos boliviano, bajo la nomenclatura de Código Penal de 1972 o Decreto Ley N° 10426 del 23 de agosto de 1972, pues a través de esta apreciación modificatoria, con anterioridad a la siguiente reforma penal de 1997, puede comprenderse los caracteres del sistema normativo sustantivo, aprobado durante la época dictatorial de Banzer (Colanzi Zeballos, 2025).

En correlación, la naturaleza jurídica del sistema normativo penal experimenta un viraje. Se abandona el casuismo penalista para adoptar una definición corta de cada tipo penal (nomen iuris), sencilla y de fácil entendimiento, siendo ésta la principal novedad del período penal estatal; su claridad y redacción apropiada resultó en un Código Penal moderno y sin muchas discrepancias en su entendimiento. No obstante,

en un primer período incurre en errores exorbitantes, lo cual se traduce en la positivización de figuras procesales que debían ser regladas exclusivamente por el Código de Procedimiento Penal; vale decir, confunde la finalidad del Código Penal con su carácter procedimental (Quenta Fernández, 2017).

Sin duda, la dispersión normativa en materia penal es corregida a través de un tumulto de leyes promulgadas desde 1997. Varias nociones de la parte general (como definiciones de delincuente, reo, acusado, imputado, imputabilidad, reincidente y otras) reflejaban demasiada confusión; así, fueron subsanadas con las reformas penales sustantivas y adjetivas, pues se permite el ingreso del sistema penal mixto, por el que la Policía y la Fiscalía operarían la investigación y la acusación, dejando al juzgador la labor de monitoreo en el proceso que llegase a instaurar (Sanjines Tudela, 2012).

El Código Penal de 1972 rigió hasta el 10 de marzo de 1997, fecha en que entra en vigencia la Ley N° 1768, de reformas de este instrumento normativo; naturalmente, se lo elevó a rango de Ley y se subsanaron los errores en que incurrió el codificador boliviano. En tiempos modernos, quizá las reformas de mayor incidencia son la Ley N° 004 y la Ley N° 007, que buscan transformar el sistema normativo penal, pues toma muy en cuenta el enfoque de irretroactividad, a la par que ambiciona modificar la naturaleza jurídica de los delitos con la denominada imprescriptibilidad (Alarcón Gambarte, 2020).

En cuanto al procedimiento penal, la garantía de presunción de inocencia, en contraposición a la culpabilidad del infractor, criticada en anteriores adjetivos penales bolivianos, es una de las principales características del proceso penal abdicado en 1973; propiamente, la reforma de 1999 transmuta el sistema

inquisitivo y otorga curso pleno y vigencia al sistema penal mixto, propio de sistemas democráticos. La reforma procesal penal de 1999, no es más que un instrumento jurídico necesario para abolir el sistema inquisitivo y pasar a un sistema acusatorio; empero, por delegarse atribuciones al Ministerio Público, y subsidiariamente a la Policía Boliviana, en la averiguación de la verdad, ya se impone un sistema mixto (Chairez Zaragoza, 2017).

La Fiscalía tiende a iniciar la acción penal con la diferenciación de los delitos de acción pública (o instancia de oficio) de aquellos de orden privado, aunque en la primera etapa codificadora procesal penal de 1973 se prescribieron limitaciones para ciertos casos de criminalización y que por el grado de parentesco se impedía enjuiciar a familiares. Si bien el proceso penal primario de los años setenta confundía figuras del ámbito civil y penal, el paso de los años permitió un moderado ingreso al sistema mixto de 1999 (Bejarano Gerke, 2014).

La Fiscalía (con apoyo de la Policía) cumplía el rol de investigar, imputar y acusar, a tal extremo que, para precautelar las garantías del debido proceso, el juez o tribunal (en calidad de simple moderador del juicio oral) apreciaba las etapas de investigación preliminar, preparatoria, juicio oral público y contradictorio hasta consumarse las impugnaciones, apelación y recurso de casación, permitidas por ley contra la sentencia emitida en primera instancia.

En último lugar sobre la ejecución de penas, la Ley N° 2298 o Ley de Ejecución de Penas y Supervisión del 20 de diciembre de 2001, concordante con el Código de Penal de 1997, concibe una tipología de penas arrimada al presidio, reclusión,

prestación de trabajo y multa; finalmente, la Ley N° 004 ya no diferencia la reclusión o presidio, sencillamente menciona la pena de privación de libertad (Rivas Montealegre, 2021).

A efectos de precisión conceptual, conviene diferenciar la codificación de la mera producción legislativa. La primera es una técnica de sistematización dedicada a reunir, depurar y ordenar íntegramente una materia en un cuerpo único, bajo criterios de unidad de parte general y especial, procurando un lenguaje homogéneo y reglas relacionadas con leyes especiales. En tanto que la segunda describe la aprobación fragmentaria y sucesiva de normas generales o sectoriales que terminan dispersando contenidos, dando cabida a posibles problemas de incompatibilidad. Para el caso de Bolivia, la reforma de 1972 simplificó la redacción típica y la de 1997 corrigió desajustes relevantes; empero, la continuidad de leyes especiales penales restó eficacia a la pretensión codificadora, dado que reinstaló la heterogeneidad normativa, lo que dará paso a la hiperinflación legal.

Por dicha práctica, el Código del Sistema Penal (CSP) de 2017 fue catalogado de un intento explícito de reordenamiento, ya que proclamó la racionalización del poder punitivo como última respuesta al conflicto, e incorporaba un enfoque restaurador, limitando las dispersiones penales a un único texto. No obstante, tuvo una vigencia efímera debido a que se derogaron sus artículos 137 y 205, mediante la Ley N° 1025 del 10 de enero de 2018 y, de modo definitivo, fue abrogado por la Ley N° 1027 del 25 de enero de 2018, que dejó sin efecto íntegro la Ley N° 1005 del 15 de diciembre de 2017.

El resultado práctico fue la reinstalación del mosaico legislativo plagado de modificaciones puntuales y leyes especiales, que acumuladas reafirman la tendencia a la dispersión seguida de la hiperinflación normativa.

DISCUSIÓN

La Hiperinflación Normativa

En el Estado Plurinacional y su enfoque de reducir la criminalidad, puede observarse un fenómeno jurídico bastante atípico. Las figuras penales se incrementan, la dispersión se apodera de los instrumentos legales y, con ello, surge la denominada “hiperinflación normativa”, fruto de la excesiva promulgación legislativa, que limita una correcta codificación.

En la actualidad, todos los reglamentos jurídicos se encuentran supeditados a una vivencia diaria. El derecho codificado es dinámico y el surgimiento de normas jurídicas halla mayor representación cuando son producto y expresión fiel del cúmulo poblacional, en su conjunto (Anaya Ríos et al., 2017).

Pese a aunar esfuerzos en la positivización de tipos penales, la realidad social y las normas no cuadran en el territorio nacional. Por ello, al tratar de sobrellevar los problemas que aquejan a diferentes actores sociales, se genera un compilado normativo de leyes penales que, en los hechos, resulta contradictorio y de carácter confuso. Lastimosamente, la ideología del codificador y legislador bolivianos, en el momento de proyectar y prever un acopiado penal, busca la reducción de la criminalidad, sin duda, pero la inseguridad ciudadana (latente en el país) es el principal foco a mitigar con la hiperinflación normativa (Sabath, 2021).

Generalmente se alega que el desparramado legal o la formulación de nuevas causas penales al calor del momento, tiene como principal dificultad que el servidor público no ha sido capacitado para dirigir los procesos penales, pues el Estado es rígido y sancionador de las faltas y contravenciones humanas. Empero, opta por una desmesurada aprobación de

leyes y penas rigurosas, olvidando que es obligación estatal trabajar sobre la recuperación de valores en la sociedad.

Entonces, aspectos de delincuencia, criminalidad y otros factores de tipo delictivo han ocasionado la falta de una política integral y normativa en materia penal; las figuras jurídicas, hoy día, suelen ir acompañadas de acontecimientos y problemas sociales. De allí que existe una obsesión estatal de tipificar cada accionar del ciudadano; a esta práctica se suma la descomunal y maliciosa influencia de criterios político-partidarios, así como tendencias populistas-corporativas. La promulgación de nuevas leyes en todos los ámbitos sucede a causa de la falta de capacidad del legislador para sistematizar y sintetizar las normas (Quintero Olivares, 2024).

La población tiene una concepción de excesiva legislación y tienden a gozar de una mentalidad pleitómana; se usan las leyes de reforma política para lograr la aprobación y apoyo del pueblo. A ello se suma el que subsiste el pensamiento generalizado de que las leyes y sanciones son la solución idónea a los problemas sociales. La falta de coordinación en los niveles del gobierno deriva en normas sin consenso y poco aplicables a la realidad boliviana. Una muestra plena de la hiperinflación normativa y un análisis secuencial dará cuenta de los principales cambios del sistema normativo penal, sustantivo y adjetivo (Méndez Rivera & Pérez De la Torre, 2020).

A partir de la Constitución Política del Estado vigente desde 2009, fueron introducidas reformas, en cuantiosos aspectos, a nuestro sistema normativo sustantivo penal.

Así, incontables ejemplos de modificaciones del Código Penal pueden nombrarse: la Ley N° 1768 o Ley de Modificaciones

al Código Penal, que lo eleva a rango de Ley; la Ley N° 2298 o Ley de Ejecución de Penas y Supervisión; la Ley N° 2494 o Ley de Seguridad Ciudadana; la Ley N° 3933 o Ley de Búsqueda, Registro, Información y Difusión de Niños, Niñas y Adolescentes Extraviados; la Ley N° 1970 o Código de Procedimiento Penal; la Ley N° 1700 o Ley Forestal; la Ley N° 1333 o Ley del Medio Ambiente; el Decreto Ley N° 16390; la Ley N° 2033 o Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual; la Ley N° 2625; la Ley N° 3325 o Ley de Trata y Tráfico de Personas y Otros Delitos Relacionados; la Ley N° 3326; la Ley N° 1984 o Código Electoral; el Decreto Ley N° 14379 o Código de Comercio; la Ley N° 1455 o Ley de Organización Judicial; la Ley N° 2445 o Ley de Sustanciación y Resolución de los Juicios de Responsabilidades Contra el Presidente de la República, Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento; la Ley N° 517 o Ley Sobre Retardación de Justicia; la Ley N° 3160 o Ley Contra el Tráfico de Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley N° 1836 o Ley del Tribunal Constitucional; la Ley N° 1732 o Ley de Pensiones; la Ley N° 3729 o Ley Para la Prevención del VIH-Sida, Protección de los Derechos Humanos y Asistencia Integral Multidisciplinaria para las Personas que viven con el VIH-Sida; la Ley N° 1687 o Ley de la Medicina Transfusional y Bancos de Sangre; la Ley N° 2492 o Código Tributario Boliviano; la Ley N° 1008 o Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas; la Ley N° 1674 o Ley Contra la Violencia en la Familia o Doméstica; la Ley N° 1322 o Ley de Derechos de Autor; la Ley N° 045 o Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación; la Ley N° 243 o Ley Contra el Acoso y Violencia Política Hacia las Mujeres; la Ley N° 263 o Ley Integral Contra la Trata y Tráfico de Personas; la Ley N° 348 o Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia; y un cúmulo de leyes que gestión tras gestión atestiguan la hiperinflación normativa en materia penal.

De estas innovaciones legales ampulosas, las más importantes son la Ley N° 004 y la Ley N° 007; la primera determina la irretroactividad e imprescriptibilidad para los delitos de corrupción, pues la Ley N° 004 o Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, ya supone cambios en el sustantivo penal. No solamente intenta frenar los elevados índices de corrupción, sino que modifica la naturaleza jurídica del sistema penal, porque los delitos de corrupción, en esencia y finalidad, son visiblemente contrarios a las prescripciones penales (Ribera, 2011).

Se materializa la búsqueda de la información o averiguación de la verdad aplicando severas sanciones, inclusive por encima de otros delitos que atentan contra bienes jurídicos de mayor alcance y relevancia social, como son los derechos a la vida, a la seguridad jurídica, a la salud, entre otros, que si bien tienen un diferente enfoque de protección, no merecieron una oportuna tutela legal. Interesa también referirse a la Ley N° 007 o denominada Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, del 8 de Mayo de 2010, cuyo objetivo es fortalecer la persecución penal, especialmente endureciendo la detención preventiva; ello, sin embargo, implica que se actúa en desmedro de los derechos y garantías constitucionales reconocidos a favor de todos los ciudadanos (Herrera Añez, 2011b).

Ahora bien, respecto a las reformas procesalistas del sistema penal, destaca la Ley N° 2175 o Ley Orgánica del Ministerio Público del 13 de febrero de 2001. La misma modifica los términos de la audiencia conclusiva, aunque posteriormente fue derogada por la actual Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley N° 260) del 11 de julio de 2012. Luego, la Ley N° 2494 o Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, del 5 de

agosto de 2003, efectúa cambios sobre los riesgos procesales a considerarse en la valoración de las medidas cautelares personales, las medidas sustitutivas a la detención preventiva, las causales de revocación, las apelaciones vinculantes a las medidas cautelares y se incorpora el peligro de reincidencia; en la actualidad, la normativa penal vigente ha derogado la Ley N° 2494 (Castro Dorado, 2025).

La Ley N° 004, en su cuarto capítulo detalla las inclusiones y modificaciones al procedimiento penal. Inicialmente, se incluye el artículo 29 Bis, concerniente a la imprescriptibilidad de casos de delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y casos de grave daño económico. Así, el artículo 91 Bis, con un enfoque inquisitivo, determina la posibilidad de proseguir el juicio en rebeldía para los delitos contenidos en el 24, 25 y siguientes de la Ley N° 004; en paralelo, se altera el artículo 148 Bis, que regula la recuperación de bienes en el extranjero (Herrera Añez, 2011a).

Son plenamente incorporados al sistema procesal penal el artículo 253, referente a la tramitación de incautación en delitos de corrupción, y el 344 Bis sobre el procesamiento en rebeldía por delitos de corrupción. El artículo 37 de la Ley N° 004 determina variaciones al proceso penal; el 90 regula los efectos de la rebeldía; los artículos 366 y 368 regulan la suspensión condicional de la pena y el perdón judicial, respectivamente; el artículo 38 dispone que los delitos de corrupción se acojan a un procedimiento de investigación y juzgamiento conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal (Canedo Chávez, 2024).

De igual forma, la Ley N° 007 altera varios artículos del Código de Procedimiento Penal; verbigracia, el artículo 53,

sobre la sentencia; el 54, inherente a los jueces de instrucción; el 210, que modifica las excusas y recusaciones; el 222, sobre el carácter de las medidas cautelares personales; el 223, para la presentación espontánea; el 226, de la aprehensión por la Fiscalía; el 233, que modula los requisitos para la detención preventiva; y, el 234, en colación al peligro de fuga.

A este catálogo le siguen el artículo 235, que trata sobre el peligro de obstaculización; el 239, respecto de la cesación de la detención preventiva; el 240, de las medidas sustitutivas a la detención preventiva; el 242 con relación a la fianza juratoria; el 243, para la fianza personal; el 252, en mérito a las medidas cautelares reales; el 253, acerca de la solicitud de incautación; el 333, que regula el término de la investigación preliminar; el 301, para el estudio de las actuaciones policiales; el 321, sobre los efectos de la excusa y la recusación; el 323, que permite los actos conclusivos; el 325, que norma la audiencia conclusiva; el 392, conexo al juzgamiento de jueces y, finalmente, el Título V, acerca del procedimiento inmediato para delitos flagrantes (Sotillo Antenaza, 2017).

La Ley N° 045 o Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación del 8 de octubre de 2010, modifica los artículos 20 y 26 del Título II del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal, referidos a los delitos de acción privada y la conversión de acciones; estas son nuevas figuras penales (Gómez & Ramos-Martín, 2014).

La Ley N° 243 o Ley Contra el Acoso y Violencia Política Hacia las Mujeres, del 22 de mayo de 2012, modifica el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, implantando el acoso y la violencia política como delitos de acción pública, a instancia de parte (Tula, 2021). La Ley N° 263 o Ley Integral Contra la Trata y Tráfico de Personas, del 31 de julio de 2012, altera los artículos

19 y 282 del Procedimiento Penal, con la transformación de la figura del agente encubierto, el procedimiento para la interceptación y grabación de llamadas telefónicas referidas a delitos de trata y tráfico de personas; además, se modifica la característica no formalista de la denuncia y sobre la imprescriptibilidad de estos delitos (Telleria Escobar, 2017).

Para concluir, la Ley N° 348 o Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, del 9 de marzo de 2013, establece mecanismos procesales de persecución y sanción penal; sin embargo, en el capítulo IV trata las alteraciones a la jurisdicción ordinaria, afectando las atribuciones de las salas en materia penal, y al régimen de suplencias; es más, se modifica la competencia de los juzgados de instrucción y sentencia, y las atribuciones de tribunales de sentencia; los tres últimos en materia de violencia contra las mujeres (Luna, 2024).

La dispersión de estas normas genera por lo menos 413 tipos penales y más de una treintena de leyes. Todas las reformas descritas son la muestra concreta de la falta de políticas públicas y estrategias para el desarrollo de una política criminal en Bolivia; no existe, además, la sostenibilidad práctica de los cambios normativos implementados a partir de las reformas judiciales; entonces, el saneamiento normativo se ha convertido en necesidad abundante del Estado Plurinacional. Las modificaciones que contiene el actual Código Penal lo convierten en un instrumento ineficaz, tampoco es enteramente conocido por abogados y litigantes; muchas leyes o artículos se derogan o abrogan en forma general, pero nadie sabe el estado actual de vigencia de una ley penal.

Bajo este parámetro, la codificación de leyes penales adolece de un factor académico; al momento de proyectarse los códigos sustantivos y adjetivos, se desconoce a los proyectistas; se

prefiere la contratación de personal extranjero.

Tanto el legislador como el codificador no reciben formación académica para proyectar y aprobar normas; entonces, abogados litigantes son los que diseñan una ley, olvidando que la capacitación normativa requiere de especialización. Dicha falencia proviene de las universidades; los contenidos académicos no contemplan métodos y técnicas de proyección normativa, ello condice con que las normas bolivianas carecen de sistematización y codificación propia; de hecho, todo lo discutido hasta ahora lleva a concluir que la política criminal boliviana esté enfocada plenamente en tipificar las conductas ilícitas y emprender procesos, cuando desde la época precolombina se optaba por la conciliación.

La experiencia histórica expuesta es una prueba categórica de que la política criminal del país transitó desde modelos consuetudinarios y comunitarios hasta sistemas codificados y fuertemente positivizados. En cada etapa se observa la tendencia a incorporar normas de forma fragmentaria y reactiva, contradicción que limita una adecuada regulación penal.

La dispersión normativa se acrecienta por la emisión recurrente de leyes especiales, lo que lleva a la sobreproducción legislativa multiplicadora de tipos penales. Por lo expuesto, una política criminal sostenible exige que el legislador nacional priorice la codificación sistemática, siendo esto un instrumento de depuración y síntesis. Afecta bastante la aprobación desmesurada de reformas parciales que responden únicamente a coyunturas políticas o demandas sectoriales; de lo contrario, la persistencia de la hiperinflación normativa derivará en la escasa probabilidad de una nueva reforma penal acorde a los postulados del siglo XXI.

Conclusiones

Los sistemas normativos, a lo largo de la codificación boliviana, expresan rasgos y caracteres propios de las culturas precolombinas para, a posteriori, adecuarse a las figuras regladas extranjeras; de allí que la naturaleza jurídica de las políticas criminales que rigieron en la historia nacional, demuestra que la yuxtaposición, hasta la tercera codificación, aún perpetra los principales cuerpos normativos de Bolivia.

El excesivo control penal tuvo por efecto que inclusive la hiperinflación normativa sea uno de los malestares atenuados, a voluntad del ciudadano y del legislador. De preguntarse el origen, características y naturaleza jurídica particular de cada uno de los enfoques de la política criminal del país, en los párrafos que siguen quedan sintetizados los principales elementos y componentes en los que se sustenta la coexistencia del litigio frente a la solución de conflictos moderada.

La cuasi perfección del sistema normativo penal en el periodo incaico derivó en que sus matrices integrantes (delitos, proceso y penas) se condensan en el artículo 8, parágrafo I, de la Constitución Política del Estado. Los principios de Ama Qhilla, Ama Llulla, Ama Suwa, fueron recogidos por el constituyente boliviano y su positivización, en el marco normativo sancionatorio, es concordante con la historia vivida en el incario y la realidad socio-jurídica hoy imperante en Bolivia.

El sistema penal inquisitivo abunda en la etapa colonial; la yuxtaposición de leyes castellanas e indianas gobierna el sistema jurídico colombino, a tal punto que la distribución geográfica, en la colonización, incidió para que éstas sean base fundamental en la conformación de instituciones de administración de justicia penal y consientan la aplicación de

sanciones severas a los infractores de prescripciones normativas en el coloniaje español.

Respecto a la fase republicana, la parte sustantiva invoca la legislación española, inapropiada a territorio boliviano; la falta de capacidad legislativa incide en que el primer compilado normativo sea la reproducción de un modelo europeo, su casuismo es la expresión fiel de la poca redacción jurídica en territorio nacional. En cuanto al procedimiento, el derecho adjetivo nace alineado al juicio civil; a pesar de que se subsanan posteriormente, las dificultades procesales y las garantías del debido proceso se reconocen constitucionalmente. La esencia inquisitiva (juzgar, perseguir y castigar al infractor, a criterio y carácter del juez criminal) se mantiene vigente a lo largo de la historia de la República de Bolivia.

Acerca del momento actual, cabe colegir que una tipificación sencilla, bajo la nomenclatura de *nomen iuris*, un sistema mixto, garantista de los derechos que asisten a los acusados y víctimas, además de la persecución y acusación delegada al Ministerio Público, con miras a una adecuada sanción a los infractores, son las principales novedades que introduce el sistema normativo estatal; su primordial dificultad consiste en criminalizar cuanta conducta emerge en la sociedad; la hiperinflación normativa surge en tiempos modernos.

De acuerdo a lo expresado, la trayectoria de la política criminal boliviana confirma que la fortaleza del sistema penal no queda supeditada únicamente a la ampliación de su catálogo de tipos ni en la severidad de las sanciones; es indispensable codificar de manera sistemática sus disposiciones, con el propósito de evitar la proliferación desordenada de normas penales. La persistencia de la dispersión es motivada por factores coyunturales, debiendo diseñarse una política criminal de respuesta punitiva enfocada en la proporcionalidad de las sanciones.

REFERENCIAS

- Agüero-SanJuan, S. (2023). Sistemas normativos y lagunas en el derecho. *Revista de derecho (Valdivia)*, 36(1), 383-386. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000100383>
- Alarcón Gambarte, M. M. (2020). Constitución vs. Tratados internacionales: La previsión constitucional de la retroactividad penal en Bolivia (p. 1) [Http://purl.org/dc/dcmitype/Text, Universidad de Jaén]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=288828>
- Anaya Ríos, J. L., Anaya Ríos, M. Á., & García Páez, I. (2017). Las resoluciones penales ultra petita, para la protección de los derechos fundamentales en el Código Nacional de procedimientos penales. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 3(7), 55-74. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i7.115>
- Araya-Moreno, J. (2021). ¿Dónde está la política criminal? ¿Cómo estudiarla? *Derecho penal y vida cotidiana en estudios sociojurídicos anglosajones. Estudios Socio-Jurídicos*, 23(2), 101-129. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9437>
- Azócar Prado, R. E. (2017). Acerca de la administración de justicia en la época inka: Un documento de 1582. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco*, 9, 249-276.
- Barnechea, C. L. C., Paredes, M. L., Ormeño, G. M. L., & Chávez, J. A. M. (2013). Pease García Yrigoyen, Franklin – “Concepto de derecho entre los Incas”. *Foro Jurídico*, 12, 498-509.
- Bejarano Gerke, G. (2014). Rol y funciones de los jueces ciudadanos en el sistema penal boliviano desde el enfoque psicológico. *Revista IUS*, 8(34), 166-181.

- Berríos-Campos, C. (2020). El camino del ostracismo: La justicia en el mundo andino y la negación de la reciprocidad en Guaman Poma de Ayala. *Letras (Lima)*, 91(133), 187-210. <https://doi.org/10.30920/letras.91.133.8>
- Campoverde Nivicela, L. J., Orellana Izurieta, W. G., & Sánchez Cuenca, M. E. (2018). El concepto y las funciones de la acción como elemento de la teoría del delito. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(2), Article 2.
- Canedo Chávez, R. F. (2024). Cultura ciudadana transformadora transversal: Una breve mirada al sistema judicial plurinacional de Bolivia. *Latam: revista latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, 5(3), 46.
- Castro Dorado, C. M. (2025). La desnaturalización del principio de excepcionalidad de la detención preventiva en Bolivia: Un análisis jurídico-empírico (2018-2021): The denaturalization of the principle of exceptionality in preventive detention in Bolivia: A legal-empirical analysis (2018-2021). *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, 6(2), Article 2. <https://doi.org/10.56712/latam.v6i2.3677>
- Castro-Valdebenito, H. J. (2019). Historiografía de la criminalidad en América Latina. Una trayectoria de diálogos disciplinares y debates regionales*. *Historia Caribe*, XIV(35), 271-308.
- Chairez Zaragoza, J. (2017). Los poderes judiciales locales frente al nuevo Sistema Penal Acusatorio. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 2(5), 15-36. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i5.71>
- Charney, J., & Núñez, M. (2024). Fundamentos normativos del Estado plurinacional: Una reconfiguración de las categorías centrales del constitucionalismo. *Revista Derecho del Estado*, 59, 159-204. <https://doi.org/10.18601/01229893.n59.06>

- Colanzi Zeballos, A. (2025). Código Penal Boliviano: Un abordaje criminológico. Amazon Digital Services LLC - Kdp, 2024. https://www.researchgate.net/publication/368450837_ABORDAJE_CRIMINOLOGICO_DEL_CODIGO_PENAL_BOLIVIANO_Publicado_en_la_Revista_DERECHO_PENAL_y_CRIMINOLOGIA_DPyC_Ano_XIII_No1_Buenos_Aires_Febrero_2023_Pags_267_a_273
- Colmenero, R. B. (2023). Conmemoramos el bicentenario del primer Código Penal español de 1822, de la vida real discutida, y con ello la regulación: “De los que rehúsan al Estado los servicios que le deben”. Exégesis del embrión de los delitos contra la hacienda pública. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 56, Article 56. <https://doi.org/10.54571/ajee.571>
- Cortés Z., J. L. (2020). Los orígenes históricos de las reglas sobre comunicabilidad de las circunstancias modificatorias del Código Penal chileno: Antecedentes en la codificación napolitana y en el derecho romano. Revista de estudios histórico-jurídicos, 42, 499-530. <https://doi.org/10.4067/S0716-54552020000100499>
- Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia.
- Estruch, D., & Oyarzábal, M. C. (2020). La justicia y la espera en una jurisdicción colonial en los márgenes de la monarquía, San Salvador de Jujuy. Avá, 36, 65-88.
- García, G. (2021). Alimentos e imperio: La administración del hambre en comentarios reales de los Incas. Káñina, 45(2), 287-309. <https://doi.org/10.15517/rk.v45i2.48340>
- García, M. (2021). La dimensión material de un pueblo de indios: La Estancia de Guaco a través de fuentes judiciales (La Rioja, 1685). Diálogo andino, 64, 21-31. <https://doi.org/10.4067/S0719-26812021000100021>
- García Pérez, R. (2017). El estatus jurídico de América en la monarquía española. Revista de historia del derecho, 53, 0-0.

- Gómez, A. M., & Ramos-Martín, J. (2014). Legislación y medios comunitarios: Análisis comparativo de Bolivia y Venezuela. *Palabra Clave*, 17(2), 484-516.
- González Kazén, T. (2020). El sistema jurídico de los pueblos indígenas: Una forma de hacer justicia. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 53(158), 619-650. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.158.15631>
- González Monguí, P. E., & Carvajal Martínez, J. E. (2023). La construcción social del enemigo en el imaginario penal. *Novum Jus*, 17(3), 190-213. <https://doi.org/10.14718/novumjus.2023.17.3.7>
- Guerra Orozco, M. C. (2012). «A quien perturbe el orden público le caerá el rigor de las penas, hasta la de muerte». Aproximaciones al tratamiento de la pena capital en el Río de la Plata en la década de 1820. *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*, 17(1), 109-134.
- Hachim Lara, L. (2018). Narrativa y crimen en el periodo colonial: Notas para una discusión. *Literatura y lingüística*, 37, 201-213. <https://doi.org/10.29344/0717621x.37.1379>
- Herrera Añez, W. (2011a). La corrupción en Bolivia. *Revista Boliviana de Derecho*, 12, 289-290.
- Herrera Añez, W. (2011b). Naturaleza y funciones del ministerio público boliviano en la etapa preparatoria [[Http://purl.org/dc/dcmitype/Text](http://purl.org/dc/dcmitype/Text), Universitat de València]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184284>
- Ibarra, A. C. (2016). Cultura escrita y justicia penal. El Discurso sobre las penas y otros libros de su época. *Historia mexicana*, 65(4), 1563-1600.
- Iglesias Rábade, L. (2021). Estudio comparado del proceso penal en los derechos castellano e inglés en la Edad Media. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 43, 315-339. <https://doi.org/10.4067/S0716-54552021000100315>

- Kihien, M. M. D. (2022). Aproximación al sistema de justicia en tiempo de los incas. *DERECHO*, 11(11), Article 11.
- Loris, N. (2021). Algunas consideraciones sobre la disciplina del caso fortuito en el ordenamiento indiano*. *Andamios*, 18(45), 415-433. <https://doi.org/10.29092/uacm.v18i45.824>
- Luna, E. J. M. (2024). La Aplicación de la Ley 348 en la Violencia Feminicida en Bolivia; Entre Luces y Sombras. *Revista Veritas de Difusão Científica*, 5(3), Article 3. <https://doi.org/10.61616/rvdc.v5i3.276>
- Machicado, J. (2024). Historia del Derecho Penal Boliviano y sus Reformas. *APUNTES JURIDICOSTM*. <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/historia-del-derecho-penal-boliviano-y.html>
- Méndez Rivera, J. Á., & Pérez De la Torre, L. Á. (2020). Populismo penal en la prisión preventiva y sociedad civil en ética del consenso. *Ciencia jurídica*, 9(18 (julio-diciembre 2020)), 153-163.
- Mundo Jurídico. (2018). Historia del Derecho penal Boliviano: Derecho Penal Republicano. https://conceptosjuridicosblog.blogspot.com/2016/02/historia-del-derecho-penal-boliviano_8.html
- Olivares, G. N. (2019). Las capitulaciones de Santa Fe como fundamento histórico y jurídico de la conquista de las Indias. Las capitulaciones como fundamento histórico y jurídico de la conquista de las Indias. Caso: Capitulaciones de Santa Fe. https://www.academia.edu/42187720/Las_capitulaciones_de_Santa_Fe_como_fundamento_hist%C3%B3rico_y_jur%C3%ADdico_de_la_conquista_de_las_Indias
- Pabón Lara, A. F. (2023). Justicia penal y propiedad privada a inicios de la construcción estatal en Colombia. *Revista de historia del derecho*, 65, 2-2.

- Parra Núñez, F. (2022). Una breve historia sobre la (im) prescriptibilidad penal. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 44, 849-878. <https://doi.org/10.4067/S0716-54552022000100849>
- Pease, F. (1971). Aproximación al delito entre los Incas. *Derecho PUCP*, 29, Article 29. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197101.004>
- Peralta Ruiz, V. (2020). Parlamentos y soberanías durante la Confederación del general Andrés de Santa Cruz. Chile, Perú y Bolivia, 1835-1839. *Historia (Santiago)*, 53(1), 155-181. <https://doi.org/10.4067/S0717-71942020000100155>
- Puma Llanqui, J. S., Incacutipa Limachi, D. J., Incacutipa Limachi, C., Cesar Calsina Ponce, W., Zevallos Yana, J. F., & Esteves Villanueva, Á. R. (2022). Derecho consuetudinario andino en el sistema jurídico peruano. Un abordaje desde la formación universitaria. *Revista de Investigaciones Altoandinas*, 24(4), 267-277. <https://doi.org/10.18271/ria.2022.478>
- Quenta Fernández, J. (2017). El populismo del derecho penal: La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares. *Revista Jurídica Derecho*, 5(6), 133-154.
- Quenta Fernández, J. (2019). La dimensión normológica constitucional del derecho penal. *Revista Jurídica Derecho*, 8(11), Article 11.
- Quintero Olivares, G. (2024). Populismo y derecho penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 281-301.
- Ramos Nuñez, C. (2000). La cultura jurídica en la época de la Confederación Perú-Boliviana. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 22, 267-297. <https://doi.org/10.4067/S0716-54552000002200012>
- Ribera, W. R. D. (2011). La Constitución vigente y sus leyes de desarrollo ¿Guardan compatibilidad con la idea estado de derecho? *Revista Boliviana de Derecho*, 11, 6-22.

- Rivas Montealegre, R. (2021). La ambigüedad e inaplicabilidad del tipo penal de legitimación de ganancias ilícitas: Bolivia, 25 años de lucha imperfecta. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 18-19, 133-150.
- Sabath, J. M. A. (2021). Cultura jurídica en Bolivia: Motor intrínseco del Statu Quo. *Revista Con-Sciencias Sociales*, 13(25), Article 25. <https://doi.org/10.35319/conciencias.202125125>
- San Miguel, P. L. (2022). ¿Paradigma de civilización o modelo de tiranía? El Tawantinsuyu y los orígenes de la historiografía latinoamericana. *Historia y grafía*, 58, 199-242. <https://doi.org/10.48102/hyg.vi58.379>
- Sánchez Domingo, R. (2012). Las leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista. *Revista jurídica de Castilla y León*, 28, 6-55.
- Sanjines Tudela, G. N. (2012). Análisis de las actividades delictivas en Bolivia desde la perspectiva económica. *CLIO América*, 6(11), 29-51.
- Sotillo Antenaza, A. R. (2017). El debido proceso dentro del sistema penal integral. *Nuevo sistema penal boliviano: Homenaje al Doctor Willman Durán Ribera, 2017*, ISBN 978-99974-66-59-4, págs. 445-468, 445-468. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6142592>
- Telleria Escobar, L. (2017). Política policial en Bolivia: Entre la continuidad y el cambio. *Delito y sociedad*, 26(44), 119-159.
- Toro Silva, C. A. (2022). El proceso penal en el virreinato de la Nueva Granada, 1739-1810 (juicios por hurtos en la jurisdicción de Santa Fe). *Opinión Jurídica*, 21(45). <https://doi.org/10.22395/ojum.v21n45a10>

- Tula, M. I. (2021). Elecciones y paridad de género en Bolivia. *Estudios - Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba*, 46, 55-74.
- Valentin Mballa, L., Copa Pabón, M. V., Valentin Mballa, L., & Copa Pabón, M. V. (2020). Un acercamiento analítico al pluralismo jurídico en Bolivia: Lo Aymara en un panorama multipolar desde la visión de Fernando Untoya. *Revista Humanidades*, 10(1), 169-183. <https://doi.org/10.15517/h.v10i1.40079>
- Villamor Lucia, F. (1976). La codificación penal en Bolivia [Http://purl.org/dc/dcmitype/Text, Universidad Complutense de Madrid]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=123775>
- Zorrilla, M. S., & Chimbor, D. Z. (2015). El proceso penal en la época incaica: Diferencias entre cumplimiento de penas y juicios divinos. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 1-31. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487880e.2015.31.10207>

AMNISTÍA EN ECUADOR (2022): RIESGO DE IMPUNIDAD EN SU APLICACIÓN

Amnesty in Ecuador (2022): risk of impunity in its application

DOI: <https://doi.org/10.69633/5y938760>
Recibido: 17/06/2025 Aceptado: 18/08/2025

* Mentor Trujillo Poveda

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6108-0962>
Consejo de la Judicatura del Ecuador
Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central
menthortrujillo@gmail.com

RESUMEN

En las últimas décadas, el análisis de la amnistía ha adquirido relevancia en las ciencias sociales y jurídicas, pues está referida a mecanismos estatales que buscan promover la paz y la reconciliación. No obstante, su implementación genera controversias respecto de su constitucionalidad, alcance y efectos en los derechos humanos.

En Ecuador, la amnistía otorgada a 268 personas por la Asamblea Nacional el 10 de marzo de 2022 se convirtió en un caso paradigmático, al situarse en la intersección entre la defensa de derechos fundamentales y la acusación de propiciar impunidad.

Este artículo examina dicho proceso desde un enfoque sociojurídico, enfatizando su relación con el derecho administrativo, el derecho penal y la protección de los derechos humanos. A través de un estudio documental, se analizan los debates académicos y políticos suscitados por esta decisión. Se concluye en que la medida, aunque concebida como un recurso de reconciliación, también puede caer en un hecho inconstitucional y generador de impunidad.

Palabras clave: *Amnistía; Asamblea Nacional de Ecuador; derecho administrativo público; derechos humanos; impunidad.*

* Licenciado en ciencias públicas y sociales, Doctor en jurisprudencia y abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador. Magister en especialista en derecho penal y justicia indígena en la universidad Regional Autónoma De Los Andes; Magister en derecho penal y criminología en la universidad Regional Autónoma de Los Andes; Diploma superior en derecho procesal en la universidad Tecnológica Indoamérica; Especialista en derecho procesal en la universidad Tecnológica Indoamérica; Magister en derecho procesal mención derecho penal en la universidad Tecnológica Indoamérica. Notario Público del Ecuador.

ABSTRACT

In recent decades, the analysis of amnesty has gained relevance in the social and legal sciences, as it refers to state mechanisms aimed at promoting peace and reconciliation. However, its implementation generates controversy regarding its constitutionality, scope, and effects on human rights.

In Ecuador, the amnesty granted to 268 people by the National Assembly on March 10, 2022, became a paradigmatic case, as it lies at the intersection between the defense of fundamental rights and accusations of fostering impunity. This article examines this process from a socio-legal perspective, emphasizing its relationship with administrative law, criminal law, and the protection of human rights. Through a documentary study, the academic and political debates raised by this decision are analyzed. It is concluded that the measure, although conceived as a means of reconciliation, can also become an unconstitutional act and a generator of impunity.

Keywords: *Amnesty; human rights; impunity; National Assembly of Ecuador; public administrative law.*

INTRODUCCIÓN

La amnistía ha sido recurrente en la historia política y jurídica de Ecuador, especialmente en momentos de alta conflictividad social y durante procesos de judicialización de líderes comunitarios, indígenas y defensores de derechos humanos. Tanto en los indultos concedidos tras la protesta de Dayuma en 2008, como en las demandas de amnistía vinculadas al levantamiento indígena de Saraguro en 2015, además de los procesos seguidos contra dirigentes amazónicos en 2018, se observa una constante tensión entre el ejercicio del derecho a la resistencia y la respuesta punitiva del Estado. Estas experiencias reavivaron el debate sobre el alcance constitucional de la amnistía y su papel en la protección de derechos frente a la criminalización de la protesta.

El ciclo de conflictividad social reciente tuvo su expresión más visible en el paro nacional del 3 al 13 de octubre de 2019. En esos días, diferentes organizaciones, especialmente comunidades indígenas, se concentraron en Quito para rechazar el Decreto Ejecutivo 883, que eliminaba el subsidio a los combustibles. Según Madrid (2022) y Ospina (2022), esta protesta reflejó una creciente insatisfacción ciudadana ante desigualdades, injusticias y exclusiones acumuladas en el tiempo. Asimismo, Iza et al. (2020) señalan que las causas del paro trascendieron el alza de precios, vinculándose con problemas estructurales que evidenciaron una crisis generalizada, cultural y sistémica.

El paro derivó en enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas del orden, con el saldo de heridos, fallecidos y centenares de detenciones. Muchos de los aprehendidos fueron procesados por los delitos de rebelión, terrorismo, sabotaje, daño a la propiedad o paralización de servicios públicos. Organizaciones sociales y de derechos humanos denunciaron que estos procesos respondían a una estrategia de criminalización de la protesta, lo que multiplicó las demandas de amnistía para quienes participaron en las movilizaciones.

Así, el 10 de marzo de 2022 la Asamblea Nacional concedió amnistía a 268 personas, tras una prolongada sesión que culminó en la madrugada y que contó con 99 votos a favor, 16 en contra y 10 abstenciones. Según Yumi (2022), este hecho representa uno de los dilemas legales más relevantes de los últimos años, pues se sitúa en la intersección entre la defensa de derechos fundamentales y la acusación de favorecer la impunidad. La decisión generó una profunda polarización: para algunos, fue un mecanismo legítimo de protección de derechos y reparación frente a la criminalización de la protesta; para otros, implicó una violación del principio de igualdad ante

la ley, una desprotección a las víctimas y un riesgo para la vigencia del Estado de derecho.

Este artículo propone una reflexión sobre la amnistía otorgada en 2022, analizando sus implicaciones sociales, jurídicas y políticas. El estudio se enmarca en el derecho administrativo público y establece vínculos con el derecho penal y la defensa de los derechos humanos, con el objetivo de comprender cómo esta medida ha influido en la organización legal y social de Ecuador, así como en la percepción ciudadana sobre la justicia y la institucionalidad en democracia.

La palabra “amnistía” proviene del griego “amnestía”, o sea, “olvido”; está compuesta por el prefijo “a-”, que indica negación, y “mnestía”, que está asociada con la memoria. Desde tiempos pasados, la amnistía hace referencia a un acto por el cual se perdonan delitos o se exonera a un grupo de personas de sus responsabilidades penales, generalmente en un contexto político. A lo largo de los años, se la usó para facilitar la reconciliación y promover la paz en situaciones de conflicto o inestabilidad.

La amnistía, concebida como una medida administrativa de carácter político, tiene sus raíces en la antigua Grecia, particularmente en Atenas, según Bertolini (2019). Su fundamento se relaciona con el derecho natural de los seres humanos a decidir, en especial con su capacidad de recordar u olvidar determinados agravios. En ese contexto, la sociedad ateniense incorporó la amnistía como un mecanismo social para transitar de la guerra a la paz, llegando incluso a integrarla en su constitución del año 403 a. C.

Históricamente, la amnistía —cuyo significado etimológico es “no recuerdo”— se configuró como un acto mediante el cual el cuerpo político resolvía voluntariamente no aplicar la justicia frente a ofensas graves. En este sentido, las tragedias griegas desempeñaron un papel central como espacios de reflexión y educación política, donde se discutían soluciones a conflictos sociales. Esta dinámica favoreció la aceptación de la amnistía en ciudades-estado como Atenas y Esparta, donde se utilizaba para restablecer la paz y la estabilidad tras crisis internas, especialmente luego de guerras civiles.

Desde una perspectiva conceptual, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, 2018) señala que en el derecho internacional hace falta una definición precisa de amnistía, aunque se puede entender como un acto oficial legislativo, ejecutivo o constitucional que impide, de manera anticipada o retroactiva, la investigación o el enjuiciamiento penal de un individuo, de un grupo o de determinados tipos de delitos, anulando cualquier posible sanción. En tales asuntos, la amnistía logra interrumpir juicios apremiantes o en curso, eliminar condenas previas y levantar sentencias anteriores. También puede manifestarse como un tratado o acuerdo político.

Al analizar a Salgado (1990, p. 103), se conoce que amnistía es una terminología griega que se refiere a la idea de “olvidar”, aludiendo al descuido de lo pasado. Esta figura se emplea en circunstancias de vital relevancia ante ciertos delitos, extendiendo un velo de olvido sobre los hechos ocurridos o, según otros autores, borrando la existencia del delito y sus consecuencias. Según Bruna (1991), la amnistía es la gracia que la autoridad concede a los autores, coautores o cómplices de un delito, lo que conlleva al olvido de su cometido y la exclusión de cualquier pena, siendo principalmente oportuna

en delitos políticos. Por otra parte, la Real Academia Española (2001) concibe a la amnistía como la supresión del compromiso penal por un delito, así como una acción jurídica promovida por el Poder Legislativo, que afecta a los responsables directos de delitos políticos.

En esta misma línea, Chávez (1995) argumenta que la amnistía es una figura jurídica objetiva que permite a los Estados, de manera discrecional a través del poder legislativo, a renunciar a su capacidad sancionadora en situaciones de gran conmoción social y por interés público. El olvido total de la condena por el poder público trata de eliminar el conflicto e impulsar la paz social; sin embargo, no se emplea en asuntos de graves violaciones a los derechos humanos.

Un aspecto clave de la amnistía, como herramienta de pacificación, es su contraposición con los principios esenciales del derecho penal, lo que lleva a cuestionar, por ejemplo, si tiene los elementos jurídicos necesarios para poner fin a un proceso penal o anular las penas por delitos cometidos. En este sentido, Ortúzar (1991) indica que la base del derecho penal es la ley; si un acto no está tipificado ni sancionado por la ley, no se considera un delito. Las leyes de amnistía, entonces, interfieren negativamente al despojar al derecho penal de su fundamento y priorizar el derecho a la libertad individual sobre la facultad de sancionar que tiene el Estado. Esto permite que el legislador aplique el olvido y el perdón total a ciertos delitos, no importando la etapa del proceso penal, suspendiendo sus efectos.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009), las amnistías son medidas jurídicas que pueden tener dos principales efectos:

en primer lugar, detener el procedimiento penal, así como las acciones civiles contra determinadas personas relacionadas con comportamientos delictivos antes de la amnistía. En segundo lugar, cancelar de manera retroactiva el compromiso jurídico establecido con anterioridad.

Con todo, las teorías sobre la amnistía han avanzado en función de contextos legales, políticos y sociales. Algunos ejemplos de dichos enfoques son la teoría de la justicia transicional; teoría de la estabilidad social; la teoría de los derechos humanos y la teoría de la política pragmática. A continuación, se detallan sus características.

De acuerdo con Hannah (1974), la teoría del olvido o del silencio afirma que la amnistía puede ser empleada para poner fin a períodos dolorosos y complicados de la historia moderna de una sociedad. Con esta teoría se pondera el perdón y el olvido como mecanismos clave de la evolución social, sobre todo en contextos políticos afectados por conflictos y divisiones. Según esta teoría, la amnistía hace posible el progreso de las sociedades y el establecimiento de enfoques de reconciliación sin la carga permanente de un pasado de angustia y tensiones.

Se sugiere, entonces, que al soltar rencores y conflictos las comunidades se concentran en construir un futuro más unido y agradable. Por lo tanto, la amnistía se considera un medio legítimo para promover la paz y la estabilidad social, pues se va creando un espacio de cooperación y confianza entre los ciudadanos. Sin embargo, surgen dudas sobre las implicaciones éticas y morales que conlleva esta teoría, ya que el silencio respecto a injusticias pasadas podría, en muchos casos, favorecer a una cultura de impunidad y desprotección de las víctimas.

El Centro Internacional para la Justicia Transicional (2010), refiriéndose a la teoría de la justicia transicional, afirma que la amnistía es parte de un amplio proceso enfocado en curar las heridas causadas por conflictos o regímenes dictatoriales. Esta teoría se centra en la verdad, la justicia y la reparación; plantea que la amnistía se complemente con mecanismos de no repetición de las violaciones de derechos humanos. En Argentina y Chile, específicamente en las décadas de 1970 y 1980, se implementaron políticas de amnistía como parte de las transiciones hacia sistemas democráticos.

Por su parte, Dondé (2022) sostiene que en la teoría de la estabilidad social la amnistía es fundamental para evitar la violencia y el desequilibrio político, pues se la considera un medio para incentivar la paz y la cohesión social. Sin embargo, esta perspectiva contradice cómo los Estados manipulan esta figura en beneficio de ciertos grupos, conservando así la impunidad de delitos.

Algunos críticos argumentan que con la teoría de los derechos humanos la amnistía y estos derechos están en conflicto en la práctica. Aunque la amnistía trata de garantizar el perdón y el olvido de delitos con la noble intención de alcanzar la paz, esta situación compromete los derechos de las víctimas, sus familias y la sociedad, ya que permite que los responsables de crímenes graves eviten la justicia. También se pone en duda la legalidad y efectividad de la amnistía cuando se la promueve bajo intereses políticos del gobierno de turno.

En el caso de la teoría de la política pragmática, se puede afirmar que hay una conexión inherente entre amnistía y política pragmática, que ocurre cuando se cruzan con el fin de alcanzar un consentimiento social que resuelva las crisis internas en

un Estado. Según Darós (2009), esta perspectiva tiene sus fundamentos en momentos de crisis o desconfianza, cuando las sociedades necesitan encontrar soluciones efectivas y viables que promuevan la estabilidad social. En este contexto, el autor del presente estudio considera que la amnistía constituye una herramienta útil para reanudar la paz y la cohesión, al permitir que actores políticos y sociales del país lleguen a acuerdos que alivien los enfrentamientos existentes.

Con la aplicación de la amnistía, se logra un ambiente favorable para el diálogo y la reconciliación, cuando las partes afectadas dejan de lado conflictos existentes, facilitando el proceso de recuperación social. Desde esta perspectiva pragmática, se respalda la amnistía como un medio que permite acabar con disputas, al tiempo que prepondera la importancia de la política como un vehículo para la adaptación y respuesta efectiva a las acciones cambiantes de la realidad social. Así, la teoría de la política pragmática induce a reflexionar sobre cómo deben ser las decisiones políticas, buscando siempre el bienestar colectivo y la estabilidad a largo plazo.

Con base en el análisis de las teorías citadas, se puede afirmar que la amnistía es la facultad que se otorga al poder legislativo para suprimir penas y absolver responsabilidades a individuos implicados, en cualquier etapa del proceso penal, mediante normativas y especialmente cuando se trata de delitos políticos y conexos. El objetivo es lograr la pacificación social, atender las crisis internas de un país, facilitar transiciones hacia gobiernos democráticos y, básicamente, garantizar que el Estado no criminalice el derecho a protestar pacíficamente y a proteger los derechos humanos y el entorno.

Siguiendo a Mateus-Rugeles (2009), se ve que existen dos enfoques sobre la amnistía y su alcance legal: uno, que argumenta que la amnistía puede ser un abuso del poder estatal, que la utilice en ciertas circunstancias para asegurar la impunidad y eliminar la responsabilidad penal de ciertos individuos; una noción común en países como Ecuador; y, dos, la visión que considera que la amnistía salvaguarda los derechos humanos frente a la criminalización de acciones sociales con fines represivos.

Al analizar las citadas teorías de pacificación social, derechos humanos y política pragmática, se observa que resaltan los peligros de otorgar amnistía a quienes han cometido delitos, ya que esto resulta en la exoneración de responsabilidad penal, la interrupción de procesos judiciales y el olvido total de las sanciones, perjudicando así a los afectados, sus familias y al pueblo en general. Así, se puede afirmar que este mecanismo de perdón y olvido en muchas ocasiones ignora los intereses de las víctimas, convirtiéndose en una herramienta controversial que favorece el abuso del poder estatal.

Entre las manifestaciones de este abuso se encuentra la impunidad, que aparece cuando se concede amnistía a funcionarios o grupos implicados en la transgresión de derechos humanos, deteriorando el Estado de derecho. Un ejemplo es Sudáfrica, entre 1995 y 1998, cuando la Comisión de Verdad y Reconciliación llevó a cabo una acción controvertida al documentar las violaciones de derechos durante el Apartheid y proponer amnistía para sus responsables. Dicho intento de reconciliación generó en las víctimas un profundo sentido de injusticia y abandono por parte del Estado, ya que creyeron que esta figura jurídica propició impunidad. Otro caso clave es lo ocurrido en Sudán en 2019, después del fin del gobierno

de Omar al-Bashir, cuando se debatió la concesión de amnistía a líderes militares y paramilitares, sin tener en cuenta el grave daño ocasionado a civiles.

Aquí es oportuno citar a Marcuse (1965). Este autor argumenta que la amnistía es un mecanismo legal que oculta injusticias y mantiene el orden establecido, impidiendo encontrar las causas profundas de los problemas. De este modo, se demuestra cómo la amnistía puede utilizarse para mantener el control social, comprometiendo en ocasiones la justicia y la verdad. Aunque algunas veces puede facilitar la paz y la estabilidad temporales, sus efectos a largo plazo son cuestionados, especialmente por las víctimas.

La amnistía también puede generar desigualdad, sobre todo cuando se la aplica de manera selectiva, beneficiando a ciertos grupos al tiempo de ignorar a otros. Aquí se profundizan las divisiones sociales y se provoca el resentimiento en aquellos que se sienten discriminados, sea por su situación al momento de concederse la amnistía o por no haber logrado el reconocimiento de las víctimas. Al aplicar la amnistía de forma selectiva, se crean condiciones de desigualdad que afectan a las víctimas, quienes sienten que el Estado las olvida, sin que haya una justificación clara para esta concesión en escenarios de conflictos graves o transiciones políticas.

La amnistía desalienta a las víctimas en su búsqueda de justicia y compromete la legalidad del sistema judicial, socavando así los procesos judiciales. Esta situación se asocia frecuentemente al reconocimiento de la amnistía. Por tanto, es vital aplicar la amnistía en un contexto que respete los derechos humanos y promueva la reconciliación, así como que refuerce el Estado de derecho. Es esencial que su implementación siga

rigurosamente las normativas diseñadas para garantizar la paz sin menoscabar los derechos humanos.

Según Perdomo (2006), en el ámbito de los derechos humanos existía un acuerdo internacional que consideraba que el otorgamiento de amnistías era un asunto que competía principalmente a cada Estado y que dichos procesos no violaban las obligaciones punitivas. Sin embargo, este autor también indica que tal visión ha cambiado y que ahora se considera que hay una “obligación similar”, un concepto que ha ganado relevancia, sobre todo en relación con delitos como homicidio, desapariciones forzadas, tortura, peligrosas trasgresiones al derecho universal humanitario y culpas de lesa humanidad.

MÉTODOS

Para desarrollar el estudio se empleó el método documental, orientado a la recopilación, revisión y análisis de fuentes académicas relevantes sobre la amnistía de marzo de 2022. El enfoque adoptado es cualitativo, dado que se privilegia la interpretación crítica de textos, normas y estudios previos, con el fin de comprender las implicaciones sociales, jurídicas y políticas de la medida.

La investigación se apoyó en técnicas de análisis bibliográfico y hemerográfico, utilizando bases de datos académicas como Google Académico, SciELO y Redalyc. Los criterios de inclusión consideraron los estudios que abordan conceptualmente la amnistía y que, desde una perspectiva teórica, aportan conocimientos en torno al derecho administrativo público, al derecho penal y a la defensa de los derechos humanos.

Asimismo, se incorporaron análisis empíricos que examinaron directamente la disposición de opiniones en la Asamblea Nacional ecuatoriana.

A fin de mantener un carácter estrictamente académico en el corpus documental, se excluyeron artículos periodísticos.

La recopilación se limitó a publicaciones editadas entre 2019 y 2023. Para localizar los documentos, se aplicó la técnica de búsqueda sistemática de información a partir de palabras y frases clave como: “amnistía”, “amnistía otorgada a 268 individuos por el Pleno de la Asamblea Nacional del 10 de marzo de 2022”, “debate sobre la amnistía en Ecuador”, “constitucionalidad de la amnistía en Ecuador”, “fundamentos del derecho administrativo público” y “derecho penal y protección de los derechos humanos”.

Se examinaron, además, las reseñas bibliográficas de los artículos, para señalar otros que no se hallaron en las bases de datos consultadas. Luego, los estudios fueron clasificados conforme a la solidez de sus argumentos, cantidad de citas y coherencia con el diseño investigativo, generándose tres grupos: Grupo I (aportación altamente positiva), Grupo II (aportación medianamente positiva) y Grupo III (sin aportación). Definir los límites de aportación fue complicado, ya que cada estudio analizado tiene diferentes criterios; por ello, se estableció uno específico, alineado con la actual investigación, lo cual se detalla en la Tabla 1.

Tabla 1.

Criterio de clasificación de documentos, según su aporte.

Grupos	Variables de búsqueda	Criterios utilizados	Nivel de aportación
Grupo I	1.- Conceptualización de amnistía. 2.- Fundamentación argumental de la amnistía desde el derecho administrativo público, vinculado con el derecho penal y la defensa de los derechos humanos.	Elevado nivel de solidez argumentativa desde el punto de vista conceptual, teórico y empírico; alto número de citas, coherencia con el diseño seguido por la investigación.	Altamente positiva
Grupo II	3.- Criterios de apoyo a la concesión de la amnistía, así como su crítica y descalificación, como medida anticonstitucional y propugnadora de impunidad.	Nivel regular de solidez argumentativa desde el punto de vista conceptual, teórico y empírico; mediano número de citas, regular coherencia con el diseño seguido por la investigación.	Medianamente positiva
Grupo III		Los objetivos, alcances y aportaciones de los trabajos no se ajustan a los elementos asumidos en el diseño de la investigación.	Sin aportación

Nota. Elaboración propia

De cada estudio se extrajo la información relativa a cada variable de búsqueda establecida, organizándola en tres cuadros que detallan los resultados de 64 investigaciones, alineados con los grupos previamente definidos. En los cuadros de resultados, las asociaciones se clasificaron como “sin aportación” (negativa), lo que indica que la contribución a la presente investigación fue nula; o “altamente positiva”, cuando se observaban diferencias significativas en los argumentos con respecto a los otros dos grupos. Para considerar la diferencia o asociación de dichos estudios con la presente investigación, se tomó en cuenta que estos reportaran un valor de $p < 0.050$ o intervalos de confianza que no incluyeran la unidad. Se consideró que había asociación cuando existía una relación lineal entre los resultados de los estudios examinados y la lógica de diseño de la presente investigación.

RESULTADOS

Los estudios sobre la amnistía concedida a 268 personas en marzo de 2022 son contradictorios. Por un lado, se destaca el predominio del desacuerdo en cuanto a la definición de amnistía, lo que revela una pluralidad de opiniones al respecto. Por otro lado, entre los autores que examinan el proceso, existen diferencias en relación a su concesión y alcance. Estos temas fundamentales se abordarán en las páginas siguientes.

La Polémica Aplicación de la Amnistía en Ecuador

Con base en los conceptos expuestos, las siguientes secciones ofrecerán un análisis del contexto jurídico y del uso de la amnistía en Ecuador.

En Ecuador, la figura de la amnistía ha tenido un desarrollo semejante al de otros países de la región. Si bien en el plano jurídico su tipificación se formalizó con la Constitución de 2008 (que otorgó a la Asamblea Nacional la facultad de conceder amnistías por motivos políticos y humanitarios), en la práctica ya hubo antecedentes relevantes en décadas anteriores.

Con todo, uno de los primeros casos significativos se produjo en 2008, cuando la Asamblea Constituyente otorgó amnistía a 362 personas, en su mayoría líderes indígenas, campesinos y defensores de derechos humanos y de la naturaleza, procesados por su participación en la protesta de Dayuma (provincia de Orellana) durante el gobierno de Rafael Correa. Posteriormente, en 2015, comunidades de Saraguro (Loja) enfrentaron procesos judiciales tras un levantamiento indígena, lo que derivó en nuevas demandas de amnistía. En 2018, bajo la administración

de Lenín Moreno, se concedió amnistía a líderes amazónicos de Pastaza y Morona Santiago, encausados por protestar contra proyectos mineros y petroleros. Finalmente, en 2020, el Parlamento otorgó perdón a 20 líderes indígenas de San Pedro de Cañar por la aplicación de justicia indígena en sus territorios. Ver una relación de estos hechos en la Tabla 2.

Estos antecedentes muestran que en Ecuador la amnistía no ha sido utilizada solo como instrumento político, en ocasiones vinculada a la impunidad de ciertos delitos, sino que también fue un recurso de protección de derechos humanos, especialmente en contextos de protesta social y defensa del territorio frente a proyectos extractivos. Ello ha generado intensos debates sobre su alcance constitucional, el derecho a la resistencia pacífica y las competencias del poder legislativo frente a situaciones de conflictividad social.

La facultad de la Asamblea Nacional para otorgar perdón por motivos políticos e indulto por razones humanitarias está formalmente establecida en la Constitución de la República del Ecuador (2008), específicamente en el numeral 13 del artículo 120. Esta disposición se complementa con el Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador (2021), que, en los artículos 72, numeral 7, 73 y 416, establece que la amnistía también puede extinguir la acción penal y sus sanciones.

Tabla 2.
Solicitudes de amnistía para líderes sociales e indígenas, y defensores de derechos humanos y de la naturaleza.

Año	Amnistía
2008	La Asamblea Constituyente otorga la amnistía a 362 personas, en su mayoría defensores de derechos humanos y de la naturaleza. Dentro del grupo se hallaban campesinos que participaron en la protesta de Dayuma, en Orellana, durante el gobierno de Rafael Correa.
2017	En el comienzo del gobierno de Lenin Moreno, la CONAIE requirió la amnistía para 117 y el indulto para 20. La mayor parte de los involucrados eran personas judicializadas por las acusaciones del levantamiento indígena de 2015, en el gobierno de Rafael Correa, cuando nativos de Saraguro fueron maltratados e internados; diversos líderes amazónicos fueron acusados del delito de ataque y firmeza. Esta amnistía no llegó a darse.
2018	Lenin Moreno dio amnistía a 7 líderes sentenciados por agresión y aguante en Pastaza y a Pepe Acacho, líder Shuar de Morona Santiago, condenado por sabotaje y terrorismo a 12 años de privación de libertad por las protestas contra la minería durante el gobierno de Rafael Correa.
2020	El parlamento otorgó perdón para 20 líderes nativos de San Pedro del Cañar, por la aplicación de justicia indígena.

Nota. Erazo y Acosta (2022)

En el contexto ecuatoriano, se plantea una pregunta crucial: ¿se ha convertido la amnistía en una herramienta política que favorece la impunidad para ciertos delitos, o es un mecanismo legítimo para la defensa de los derechos humanos? La respuesta requiere evaluar su eficacia como institución que garantiza los derechos humanos y si en realidad permite al poder legislativo reducir el abuso del poder estatal que deriva de actos ilegítimos de criminalización.

Es fundamental reconsiderar la amnistía como un instrumento de perdón y absolución de penas individuales. Esta potestad, como se dijo, es otorgada al legislador ecuatoriano por el marco constitucional y legal, pero resulta esencial analizar los casos específicos en que, según la normativa vigente, se puede conceder esta medida, lo cual depende más del tipo de delito que del sujeto involucrado.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa (2021), en su artículo 99, establece que la Asamblea tiene la atribución

de declarar amnistía tanto en la fase pre-procesal como en la procesal penal, lo que suspende los efectos de la acción penal en cualquier etapa, resultando en un perdón y olvido irrevocables. Además, la ley define los delitos políticos como aquellos perpetrados, o supuestamente perpetrados, contra la organización y funcionamiento del Estado, cometidos con fines de derecho social en contextos de agitación interna o conflicto social.

Borja (2018) recuerda que hay dos criterios respecto a la noción de delitos políticos: el objetivo y el subjetivo. El criterio objetivo se refiere a los bienes jurídicos afectados; si estos pertenecen al Estado como entidad soberana, la infracción tiene carácter político, independientemente de la intención con la que se cometió. En contraste, el criterio subjetivo considera determinantes los motivos que llevaron al infractor a cometer el delito; si se actuó por razones altruistas, típicas del delito político puro, la acción tendrá tal caracterización; si, en cambio, se procedió por intereses egoístas, el ilícito será considerado de delincuencia común, aun cuando se hayan vulnerado bienes y derechos públicos.

Al revisar el Código Orgánico Integral Penal, la Constitución y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, no se identifican claramente las agresiones tipificadas como delitos políticos. Sin embargo, el legislador ha especificado ciertas circunstancias en las que no se debe conceder amnistía, tales como delitos contra la administración pública, genocidio, tortura, desapariciones forzadas, secuestros y homicidios por motivos políticos o de conciencia, además de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y ataques a un Estado.

Este enfoque jurídico, que posibilita recopilar información sistemática y precisa a partir de fuentes oficiales y documentos

pertinentes, proporciona una mejor comprensión de la amnistía y su propósito de pacificación social, favoreciendo así a la eficacia del discurso legislativo y a la aplicación de la amnistía en situaciones concretas, como ocurrió con los 268 perdones aprobados por la Asamblea en 2022.

Witkler (1996), plantea que el método sociológico permite evaluar la efectividad social de la norma que regula la amnistía, utilizando técnicas de campo y compilando datos de fuentes directas, como la resolución No. RL-2021-2023-053, la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Legislativo. Igualmente, ayuda a indagar si en 2022 las amnistías concedidas se efectivizaron completamente y qué ha sucedido con los beneficiarios.

El presente estudio considera que el análisis de tales problemas sociopolíticos debe ser integral, a fin de comprender su contenido y describir su contexto, evaluar el comportamiento de los actores involucrados, identificar intenciones y desenmarañar realidades sociales. Solo de este modo se reconocerá la amnistía desde la perspectiva de la Asamblea y la Corte, junto con los principios constitucionales.

De manera general, el derecho muestra los retos y exigencias que enfrenta una sociedad en determinado momento histórico, lo cual se refleja en investigaciones socio-jurídicas como la que aquí se desarrolla. En la presente, se busca establecer si las amnistías en verdad expresaron políticas sociales enfocadas a la pacificación social y a la equidad de las conductas. Así, se aclaran las actuaciones del poder público que desobedecen la normativa y los principios esenciales de la amnistía como institución jurídica.

La presente investigación asume que a través de una recopilación crítica de datos se puede determinar si las amnistías otorgadas

a figuras políticas acusadas de rebelión, retención y terrorismo se alinean con lo estipulado por la Ley Orgánica del Poder Legislativo y la Constitución. De igual forma, se necesita confirmar que la resolución de amnistía esté fundamentada adecuadamente, a fin de prevenir que acciones que violen la ley queden impunes.

En Ecuador, la capacidad exclusiva de la Asamblea de otorgar amnistías parece estar influida por intereses y criterio del legislador, a pesar de claras prohibiciones legales, lo que facilitaría actos de corrupción y abuso de poder. La inseguridad en la normativa sobre qué delitos se clasifican como políticos limita la aplicación de la amnistía, pudiendo ampliarse la discrecionalidad parlamentaria para favorecer a que autores de ciertos delitos escapen a la justicia.

Si no se ajustan a los requerimientos legales, las amnistías podrían, como ha advertido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, transformarse en instrumentos de impunidad y en mecanismos que ponen en riesgo la democracia dentro de un Estado de derecho. De acuerdo con Rodríguez (2011), esto supone una ofensa a la sociedad, que resulta de la inacción del Estado para resguardar los derechos de las personas, convirtiendo a los ciudadanos en víctimas de una corrupción que impide el castigo de delitos, a cambio de sobornos o por presiones políticas.

Por otro lado, Cazar (2022), periodista de la red de medios independientes Mongabay, critica la excesiva burocracia en Ecuador, que ha entorpecido la efectividad de las amnistías concedidas a 268 personas, incluidos líderes ambientalistas y defensores de la naturaleza, quienes fueron sancionados por ejercer su derecho a protestar contra la falta de alineación de

las prioridades gubernamentales y las necesidades del sector rural. Las amnistías se han dividido en varios grupos, lo cual se expone en la Tabla 3.

Tabla 3.
Grupos en los que se dividen las amnistías.

Grupo	Cantidad de personas	Mujeres	Hombres	Causas judiciales	Delitos
Defensores de territorios comunitarios	126	40	86	27	Usurpación, ocupación, uso ilícito del suelo, comercio de tierras, violación organizada, amenaza, hurto, paralización de servicios públicos, perjuicio al bien ajeno, acción ilícita de recursos mineros, asociación ilícita, delincuencia organizada, ataque y resistencia.
Defensores y defensoras de la naturaleza	33	25	8	12	Sabotaje, daño al bien ajeno, paralización de servicios públicos, rebelión, ataque y resistencia, calumnia, daños y perjuicios.
Derecho a protestar y resistir	60	55	5	16	Quebranto, paralización de un servicio público, falta de disposiciones, grupos rebeldes, rebelión, secuestro, terrorismo, instigación, actos de odio, perjuicios de un bien ajeno.
Por ejercer la Justicia Indígena	12	9	3	4	Secuestro, ocupación ilegal del suelo, tráfico de tierras y robo.

Nota. Registro Oficial. Órgano de la República del Ecuador (2022), Erazo y Acosta (2022), Paz (2022).

DISCUSIÓN

El presente estudio permite evaluar si las amnistías otorgadas a políticos acusados de rebelión, secuestro y terrorismo cumplen con lo señalado por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Legislativo. Igualmente, hace posible comprobar si la resolución que las autoriza está debidamente fundamentada para impedir que actos que violaron la normativa resulten en impunidad.

En Ecuador, la Asamblea tiene la autoridad de conceder amnistías, pero esto podría verse afectado por la discrecionalidad del parlamentario, que puede ir contra evidentes prohibiciones legales, pudiendo haber de por medio actos de soborno y abuso de poder. La ausencia de una definición normativa sobre qué delitos deben ser considerados políticos limita la aplicación de la amnistía; existiendo el riesgo de que ciertas decisiones del parlamento faciliten la impunidad en determinados casos.

Las amnistías, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si no están acorde con parámetros legales, se convertirán en una herramienta de ilegalidad y en un mecanismo que amenaza la democracia en el Estado de derecho. Rodríguez (2011) considera el mal uso de la amnistía como una ofensa a la sociedad, resultado de la falta de acción del Estado para resguardar los derechos de los individuos, transformando a los ciudadanos en víctimas de la corrupción que evita el castigo de delitos a cambio de sobornos o por presiones políticas.

Por otro lado, Cazar (2022) cuestiona la excesiva burocracia en Ecuador, que ha dificultado la efectividad de las amnistías concedidas a 268 personas, incluidos líderes ambientalistas y defensores de la naturaleza, quienes fueron sancionados por

ejercer su derecho a protestar contra el distanciamiento entre las prioridades gubernamentales y las necesidades del sector rural.

Asimismo, un aspecto a considerar es la conexión entre la amnistía (como instrumento de pacificación) y los principios esenciales del derecho penal. Es importante analizar si la amnistía incluye los argumentos jurídicos necesarios para poder cancelar el proceso penal y anular las penas impuestas por la comisión de un delito. Este análisis sugiere la necesidad de investigar los mecanismos específicos a través de los cuales la amnistía impacta en las condenas que se imponen, especialmente en situaciones de delitos graves que lesionan derechos humanos. Las diferencias en la aplicación de la amnistía podrían estar reflejando la falta de acceso de personas de pocos recursos, incluidos los pueblos indígenas, a los servicios que garantizan la defensa y salvaguardia de sus derechos básicos.

Algunos autores, como Yumi (2022), argumentan que, en el contexto de la amnistía estudiada, una persona que es amnistiada en un proceso dentro de una jurisdicción, podría enfrentarse a otro en una jurisdicción diferente por los mismos hechos. Por ejemplo, si alguien comete actos de vandalismo durante una protesta y es amnistiada por la Asamblea por el delito de daño a la propiedad, con base en el mismo hecho, podría ser objeto de un proceso civil por daños y perjuicios. Este asunto ilustra las diversas brechas que existen en el sistema jurídico ecuatoriano.

Asimismo, Fiallo (2009) aclara que en el caso de la amnistía el concepto de delito político puro pertenece únicamente a la teoría, mientras que en la práctica dicho delito se manifiesta a

través de la conexión entre casos, la cual está restringida por el motivo político que debe guiarla y por la prevalencia del daño político sobre el daño privado. Con este enfoque, se ignora el ímpetu que impulsa al autor al perpetrar el acto, lo que le podría conferir un tratamiento distinto y beneficios legales, siendo la amnistía uno de ellos. Este enfoque abre la puerta a la interpretación subjetiva tanto de la motivación política que guía la acción del individuo como de la mayor gravedad del daño político causado. Debido a esto, diversos estudios sugieren que se necesita una mayor clarificación en la definición de delitos políticos y su conexión con la concesión de amnistías en el contexto ecuatoriano (Paz, 2022; Yumi, 2022).

Con respecto a la protección y defensa de los derechos humanos, la evidencia indica que la utilización y eficacia de la amnistía están claramente estratificadas según la posición socioeconómica de las personas. Los resultados de esta investigación deben servir como una alerta a los planificadores sobre la necesidad de fomentar tanto el uso como la efectividad de estos servicios entre poblaciones de bajos recursos. En lo individual, en el caso de los trabajadores del ámbito jurídico, estos hallazgos invitan a una reflexión profunda sobre su formación profesional, sugiriendo que sería beneficioso incluir en los métodos de estudio de las labores jurídicas un análisis de las desigualdades sociales que se presentan en este ámbito, con el fin de sensibilizar a los futuros profesionales sobre las problemáticas con las que se enfrentarán en su práctica diaria, especialmente si se insertan en los servicios públicos.

Asimismo, esta formación les debería ayudar a reconocer que gran parte de la población ecuatoriana se enfrenta a serios obstáculos económicos y sociales, lo que representa una barrera significativa para acceder a tales servicios. Por estas razones,

se reconoce la necesidad de implementar intervenciones más seguras y adaptadas a las necesidades de grupos poblacionales vulnerables, especialmente pueblos indígenas, defensores de territorios comunitarios y defensores y defensoras de la naturaleza, entre otros (Yumi, 2022; Cazar, 2022; Erazo & Acosta, 2022; Madrid, 2022; Ospina, 2022; Colectivo de Geografía Crítica del Ecuador, 2019).

Sin embargo, al definir la agenda pública y las acciones del Estado, el debate no debe limitarse a la mera constitucionalidad de las decisiones de la unidad legislativa. Es indispensable abordar la desigualdad social estructural que caracteriza a la sociedad ecuatoriana, la cual se refleja no solo en el acceso desigual a servicios jurídicos, sino también en las limitaciones educativas sobre la protección de los derechos humanos. Estos factores están estrechamente vinculados con la persistencia de la pobreza y las brechas de desigualdad.

En este contexto, aunque los programas focalizados puedan mejorar la representación en materia de justicia y en ciertos aspectos legales, la existencia de profundas irregularidades estructurales hace poco probable que las amnistías, tal como se han planteado, contribuyan de manera efectiva a la reconciliación, la cohesión social y la paz. Por tanto, aquí se adopta una postura crítica frente a su implementación, considerando que sin atender las causas de fondo estas medidas podrían resultar más simbólicas que transformadoras.

Conclusiones

La Asamblea Nacional de Ecuador en marzo de 2022 concedió amnistía a un total de 268 personas, lo cual representó un punto de inflexión significativo en la historia jurídica del país. Este acto creó una difícil polarización en el ámbito social y

político, causando disímiles debates sobre su legalidad. Por una parte, varias personas se opusieron a esta decisión, debido a que muchos cuestionaron este instrumento legal del poder legislativo, ya que se utilizó como un medio para facilitar la impunidad. Por otro lado, existieron quienes aprovecharon este fallo como una ventaja para la protección y aseguramiento de los derechos humanos en Ecuador.

La amnistía se concibe como un esfuerzo de la Asamblea Nacional para potenciar la reconciliación social en un país que ha atravesado múltiples resistencias políticas y conflictos sociales. Como fueron liberados individuos detenidos por protestas o crisis sociales, la intención fue la de calmar las divisiones existentes y fomentar un ambiente de plática entre diferentes partes de la sociedad ecuatoriana. El autor del presente estudio interpreta la amnistía como una respuesta a la presión de los movimientos sociales que consideraban injustas dichas detenciones, así como la necesidad de enfrentar las críticas sobre cómo se manejaron las protestas y se restringieron los derechos humanos durante esos períodos.

Estas decisiones favorecen a la compensación simbólica de las víctimas, al tiempo que establecen un marco enfocado en el respeto y el fomento de los derechos humanos para el futuro. Aunque también se abre un abanico de debates sobre cómo equilibrar la justicia con la posibilidad de impunidad. En este orden de información, la amnistía otorgada plantea desafíos importantes en relación con la gobernanza y al Estado de derecho.

La confrontación política y social continua, evidenciada en las distintas posturas respecto a estas amnistías, pone de relieve la existencia de raíces de inequidad e injusticia social que afectan

al país. Esto sugiere que, en un horizonte de mediano plazo, la insatisfacción social con el modelo económico vigente, junto con la discapacidad del gobierno para comprender debidamente las causas detrás de las movilizaciones, podrían contribuir a la precariedad de las políticas económicas. Estos problemas han excluido las necesidades y solicitudes de los sectores más vulnerables de la población. A su vez, se suma la creciente sensación de anomia, así como la falta de expectativas de movilidad social, especialmente entre los jóvenes, en un contexto marcado por la escasez de recursos. Todo esto podría ser un indicativo de que las tensiones sociales, que podrían resultar en nuevas protestas, continuarán haciendo eco en la sociedad ecuatoriana en el futuro cercano.

REFERENCIAS

- Bertolini, C. R. (2019). Amnistía- el recuerdo y el olvido como libertad de elección. En M. A. Mollá y J. M. Llanos (eds.), *La mujer en la literatura y en la jurisprudencia: de Roma a la actualidad* (55-68). Editorial Dykinson. <http://dx.doi.org/10.2307/j.ctv102bm76.5>
- Bruna, C. (1991). La Amnistía en la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*, 18(1), 101- 113. Recuperado de <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/80028/60794>
- Cazar, B. D. (2022, 10 de junio). Ecuador: comunidades denuncian incumplimientos de amnistías otorgadas a defensores de derechos humanos y naturaleza. <https://es.mongabay.com/2022/06/defensores-ambientales-denuncian-incumplimientos-de-amnistias-en-ecuador/>
- Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2010). *Transiciones en contienda: Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*. Gráficas editores. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26510.pdf>

- CICR (2018, 13 de junio). Informe anual de actividad 2017. <https://www.icrc.org/es/document/informe-anual-de-actividad-2017>
- Chávez, M.J. (1995). Estudio sobre la ley de amnistía y su ley interpretativa. *THEMIS Revista De Derecho*, (32), 121-135. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11540>
- Colectivo de Geografía Crítica del Ecuador. (2019, 21 de octubre). Análisis espacial de la resistencia, protesta social y represión vividas en Ecuador entre el 7 y 14 de octubre de 2019. https://geografiacriticaecuador.org/wp-content/uploads/2019/10/Informe_Geografi%CC%81aCri%CC%81tica_ParoEcuador-29OCT2019.pdf
- Darós, W. R. (2001). La propuesta filosófica de Richard Rorty. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, (23), 95–122. Recuperado a partir de <https://revistas.um.es/daimon/article/view/11701>
- Dondé, M. J. (2022). El Concepto de Impunidad: Leyes de Amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Filosofía*, (23), 95-121. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37924.pdf>
- Erazo, V. & Acosta, A. (2022, 18 de marzo). Los rostros de las amnistías. <https://wambra.ec/los-rostros-de-las-amnistias-en-ecuador/>
- Fiallo, E. (2009). El delito político y la amnistía: vigencia en la legislación ecuatoriana. [Tesis de Maestría en Derecho, Mención constitucional. Universidad Andina “Simón Bolívar Sede Ecuador]. Repositorio de la uasbse. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/373/1/T692-MDE-Fiallos-El%20delito%20pol%c3%adico%20y%20la%20amnist%c3%ada.pdf>
- García, O. (2022). El Control social de Michel Foucault. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/57613/TFG-D_01454.pdf?sequence=1

- Hannah, A. (1974). Los orígenes del totalitarismo. Taurus Ediciones. https://ens9004-infd.mendoza.edu.ar/sitio/historia-contemporanea/upload/02-%20Arendt,%20H.%20-%20LIBRO%20-%20Los_origenes_del_totalitarismo.PDF
- Marcuse, H. (1965). Repressive tolerance. A critique of philosophical thought, 1(1), 1-8. Recuperado de <https://www.marcuse.org/herbert/publications/1960s/1965-repressive-tolerance-1969.pdf>
- Iza, L., Tapia, A. y Madrid, A. (2020). Estallido. La rebelión de octubre en Ecuador. Red Kapari.
- Madrid A. (2022). La movilización nacional de octubre de 2019 en Ecuador. Un acercamiento desde el análisis etnográfico. *Disparidades. Revista de Antropología*, 77(2), e034. <https://doi.org/10.3989/dra.2022.034>
- Mateus-Rugeles, A., & Martínez-Vargas, J.R. (2009). Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 11, (2), 133-179. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3227961.pdf>
- Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Código Integral Penal (2021, 17 de febrero). https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Naciones Unidas (2009, 13 de enero). Informe anual del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos e informes de la oficina del alto comisionado y del secretario general. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7033.pdf>
- Ortúzar, L. W. (1991). La Amnistía desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal. *Revista Chilena de Derecho*, 18 (1), 125-136. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649752.pdf>
- Ospina, P. (2022). El levantamiento de octubre en Ecuador el más reciente disturbio FMI. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7966/1/CON-PAP-Ospina%20P-EI%20levantamiento.pdf>

- Paz, A. (2022). La Asamblea dio amnistía a líderes ambientales y sociales pero la criminalización persiste en Ecuador. <https://es.mongabay.com/2022/04/asamblea-dio-amnistia-a-268-defensores-pero-la-criminalizacion-persiste-en-ecuador/>
- Perdomo, J. F. (2006). Corte Penal Internacional y Amnistía. *Derecho Penal y Criminología*, 27(81), 159-172. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3308844.pdf>
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). Diccionario de la lengua española. <https://www.rae.es/drae2001/>
- Registro Oficial. Órgano de la República del Ecuador. (2022). Resolución de la Asamblea Nacional: RL-2021-2023-053. Tercer Suplemento, Año I (21).
- Rodriguez, Z. J. (2011). Impunidad: Síntoma de un Estado ausente. *Dfensor Revista de Derechos Humanos*, (11), 8-11. http://dfensor.cd hdf.org.mx/DFensor_11_2011.pdf
- Salgado, P. H. (1990). La Amnistía y su Doctrina. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2_La_Amnistia_Y_Su_Doctrina.pdf
- Transporte y obras públicas (2021, 3 de mayo). Ley Orgánica de la Función Legislativa. https://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/08/LOTAIP_6_Ley-Organica-de-la-Funcion-Legislativa-2021.pdf
- Witkler, J. (1996). *Técnicas de Investigación Jurídica*. Editorial McGraw-Hill Interamericana.
- Yumi, F. J. (2022). Prejudicialidad y sentencias contradictorias respecto de un mismo hecho, en la justicia laboral y penal. Trabajo de titulación. Universidad del Azuay. Facultad de Ciencias Jurídicas, Carrera de Derecho. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/11887/1/17414.pdf>

UNA MIRADA PRINCIPIALISTA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA: APORTACIONES DESDE EL NOTARIADO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*A principalist view of legal capacity: contributions
from notary practice to human rights theory*

DOI: <https://doi.org/10.69633/19ybgf42>

Recibido: 09/06/2025 Aceptado: 19/08/2025

* Ismael Vargas Aiza

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8668-2190>

Universidad Gabriel René Moreno

ismaelvargas2646@gmail.com

RESUMEN

La Unión Internacional del Notariado (UINL), entidad que aglutina a los notariados del mundo, en su XVIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Puerto Rico (2021), concluye que ante la falta de reformas legislativas en los notariados miembros, de acuerdo con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), estos deben aplicar los principios y valores de los derechos humanos en la función notarial.

Este postulado ha generado muchas controversias, ya que la función notarial es una actividad reglada, cuya rigidez formal se ampara en el cumplimiento de la ley. El presente artículo pretende responder a interrogantes que emergen de la mencionada propuesta de la UINL.

La investigación se acoge dentro el paradigma interpretativo, cuyo enfoque responde a la investigación de tipo cualitativo; por tanto, solo pretende hacer un examen crítico bajo los métodos descriptivo y analítico de la literatura jurídica. Entre los resultados, se puede advertir la evidente adherencia del notariado latino con la tradicional teoría de la voluntad, lo dificulta ingresar en el tema de aplicación de principios y valores en la función notarial.

* Abogado y Notario de fe pública en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Docente de posgrado en la Universidad Autónoma Gabriel Rene Moreno de Santa Cruz.

Palabras Clave: *derechos humanos, modelo social de discapacidad, seguridad jurídica, aplicación de principios y valores*

ABSTRACT

The International Union of Notaries (UINL), an organization that brings together notariats from around the world, concluded at its XVIII Ibero-American Notarial Conference held in Puerto Rico (2021) that, in the absence of legislative reforms in member notariats, in accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), they should apply the principles and values of human rights in notarial functions.

This postulate has generated much controversy, as the notarial function is a regulated activity, whose formal rigidity is based on compliance with the law.

The present article aims to respond to questions arising from the aforementioned UINL proposal. The research falls within the interpretative paradigm, whose approach corresponds to qualitative research; therefore, it only seeks to conduct a critical examination using the descriptive and analytical methods of legal literature. Among the results, one can notice the evident adherence of the Latin notariat to the traditional theory of will, which makes it difficult to delve into the topic of applying principles and values in notarial functions.

Keywords: *human rights, social model of disability, legal security, application of principles and values*

INTRODUCCIÓN

Ante las evidentes dificultades de aplicación por parte de los notarios de fe pública de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas (ONU) en Nueva York el año 2008, en el marco de las XVIII Jornadas Notariales en Puerto Rico¹ (2021) la Unión Internacional del Notariado (UINL), luego de intensos debates sobre cómo implementar este instrumento internacional en la función notarial, concluyó que sus países miembros deben aplicar los principios y valores de los derechos humanos como respuesta a la falta de reforma legislativa en sus Estados. Con esta propuesta, la UINL dio un paso importante en relación a la forma de aplicar el derecho por parte de los notarios, cuyo ejercicio se caracteriza por la rigurosidad de la forma legal, fundamentalmente sometida al principio de legalidad heredada del Estado de derecho.

El artículo 12 de la mencionada Convención reconoce que las personas con discapacidad son sujetos de derechos y por tanto tienen capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos por su propia cuenta. Bolivia ha ratificado la Convención el año 2009, mediante la Ley N° 4024 del 15 de abril de 2009 y, a pesar de los avances legislativos, como la Ley N°. 223 de Personas con Discapacidad y otras leyes como la Avelino Siñani. El último informe (2016) del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad recomienda la necesidad de implementar el modelo de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad.

1 En tanto en los países miembros no se reforme la legislación civil y notarial que establezca el nuevo régimen legal aplicable en materia de capacidad jurídica, los notarios deben efectuar un juicio de discernimiento en términos del nuevo Derecho de la capacidad jurídica, considerando en forma especial la aplicación de los principios y valores de los derechos humanos, así como hacer constar que al juicio del notario los comparecientes tienen capacidad legal, permitiendo a las personas que cuenten con habilidad de discernimiento suficiente que lo requieran, los apoyos y salvaguardias que permitan interpretar su voluntad y preferencias para ejercer su capacidad jurídica por sí mismas.

La urgente necesidad de implementar el modelo de apoyos en la función notarial, ha generado mediante la comisión de los derechos humanos de la UINL la aprobación de la guía de buenas prácticas que permite orientar el trabajo de los notarios, pero que en la práctica es inaplicable tomando en cuenta la realidad económica latinoamericana.

Ahora bien, para considerar la propuesta sobre la aplicación de los principios y valores de los derechos humanos por la UINL, es vital reconocer al notario como aquel profesional garante o guardián de la legalidad; así, la postura de la UINL desafía la esencia propia del notariado latino², ya este profesional depende en gran medida de la voluntad del sujeto. Así, las personas que no cumplan con esta condición, deben ser excluidas del servicio notarial.

La presente investigación se adhiere a investigaciones referentes a los derechos humanos y su relación con la función notarial, aprovechando la experiencia con personas con discapacidad, lo que permite formularse la siguiente interrogante: ¿Cómo aplicar principios y valores de los derechos humanos en la función notarial?

El estudio pretende realizar un acercamiento teórico al complejo tema de los derechos humanos, intentando clarificar los alcances, los desafíos y las futuras reformas que debe encarar el estado boliviano, partiendo desde el análisis del modelo social de discapacidad basado en los derechos humanos, identificando las dificultades para su aplicación en el ámbito práctico.

Finalmente, entre los resultados se puede advertir la existencia de un marco teórico como la tesis de la voluntad que permite

² Notariado latino, es el término usual que se identifica con el sistema de derecho civil de la mayoría de los países del mundo, al mismo tiempo le diferencia del notariado Anglosajón propio de los países anglosajones y funcionaria como el modelo cubano.

identificar al notariado con teorías cercanas a la rigurosidad y nada flexibles que consideran que una persona es responsable de sus actos cuando actúa con libertad y con pleno conocimiento, situación que excluirá a las personas con discapacidad a pesar de contar con capacidad natural.

Estado de la cuestión

Partimos diciendo que para la doctrina notarial el ingresar en la aplicación de principios y valores no es algo novedoso, para el notariado la aplicación de principios indefectiblemente nos sitúa en dos escenarios, uno deontológico; y otro de los principios notariales propios del sistema notarial latino, con principios como el de la intermediación, la imparcialidad, la unidad de acto, entre otros. En relación a los primeros, existen aportes de destacados juristas como Vallet de Goytisola (1994), Juan Francisco Delgado De Miguel (2003), Cavalle Cruz (2023) y Sebastián Justo Cosola (2014) entre otros.

A pesar de la existencia de principios deontológicos y los propios del ejercicio práctico en el notariado latino, estos no han modificado en el notario la idea de que su actividad no debe ir más allá de la legalidad. Esta postura no le permite avanzar en otras formas de aplicar el derecho, acordes a los nuevos tiempos constitucionales donde la Constitución dejó de ser un simple catálogo de buenas intenciones y cuyo contenido material ha irradiado no solo el derecho civil, sino también el propio derecho notarial.

En relación con la capacidad, los derechos humanos y la función notarial, debemos reconocer que existe poca literatura. Destacamos, por ejemplo, los aportes del escribano argentino Cosola (2016), quien logró introducir un nuevo principio sobre la base de los fundamentos *ius naturalista*; es decir, el principio

de razonabilidad notarial. A pesar de que Cosola no hace una alusión directa a la persona con discapacidad, en cuando a los menores de edad, plantea lo siguiente:

La aplicación del principio de razonabilidad no podría haberse efectuado jamás en sede notarial con la regla rígida de capacidad y con la consideración de los menores como sujetos de control y no como personas humanas que pueden reclamar y exigir, como cualquier otra, que su voluntad sea cumplida de acuerdo a su grado de madurez y no a la suposición rígida que una ley determine o disponga. Si el notario no pondera la capacidad de la persona humana que recurre a la notaría en búsqueda de respuestas, y si no pondera la voluntad del niño, de la niña o del adolescente por considerarla inmadura o inoportuna, estará incumpliendo el principio de razonabilidad notarial y consecuentemente, estará generando una injusticia, propia de un código decimonónico y no de un código de principios. (2016, p. 519)

Cosola, admite que con la rigidez de un Código Civil que solo reconoce la ley como una fuente de interpretación, es difícil transitar a otro método que permita interpretar más allá de la ley. Este escribano, apoyado en la interpretación del título preliminar del Código Civil vigente (2014), propone una apertura o una forma más flexible de aplicación del derecho, destacando el diálogo de fuentes, desde la ley, la Constitución y los tratados internacionales; además, sostiene que las normas y decisiones jurídicas deben orientarse a proteger y promover los intereses legítimos de las personas, especialmente de aquellos que se encuentran en una posición vulnerable.

Por otro lado, el notario español Cavallé (2023), en el primer capítulo de su obra, “La imprescindible autoridad moral del notario”, destaca la importancia de la confianza del Estado y la

sociedad en la labor del notariado, enfatizando en la *auctoritas* del notario que se funda en el respeto y prestigio que gozan socialmente ciertas personas por las cualidades éticas que los adornan. De esa manera, sostiene:

La autoridad moral del notario se evidencia cuando existe un reconocimiento generalizado de la sociedad que lo tiene de imparcial e independiente y por persona honesta e íntegra, Su autoridad o liderazgo no se apoyaría exclusivamente en el ejercicio del cargo para el que ha sido embestido, sino principalmente en sus disposiciones éticas evidenciadas en todo momento. Y la eficacia social del documento descansaría principalmente en la convicción colectiva de que quien lo autoriza, por su crédito científico, y sobre todo moral, actuó de forma cabal, justa y por tanto, su contenido fue redactado con la máxima fidelidad. (2023, p. 33) .
Cavalle, siguiendo las líneas y enseñanzas de Vallet de

Goytisola, reafirma que al notario como profesional le puede faltar conocimiento teórico o práctico, pero la parte medular de su función, la que fundamenta su existencia, es la confianza social en su autoridad moral (*auctoritas*). Cavellé introduce en la literatura notarial un aspecto fundamental, la eficacia social del documento, que más que una cuestión legal, es una cuestión ética y social. Así mismo lo precisa en el siguiente párrafo:

La eficacia material del instrumento público notarial es superior a la puramente formal, pues la confianza que genera es tal que triunfa el clima de seguridad y certeza en las relaciones jurídicas entre los particulares, favorece la paz social, facilita el tráfico jurídico y el desarrollo económico. Los ciudadanos, precisamente porque confían en el documento notarial, lo respetarán y no

discutirán sobre su contenido, pues al autor le atribuyen una superior razón, una confianza, que descuella sobre los efectos meramente legales del documento, y que pivota en el comportamiento deontológico de todos y cada uno de los notarios. (2023, p. 33)

Para este autor, un aspecto clave para la eficacia social del documento es la confianza ciudadana; en tal sentido, podemos deducir que si el notariado pierde esta confianza, corre el riesgo de desaparecer. De esa manera, es vital que el notariado comprenda esta situación, ya que de nada sirve ser un profesional con mucho conocimiento si falta un comportamiento ético y moral.

En relación a los valores, Cavallé también sostiene que el notariado debe justificar su existencia en base a la protección de ciertos valores, destacando su compromiso con la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y la paz social. En tal sentido sostiene:

El fin último de la función notarial es el servicio a la persona caracterizada por su dignidad, libertad y unicidad. La persona es un fin en sí misma, nunca un medio. El Estado y sus instituciones, como el notariado, deben estar al servicio del ser humano y al notario corresponde hacer efectivos, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, relevantes valores superiores entre los que destacan la libertad personal, la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica, la verdad y la paz social, valores que están en inseparable ligazón con los derechos fundamentales. (2023, p. 38)

Tomando las ideas de Cavallé, podemos afirmar que si un notariado no se compromete con la protección de los

valores o no tiene como mirada la efectividad de los mismos o contrariamente superpone uno sobre otros, estaría bajo el riesgo de perder la confianza del Estado *Potestas* o de la sociedad (*auctoritas*).

De la misma forma, el notario de peruano Arias (2023), en su obra sobre deontología notaria, describe algunas conductas que pueden ser condenadas por la sociedad, y que con seguridad afecta la imagen del notariado. Cosola en el prólogo de esta obra, describe algunas de estas conductas:

(...) La lucha por el poder a cualquier costo; la escasa empatía, la falta de solidaridad; la negación de la cooperación y del auxilio justo; el exceso de personalismo; la cruel persecución de la proyección individual y con ella, el descuido del bienestar común; la mirada fija puesta en el éxito de pocos como única alternativa posible a la trascendencia, son algunos de los tristes resultados reales con los que nos encontramos, a poco que analizamos las situaciones generales de la vida de relación actual. (Arias, 2023, p. 12)

El notariado de esta parte de América no está ajeno a estos escenarios; por tanto, es innegable considerar que, con la existencia de lo que Arias ha denominado como defectos³ y que Cavalle describe como vicios del notariado (la codicia, la soberbia, la pereza y la envidia) hay mucho camino por avanzar para que el notariado goce de plena confianza social.

Sin embargo, si se siguen las propuestas de la UNIL y se aplica el derecho mediante principios y valores y se utiliza al notario

³ Entre estos se incluyen el monopolio de la contratación inmobiliaria en pocos notarios por decisión de los bancos y financieras; notarios que nunca están en sus oficinas, atiborrados de actos públicos ante la carencia de contratación en la mayoría de ellos.; delegación indebida de funciones en oficios notariales con exagerada contratación y con demasiado personal (notarías fábrica).

como apoyo institucional de las personas con discapacidad, sin tomar en cuenta la realidad planteada por Arias, el notariado puede caer en lo afirmado por el notario de costaricense Herman Mora Vargas (2016) cuando sostiene que “el gremio debe llegar a entender que el desatino en el ejercicio notarial por parte de un colega, nos afecta a todos”. (p. 6)

Del aporte de autores como Cosola, Arias, Cavalle y Mora Vargas, podemos sostener que el notariado, a pesar de los esfuerzos no ha logrado introducirse con amplitud a la aplicación de principios y valores de los derechos humanos tal como lo plantea la UINL.

MÉTODOS

El presente artículo pretende abordar un problema poco estudiado en la ciencia del derecho notarial como es la aplicación de principios y valores en materia de derechos humanos. En tal sentido, intenta responder a la siguiente pregunta: ¿Cómo aplicar principios y valores de los derechos humanos en la función notarial? A diferencia de las investigaciones denominadas puras, el presente artículo pretende sumergirse en el debate sobre la efectividad de las convenciones en materia de derechos humanos analizando la aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la función notarial en Bolivia. La investigación tiene un enfoque cualitativo, como métodos de investigación jurídica dogmático-jurídico y positivista-jurídico.

El diseño metodológico nos permite aplicar métodos como el descriptivo y analítico aplicando técnicas de investigación es el análisis documental.

RESULTADOS

Los derechos humanos y modelo social de discapacidad

Bolivia ha ratificado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención) el año 2009,⁴ Este instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad conforme lo dispone art. 256 de la Constitución boliviana. La ratificación por parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional convierte este instrumento en obligatorio y debe aplicarse con carácter preferente.

Con este argumento de carácter legal y desde la interpretación de los artículos de la Convención, podemos estar claros que en Bolivia se ha superado el modelo clásico rehabilitador racionalista y en su lugar a surgido el modelo social de discapacidad.

Con el cambio de modelo se sepulta el modelo de sustitución, que tenía por base la tutela y curatela; así, en la intervención notarial, la persona con discapacidad puede ejercer sus derechos de forma autónoma al igual que los demás y, en lugar de excluirlos, el trabajo notarial debe proporcionar los apoyos y salvaguardias necesarias en su servicio.

Para reforzar esta idea, no debemos dejar de lado el informe del Comité de los Derechos de Personas con Discapacidad (2016) sobre Bolivia que en su examen del art. 12 sostiene la necesidad de implementación de apoyos y salvaguardias⁵.

Para este comité de expertos, en Bolivia urge la necesidad de

4 Bolivia ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la Ley N° 4024 del 15 de abril de 2009.

5 28. En línea con su observación general núm. 1 (2014) sobre igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité recomienda al Estado parte que derogue los regímenes jurídicos que limitan parcial o totalmente la capacidad jurídica e implemente sistemas de apoyo a personas con discapacidad para que puedan ejercer dicha capacidad jurídica, respetando plenamente su voluntad y preferencias.

una reforma a la legislación en materia de capacidad jurídica. Así, una reforma sobre el régimen de capacidad es necesaria, ya que el Código Civil⁶ sanciona cualquier acto en el que se dude sobre la capacidad de una persona, sin la posibilidad de intervenir ni brindar cualquier apoyo que refuerce o complemente la capacidad del interviniente. Por su parte, la Ley 483 del Notariado Plurinacional, norma especial que establece las formalidades para la otorgación de documentos notariales, no ha previsto un procedimiento especial para la intervención de personas con discapacidad, lo cual dificulta el trabajo notarial.

En este contexto, y asumiendo este nuevo paradigma, la relatora de la ONU Devandas (2016) nos aproxima a un concepto de apoyo, sosteniendo como aquellos medios que le permitan a la persona con discapacidad ejercer con autonomía sus actos civiles por su cuenta, sin la necesidad de contar con un tutor u otra figura análoga propia del modelo de representación o sustitución vigente desde los tiempos del derecho romano. El Comité insiste que los Estados que ratificaron la Convención deben reformar su legislación y suprimir el modelo de sustitución representado por la tutela y curatela.

El modelo social ampliamente desarrollado por diversos autores como Palacios y Bariffi⁷ (2009) sostiene que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas (modelo de prescindencia), ni científicas (modelo médico rehabilitador), sino que son preponderantemente sociales; por lo que según el modelo actual, es la sociedad la que discapacita a una persona. Por tanto, considera que la persona con discapacidad no debe

6 ARTÍCULO 484. (INCAPACES).- I. Son incapaces de contratar los menores de edad, los interdictos y en general aquel a quienes la ley prohíbe celebrar ciertos contratos. II. El contrato realizado por persona no sujeta a interdicción, pero incapaz de querer o entender en el momento de la celebración, se considera como hecho por persona incapaz si de dicho contrato resulta grave perjuicio para el autor y hay mala fe del otro contratante.

7 La discapacidad una cuestión de derechos humanos.

ajustarse a la sociedad, sino al revés, es la sociedad que debe adecuarse a la persona con discapacidad.

Con la vigencia de la Convención un rasgo característico para su implementación en la función notarial, es la comprensión de este sector de la importancia y definición de los derechos humanos. Sobre lo último, ya varios autores han admitido que es un concepto difícil, ya que depende de muchos factores como el tiempo, la cultura, entre otros. Lo cierto es que hay autores como Pellegrini (2023) que consideran que la Convención se constituye por dos núcleos teóricos fundamentales:

El primero es la teoría de los derechos humanos, de matriz iusnaturalista, mediante la cual el tratado señala cuáles son sus objetivos. El segundo núcleo teórico es el modelo social de la discapacidad, que caracteriza la naturaleza de los cambios que pretende producir en los distintos sistemas sociales para transformar la calidad de la vida de las personas con discapacidad: esto implica considerar ilegítimas todas las políticas sociales y los sistemas de creencias orientados a la discriminación, estigmatización y segregación de las personas con discapacidad. (394)

Siguiendo a Pellegrini, conviene una breve revisión de la teoría jurídica, toda vez que sigue latente el debate entre positivistas⁸ e iusnaturalistas⁹. En relación al positivismo hay quienes consideran que con la declaración de los derechos humanos muchos derechos naturales pasaron a positivarse, es decir adquirieron un rango de exigibilidad, por tanto la cuestión

⁸ El positivismo jurídico, también conocido como iuspositivismo, es una corriente de pensamiento jurídico que se centra en el estudio del derecho positivo, es decir, el conjunto de normas jurídicas creadas por el ser humano y vigentes en un lugar y tiempo determinados.

⁹ El iusnaturalismo, que postula la existencia de un derecho natural basado en principios morales universales, el positivismo jurídico sostiene que la validez del derecho deriva de su creación por una autoridad competente y de su conformidad con las normas del sistema jurídico, independientemente de su contenido moral.

pendiente es su efectividad. En relación al iusnaturalismo, a pesar que autores como Norberto Bobbio (1961), Luigi Ferrajoli (2018), entre otros desde la corriente analítica sostienen que concluida la Segunda Guerra Mundial, se ha evidenciado un movimiento contrario al positivismo formalista¹⁰, abriendo las puertas a otra forma de aplicar el derecho.

Por tanto, podemos afirmar que esta postura de aplicar principios tuvo su génesis en Europa, mediante un movimiento analítico identificado como neo constitucionalistas (Pozzolo, Comanducci), conscientes de la necesidad de la materialización de los derechos. De esa manera, han propuesto, desde la filosofía del derecho, otra forma de aplicar precisamente el derecho, sobre la base de la aplicación de los principios constitucionales. Comanducci (2002), en relación a esta corriente sostiene:

En definitiva, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de derecho en el Estado constitucional de derecho. Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo en particular a partir de los principios aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. (97)

10
Bobbio

Prólogo de Luigi Ferrajoli de la obra Iusnaturalismo y positivismo jurídico de Norberto

Podemos afirmar que el desafío para la aplicación de principios constitucionales y la supremacía constitucional como respuesta a la materialización de los derechos fundamentales es un rasgo característico en la teoría jurídica en Europa. sin embargo, en América Latina no ha estado ajena a este fenómeno, pues el descontento de la clase política y la falta de respuesta del modelo de democracia ha traído como consecuencia mediante procesos constituyentes reformas totales en las constituciones de Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador. Este proceso ha sido identificado como nuevo constitucionalismo, que a diferencia de la europea, según Martínez Dalmau y Roberto Viciano (2013), el proceso de constitucionalización en América Latina surge desde la teoría de la Constitución al ser esta más democrática. Sin embargo, a pesar de las diferencias en el proceso de consolidación del estado constitucional, consideran estos autores que una de las características de ambos procesos es que la Constitución no solo estos compuestos por principios constitucionales, sino que en muchos de los casos existen reglas que pueden ser aplicados de forma directa, pero los encargados de la aplicación directa son los jueces constitucionales. (Pastor, 2013)

Es a partir de los aportes del constitucionalismo, con ramas como el derecho civil, que podemos hablar de la constitucionalización del derecho privado, término que permite identificar a aquellos los juristas que argumentan que, en caso de conflictos entre la ley la norma suprema, se debe aplicar la Constitución. Esta idea puede reforzarse con lo afirmado por Ricardo Guastini (2003) quien pretende definir de la siguiente forma:

Por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento

en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. (53)

Esta forma de aplicar el derecho, cuyo inicio se dio en Europa, ha logrado trascender en el derecho privado de América Latina. Es por ello que autores como Rosatti y Mosset Iturraspe (citados por Cosala,(2014) han sostenido que el jurista ya no debe preguntarse acerca de la conveniencia o no conveniencia del constitucionalismo del derecho privado, sino en advertir si el nuevo cuerpo normativo unificado, que recepta los principios constitucionales. Al respecto, el escribano Cosola sostiene lo siguiente:

Esta caracterización notarial de cómo protector o guardabarreras de la legalidad, hoy queda diminuta si no la complementa con la actividad protectora de la voluntad. Sigue siendo el notario el guardabarreras, pero su función actual va más allá que la de simplemente controlar la legalidad. Debe controlar la legalidad y además debe tutelar la voluntad. En esa tutela, se encuentra la protección de los derechos constitucionales en cada operación que se realice o se otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta especialmente, como elemento esencial y primario de análisis de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva. (28)

En pocas palabras, no podemos negar que los procesos de constitucionalización en América Latina han impactado en el derecho en general y que la propuesta de aplicar principios y

valores de los derechos humanos en la función notarial por la UINL, no implica necesariamente dejar de cumplir la ley, sino que es una invitación a reforzar el trabajo notarial, pero mirando no solo en cumplir la ley sino ampliar el horizonte en la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones.

Seguridad jurídica y la teoría de la voluntad

Es sabido que en el notariado hay quienes se oponen a las propuestas de la UINL; así, la aplicación de principios y valores de los derechos humanos en la práctica notarial, sin la respectiva reforma del legislador, nos plantea un problema en el plano de la aplicación. Tal rechazo a las propuestas de la UINL obedece a la corriente positivista, a la cual muchos operadores se adhieren. Por ejemplo, García Amado se refiere a corriente del neo constitucionalismo en Europa y la acalorada discusión en torno a la aplicación reglas y principios:

Concluyo, pues, que este modo de diferenciar entre reglas y principios en la doctrina autodenominada postpositivista sólo sirve, a fin de cuentas, a un propósito bien grato a tales autores: convertir todas las normas jurídicas en ponderables y, con ello, derrotables; y derrotables de resultas de un razonamiento que es sustancialmente moral y que permite transmutar cualquier disputa jurídica en dilema moral que se solventa a base de poner sobre la mesa razones morales a favor de una solución y de la contraria. (171)

Según García Amado, la unidad de la razón práctica acaba siendo práctica de la razón de uno. Considera que es un proceder bastante estimulante, pero escasamente constitucional, especialmente cuando los profesores tratan de convencer a

los jueces para que en la práctica razonen como nos gusta a nosotros. Su crítica en torno a los principios tiene por base la posibilidad de la ponderación; es decir, que un principio tiene más valor que otro, y en esta suerte de balance, se puede derrotar normas jurídicas poniendo en riesgo precisamente la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un concepto muy usual y de uso común en la práctica del derecho. Muchas veces recurrimos a ella para justificar que determinado acto no es posible que pueda realizarse por el destinatario de la falta de norma jurídica expresa, por lo que este término siempre nos aproxima al cumplimiento de la ley.

La génesis de una fuerte inclinación a un tipo de jurista como guardia de la ley, según el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani (2003), se origina en la Baja Edad Media periodo que fue escenario de múltiples adaptaciones del Derecho Positivo a las necesidades del sistema capitalista que se iba desarrollando. En esta época, Ciuro (2003) reconoce el papel relevante de los glosadores y postglosadores, quienes pusieron las bases para una interpretación jurídica de los problemas políticos en base a la seguridad jurídica; de allí que afirme lo siguiente:

Se afirma que los posglosadores originaron el tipo de jurista preocupado por la seguridad jurídica y vinculada en su decisión por la autoridad de una ley interpretada con una exégesis cuidadosa, dando gran importancia al desarrollo lógico-formal. (40)

Por su parte. Eduardo García Maynez (1983), recurriendo al sociólogo Teodoro Geiger, sostiene que el termino nos ubica en dos dimensiones: una que consiste en la seguridad de orientación o certeza del orden; la otra en la seguridad

de realización o confianza en el orden. Según este autor, se puede hablar de seguridad de orientación o certeza del orden solo cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas. En el caso de la segunda dimensión, esta exige no solo el cumplimiento de las normas por los particulares, demanda sobre todo la correcta aplicación de aquellas por los órganos del poder públicos. (2009, p. 475)

Por tanto, no hay seguridad jurídica cuando el legislador deja a los funcionarios administrativos un margen discrecional demasiado grande, de manera que no sea posible conjeturar qué decisión formular en cada caso o cuando se acumulan demasiadas prescripciones relacionadas a determinadas especies de hechos, de modo que nadie sabe a qué atenerse.

Ahora bien, en relación a la actuación notarial y el valor de la seguridad jurídica, un aspecto relevante es su propia conceptualización por parte del notariado. Esto, a su vez, se relaciona con la función *cavere*¹¹, cuya mirada no solo esta inclinada por la perdurabilidad del documento notarial, sino también con el evitar conflictos futuros. Este modelo notarial de seguridad jurídica preventiva es el que aplican los países miembros de la UINL. Es por ello que la sentencia Constitucional Plurinacional 1620/2014 del 19 de agosto de 2014 sostiene:

Los países que conforman la Unión Internacional del Notariado han optado por el modelo notarial de seguridad jurídica preventiva, cuya base principal es la actuación notarial por medio de la “fe pública en los

11 Término latino que identifica el trabajo del notario que busca con su intervención evitar o anticiparse a los conflictos futuros, función que diferencia de los abogados.

actos voluntarios”, figura que reposiciona la noción de que el notariado se constituye en una magistratura de paz y que busca prevenir los conflictos en instancia judicial.

Para Cavelle (2023), resulta muy acertada esta declaración, pues demuestra una vez más lo alejado que está el notario de ser un mero *certificador de firmas*, ya que su función no acaba con la redacción del documento, sino que llega más allá, al asesorar a las partes acerca de los medios legales, consiguientes al acto, que deben procurar para que la escritura, desde el momento del otorgamiento, despliegue toda su eficacia con posterioridad.

Con lo expuesto, podemos estar seguros que la seguridad jurídica es un valor fundamental en la función notarial presente desde los tiempos de los glosadores. La exigencia en claridad en la norma jurídica y la uniformidad en la aplicación son rasgos característicos del notariado, ya que como se desarrollará precedentemente, la labor del notario consiste en desarrollar una metodología orientada a la adecuación normativa de la voluntad, por lo que la capacidad y las formas de comunicación juegan un papel fundamental.

Con relación a los derechos humanos, la teoría jurídica nos dice que, en la evolución de la concepción de capacidad tal como actualmente lo adoptamos, esta está íntimamente relacionada con la voluntad del sujeto. En este aspecto destacan dos teorías: la de la voluntad; y la del interés. Para Liborio Hierro¹² (2016), los DDHH son un tipo o especie del género de los derechos subjetivos. Para reforzar, esto recurre a Michel Villey¹³, para quien está marcada relación ya estaba presente desde la edad media con Guillermo de Ockham¹⁴;

12 Derechos humanos una concepción de Justicia

13 Filósofo del derecho defensor del derecho natural muchas veces citado por Vallet Goytisolo

14 Fue un filósofo, lógico, teólogo y fraile franciscano inglés, conocido principalmente por ser el

(...) desde entonces quedó fuertemente arraigada en nuestra cultura jurídica la idea de que un derecho subjetivo es un poder de la voluntad y esta es la idea que subyace en las declaraciones de derechos del periodo de las revoluciones. La cultura jurídica del positivismo asumió y desarrollo esta tesis y hubo de pasar más de un siglo para que se pusiera en cuestión. Fue a partir de la crítica de Ihering al voluntarismo y del aparato analítico ofrecido por Hohfeld cuando pudimos empezar a concebir los derechos subjetivos de forma más amplia y más acorde con el uso habitual que se había ido desarrollando tanto en el lenguaje jurídico como, más todavía en el lenguaje político. (118)

Los derechos humanos, al ser una especie del derecho subjetivo restringido a la capacidad y la voluntad del sujeto, fue objeto de fuertes críticas por parte de la teoría del interés. Al respecto, tanto Hierro como Pedro Talavera, coinciden en que esta teoría surgió en Alemania con Rudolf von Hering,¹⁵ cuya tesis sostenía que un derecho no es otra cosa que un interés jurídicamente protegido.

A pesar de la poca aceptación de esta teoría, ya en el siglo XX, Nils Mc Cormick intentó reformularla, indicando que un derecho es un bien tutelado y garantizado por el ordenamiento jurídico. Su teoría se resume, según Talevera (2018), en la siguiente frase: “tengo necesidades, luego derechos”; a diferencia de la teoría de la voluntad que puede resumirse en “tengo autonomía, luego tengo derechos”. Entendiendo esas notables diferencias, se puede decir que la teoría del interés prescinde de la voluntad del sujeto, por tanto, de la

representante más destacado del nominalismo frente a las escuelas tomistas y escotistas; y

15 A este autor lo identificamos con la discusión con Savigny, sobre todo en lecciones de la posesión

capacidad. Talavera, además, indica lo siguiente en cuanto a lo característico de la teoría del interés:

(...)lo esencial para identificar un derecho no es la capacidad de dominio del sujeto sobre un bien, sino que es el carácter esencial del bien que es el que lo hace merecedor de una protección jurídica. Esto significa que para ser titular de un derecho no es necesario tener capacidad de dominio ni hace falta reivindicarlos o quererlos ni siquiera hace falta ser consciente de que uno tiene derechos. En otras palabras los derechos protegen aquellos bienes que son esenciales para las personas independientemente de la voluntad de esa persona basta con que exista un interés primario un bien fundamental una necesidad básica que debe hacer protegida para que el derecho tenga que pagar articular la protección y garantía de ese bien al sujeto. (339)

Lo desarrollado precedentemente refuerza la idea que la teoría de la voluntad, con base en la capacidad, ha excluido en las relaciones privadas a las personas con discapacidades, ya que considera que no cuentan con capacidad. Lo que nos permite sostener que la Convención, principalmente la interpretación del art. 12, pretende justificarse en la teoría del interés, muy cercana una posición con base en los derechos humanos, que busca respetar su autonomía y principalmente la dignidad de la persona discapacitada.

Saliéndonos un poco de la teoría y buscando darle un enfoque práctico, es bueno reconocer el aporte a la doctrina Civil de Enrique Varsi y Romina Santillan,¹⁶ quienes lograron introducir una interesante sub categoría de la capacidad jurídica denominada criterio de la mejor interpretación de la voluntad

16

Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general

en la fijación de los apoyos. Como leemos en la siguiente cita, la reforma del Código Civil en Perú está proporcionando interesantes herramientas para comprender la voluntad de las personas con discapacidades:

“criterio de la mejor interpretación de la voluntad” o reconstrucción de la voluntad presunta de la persona con discapacidad (vid. art. 659-B CC y art. 2 inc. 2 del Reglamento de la materia). En virtud de este criterio legal, cuando el ejercicio de la función de asistencia requiera interpretar la voluntad de la persona asistida, el apoyo, con sentido preceptivo, deberá tener en consideración unos indicadores, como son: la trayectoria de vida de la persona a quien asiste, sus preferencias, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida y, por último, cualquier otra valoración que sea pertinente para el caso concreto. Se trata de una labor especial que debe calcar o reproducir de la manera más fidedigna posible y auténtica la voluntad de la persona con discapacidad. (Varsi, 2021, p. 1974)

Desde la postura planteada por Varsi y otros autores en cuanto al criterio de una mejor interpretación de la voluntad, entendemos que la tarea de interpretar las preferencias no debe ser un mero acto subjetivo de apoyo, sino que debe buscarse el mejor interés de la persona con discapacidad.

Pero quien ha interpretado con mayor amplitud el modelo social de las personas con discapacidad relacionado a los derechos humanos es Bariffi (año), para quien el acto jurídico en el contexto de modelo social no debe ser considerado como

un mero acto de voluntad sino un proceso. De esa manera sostiene:

Mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico principalmente actos de tipo patrimoniales y ha considerado a la ‘seguridad jurídica’ como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPD resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. (482)

Se destaca de esa manera que el bien protegido por la Convención es la autonomía de la persona con discapacidad, Esto implica para el notariado asumir a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, pensar en reforzar la metodología adaptándose a los cambios, implementando audiencias previas, adoptando técnicas como la lectura fácil y otros mecanismos que permitan una comunicación efectiva con la persona con discapacidad.

Aplicación de principios y valores en la función notarial

En relación a la importancia de la actuación del notariado en la comparecencia de la persona con discapacidad, el modelo social respetuoso de los valores libertad, autonomía y dignidad de la persona demanda una nueva forma de aplicar el derecho en la función notarial. Para la institución del notariado, esto conlleva una pregunta: ¿cómo los notarios aplican principios y valores de derechos humanos? Desde la constitucionalización del derecho, autores como Cosola (2016) consideran lo siguiente:

Esta nueva vigencia de un nuevo derecho de principios ahora positivizado en un nuevo cuerpo legal porque ya existía reconocido en las demás fuentes del derecho que asumíamos cómodamente como no obligatorias nos ha enfrentado a nosotros, seres formales por esencia, excelencia y naturaleza, frente a temas que jamás creímos que íbamos a tener que discutir y nuevamente valorar. (512)

Como se dijo, en la doctrina notarial, desde Joaquín Costas, Vallet Goytisola y hasta Cavalle Cruz, se ha sostenido que el notario cumple la función de interpretar la voluntad de los interesados. Esto es lo que lo diferencia del juez que interpreta hechos pasados. Por esto hay quienes comparan la actuación notarial como la de un sastre que confecciona un traje a medida; es decir, que la tarea del notario es indagar la voluntad¹⁷ realmente querida por parte de los interesados y esta es instrumentada en el documento notarial, cumpliendo la forma legal; para eso, la metodología notarial pretende descubrir lo realmente deseado, pero adecuándolo a la norma legal.

La propuesta de la UINL no ha considerado que a pesar de estar convencidos o estar plenamente de acuerdo con la Convención, sin una reforma legal que ajuste la norma interna con este instrumento legal, existe una larga tarea para su aceptación por los operadores jurídicos y la sociedad. Así lo planteaba el propio Nino (1989, p. 4) cuando examinó las limitaciones del reconocimiento de los derechos del hombre a través del

17 DS 2189 ARTÍCULO 61.- III. Cuando la notaria o el notario de fe pública, deba indagar sobre los fines prácticos y jurídicos que los interesados se proponen alcanzar con sus declaraciones para quedar fielmente expresados, le asignará la denominación legal que le corresponda y redactará las estipulaciones especiales que los interesados acuerden.

orden jurídico nacional e internacional. Nino también sostiene que se debe ir más allá, buscando además la formación de la conciencia moral acerca del valor de los derechos, ante la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos.

En el ejercicio práctico del derecho, la justificación de la ausencia de una norma interna que compatibilice la Convención, puede interpretarse como que no hay obligación de su cumplimiento.

En un intento por comprender la postura de la UINL de aplicar principios y valores de los derechos humanos como forma de salir de la problemática planteada anteriormente, tomamos los aportes como de Manuel Atienza (2022), que sostiene que muy a pesar de su complejidad y falta de precisión del concepto de dignidad, este es fundamental para el discurso racional de los derechos humanos. Tal es así que, según su entender, es más preferible tomarlos y aceptarlos que cuestionarlos (2022). Por su parte, Palacios (2008) advierte que desde el modelo tradicional de persona, caracterizada, principalmente, por su “capacidad”, el concepto dignidad puede entenderse de la siguiente manera:

(...) en el mundo moral participaran personas dignas, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida, mientras que aquellas que no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución. (160)

El reconocimiento de Palacios, de estas contradicciones obedece a los problemas que trae aparejado el concepto de dignidad; es decir, que para unos la persona es única e irrepetible y, por tanto, es fundamental respetar su decisión; es decir, para respetar su dignidad debe existir la obligación de no pasar por encima de su voluntad.

Para Bariffi (2014), la dignidad desde el modelo social basado en el imperativo categórico kantiano¹⁸, nos invita la necesidad de mirar más allá de la capacidad o del papel o parte que realizan en la sociedad. De esa manera sostiene:

Pareciera que el modelo social cae en la trampa que pretende develar, al seguir valorando a las personas en la medida de su condicional aporte a la sociedad. Ello no implica la negación de dicha premisa, sino simplemente remarcar que el valor del ser humano en sí mismo se encuentra desvinculado y es independiente de cualquier consideración de utilidad social. Es decir, las personas con discapacidad no son igualmente dignas por su capacidad de aporte a la sociedad –medio- sino que son igualmente dignas por su esencia, por ser un fin en sí mismas. De otro modo, y como se ha mencionado, el contenido central del imperativo categórico kantiano estaría siendo vulnerado, ya que, si valoramos a la persona en la medida de su aporte a la comunidad, estaremos considerando al ser humano como un medio y no como un fin en sí misma. (39)

Por lo expuesto, justificarnos en los valores como dignidad, la libertad o autonomía de la persona con discapacidad, nos ingresa en el ámbito de la subjetividad y la complejidad propia de estos

¹⁸ El imperativo categórico es un concepto central en la ética kantiana que nos invita a reflexionar sobre la universalidad y racionalidad de nuestras acciones morales, buscando actuar de acuerdo con principios que podamos querer que sean aplicables a todos y respetando la dignidad de cada individuo.

conceptos, cuyos contenidos hacen de difícil aplicación pueden hacer inviables cualquier propuesta.

Por otro lado, dejando de lado el valor de la dignidad y analizando el principio *pro persona*, partimos considerado a este, como un criterio hermenéutico de la interpretación de las normas de derecho internacional. Su reconocimiento por su especialidad en el campo de la interpretación lo diferencian del resto de normas jurídicas. Así lo considera Gonzales y Martiniano:¹⁹

la aplicación de los derechos humanos por los jueces nacionales constituye un aspecto medular para garantizar su respeto y vigencia. De lo anterior surge la necesidad de que el juzgador aplique los diferentes principios de los derechos humanos sin autolimitarse a los tradicionales métodos de interpretación, pues estos derechos requieren de una serie de pautas hermenéuticas distintas a las que se pueden aplicar al resto de las normas jurídicas. Esto no significa que los métodos comunes de interpretación se deban dejar de utilizar, ni que sean aplicables para los derechos humanos, sino más bien, que además de lo que tradicionalmente se conoce, la evolución del derecho nos exige ampliar los criterios utilizados para lograr una mejor salvaguarda de los derechos fundamentales. (2019, p. 71)

Para comprender este principio, es necesario acudir a la definición proporcionada Cristian Courtis extraída de Mónica Pinto, para quien el término *principio pro homine* sostiene que, ante la gama amplia de fuentes, tanto interna como internacional, es fundamental tomar en cuenta el principio de *pro homine* considerado de la siguiente manera:

¹⁹ Principio 'pro persona', como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos

criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (Courtis, 2004, p. 163)

Lo anterior confirma que en materia de DDHH, el principio *pro homine* es el criterio hermenéutico que permite acudir a ella en caso de ser necesario su interpretación. Un caso reciente en Bolivia nos permite ilustrar su aplicación práctica. Se trata de la vigencia del registro de las uniones libres de parejas de mismo sexo. El hecho se dio cuando una pareja pretendió registrar su unión libre. En ese contexto, la oficial de registro civil, ante la complejidad y la falta de normativa expresa al respecto, remitió la solicitud a su instancia superior, que mediante informe legal amparado en un vacío legal o inexistencia de norma, decide rechazar el asunto por lo que la pareja promueve una acción constitucional en contra de la resolución administrativa ante el Tribunal Constitucional. Así, esta instancia, mediante sentencia Constitucional Plurinacional 0577/2022-S2, de fecha 22 de junio de 2022, establece ciertos criterios para comprender el principio *pro homine*:

Sobre esa línea, también debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en nuestro sistema constitucional, y conforme señalan los arts. 13 y 256 de

la CPE, citados, deben ser interpretados en el marco del principio *pro homine* y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos; en virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tienen el deber de aplicar la norma más favorable para la protección del derecho en cuestión ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al mismo; en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En pocas palabras, según este principio no solo deben aplicarse por los jueces constitucionales y ordinarios, sino también por las autoridades administrativas, en busca de la norma más favorable. En ese plano, ante la evidente contradicción de normas, se busca una norma más favorable por los operadores jurídicos,

Podemos advertir entonces que el principio *pro homine* nos permite reforzar el argumento legal, buscando mayores garantías para el ejercicio de las personas con discapacidad. En tal sentido, en la búsqueda de lograr una integración de las normas internas se debe acudir a los principios propios de

la Convención que, según Palacios y Bariffi (2007) son los siguientes:

Los principios de la Convención son, según el artículo 3: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. (73)

Por tanto, debemos considerar que para aplicar el principio *pro homine*, debemos indagar en los principios y valores contenidos en el art. 3, los cuales deben aplicarse con carácter preferente, armonizándolo con los principios deontológicos y los principios que guían la actuación del notario y del documento. Así también, su actuación debe buscar en todo momento proteger valores compatibles con la Convención.

DISCUSIÓN

Ahora bien, siguiendo la experiencia práctica y la postura adoptada por el Estado de México que al momento de ratificar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) sostuvo en su declaración interpretativa lo siguiente:

Consecuentemente, con la absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con

discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos interpretan el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención, en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional habrá de aplicarse en estricto apego al principio *pro homine* la norma que confiera mayor protección legal, salvaguarde la dignidad y asegure la integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de las personas.

En pocas palabras, no deben existir dudas que al notario le corresponde aplicar el principio *pro homine*. Sin embargo, también es necesario tomar en cuenta a Sánchez Barroso (2023), quien, en su análisis sobre resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) respecto al amparo en revisión 702/2018, concluye: El notario no se pronuncia acerca de la incapacidad de ejercicio, ello le corresponde al juez; tampoco se acomete respecto de la discapacidad, esto le corresponde al médico; pero sí evalúa la capacidad natural de las personas que comparecen ante él, ya que al ejercer una función que originariamente reside en el Estado la ley le exige que los actos que se otorguen ante él produzcan todos sus efectos jurídicos y, en ese orden de ideas, que las personas adviertan los alcances y consecuencias de los mismos a partir de la explicación que hace el notario. La persona que por cualquier causa tenga incapacidad natural no puede otorgar un acto jurídico válido, lo cual no es discriminatorio ni atenta contra su capacidad jurídica, todo lo contrario. (417)

La necesidad de distinguir la capacidad natural y diferenciarla con la capacidad mental es una asignatura pendiente y, por lo pronto, un dilema sobre si es el notario quien tiene la autoridad

para ser responsable. El análisis realizado por Orozco ²⁰ sostiene que, en materia de derechos humanos, en México el notario no es la autoridad responsable, ya que no emite actos unilaterales, imperativos coactivos y con independencia de la voluntad del afectado, tal como sucede con una sentencia. Por otro lado, también se analizó si el notario puede dejar de aplicar una norma jurídica por considerarla inconstitucional o inconveniente, concluyendo que solo los jueces locales están obligados a realizar el control difuso, pues los notarios no pueden dejar de aplicar la norma jurídica que regula el acto jurídico que formalizan, supotexto de que dicha disposición normativa no está conforme con el texto constitución o con un tratado internacional. (2017, p. 95)

Finalmente, muy a pesar de lo antes expuesto, no hay que negar el papel fundamental del notario en los actos jurídicos de las personas con discapacidad. Esto ha sido reconocido por la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Asamblea General de Naciones Unidas en el punto 77 cuando hace referencia a la figura del notario de fe pública. De esa manera, sostiene:

Los Estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes), especialmente en los países de tradición jurídica romanista. En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Por ello, es importante que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad

20 La problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su repercusión en la función notarial

jurídica. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables. (Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Consejo de Derechos Humanos 37º período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018 Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. (p.19)

Habrá que resaltar el punto de vista de la relatora, para quien el notario en el sistema latino cumple una función de vital importancia para la persona con discapacidad y, pese a no reconocer la posibilidad de aplicar el principio *pro homine*, el notariado cuenta con un sistema de principios propio y viene desarrollando su labor comprometido con los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad.

Conclusiones

Sobre la aplicación de principios en el ámbito notarial concluimos que efectivamente existe mucha literatura jurídica de destacados profesionales notarios cuyos aportes se encuentran esencialmente relacionados con la deontología notarial, sin embargo, no existe evidencia sobre ese haya tratado sobre el tema de principios y valores de los derechos humanos en el ámbito notarial relacionado a la capacidad.

En relación a la tesis de la voluntad ampliamente desarrollada por la teoría jurídica se puede advertir que tiene amplia influencia desde tiempos de la Edad Media y que efectivamente a pesar de que hicieron intentos de tener otros criterios con relación a la voluntad de las personas como la teoría del interés, sin

embargo, en el tiempos actuales todo el sistema civil se basa en la voluntad del sujeto.

La propuesta de la UINL se encuentra íntimamente relacionada a los aportes teóricos del constitucionalismo, que permite ampliar otras formas de aplicar el derecho; sin embargo, es fundamental superar la tesis que limita a otros operadores jurídicos la posibilidad de aplicar principios y valores.

En el plano teórico, respecto a la aplicación de principios y valores de los derechos humanos en la función notarial, se concluye que es el notario debe aplicar el principio *pro homine*, pues permite aplicar normas más favorables, observando los principios y valores propios de la Convención como el de no discriminación, la dignidad inherente que guardan estrecha relación con los principios y valores del notariado de tipo latino.

Desde el plano práctico, la tarea de aplicar la propuesta de la UINL sin la debida reforma legal que permita armonizar la norma interna, representa una tarea difícil, tomando en cuenta la adherencia del notariado a la seguridad jurídica entendida como el cumplimiento de la ley. Además, sobre la base de la función que cumplen de interpretar voluntades (cercana a la teoría de la voluntad,) es fundamental que este profesional cuente con la implementación de un modelo de apoyos para establecer una comunicación efectiva con las personas con discapacidad.

En relación a la función notarial, es importante el reconocimiento que las Naciones Unidas, mediante la relatora de los derechos humanos, de relevar la función que cumple el notario como apoyo a las personas con discapacidad, por

lo que es fundamental que toda reforma tome en cuenta la capacitación y la formación en materia de derechos humanos.

Finalmente, a pesar que el máximo tribunal en México sostiene que los notarios no son autoridades responsables y no puede dejar de aplicar la ley, es importante buscar, en una investigación más profunda, una apertura a otras formas de aplicar el derecho.

REFERENCIAS

- Amado, J. A. G. (2024) Reglas y principios: Revista cubana de Derecho, 4(01), 44-72.
- González, H. M. A. (2019) Principio ‘pro persona’, como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos: *Ius Comitiãlis*, 2019: 70-92.
- Arias M. O. (2023) La deontología y la función del notario Ensayo de Ética Aplicada: Lima Perú: La Fe Pública Editores E.I.R.L.
- Atienza, (2022) M. Sobre la Dignidad Humana. España: Editorial Trotta.
- Avila, H. (2011) Teoría de los principios: Argentina : Marcial Pons
- Bariffi, F. J. (2014) El régimen Jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Getafe Madrid
- Castán, M.L.M. (2014) En torno a la dignidad humana como fundamento de la declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO: *Revista de bioética y derecho* Pag. 17-37.
- Cavallé C. A. (2023). Fundamentos de Deontología Notarial. Lima Perú: La Fe Pública Editores E.I.R.L.

- Ciuro C. M. Á. (2003) Estudio sobre lecciones de filosofía del derecho privado. Rosario Argentina: Fundacion para las investigaciones juridicas.
- Comanducci, P. (2002) Formas de neoconstitucionalismo: Un analisis metateorico: Isonomia
- Cosola, S. J. (2016) La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial. Revista Notarial, 471-533.
- Cosola, S. J. (2008) Interpretación iusfilosófica de los principios notariales: Revista Telemática de Filosofía del Derecho 295-312.
- Courtis, M. A. C. (2004) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Buenos Aires Argentina: Impresiones sud américa.
- Garcia M. E. (2009) Positivismo juridico, realismo sociologico y iusnaturalismo. Mexico: Editorial Fontamara.
- Guastini, R. (2003) La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano: Trota
- Hierro, L. (2016) Derechos humanos una concepcion de Justicia. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales.
- Mora V. H. (2016) La funcion notarial. San Jose Costa Rica: Investigaciones juridicas SA
- Nino, C. S. (1989). Etica y Derechos Humanos Un ensayo de fudamentación. Buenos Aires : Astrea
- Orozco, G. P. (2017) La problemática de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y su repercusión en la función: Perspectiva Juridica 79-99.
- Palacios A., Francisco Bariffi. (2007) La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Madrid: Ediciones Cinca,

- Pastor, R. V., & Dalmau, R. M. (2013) La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo: Ediciones Olejnik.
- Pellegrini, L. R. D. (2023) Fundamentos teórico-conceptuales de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas: La teoría de los derechos humanos y el modelo social de discapacidad: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 391-424.
- Sánchez B. J.A.(2023) La incapacidad y la discapacidad en la función notarial. A propósito del amparo en revisión 702/2018: Revista de la Facultad de Derecho de México 393-417.
- Talavera, P. F. (2018) Filosofía del Derecho. Santa Cruz: El País
- Varsi, E. y Santillan R. (2021) Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos . un estudio jurídico peruano. Actualidad Jurídica Iberoamericana. 1060-1081.

CONFIGURACIÓN TÍPICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA MALA PRAXIS MÉDICA EN BOLIVIA

Typical configuration of criminal liability in medical malpractice in Bolivia

DOI: <https://doi.org/10.69633/fxmzh009>
Recibido: 12/12/2024 Aceptado: 14/08/2025

* Marisol Campos Doria Navas

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-6953-3805>
Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central
marisol2.campos@gmail.com

RESUMEN

La mala praxis médica en Bolivia, en cuanto a su configuración típica, posee dificultades, ya que carece de una tipificación penal específica, obligando a subsumirla en tipos genéricos que no recogen las peculiaridades del acto médico ni la flexibilidad técnica de la *lex artis*. Esta situación genera dificultades para delimitar la responsabilidad penal, en especial en cuanto a la imputación subjetiva, generando conflictos para distinguir la conducta culposa del dolo eventual.

La imputación objetiva debería basarse en la relación médico-paciente, en las expectativas puestas en el médico, su posición de garante, así como el carácter esencialmente riesgoso de la práctica clínica, aspectos que exigen un análisis preciso para establecer cuándo el profesional excede el riesgo socialmente permitido.

Palabras clave: *Derecho penal, medicina, mala praxis, responsabilidad, lex artis.*

* Abogada (USFX), con formación de posgrado en docencia universitaria por competencias, gestión de aula, derecho penal y metodologías de investigación. Máster en Derecho Penal y Procesal Penal (UASB) y Maestrante en Metodología de la Investigación (UAJMS). Investigadora con publicaciones en revistas indexadas sobre derecho penal, constitucional y derechos humanos. Docente de pregrado y posgrado en diversas universidades del país, con experiencia en coordinación de investigación y modalidades de titulación. Actualmente se desempeña como Directora del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Privada del Valle – Sede Sucre.

ABSTRACT

Medical malpractice in Bolivia, regarding its typical configuration, presents difficulties, as it lacks a specific criminal classification, forcing it to be subsumed under generic types that do not capture the peculiarities of the medical act or the technical flexibility of the *lex artis*. This situation creates challenges in delimiting criminal liability, especially concerning subjective imputation, generating conflicts in distinguishing negligent conduct from eventual intent. Objective imputation should be based on the doctor-patient relationship, the expectations placed on the physician, their position as guarantor, as well as the essentially risky nature of clinical practice—factors that require precise analysis to establish when the professional exceeds socially permissible risk.

Keywords: *Criminal law, medicine, malpractice, responsibility, lex artis.*

INTRODUCCIÓN

La mala praxis médica, en Bolivia y en el mundo, no es un fenómeno reciente y tiene una incidencia considerablemente elevada¹. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (Angulo, 2019), la negligencia médica implica una compleja evaluación como responsabilidad delictuosa. Esto se debe a las características particulares de la práctica médica, que requieren que los estándares genéricos de investigación judicial aplicables a otras profesiones se adapten y modifiquen a dicha práctica, a fin de delimitar adecuadamente sus esferas de responsabilidad penal.

El incremento y las peculiaridades de los casos de negligencia médica han llevado a varios países a promulgar leyes específicas para contrarrestarla, dando lugar incluso al fenómeno de la medicina defensiva. En Bolivia, en cambio, no existe una normativa penal especializada en esta materia,

¹ Según la OMS (2023), a nivel global 1 de cada 10 pacientes sufre algún daño por la atención de salud, y ocurren 3 millones de muertes anuales por mala praxis médica. En Bolivia, en los últimos años se registraron más de 500 casos, según la Asociación Nacional de Víctimas de Negligencia Médica de Bolivia y del Ministerio de Justicia e Institucionalidad; en 2021 hubo 55 denuncias por mala praxis ante instancias administrativas y solo 2 casos siguieron un proceso penal (Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional, 2021).

lo cual obliga a los jueces a fundamentar sus decisiones en tipos penales genéricos, que no contemplan las especificidades de la *lex artis* (reglas de la buena práctica profesional) y sus implicaciones.

Esta falta de especificidad legal complica significativamente la determinación de la responsabilidad penal en estos casos.

En este contexto, para Calle (2023), la configuración típica² de la mala praxis médica en Bolivia enfrenta serias dificultades, ya que no existe una definición legal clara de la misma, afectando tanto a pacientes como a médicos en su seguridad jurídica. Rodríguez (2018), en la misma perspectiva, concluye en que la legislación vigente, penal y administrativa, en particular la Ley del Ejercicio Profesional Médico N° 3131 y su reglamentación, resultan insuficientes para abordar de manera efectiva los casos de negligencia médica.

De hecho, en el Caso I.V. vs Bolivia³, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2016), en el marco de las reparaciones exigidas, determinó como prioridad nacional “la tipificación penal a la negligencia médica en Bolivia” (párr. 346), así como la redacción de leyes que regulen la prestación de servicios de salud y la responsabilidad médica en la mala práctica profesional, cuestiones que aún no se han llevado a la práctica.

Por otra parte, Hannover y Díez (2020) evidenciaron graves falencias sobre cómo se llevan adelante los procesos penales por delitos relacionados con la negligencia médica, especialmente

² Entendida como la descripción de la conducta que constituye un tipo penal (IUS360, 2019)

³ La Corte determinó responsabilidad del Estado Boliviano por la violación de los derechos humanos a la vida, a la integridad personal y al acceso a la justicia porque I.V. sufrió una esterilización forzada y no obtuvo justicia ni en el proceso penal, ni el civil o administrativo que instauró (Caso I.V. vs Bolivia, 2016).

cuando tienen que ver con las inconsistencias en el enfoque de la configuración típica. La tipificación legal de los hechos varió significativamente: mientras en algunos casos (los menos), el personal de salud fue acusado de delitos culposos, como lesiones u homicidio culposo. En la mayoría se les imputó por delitos dolosos, como lesiones graves, lesiones gravísimas, ejercicio ilegal de la medicina, omisión de deberes, homicidio en grado de tentativa y lesiones seguidas de muerte; hecho reproducido, por ejemplo, en el Caso I.V. vs Bolivia (2016).

Esto demuestra contradicciones en la configuración típica, ya que no existe una claridad en cuanto al tipo penal.

Por todo ello, se hace necesario un análisis exhaustivo de cómo se configura la tipicidad en casos de negligencia médica o mala praxis médica en Bolivia.

MÉTODOS

El objetivo de esta investigación es analizar cómo en la doctrina se configura la tipicidad de la responsabilidad penal en casos de mala praxis médica, a fin de conocer si existen vacíos legislativos en Bolivia. Para ello, se estudiaron los fundamentos teóricos y conceptuales de la mala praxis médica como tipo penal, así como los elementos que la componen, con especial énfasis en su imputación objetiva. La investigación fue cualitativa con un enfoque descriptivo, hermenéutico y analítico a través de un estudio doctrinal, el cual aportó una visión integral sobre la temática y su tratamiento en el contexto jurídico boliviano.

RESULTADOS

1. El Acto Médico

Los actos médicos son intervenciones, directas o indirectas, del médico o de sus colaboradores en el cuerpo o psique del paciente para diagnosticar, pronosticar y tratar enfermedades, así como para recuperar, conservar, preservar y rehabilitar la salud (Argnani, 2017). En el acto médico se concreta la relación entre el médico y el paciente, quien acude al profesional motivado por una alteración en su salud, buscando su opinión, consejo y posible tratamiento, ya que el médico está catalogado por la estructura social y jurídica de un país como el experto idóneo para orientar y sanar, según sus capacidades y el tipo de enfermedad del paciente.

Las tareas del galeno están delimitadas por normas específicas sobre salud; en Bolivia, entre otras, por la Ley del Ejercicio Profesional Médico N° 3131 del 8 de agosto de 2005, que define al acto médico como “Toda intervención profesional del médico, respaldado por protocolos y normativa vigente, con calidad y calidez humana” (Poder Legislativo, 2005). Además, se incluyen en estas actividades la enfermería, odontología, docencia, investigación y asesoramiento, siempre que se cuente con el consentimiento previo del paciente o de sus representantes⁴ (Argnani, 2017).

Argnani (2017) señala que el acto médico se estructura jurídicamente a partir de ciertos elementos que definen la conducta del facultativo, los cuales son su aspecto objetivo, su aspecto subjetivo y el resultado.

a) Aspecto Objetivo. Es el contenido concreto de los actos

⁴ Si el paciente no tiene capacidad de decidir sobre su persona, requiere intervención profesional médica y no cuenta con un familiar, pariente o responsable legal, la Institución de salud asume la decisión terapéutica, siguiendo las normas y protocolos vigentes (Ministerio de Salud y Deportes, 2008).

materiales mediante los cuales se lleva a cabo la actividad curativa; son limitados por el deber de observar pautas genéricas indicadas por la normativa del ejercicio profesional o *lex artis*.

b) *Aspecto Subjetivo*. El acto médico se define por la finalidad que guía su ejercicio, es decir, el tratamiento de enfermedades o la preservación, conservación, recuperación y rehabilitación de la salud del paciente. Además, el médico ejerce su profesión como un trabajo liberal y medio de subsistencia.

c) *Resultado*. Más allá de la intención, el profesional de la salud toma una decisión deliberada dentro de su discrecionalidad profesional, poniendo a disposición del paciente su ciencia, conocimiento y recursos técnicos necesarios para generar un resultado específico, que modificará el estado anatómico, fisiológico o psíquico del paciente para obtener su curación. No es obligatorio conseguir este resultado, y se prohíbe al profesional de la salud asegurar la producción de un resultado, bajo responsabilidad penal⁵, salvo cuando no se obtiene el resultado querido debido a una conducta incorrecta del profesional (Argnani, 2017), lo que configura su responsabilidad.

Así, en síntesis, el acto médico es aquel en que solo un profesional de la salud autorizado puede efectuarlo, y debe estar conforme a la *lex artis*, cuyo propósito es buscar la curación o rehabilitación del enfermo, y que su resultado no puede ser asegurado por el profesional.

5 El Código Penal (1997) en su Art. 218, inc. 2, en el tipo penal de Ejercicio Ilegal de la Medicina, establece que será sancionado con reclusión de tres meses a dos años o multa de treinta a cien días “el que con título o autorización anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles.”

2. La Lex Artis

Argnani (2017) sostiene que para mitigar los riesgos que amenazan a destinatarios y operadores del sistema de salud en los actos médicos, es imperativo sentar un marco de estabilidad en el proceso de atención de salud-enfermedad, que debe estar delineado por la observancia de un estándar básico en la prestación, cuando se exige a los profesionales de la salud adherirse a las normas jurídicas y reglas prácticas que rigen su actividad. Dichas normas y reglas están codificadas en un cuerpo de conocimiento científico que, en Derecho Sanitario, se denomina *lex artis*, lo que se entiende como el criterio que orienta la correcta ejecución de un acto médico específico por parte del profesional de la medicina.

La *lex artis* engloba un conjunto de disposiciones científicas y técnicas específicas, máximas de experiencias y prácticas no escritas, pero reconocidas y aceptadas por la comunidad médica como un estándar, que actúan como guías o cánones para determinar la conducta sanitaria apropiada en cada situación. Este criterio orientativo define el contenido del deber objetivo de cuidado que debe tener el médico al atender a un paciente (Argnani, 2017; Espin, 2016), considerando las características particulares del profesional, la complejidad y trascendencia vital del acto, los factores internos, el estado y participación del paciente, sus familiares y la estructura organizativa del sistema de salud. Todo ello permite evaluar si dicho acto se ajusta o no a la técnica convencional requerida (Fuente del Campo y Ríos, 2018, p. 5).

Los preceptos contenidos en la *lex artis* no constituyen leyes positivas con obligatoriedad jurídica, sino que se desarrollan y consolidan a lo largo del tiempo en consonancia con el progreso científico y la práctica médica, identificando los

riesgos asociados a ciertas conductas (Espín Rosales, 2016). Se presume que el profesional de la salud los conoce, ya que constituyen un requisito indispensable para el ejercicio de su profesión, su omisión podría derivar en un daño por negligencia, como lo señala Maurach Göss (1995, citado por Argñani, 2017).

La relevancia legal de estas normas radica en que establecen la conducta considerada “adecuada” en cada caso concreto, sirviendo como base para que los tribunales configuren la responsabilidad médica (Fuente del Campo y Ríos, 2018). Su incumplimiento constituye una seria presunción de violación del deber de cuidado. En este contexto, el juez analiza la violación de la regla técnica basada en la *lex artis* para determinar si un error profesional grave causó daño al bien jurídico protegido (Espín Rosales, 2016). Este análisis se realiza con el apoyo de informes de peritos especializados y auditorías médicas que esclarecen si el médico cumplió con estas disposiciones, permitiendo la aplicación adecuada de las normas legales al caso concreto (Argñani, 2017).

Sin embargo, debido a la naturaleza dinámica del conocimiento científico y las especificidades inherentes a cada paciente y enfermedad, estas directrices no son estrictas, inmutables ni absolutas. Pueden existir múltiples enfoques “científicamente correctos” para tratar un caso, lo que permite al profesional seleccionar discrecionalmente el más apropiado y beneficioso para el paciente, con base en el “ensayo – error – acierto” (Argñani, 2017). Esta elección se fundamenta en el interés superior del paciente, por ende, aunque el respeto a estas pautas es esencial, no garantiza la eliminación de un riesgo no permitido, pues son normas indicativas y aplicables únicamente a situaciones típicas (Espín Rosales, 2016); por

tanto, no son máximas definitivas en la configuración de la responsabilidad penal.

3. La Mala Praxis Médica

La mala praxis médica es conceptualizada por Inés Argñani (2017) como una desviación del estándar de cuidado en el acto médico realizada por el profesional de la salud, que ocasiona un perjuicio al paciente y que puede adoptar múltiples formas. La doctrina mayoritaria sostiene que son conductas no deliberadas. El perjuicio al paciente puede materializarse en una afectación a su vida, integridad física o psíquica, o incluso a su patrimonio. La legislación boliviana no ofrece una definición específica al respecto.

Si este desvío en el acto médico es deliberado y con intención de causar daño al paciente, es decir, es ejercido con dolo⁶, esta acción se adecua a tipos penales contra la salud y la vida, como el ejercicio ilegal de la medicina, el homicidio (Art. 251), asesinato (Art. 252), lesiones gravísimas (Art. 270), graves o leves (Art. 271), y la lesión seguida de muerte (Art. 273).

Al no existir una legislación específica en Bolivia, fiscales y abogados querellantes acusan a médicos procesados con base en estos delitos la responsabilidad penal (Hannover y Díez, 2020), apoyándose en ciertos doctrinarios partidarios de este enfoque, con énfasis en el dolo eventual (Deza, 2022).

Si la conducta descuidada del profesional no busca intencionalmente causar un daño y ocurre por error, exceso o falta

6 Para Muñoz y García (2010), el dolo es la “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito” (p. 265), y el Código Penal (1997) en su Art. 14 establece: “Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad. Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su relación y acepte esta posibilidad.” (p. 26), posee un elemento intelectual, es decir, el sujeto de la acción sabe qué hace y conoce los elementos que caracterizan su acción como conducta típica, y un elemento volitivo, donde, aparte de conocer estos elementos, quiere realizarlos.

de diligencia, se la considera imprudente y se adecúa al concepto de culpa o negligencia (Argnani, 2017). En este contexto, Nancy Jaramillo et al. (2023) ofrecen una definición restringida de la mala praxis médica, describiéndola como “un ejercicio errado sin habilidad por parte de un médico, produciéndole un daño o perjuicio a la salud del paciente” (p. 26). Por su parte, Momblanc (2020) define la mala praxis médica como “la acción de dañar total o parcialmente, temporal o de manera permanente la salud humana en el marco de la relación médico-paciente, resultado de un acto médico imprudente” (p. 7).

La mala praxis médica, en su complejidad conceptual y jurídica, representa un fenómeno multidimensional que excede la mera trasgresión técnica en el ejercicio de la profesión médica. Es el resultado de un desvío del estándar de cuidado exigido en la praxis profesional, con consecuencias que pueden ir desde afectaciones leves hasta graves daños al paciente.

3.1. La Responsabilidad Penal por Mala Praxis Médica.

Según Momblanc (2021), las personas buscan los servicios de un médico con la expectativa de que este, en su esfuerzo por sanar o aliviar su padecimiento, actúe basándose en sus conocimientos médicos y con el debido cuidado, en el marco de una actividad inherentemente riesgosa. De la interacción entre médico y paciente surge la relación médico-jurídica, que establece derechos y obligaciones para ambas partes, delimitando sus responsabilidades y la posible “sancionabilidad” en caso de incumplimiento (Momblanc, 2020).

En este contexto, al aceptar el cuidado del paciente, el médico asume deberes tanto de acción como de abstención, cuyo incumplimiento genera su responsabilidad, es decir, la obligación de responder por sus actos. La responsabilidad

profesional médica se define, entonces, como el compromiso ético y legal del profesional de la salud de reparar y asumir las consecuencias de sus actos, omisiones o errores, ya sean voluntarios o involuntarios, en el ejercicio de su profesión (Momblanc y Momblanc, 2018), abarcando los ámbitos administrativo, ético, civil y penal.

Argnani (2017) define la responsabilidad jurídico-penal como la obligación de un sujeto imputable de someterse a las consecuencias legalmente establecidas (sanciones o penas) por la comisión de un acto socialmente peligroso y antijurídico contemplado en la ley penal, es decir, un delito. De esta definición se desprenden dos requisitos fundamentales para que un profesional de la salud sea considerado penalmente responsable: la comisión de un hecho tipificado y antijurídico, y su condición de imputable. Por lo cual, la mera ocurrencia de un resultado adverso, como un daño a la vida o salud del paciente en el acto médico, no es suficiente para justificar una pretensión jurídica de responsabilidad penal (Momblanc y Momblanc, 2018). Corresponde al Derecho Penal proporcionar los fundamentos para una evaluación adecuada del caso y para la exigencia de una responsabilidad jurídica (Romero, 2014).

3.2. Elementos de la Responsabilidad Penal de Mala Praxis Médica. Para abordar este punto, se consideró la teoría general del delito, la cual, según Muñoz y García (2010) y Pérez (2021), examina las características necesarias para que una conducta pueda ser catalogada como delito. Esta teoría sostiene que existen rasgos comunes y esenciales inherentes a todo delito, los cuales conforman un sistema de hipótesis que describen los elementos que permiten o impiden imponer una consecuencia jurídico-penal sobre una acción humana (Peña y Almanza, 2010).

La primera tarea de la teoría del delito es conceptualizarlo desde la dogmática jurídica. Así, desde esta perspectiva se ha definido al delito como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta y el autor de ese hecho (Muñoz y García, 2010).

El Auto Supremo N° 72/2015-RRC de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) (2015) señala que un delito es toda conducta típicamente antijurídica y culpable descrita por la ley penal, cuya consecuencia es sufrir una pena sancionatoria o medidas preventivas o represivas. De igual forma, el Auto Supremo N° 12/2013 de 6 de febrero de 2013 del TSJ, exige a los tribunales que, al momento de realizar la subsunción de conductas ilícitas, tengan presente esta estructura, conforme a cada uno de sus elementos, acorde con la Escuela Moderna del Delito, basada en la Escuela Finalista⁷ y la Teoría del Riesgo⁸, que determinan que un delito posee como sus elementos constitutivos a la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Todos estos elementos deben adecuarse a la conducta del sujeto activo, a fin de considerarse la existencia de un delito. La presente investigación presta especial consideración a la tipicidad, porque es lo más controvertido en la mala praxis médica.

4. La Tipicidad en la Mala Praxis Médica

Salazar y Quintana (1994), citados por Momblanc (2020), definen la tipicidad como la cualidad de un comportamiento

⁷ La doctrina finalista surge como una revisión profunda de la teoría del delito causalista, que concebía la acción desde una perspectiva físico-naturalista, como un movimiento corporal que genera una alteración en el mundo exterior, vinculada mediante un nexo causal al resultado. Sin embargo, presentaba conflictos al intentar subsumir delitos de omisión y de mera actividad. En contraste, para la teoría finalista la acción es un acto dotado de una finalidad específica, guiado conscientemente hacia un resultado propuesto voluntariamente, otorgando menor relevancia al nexo causal (Peña y Almanza, 2010).

⁸ Hoy, en la dogmática jurídico-penal existe el consenso de que la mera verificación del nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar dicho resultado al autor (Muñoz y García, 2010). Por ello, se prefiere hablar en términos de relación de riesgos. Según la teoría de la imputación objetiva, o “teoría del riesgo”, “solo puede ser objetivamente imputable un resultado cuando la acción ha generado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto protegido por la norma, y dicho peligro se ha concretado en el resultado típico” (López, 2016, p. 127).

humano de encajar con la descripción del delito contenida en una norma penal. Por su parte, Peña y Almanza (2010) la describen como la adecuación jurídica, el encaje o subsunción del acto humano voluntario en un tipo penal, es decir, en la figura definida por la ley penal como delito, lo que constituye un indicio de su comisión. Según el principio de legalidad, en su manifestación de *nullum crimen sine lege (ningún crimen sin ley)*⁹, únicamente los hechos expresamente tipificados como delitos en la ley penal pueden considerarse como tales (Muñoz y García, 2010), lo que constituye un presupuesto esencial del debido proceso.

Asimismo, Peña y Almanza (2010) explican que el tipo penal es una figura abstracta creada por el legislador, que describe las conductas prohibidas y delimita aquellas penalmente relevantes.

En Argentina, la mala praxis médica se encuentra tipificada en su Código Penal, en el artículo 84, y refiere:

Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. (Senado de la Nación Argentina, 2017)

Asimismo, señala que se adecúa a su artículo 94, el cual establece:

Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años,

⁹ “A decir de Fernando Villamor Lucia, el principio de legalidad tiene dos partes, “nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege”, es decir que el delito y la pena deben estar determinados por una ley previa” (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2012, pág. 13)

el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. (Senado de la Nación Argentina, 2017)

En el Código Penal boliviano, pese a la prioridad exigida por la Corte IDH (2016) para este tema, no hay un tipo penal específico sobre mala praxis médica; sólo existe una agravante sobre mala praxis en general, en el tipo penal de homicidio culposo establecido en el Art. 260, que señala:

El que por culpa causare la muerte de una persona, incurrirá en reclusión de seis meses a tres años.

Si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo, la sanción será de reclusión de uno a cinco años. (Poder Legislativo, 1997)

De igual forma, se adecua al tipo penal de lesiones, ya que protege la integridad corporal y la salud, aunque en este caso no existe un tipo específico o agravante por la mala praxis médica, adecuándose a las lesiones culposas, establecidas en el Art. 274: “El que culposamente causare a otro alguna de las lesiones previstas en este capítulo, será sancionado con multa hasta de doscientos cuarenta días o prestación de trabajo hasta un año” (Poder Legislativo, 1997).

Para analizar un tipo penal, es necesario considerar sus elementos objetivos y subjetivos, así como la relación de causalidad o imputación objetiva.

4.1. Elementos Objetivos de la Mala Praxis Médica.

En cuanto a los elementos objetivos, se debe analizar al sujeto activo¹⁰, el verbo rector¹¹, los elementos objetivos¹² y la sanción (Muñoz y García, 2010; Momblanc, 2020; Mir Puig, 2008), lo cual dependerá de si existe o no un tipo penal específico sobre el hecho.

Es importante destacar que cuando la mala praxis médica es considerada un delito culposo, la participación criminal presenta características particulares, ya que únicamente puede concentrarse en la autoría. Esto implica que el autor del hecho lo realiza directamente por sí mismo, conforme lo establece el Art. 20, parágrafo I, del Código Penal. En este contexto, no es aplicable la figura de la coautoría, dado que no existe una cooperación indispensable para la comisión del hecho.

Asimismo, en casos de mala praxis médica no se reconocen autores mediatos, instigadores ni cómplices, debido a la misma razón. Por lo tanto, la responsabilidad recae exclusivamente en el profesional de la salud que incumplió el deber de cuidado y afectó de manera directa al bien jurídico protegido, ya que se considera que era el único que tenía el control del hecho y podría haber evitado el peligro (Argnani, 2017). Por consiguiente, si varias personas actúan conjuntamente, la ley renuncia a graduar sus formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o, en la omisión, a todos los comportamientos consistentes de no haber impedido el resultado.

10 Autor que realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. (Muñoz y García, 2010; Momblanc, 2020; Mir Puig, 2008).

11 Verbo principal que define la acción típica o conducta prohibida que debe ser probada para que se configure el delito (Muñoz y García, 2010; Momblanc, 2020; Mir Puig, 2008).

12 Objeto material sobre el que recae la acción delictiva y otros elementos descriptivos, como el modo, tiempo, lugar, etc. (Muñoz y García, 2010; Momblanc, 2020; Mir Puig, 2008).

4.2. Elementos Subjetivos de la Mala Praxis Médica. Como ya se dijo, la mala praxis médica es clasificada como un delito culposo (Corte IDH, 2016), mientras que su consideración como delito doloso corresponde a circunstancias distintas y ajenas. No obstante, la doctrina discute la posibilidad de que en casos excepcionales se configure un dolo eventual, dada la dificultad práctica de diferenciar entre sí las conductas asociadas a la mala praxis médica: imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de reglamentos. Estas discusiones surgen debido a la conexión que hay entre dichas conductas y aspectos característicos del acto médico indebido y conceptos relacionados, tales como la iatrogenia, los errores que pueden llegar a ser aberrantes y las complicaciones (Momblanc, 2020).

Este escenario es particularmente frecuente en Bolivia, donde no existe una tipificación específica.

El Artículo 15 del Código Penal (Poder Legislativo, 1997) dispone que actúa culposamente quien no observa el cuidado al que está obligado según las circunstancias y sus condiciones personales. El concepto jurídico de la culpa se fundamenta en la idea de que el núcleo del reproche radica en que “el autor pudo y debió orientar su conducta de manera que evitara el resultado indeseado” (Argnani, 2017). Mir Puig (2008) afirma que el sujeto no tiene intención de cometer el hecho descrito en el tipo penal, pero lo lleva a cabo al infringir la norma de cuidado, es decir, al no observar el cuidado requerido.

Es importante destacar que como regla en el derecho penal un delito solo puede calificarse como culposo si está expresamente especificado como tal en la tipificación penal. Esto genera una dualidad interpretativa en Bolivia, ya que no existe un tipo penal específico para la mala praxis médica.

Asimismo, según el contenido psicológico que subyace a la actuación del sujeto, la doctrina clasifica la conducta en dos modalidades: culpa inconsciente y culpa consciente. En la primera, el sujeto no es consciente de que está llevando a cabo un delito penal; en la segunda, prevé como posible la comisión del ilícito, pero actúa confiando en que podrá evitar el resultado. Esta distinción es muy importante para diferenciar la culpa consciente del dolo eventual, ya que la previsibilidad es el elemento subjetivo de la culpabilidad, que reemplaza el componente volitivo del dolo (Argnani, 2017). Sin embargo, ambos elementos presentan similitudes.

Según Peña y Almanza (2010), el dolo eventual ocurre cuando el sujeto se representa el hecho como una posibilidad lejana pero factible y, aun así, actúa aceptando dicha eventualidad.

Un ejemplo sería el del cirujano que conscientemente efectúa una operación sin el equipo adecuado, aceptando el riesgo de causar un daño grave al paciente con tal de obtener sus honorarios. En este caso, aunque no desea el resultado, lo asume como posible.

En tanto que en la culpa consciente, el médico reconoce el peligro de la situación, pero confía en que no se concretará el resultado lesivo. Por ejemplo, un médico que debido a la premura omite informar adecuadamente al paciente sobre riesgos y alternativas. En este escenario, la falta de previsión de lo previsible obedece a una deficiencia intelectual o a una escasa atención, y no a una aceptación deliberada, como en el dolo eventual (Argnani, 2017). Sin embargo, la línea que separa ambas categorías puede ser extremadamente sutil en muchos casos, dificultando determinar si el sujeto actuó con culpa consciente o con dolo eventual.

Por consiguiente, una imprudencia médica se configura cuando el profesional de la salud, sin intención de causar daño genera un resultado lesivo para la salud del paciente, debido a la inobservancia de normas, protocolos y guías de buenas prácticas que regulan la actividad médica (*lex artis*). En estos casos, los resultados adversos pudieron y debieron haber sido previstos y evitados. Además, como señala Argnani (2017), incluso si no era posible prevenir el perjuicio al bien jurídico mediante la renuncia a la finalidad que conducía a dicho resultado, el médico estaba obligado a actuar con las precauciones especiales necesarias para impedir la lesión, utilizando medios que permitieran evitar la concreción del tipo penal y aplicando el cuidado objetivo requerido para proteger al paciente. La responsabilidad médica se establecerá al demostrar que el resultado lesivo se produjo como consecuencia de una omisión del deber de cuidado (Mir Puig, 2008), y no por una intención deliberada de dañar al paciente.

En este contexto, Argnani (2017) precisa que la ley no sanciona el acto imprudente en sí mismo, sino únicamente cuando este ha provocado un resultado delictivo imputable a título de culpa, que posee una relación de causa y efecto con la acción u omisión reprochada. Además, dicho resultado debe ser grave, ya que solo la “imprudencia grave” o “culpa lata” puede dar lugar a un delito, mientras que la “imprudencia leve” o “culpa levis” únicamente conduce a infracciones (Mir Puig, 2008).

Jescheck, citado por Mir Puig (2008), distingue dos obligaciones para no infringir la norma de cuidado:

- **Deber de cuidado interno.** Obliga a advertir la presencia del peligro y su gravedad aproximada, como requisito previo de toda acción prudente; Binding

lo caracteriza como un “deber de examen previo” (Robert, 2015; Mir Puig, 2008). Aquí se sitúa la culpa inconsciente, que implica la imprudente falta de previsión del peligro del resultado, sancionándose la infracción por no haber advertido el riesgo.

- **Deber de cuidado externo.** Implica el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado ya advertida después de realizar el examen previo, configurándose así la culpa consciente. De ahí que la culpa consciente sea más grave que la inconsciente. Presenta tres principales manifestaciones:

Deber de evitar acciones peligrosas. Las acciones intrínsecamente peligrosas deben ejecutarse observando estrictamente el deber de cuidado, con las precauciones adecuadas, con la pericia y cautela exigidas en el ámbito profesional. De no hacerlo, este comportamiento culposo se define como impericia profesional, es decir, como la carencia de conocimientos que son exigibles al sujeto por su cualificación profesional. Esto es particularmente relevante en situaciones en que solo un especialista está capacitado para ciertas intervenciones, como que, por ejemplo, un médico general no debería realizar una operación a corazón abierto.

Deber de preparación e información previa. Para emprender acciones potencialmente peligrosas, con carácter previo se debe adoptar medidas de preparación e información. Por ejemplo, antes de ordenar una cirugía a corazón abierto, el médico debe revisar el historial clínico del paciente, evaluar su estado general y su capacidad de resistencia; además de informar al paciente

sobre las implicancias del tratamiento, procurando permanentemente el consentimiento informado.

Deber de actuar con prudencia en situaciones peligrosas.

En la actualidad, muchas actividades implican riesgos para los bienes jurídicos protegidos, pero su realización es considerada beneficiosa para la sociedad, dando lugar al concepto de riesgo permitido. Así, una cirugía a corazón abierto, por ejemplo, conlleva significativos riesgos, como infecciones, sangrados, eventos cerebrovasculares, entre otros (Fundación Clínica SHAI0, 2021); sin embargo, su práctica se justifica por los beneficios que trae, como la reducción de ataques cardíacos (Medicover, 2024). Aquí no rige el deber de evitar acciones peligrosas, sino más bien que deben efectuarse con extremo cuidado, adoptando toda medida necesaria para minimizar riesgos y así impedir que el peligro inherente se traduzca en una lesión efectiva.

Ahora, para determinar si el sujeto activo incumplió con su deber de cuidado, Mir Puig (2008) sostiene que es necesario contar con un criterio para evaluar la prudencia o imprudencia de una acción. La doctrina alemana, hoy dominante, establece que “solo y siempre será antijurídico el hecho que infrinja el objetivo deber de cuidado que el tráfico impone, con independencia de las facultades especiales del autor” (p. 291).

Esto implica que la valoración de un caso dependerá de lo que se espera de un hombre diligente promedio en la misma situación concreta del autor, considerando un juicio *ex ante* que evalúe los conocimientos específicos del autor al momento de obrar, así como su nivel cultural, profesional, entre otros factores (Mir Puig, 2011). De este modo, el juez determinará

cómo habría actuado un profesional de la salud promedio diligente en condiciones similares a las del sujeto activo.

En este contexto, la norma no puede exigir al sujeto capacidades que excedan sus facultades ordinarias, a menos de que este disponga de habilidades o conocimientos extraordinarios (como una técnica específica adquirida en la práctica médica) y deliberadamente opte por no aplicarlos (Mir Puig, 2008). En esta circunstancia, su conducta podría ser incluida en el ámbito del dolo eventual.

Por otra parte, Argnani (2017) señala que la mala praxis médica se presenta en varias formas, que ella condensa en cuatro, a saber:

- **Imprudencia.** Se trata de la falta de cuidado que resulta en un desenlace adverso. El autor del hecho no adoptó las precauciones necesarias para evitar la generación de un peligro o el incremento de un riesgo permitido, lo que finalmente se materializa en el resultado (Argnani, 2017). Esta conducta implica una acción que contraviene la prudencia requerida al enfrentar un riesgo innecesario, del cual debería haberse abstenido (Argnani, 2017; Peña y Almanza, 2010). Por ejemplo, un médico que realiza cirugías en un quirófano con carencias fundamentales.
- **Negligencia.** Consiste en una actitud omisiva caracterizada por la falta de atención y voluntad de actuar, lo que implica una ausencia de acción que deriva en daño (inacción) (Argnani, 2017; Peña y Almanza, 2010). Se relaciona con la omisión de un deber positivo que evite un resultado adverso. Un ejemplo es el del médico de emergencias que al finalizar su turno no ingresa al paciente y lo deja en el consultorio con un

tratamiento sintomático, sin hacer un examen adecuado, pese a que el enfermo presentaba signos de una oclusión enmascarada.

- **Impericia.** También conocida como “culpa profesional”, se refiere a un ejercicio defectuoso de un arte o profesión, que evidencia falta de experiencia o actuación inapropiada, demostrando una carencia de las aptitudes mínimas requeridas. Este tipo de conducta es aplicable a actividades que demandan conocimientos técnicos, formación, habilidad, experiencia y competencias específicas, según el contexto del hecho investigado. No se trata de cualquier error o desconocimiento, sino de aquellos que son groseros e inadmisibles, excediendo lo opinable o discutible (Argnani, 2017; Peña y Almanza, 2010). Un ejemplo, ya comentado, sería el del médico general que decide realizar una operación a corazón abierto.
- **Inobservancia de reglamentos.** Según Argnani (2017), ocurre en situaciones que intrínsecamente conllevan riesgos, que para su ejecución el legislador ha establecido regulaciones específicas. Esta conducta puede infringir la normativa de dos maneras: vulnerándola deliberadamente a pesar de conocerla (imprudencia); infringirla por desconocer reglamentos que tenía la obligación de conocer (negligencia) (Peña y Almanza, 2010). Sin embargo, la sola inobservancia de un reglamento no implica automáticamente responsabilidad penal; el resultado perjudicial debe ser normativamente atribuible a dicha infracción. Asimismo, el estricto cumplimiento de las normas no descarta la posibilidad de una conducta imprudente o negligente.

De modo que, para determinar si la conducta de un médico se enmarca en la mala praxis, es indispensable evaluar su nivel de consciencia y previsibilidad respecto al hecho en cuestión, verificando si cumplió con el deber de cuidado exigido, tanto en el análisis previo de riesgos como en la ejecución diligente del acto médico. Esto implica que el juez debe valorar si el profesional médico evitó acciones innecesariamente peligrosas, hizo exámenes previos adecuados y adoptó medidas prudentes ante situaciones inherentemente riesgosas, por su alto nivel de peligrosidad, lo cual aumenta según la complejidad del tratamiento.

Además, la evaluación del juez debe ajustarse al estándar del profesional diligente con las mismas competencias en circunstancias similares, sin demandar conductas heroicas¹³.

Si la actuación del médico excedió el ámbito de previsibilidad propio de la culpa consciente, el análisis deberá enfocarse en una posible configuración dolosa, que ya sobrepasa la mala praxis médica, según la doctrina mayoritaria¹⁴.

4.3. La imputación Objetiva de la Mala Praxis Médica.

La configuración judicial de la mala praxis médica guarda una estrecha relación con el concepto de imputación objetiva, ya que esta noción permite determinar si una conducta, más allá de ser causa material de un resultado, puede ser jurídicamente atribuida al profesional como una infracción del deber de cuidado exigido en el ámbito médico.

13 Esto es particularmente relevante para un juez en Bolivia, ya que debe determinar si existían las condiciones mínimas en infraestructura y recursos para llevar a cabo el acto médico.

14 Es particularmente difícil determinar en qué punto se configura el dolo en situaciones aberrantes y desproporcionadas. Un ejemplo es el caso de un niño con cáncer en la ciudad de Santa Cruz, a quien se le extirpó el riñón sano (Miranda, 2018).

Muñoz y García (2010), en concordancia con Mir Puig (2008), sostienen que en los delitos de consecuencias dañosas, como las lesiones o el homicidio, existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Esta relación permite, en el ámbito objetivo, atribuir el resultado al autor de la conducta que lo originó, constituyendo un requisito mínimo para fundamentar la responsabilidad por el resultado producido, conforme al principio de causalidad. Sin embargo, esta relación de causa y efecto no es el único elemento relevante para imputar un hecho como objetivamente doloso, incluso puede no ser necesaria, como ocurre en los delitos de omisión o de comisión por omisión.

La concepción clásica del comportamiento socialmente relevante, sustentada en la teoría finalista de la acción, establece que una conducta lesiona un bien jurídico protegido en función de la intención del sujeto activo. No obstante, esta perspectiva no logra abarcar situaciones en las que, aunque existía una relación subjetiva del autor respecto al riesgo del resultado, el hecho carecía de la anormalidad social necesaria para ser considerado dañino. En otras palabras, no toda causación evitable de un resultado prohibido por la norma implica una conducta jurídicamente delictuosa, lo cual dificulta la imputación objetiva en casos de delitos culposos, en especial en el ámbito médico y la iatrogenia.

Jakobs (2019) señala que la capacidad causal de una conducta respecto a un resultado no determina automáticamente su desaprobación jurídica ni presupone que el autor sea consciente de dicha capacidad. Debe existir un juicio objetivo, basado en criterios normativos, que seleccione conductas que puedan ser calificadas como típicas, más allá de cumplir o no con la causalidad natural. Según Mir Puig (2008), «esta cuestión jurídico-penal solo puede resolverse desde el prisma normativo

del Derecho penal y no mediante una categoría ontológica y prejurídica como la de relación causal» (p. 20). Este enfoque adquiere particular relevancia en los casos de mala praxis médica, debido a su estrecha vinculación con la *lex artis*.

En los años 70, Claus Roxin formuló la teoría de la imputación objetiva como reacción a las falencias de las teorías causal y finalista. Günther Jakobs añadió un enfoque funcionalista a esta teoría, sosteniendo que el derecho penal debe cumplir con el papel particular de preservar la confianza en las reglas y asegurar la estabilidad del orden social. De acuerdo con Jakobs, el derecho penal debe robustecer las normas, entendidas estas como la manifestación de las expectativas sociales dominantes en una comunidad en un periodo histórico específico. De modo que los contenidos de las leyes deben ser autónomos de la subjetividad del autor y deben provenir del entorno social, que, mediante la dinámica propia de la sociedad, produce estructuras normativas claramente establecidas (Argnani, 2017).

En este escenario, Jakobs adopta un enfoque sistémico de la sociedad, interpretándola como una “organización de riesgos”, donde los miembros poseen ciertas expectativas (Argnani, 2017). Por lo tanto, argumenta, las garantías normativas del Derecho no están concebidas para evitar cualquier daño, dado que esto paralizaría la vida en sociedad; estas garantías más bien se enfocan en asignar responsabilidades a individuos concretos que cumplen ciertos roles en el marco de tareas específicas, es decir, garantizan estándares relacionadas con los roles que deben ser cumplidos (Jakobs, 2019). Por esta razón, Jakobs emplea el concepto de rol o estándar para determinar la relevancia social de un comportamiento, basando la teoría del delito en el reconocimiento de una “esfera de gestión

autónoma”, así como el deber consecutivo de respetar dicha autonomía en los demás.

Según Jakobs (citado por Argnani, 2017), cada individuo, como portador de un rol, tiene la obligación de desempeñar una función específica conforme a las expectativas sociales asociadas a dicho rol. Esto delimita un área particular en la cual el sujeto desarrolla sus actividades, conocida como ámbito de competencia. Los criterios que definen, de manera abstracta, los ámbitos de competencia para cada rol constituyen las bases objetivas para establecer las responsabilidades en casos concretos.

En primer lugar, se identifica un rol general como el nivel mínimo, que consiste en respetar los derechos de los demás y ser respetado en los propios derechos. A partir de ahí, se avanza hacia la definición y diferenciación de roles más específicos. De esta delimitación surge la noción de garante: un individuo será responsable únicamente por lo que ocurra dentro de su ámbito de competencia. Así, no cualquier persona debe responder por una consecuencia lesiva que pueda evitar, sino únicamente quien, al ocupar una posición especial de garantía en relación a un rol o ámbito de competencia determinado, tiene la obligación de evitarla, ya sea mediante una acción o una omisión. De acuerdo con estas expectativas, la interacción social se basa en la confianza de que cada individuo gestionará su ámbito vital de manera que cumpla adecuadamente con su rol básico como ciudadano, y posteriormente, con las responsabilidades específicas asociadas a su actividad o profesión (Argnani, 2017).

En este contexto, la imputación objetiva exige demostrar si determinada acción generó un riesgo jurídicamente desaprobado

y si el resultado es consecuencia directa de dicho riesgo (Peña y Almanza, 2010). El concepto de riesgo socialmente aceptado implica, por ejemplo, que un médico que llevó a cabo una cirugía cumpliendo con todos los protocolos y estándares médicos establecidos no puede ser considerado responsable si el paciente experimenta una complicación inesperada. Esto se debe a que el resultado no está relacionado con una conducta negligente o imprudente del médico, y, por tanto, no da lugar a su penalización. De lo contrario, se estaría aceptando que el mero hecho de que se produzca un resultado, incluso de forma fortuita, sería suficiente para imputar responsabilidad penal, basándose únicamente en la condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, solo son imputables los resultados derivados de la realización de un riesgo no permitido implícito en la acción misma (Jakobs, 2019).

La imputación objetiva interpreta el suceso desencadenado como un acontecimiento socialmente relevante o irrelevante, extraño o ajustado a las normas sociales, que pueda considerarse un mérito o que, por el contrario, destaque negativamente. Sin esta interpretación normativa, lo ocurrido se reduciría a un conglomerado naturalista de un curso causal psíquicamente “sobredeterminado”, carente de significado jurídico y, por tanto, irrelevante. En otras palabras, solo aquello que sea objetivamente imputable puede calificarse como una “acción jurídicamente relevante” (Jakobs, 2019). De este modo, aunque la ilicitud de la conducta ilícita tenga un componente subjetivo basado en el principio de culpabilidad por el hecho, el juicio de ilicitud será objetivo y se basará en criterios externos a las representaciones internas del autor.

Por ello Argnani (2017) sostiene que las normas únicamente prohíben la generación de resultados evitables que surjan

de acciones que creen o incrementen un riesgo para un bien jurídico. A partir de estos principios, Jakobs (2019) formula los fundamentos de la imputación objetiva:

- **Exclusión de la tipicidad si no se supera el riesgo permitido.** La acción no será típica si no excede los límites del riesgo aceptable. No es función de cualquier ciudadano eliminar todo posible riesgo de lesión de otro. En virtud del principio de confianza, la imputación recae exclusivamente sobre el garante de la evitación del resultado.
- **El peligro no permitido creado debe concretarse en el resultado.** La imputación queda excluida si la acción está cubierta por el consentimiento de la víctima o si el titular del bien jurídico actúa asumiendo el riesgo por sí mismo. En estos casos, la víctima adquiere competencia sobre el riesgo asociado a su bien jurídico; en el caso de la mala praxis médica, el paciente adquiere la competencia.

Jakobs (2019) sostiene que en los hechos dolosos la transgresión del rol es tan extrema que las interpretaciones subjetiva y objetiva coinciden. Por ejemplo, hundir un cuchillo en el abdomen de otra persona es un acto claramente homicida y con dolo. En contraste, en los hechos imprudentes, resulta indispensable establecer límites precisos para determinar si una conducta es delictiva o no, lo que le otorga gran relevancia práctica. Por ejemplo, pueden surgir debates sobre si las medidas de precaución tomadas por un profesional de la salud fueron suficientes para prevenir el fallecimiento de un paciente. Por ello, Jakobs clasifica estos casos como “delitos de infracción de deber”, en los que la relación del agente con el bien jurídico es directa y no mediada, calificándolo siempre

como autor, ya sea por omisión o por comisión por omisión, según su contribución al resultado (Argnani, 2017).

En los delitos de infracción del deber, los sujetos activos, en su rol de garantes, poseen el deber institucional de salvaguardar un bien jurídicamente protegido. Por tanto, esa posición de garante cobra una importancia particular en delitos imprudentes. Es importante subrayar que la identificación del garante es una de las labores más complicadas en la parte general del derecho, dado que la legislación no ofrece una base clara sobre las obligaciones que le pertenecen (Argnani, 2017).

Roxin propuso que esta posición de garante lógicamente precede a la ley penal, ya que proviene de otras normativas jurídicas necesarias para salvaguardar el bien jurídico. Por ello, para ejercer el dominio del hecho, el autor debe complementar la subsunción penal con criterios particulares derivados de otras normas, como las administrativas o civiles. Estas normas escogen al garante de entre todos los ciudadanos, asignándole la obligación de vigilar y proteger la integridad del bien jurídico resguardado (Muñoz y García, 2010; Daza, 2013). Por lo tanto, el deber del garante no solo evita genéricamente situaciones lesivas, sino que se determina por su responsabilidad institucional de cumplir prestaciones concretas, de acuerdo con sus deberes. Así, el ámbito de competencia del garante se define según la legislación extrapenal correspondiente (Argnani, 2017).

Argnani (2017) establece que el médico, por el solo hecho de ser un profesional, no asume automáticamente una posición de garante respecto a un paciente, salvo que en cada caso particular haya contraído de manera expresa y voluntaria dicho compromiso. Esto se debe a que el médico, como

profesional autorizado para ejercer la actividad curativa, posee una especialización adecuada y suficiente, estableciendo una relación específica con el paciente en cuestión. En este contexto, la responsabilidad del médico se incrementa debido a que interviene en la atención del paciente, ya sea como médico tratante o como coadyuvante.

Esta intervención le obliga a proteger de manera concreta el bien jurídico comprometido, es decir, la salud del paciente, asumiendo así la posición de “garante”. Este rol genera el deber jurídico específico de actuar para evitar la ocurrencia de un resultado típico que pudiera haberse prevenido. Como señala el Colegio de Abogados en Derecho Médico (2021), el médico debe proceder conforme a los estándares de la *Lex Artis ad hoc*, actuando con pericia, diligencia, prudencia e idoneidad profesional, de modo que, tanto por acción como por omisión, se prevengan resultados dañosos para el paciente, que podrían derivar en su responsabilidad legal, aumentando así su grado de obligación. Esto coincide con lo expresado en el Caso I.V. vs Bolivia (Corte IDH, 2016), cuando se señala que la atipicidad en el ejercicio del acto médico, respecto a tipos penales como lesiones, se sostiene en que dicho acto se lleva a cabo bajo las reglas del arte médico, es decir, guardando el deber de cuidado correspondiente a la profesión, el cual “obliga al médico a extremar el cuidado para asegurarse de que su intervención mejorará la salud de la paciente y no provocará nuevos y mayores daños o efectos paradójales” (par. 314).

Por consiguiente, la violación del deber jurídico de cuidado por parte del profesional de la salud se configura cuando este no lleva a cabo las acciones exigidas por su rol para proteger adecuadamente la salud y la vida del paciente (Argnani, 2017). En consecuencia, para determinar la responsabilidad

del médico, se deberá definir cuáles fueron los límites de su rol de garante, y, según ello, verificar si actuó conforme a su deber, y si adoptó todas las precauciones razonables para evitar un resultado lesivo. En este sentido, se debe identificar sus competencias en otras normas extrapenales, para determinar su ámbito de competencia. Por ejemplo, definir cuáles son las responsabilidades específicas de un médico cirujano durante la operación. Además, su responsabilidad incluye, en muchos casos, designar un sucesor al finalizar su rol, asegurando así la continuidad adecuada en la atención del paciente.

De acuerdo con Jakobs (2019), la posición de garante puede instaurarse de dos formas: mediante la creación de confianza o a través del cumplimiento de una relación de garantía ya existente y organizada. En la primera, la persona en la que se deposita la confianza (el médico) asume la obligación de introducir el bien jurídico protegido (en este caso, la salud del paciente) en un contexto de riesgo, o de gestionar un ámbito organizacional ajeno donde haya obligaciones de prevención. Por tanto, el médico debe brindar un auxilio que, de forma previsible, mejore la condición del bien jurídico, incluso si las circunstancias no cumplen con el estándar general.

Para Jakobs (citado por Argnani, 2017), esta garantía institucional también se aplica al ámbito privado, donde la confianza generada se traduce en una obligación de garantía frente a los responsables de organizaciones que sustituyen la protección estatal básica, como hospitales privados, instituciones religiosas o servicios públicos de guardia médica. No obstante, en el caso de los médicos que no están organizados bajo el derecho público, no existe una obligación directa de mantener dicha organización. Sin embargo, el desmantelamiento de la confianza especial generada debe realizarse de manera gradual,

evitando una interrupción abrupta antes de que se presente una situación de necesidad. En otras palabras, el médico no puede abandonar a su paciente de forma repentina.

En el segundo caso, que tiene que ver con el cumplimiento de una relación de garantía preexistente, regida por una organización, Jakobs (citado por Argñani, 2017) explica que la confianza inherente a esta garantía genera un deber del garante, que recae únicamente sobre quienes forman parte de la organización encargada de gestionar dicha relación. En este contexto, se resalta la conexión obligatoria entre las acciones de auxilio y la estructura organizativa preestablecida, que define las responsabilidades de quienes ocupan una posición específica en el plan de servicio. Por ejemplo, la obligación de contar con un médico de guardia durante la noche en un hospital de gran tamaño deriva directamente de la estructura organizativa y del plan de servicio implementado por el hospital.

En los delitos vinculados a una relación institucional, la responsabilidad penal se fundamenta en la desobediencia al deber que se le impone al profesional, lo cual es establecido desde la conexión positiva con el bien protegido, de quien se debe preservar su integridad. Por ello, los ámbitos de competencia estarán definidos según la responsabilidad institucional. Pero esto no exime la responsabilidad individual. Así, si durante su relación con el paciente el médico adopta un comportamiento inadecuado, una deficiencia en la organización institucional podría generar responsabilidades adicionales (Argñani, 2017), coexistiendo ambas formas de responsabilidad. Esto impone la obligación de adoptar las precauciones necesarias para minimizar los riesgos que puedan comprometer la salud del paciente, incluso si su condición actual no está directamente relacionada con el incidente médico previo. Este compromiso adquiere especial relevancia cuando se trata de pacientes en estado grave.

DISCUSIÓN

La investigación evidencia que la configuración típica de los casos de mala praxis médica en Bolivia presenta complicaciones, como ya señalaron Calle (2023) y Rodríguez (2018). La ausencia de un tipo penal específico sobre mala praxis médica genera una falta de orientación precisa para los juzgadores, lo cual se traduce en disparidades en la imputación subjetiva y objetiva. Esta omisión es una prioridad nacional a subsanarse, acorde a lo establecido por la Corte IDH en el Caso I.V. vs Bolivia (2016). En el ámbito subjetivo, no existe un criterio definido para determinar si los casos deben juzgarse como delitos dolosos o culposos (Hannover y Díez, 2020); mientras que en el objetivo, no hay parámetros claros para relacionar la conducta con el resultado. El juzgador debe subsumir las conductas de mala praxis en tipos penales genéricos, que no abordan adecuadamente las complejidades inherentes al acto médico.

Se constató además que la configuración típica de los delitos de mala praxis médica en la doctrina es compleja, por las particularidades del tipo penal y las complejidades del acto médico y sus elementos. Tales elementos son: la *lex artis* (componente objetivo), de naturaleza dinámica y mutable y que es influida por normas sanitarias y avances técnicos y científicos vigentes; la finalidad de rehabilitación del paciente (componente subjetivo); y, el resultado, que no es necesariamente obligatorio (Argnani, 2017; Espín Rosales, 2016; Fuente del Campo y Ríos, 2018, Corte IDH, 2016).

Para establecer la responsabilidad penal, se debe evaluar si el profesional médico cumplió con los tres elementos; es decir, verificar si su accionar se adecuó a la *lex artis* y al deber de cuidado que le corresponde en su posición de garante.

Aunque esta evaluación no siempre es determinante, debido a las diversas interpretaciones que puede haber sobre los tratamientos y cuidados médicos, proporciona una base para analizar el grado de previsión, diligencia y prudencia exigible en cada caso (Argnani, 2017; Espín Rosales, 2016, Corte IDH, 2016).

Asimismo, se debe verificar que la finalidad del médico haya sido preservar el bien jurídico bajo su cuidado, esto es, la salud del paciente, para determinar adecuadamente la imputación subjetiva (Corte IDH, 2016). En este punto, la doctrina revela tensiones, pues la mala praxis médica es sensible a la distinción entre culpa consciente y dolo eventual, dada la complejidad de valorar la previsibilidad y las precauciones adoptadas por el profesional en el acto médico (Momblanc, 2020, 2021; Deza, 2022).

Una tipificación expresa de la mala praxis médica como delito culposo delimitaría de forma más precisa los actos que no generan ni incrementan riesgos socialmente permitidos y, por ende, no resulten punibles, aun cuando ocasionen daños inevitables en el paciente; esto respecto de aquellos que incurren en mala praxis médica en sentido estricto, es decir, que cometen un error reprochable por imprudencia, negligencia, impericia o incumplimiento de reglamentos. Esta claridad jurídica facilitaría, por ejemplo, diferenciar conductas que aunque no buscaban un resultado lesivo, aceptaron deliberadamente su posibilidad y, por ello, derivaron en dolo eventual. Para Hannover y Díez (2020), la práctica judicial en Bolivia es imputar delitos dolosos (como homicidio o lesiones graves) en casos que bien podrían ser culposos, o viceversa, situación sucedida en el Caso I.V. vs Bolivia (2016).

También es fundamental verificar si el acto tipificado derivó en un resultado dañoso para el paciente. La teoría de la imputación objetiva ofrece claves interpretativas cruciales, ya que la relación de causalidad de la teoría finalista resulta insuficiente en delitos culposos, donde no es fácil distinguir entre la voluntad del autor y el resultado (Jakobs, 2019; Muñoz y García, 2010; Mir Puig, 2008). Esta teoría exige un criterio normativo extrapenal para atribuir jurídicamente el resultado lesivo, evaluando si la conducta del médico creó o incrementó un riesgo no permitido, y si dicho riesgo se materializó en un resultado típico relacionado directamente con el acto (Argnani, 2017; Jakobs, 2019). Se debe considerar que los actos médicos se desarrollan en un ámbito de riesgos inherentes socialmente tolerados, debido a su finalidad curativa. Por ello, el análisis debe centrarse en determinar si el profesional excedió los límites del riesgo permitido, a fin de delimitar si su conducta debe ser considerada jurídicamente reprochable (Argnani, 2017; Espín Rosales, 2016).

La conducta imputada como mala praxis médica debe ser definida con precisión en términos de cómo infringe el deber de garante que asume el profesional médico, sea en una relación de confianza que el paciente depositó en él; sea una relación de garantía previamente estructurada por una institución (Argnani, 2017). Las infracciones pueden manifestarse como imprudencias, negligencias, impericias respecto a la *lex artis*, o la inobservancia de reglamentos o deberes específicos inherentes a su cargo. Es esencial identificar con claridad los deberes específicos del profesional según normas extrapenales, y evaluar si adoptó todas las precauciones razonables para minimizar los riesgos. Así, se puede establecer objetivamente si existió un incremento en el riesgo jurídicamente permitido, ya que el médico, en su posición de garante, asume un ámbito competencial sobre la salud del paciente (Argnani, 2017).

REFERENCIAS

- Angulo, E. M. (2019, 15 de septiembre). *Errores médicos, las sentencias de muerte de 2,6 millones* [Artículo en línea]. *France 24* (edición en español). <https://www.france24.com/es/20190914-errores-medicos-oms-muerte-salud>
- Argnani, P. I. (2017). *Responsabilidad penal del médico*. Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre: ASTREA.
- Calle Velasco, D. (2023). *Demostrar que existen referentes teóricos, doctrinales y jurídicos que demuestran que la responsabilidad por mala praxis médica podría ser procesable como ilícito penal culposo en la ciudad de La Paz* [Tesis de grado, Universidad Mayor de San Andrés]. Repositorio Institucional UMSA. <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/35188/T-6072.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Colegio de Abogados en Derecho Médico. (2021). *¿Qué significa la posición de garante del médico?* Colegio de Abogados en Derecho Médico: [https://www.colderechomedico.com/publicaciones.php?cod=8&url=posicion-garante-medico#:~:text=Significa%20que%2C%20por%20raz%C3%B3n%20de,bien%20jur%C3%ADdico%20protegido%E2%80%9D%20\(Art.](https://www.colderechomedico.com/publicaciones.php?cod=8&url=posicion-garante-medico#:~:text=Significa%20que%2C%20por%20raz%C3%B3n%20de,bien%20jur%C3%ADdico%20protegido%E2%80%9D%20(Art.)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Caso I.V. vs Bolivia*. (R. Caldas, Ed.) Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Daza López, M. I. (2013). *La posición de garante en tratándose de los delitos impropios de omisión cometidos por los militares por incumplimiento de sus funciones constitucionales y legales: análisis de la Sentencia SU-1184 de 2001* [Tesis de maestría, Universidad EAFIT]. Repositorio Institucional EAFIT. <https://repository.eafit.edu.co/server/api/core/bitstreams/46e0ee7-23ec-4663-9246-8b9ec294eb64/content>

- Deza, R. R. (2022). Dolo o culpa en la responsabilidad penal por mala praxis de los profesionales de la salud - médicos. *Revista Pacha, Derecho y Visiones*, 3(1), 1-17. <https://doi.org/https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.36>
- Espín Rosales, W. G. (2016). *La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador]*. Repositorio Digital, Quito.
- Fuente del Campo, A., & Ríos Ruiz, A. (2018). El ejercicio de la Medicina y su entorno legal. *Cirugía Plástica Ibero-Latinoamericana*, 44(2), 123-130. <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.4321/s0376-78922018000200002>
- Fundación Clínica SHAI0. (7 de Mayo de 2021). *Cirugía de corazón abierto: cuidados y riesgos*. Fundación Clínica SHAI0: <https://www.shaio.org/cirugia-corazon-abierto>
- Hannover, C., & Díez, G. (11 de junio de 2020). ¿Quién repara el Daño? Vidas truncadas por un sistema de salud fallido. *Página Siete, Plataforma Latinoamericana de Periodismo CONNECTAS, International Center for Journalists*, págs. 2-12. <https://www.yumpu.com/es/document/read/63482013/especial-20200611>
- IUS360. (2019, 15 de junio). *Los tres criterios a tomar en cuenta para la configuración de un delito: el análisis de culpabilidad* [Artículo en línea]. IUS360 – El portal jurídico de IUS ET VERITAS. Recuperado de <https://ius360.com/los-tres-criterios-tomar-en-cuenta-para-la-configuracion-de-un-delito-el-analisis-de-culpabilidad/>
- Jakobs, G. (2019). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Jaramillo Gomez, N. A., Álvarez Lagos, R. E., & Aguirre Sarango, E. V. (2023). La mala praxis médica en cirugías estéticas. *Revista Cuatrimestral "Conecta Libertad"*, 7(1), 26-36.

- López Casa, Y. (2016). La imputación objetiva y sus criterios en el derecho de daños costarricense. *Revista Judicial*(119), 120-152.
- Medicover, E. (22 de Junio de 2024). *Comprender la cirugía a corazón abierto*. Medicover Hospitals: <https://www.medicoverhospitals.in/es/articulos/open-heart-surgery#:~:text=Beneficios%20de%20la%20cirug%C3%ADa%20a%20coraz%C3%B3n%20abierto&text=Los%20pacientes%20que%20se%20someten,estilo%20de%20vida%20m%C3%A1s%20activo>.
- Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional. (15 de septiembre de 2021). *Ministerio de Justicia revisa casos de negligencia médica para restaurar derechos de víctimas*. Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional: <https://www.justicia.gob.bo/portal/noticia.php?new=pXyp>
- Ministerio de Salud y Deportes. (2008). *Obtención del Consentimiento Informado*. La Paz: Cacely.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal: Parte general* (9.ª ed., a cargo de Víctor Gómez Martín). Editorial Reppertor. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina48848.pdf>
- Miranda, B. (11 de septiembre de 2018). Bolivia: el desgarrador caso del niño con cáncer al que le extirparon su único riñón sano por error y ahora depende de una máquina para vivir. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45490403>
- Momblanc, L. (2021). La mala praxis médica y su relevancia penal. Reflexiones para una defensa técnica. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, 18(51), 650-677. <https://doi.org/https://doi.org/10.24215/25916386e097>

- Momblanc, L. C. (2020). Una necesaria aproximación a la responsabilidad penal por mala praxis médica. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 505.
- Momblanc, L. C., & Momblanc, Y. Q. (2018). La responsabilidad penal médica. Tratamiento teórico-doctrinal. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*(15), 649-675.
- Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Organización Mundial de la Salud. (11 de septiembre de 2023). *Seguridad del Paciente*. Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/patient-safety>
- Pérez Arreaga, K. M. (2021). Evolución de la teoría del delito. *Revista Diversidad Científica*, 1(1), 97–104. <https://doi.org/10.36314/diversidad.v1i1.11>
- Peña Gonzales, O., & Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación a la teoría del caso*. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación - APECC.
- Poder Legislativo. (1997). *Código Penal. Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997*. Gaceta Oficial del Estado.
- Poder Legislativo. (2005). *Ley de 8 de agosto de 2005 N° 3131 “Ley del ejercicio profesional médico”*. Gaceta Oficial del Estado .
- Robert, T. (2015). Un repaso integral por el delito imprudente. *Revista Pensamiento Penal*, 1-30. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41338-repaso-integral-delito-imprudente>
- Rodríguez, F. G. (2018). La antijuricidad en la mala praxis médica. *Anuario de Derecho Penal*, 143-172.

- Romero Perez, J. E. (2014). Apuntes sobre mala praxis médica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 107-122. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34281.pdf>
- Salazar Ureña, B. L., & Quintana Rodríguez, R. (1994). La mala praxis: responsabilidad penal del profesional en medicina. *Medicina Legal de Costa Rica*, 10(2), 30–33. Recuperado de <https://www.binasss.sa.cr/revistas/mlcr/v10n2v11n1/art7.pdf>
- Senado de la Nación Argentina. (2017). *Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179 de 1984, modificado por la Ley 27347 de 2017*. Boletín Oficial República Argentina.
- Tribunal Supremo de Justicia. (2013). *Auto Supremo N° 12/2013 de 6 de febrero de 2013*. Sucre.
- Tribunal Supremo de Justicia. (2015). *Auto Supremo N° 72/2015-RRC de 29 de enero de 2015*. Sucre.

LEY CONTRA EL ACOSO Y VIOLENCIA POLÍTICA HACIA LAS MUJERES EN BOLIVIA: INOPERANCIA DISUASORIA EN EL ÁMBITO PENAL, A 13 AÑOS DE SU VIGENCIA.

* Abogado, con maestrías en Derechos Humanos (UNSAM) y Derechos Constitucional (UASB), cuenta con una especialidad en género y derechos humanos (AIDH), y posgrados en Argentina (CIPDH, IPPDH y UBA), Colombia (U. Sabana) y México (UNAM, IJ-UNAM y AIDH). Investigador senior en temáticas de género, trata de personas y violencia sexual, autor de diversos artículos científicos, docente universitario, con premios académicos por investigación a nivel internacional y nacional.

** Abogada especializada en Ciencias Penales y Criminológicas, con posgrados en Derecho Procesal Penal, Psicología, Criminología, Perfilación Criminal, Ciencias Forenses, Educación Superior y Gestión Universitaria. Cuenta con formación en acceso a la justicia de personas con discapacidad intelectual. Con experiencia docente en Criminología, Derecho Penal y Clínica Legal en la Universidad Mayor de San Andrés y otras universidades, ha desarrollado investigación en torno a la interrupción legal del embarazo. Actualmente realiza consultorías internacionales con ONU Mujeres, sobre acceso a la justicia y prevención de la violencia.

Law Against Harassment and Political Violence towards Women in Bolivia: Dissuasive ineffectiveness in the criminal field, 13 years After its Enactment.

DOI: <https://doi.org/10.69633/b4n0hh28>
Recibido: 10/06/2025 Aceptado: 21/08/2025

* Juan Nelson Churqui Aquino

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9250-350X>
Defensoría del Pueblo de Bolivia
Universidad Boliviana de Informática
nelson-ca@hotmail.com

** Keyla Dennis Paz Choquemita

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9166-1822>
Universidad Mayor de San Andrés
pazchoquemita24@gmail.com

RESUMEN

La normativa penal contra el acoso y la violencia política hacia las mujeres, es un referente y un hito boliviano en la región. No obstante, a 13 años de la promulgación de la Ley N.º 243, existe un bajo registro de sentencias por este delito, evidenciando un fracaso de su implementación en el ámbito de persecución y sanción penal, así como, un inexistente efecto disuasorio del delito.

Palabras clave: *violencia política, mujeres y delito*

ABSTRACT

The criminal legislation against harassment and political violence against women is a regional benchmark and a milestone for Bolivia. However, 13 years after the enactment of Law N°. 243, there is a low number of sentences for this crime, evidencing a failure in its implementation in terms of prosecution and criminal sanctions, as well as a nonexistent deterrent effect.

Keywords: *political violence, women and crime*

INTRODUCCIÓN

La participación política, como representación y participación ciudadana, es un derecho reconocido por diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos, así como por nuestra Constitución Política del Estado (CPE). De manera general, abarca la posibilidad de elegir y de ser representante político; es decir, ser elegida o elegido, en el marco de un conjunto de normas y condiciones que deben ser equitativas y de igualdad para todos.

A lo largo de la historia, en el caso particular de las mujeres, este derecho viene de la mano de una serie de obstáculos para su ejercicio, desde una subrepresentación en los espacios de decisión, pasando por limitantes institucionales, hechos discriminatorios, forzarlas a solicitar una licencia indefinida de sus cargos, hacerles firmar documentos en contra de su voluntad, presionar a sus familias, presionarlas y obligarlas a renunciar, además de la recurrente violencia psicológica, física, sexual, hasta llegar inclusive al feminicidio.

Sin embargo, el Estado boliviano se constituye en referente internacional en materia de los derechos políticos de las mujeres debido al reconocimiento constitucional de la

participación equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres y la promulgación de una ley que establece lineamientos para la prevención y sanción del Acoso y Violencia Política (AVP).

Estos son hitos normativos que reflejan la importancia de garantizar la participación de las mujeres en la construcción de un Estado democrático y de derecho, bajo los criterios de alternancia y paridad.

Respecto con el reconocimiento de los derechos políticos—, acciones afirmativas como la Ley de Cuotas (1997)¹, la Ley de Partidos Políticos (1999)², el Código Electoral (2004)³, y la participación histórica del 34% de mujeres en la Asamblea Constituyente⁴, “representaron los cimientos para la promulgación de la Constitución Política del Estado en 2009, en la que se estableció la igualdad en todos los aspectos entre hombres y mujeres”, (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 65).

En particular, fue la Ley N.º 026, del Régimen Electoral la que estableció lo siguiente:

La democracia intercultural boliviana garantiza la equidad de género y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres ... las listas de candidatas y candidatos ... respetarán

1 La Ley de Reforma y Complementación al Régimen Electoral, denominado también “Ley de Cuotas”, establecía que al menos 30% de las listas de candidaturas de diputadas y diputados plurinominales y senadoras y senadores estén ocupadas por mujeres.

2 Entre los principales avances en relación a la equidad de género, establecía el rechazo a cualquier tipo de discriminación en razón de género, generación, etnia o cultura; y establecía la obligatoriedad de incorporar en sus normas internas medidas orientadas a garantizar la participación de las mujeres.

3 Fue un nuevo paso hacia la igualdad en la representación política, pues establecía que, de cada tres diputados plurinominales presentados en listas de elecciones, una sea mujer. En el caso de los senadores, se establecía que, de cada cuatro senadores, una debía ser mujer, representando un avance con el establecimiento de la cuota del 30% de las listas de los candidatos a concejales municipales, determinando la aplicación del criterio de alternancia entre titulares y suplentes.

4 En la Asamblea Constituyente, se contó con la participación de 88 mujeres de un total de 255 asambleístas.

la paridad (50%) y alternancia de género entre mujeres y hombres, de tal manera que exista una candidata titular mujer y, a continuación, un candidato titular hombre; un candidato suplente hombre y, a continuación, una candidata suplente mujer, de manera sucesiva. (Ley N° 026, art. 11).

La normativa descrita *ut supra*, en particular a nivel de los concejos municipales, generaron un incremento en la participación y representación de las mujeres en los cargos de poder. La Defensoría del Pueblo (2021, p. 66) señaló que “en las elecciones del año 1995 se contó con 103 concejales electas a nivel nacional; el 2004 se eligió a 343 concejales; el 2010 se tuvo 786 concejales y finalmente el 2015 se eligió a 1.028 concejales de un total de 2.025 concejalías a nivel nacional”.

Ahora bien, sobre el segundo punto, el 28 de mayo de 2012 el Estado boliviano promulgó la Ley N.º 243 Contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres (en adelante Ley N.º 243), que estableció mecanismos de prevención, atención y sanción contra actos de AVP. Cuatro años después, el 05 de octubre de 2016, la ley fue reglamentada a través del Decreto Supremo N° 2935.

Esta normativa convirtió a Bolivia en el primer país del mundo en contar con una normativa específica para combatir la violencia política hacia las mujeres, incluso siendo utilizada como referencia por la Organización de Estados Americanos (2017) al momento de la elaboración de la Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política.

Por todo el antecedente descrito, es necesario analizar los efectos en el ámbito penal, principalmente aquellas vinculadas

con la persecución y sanción penal de casos por AVP, así como el efecto disuasivo que debiera haber provocado la Ley N.º 243 como parte de una política criminal enfocada a la prevención y sanción del acoso y la violencia política en Bolivia, considerando que son 13 años de vigencia de la citada ley.

MÉTODOS

La investigación optó por un enfoque mixto, ya que a través del método inductivo desarrollará, en primer lugar, información estadística de los casos registrados por las diferentes instituciones que trabajan en la materia, finalizando con el análisis de tres sentencias condenatorias por actos de AVP. Estas herramientas nos permitirán visualizar una serie de formas de opresión naturalizadas y relacionadas con el género, la clase social, el nivel de educación, entre otros factores, que se hacen evidentes en el escenario político.

Los referentes conceptuales que orientaron el diseño metodológico se centrarán en los derechos políticos de las mujeres, la democracia paritaria y la sanción de los hechos de violencia. Asimismo, se trabajará en la generación de un estado del arte que facilite el acercamiento y la comprensión del tema de investigación, elementos que nos ayudarán a evidenciar la implementación y efectividad en el ámbito penal de la ley N° 243.

RESULTADOS

Bolivia garantiza a toda su población el ejercicio de sus derechos políticos, conforme lo establecido en la CPE, reconociendo los “valores de igualdad de oportunidades equidad social y de género en la participación” (artículo 8.II), “adoptando para su gobierno la forma democrática, participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”.(artículo 11.I.)

Respecto a la prevención de la violencia –principalmente contra las mujeres–, la norma constitucional, establece lo siguiente:

Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado. (artículo 15.I y II).

Ahora bien, la Ley N.º 243, normativa referente en la temática, establece en su artículo 2 los mecanismos de prevención, atención y sanción contra actos individuales o colectivos de AVP hacia las mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político pública, garantizando el ejercicio pleno de sus derechos políticos. Cabe indicar que uno de los hitos normativos que se le atribuye a la Ley N.º 243 es el establecer los conceptos de AVP, conforme lo establecido en su artículo 7.⁵

Dicha ley adopta tres vías (administrativa, penal y constitucional) para que aquellas mujeres autoridades víctimas

⁵ Acoso político es el acto o conjunto de actos de presión, persecución, hostigamiento o amenaza cometidos por una persona o grupo de personas, directamente a través de terceros, en contra de mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político-pública o en contra de su familia, con el propósito de acortar, suspender, impedir o restringir las funciones inherentes a su cargo, para inducir las u obligarlas, en contra de su voluntad, a realizar una acción o incurrir en una omisión en el cumplimiento de sus funciones o en el ejercicio de sus derechos. Violencia política son las acciones, conductas y/o agresiones físicas, psicológicas, sexuales cometidas por una persona o grupo de personas, directamente a través de terceros, en contra de las mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político-pública, o en contra de sus familias, para acortar, suspender, impedir o restringir el ejercicio de su cargo o para inducir las u obligarlas, en contra de su voluntad, a realizar una acción o incurrir en una omisión, en el cumplimiento de sus funciones o en el ejercicio de sus derechos.

por AVP puedan presentar su denuncia ante la vulneración de sus derechos, conforme lo establecido en los artículos 16, 19 y 20. En ese sentido, nos abocaremos exclusivamente a la vía penal, mediante la cual se incorporan en el Código Penal los delitos de acoso político contra mujeres y violencia política contra mujeres, conforme el siguiente detalle:⁶

Acoso Político Contra Mujeres: Quien o quienes realicen actos de presión, persecución, hostigamiento y/o amenazas en contra de una mujer electa, designada o en el ejercicio de la función político - pública y/o de sus familiares, durante o después del proceso electoral, que impida el ejercicio de su derecho político, será sancionado con pena privativa de libertad de dos (2) a cinco (5) años.

Violencia Política Contra Mujeres: Quien o quienes realicen actos y/o agresiones físicas y psicológicas contra mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político – pública y/o en contra de sus familiares, para acortar, suspender e impedir el ejercicio de su mandato o su función, será sancionado con pena privativa de libertad de tres (3) a ocho (8) años. (Código Penal Boliviano, artículos 148 Bis y 148 Ter).

6 Sobre estos dos (2) tipos penales, el legislador boliviano estableció determinadas condiciones –artículo 22– que agravaría en un tercio la pena, siendo estas: 1. Los actos que se cometan en contra de una mujer embarazada; 2. El acto que se cometa en contra de una mujer mayor de sesenta años; 3. Los actos que se cometan en contra de mujeres sin instrucción escolarizada básica o limitada; 4. Cuando el autor, autora o autores, materiales o intelectuales, pertenezcan y estén en funciones de dirección de partidos políticos, agrupaciones ciudadanas, dirigencias orgánicas o de cualquier otra forma de organización política y/o sea autoridad o servidor público; 5. El acto que se cometa en contra de una mujer con discapacidad; 6. Si como resultado de los hechos, se hubiere producido el aborto; 7. Cuando el autor, autora o autores sean reincidentes en la comisión de actos de acoso y/o violencia política contra las mujeres; 8. Involucren a los hijos o hijas de la víctima como medio de presión para vulnerar los derechos de las autoridades electas; 9. Cuando los actos de acoso y/o violencia contra de las mujeres, sean cometidos por dos o más personas.

Cifras del delito

En más de 13 años de vigencia de la Ley N.º 243, “se generó avances respecto a su difusión y acciones interinstitucionales destinadas a la prevención del delito, así como, promover una cultura de denuncia” (Defensoría del Pueblo, 2023, p.121), la cual se plasma en los diferentes registros de denuncias por casos de AVP, tanto por el Tribunal Supremo Electoral (TSE), la Asociación de Alcaldesas y Concejalas de Bolivia (ACOBOL), la Defensoría del Pueblo, por la Fiscalía General del Estado (FGE) y por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

Respecto a la cantidad de casos registrados en la vía constitucional, “hasta el 2022 el TCP tenía el registro de 80 sentencias relacionadas con la temática de AVP, principalmente otorgando la tutela constitucional de derechos políticos (restitución del cargo) y sociales (pago de salarios y beneficios sociales)” (Churqui, 2022, p. 7), entre las que destacan los siguientes:

(a) SCP 0211/2013 de 05 de marzo, la primera en desarrollar los hechos de Acoso y Violencia Política, conforme la Ley N.º 243 en la jurisdicción constitucional;

(b) SCP 0149/2014 de 20 de noviembre, que concedió tutela para la restitución del cargo más el pago de haberes;

(c) SCP 1123/2017-S3 de 31 de octubre, la cual conmina al Gobierno Autónomo Municipal de Salinas de Garci Mendoza, la habilitación de la accionante en el cargo de concejala titular, quien ya contaba con acta que acreditaba su posesión en dicho cargo;

(d) ...

(e) ...

(f) SCP 0826/2021-S4 de 12 de noviembre, que establece el estándar más alto de protección de derechos y reparación integral de la víctima, a quien se le reconoció el documento privado de “gestión compartida”;

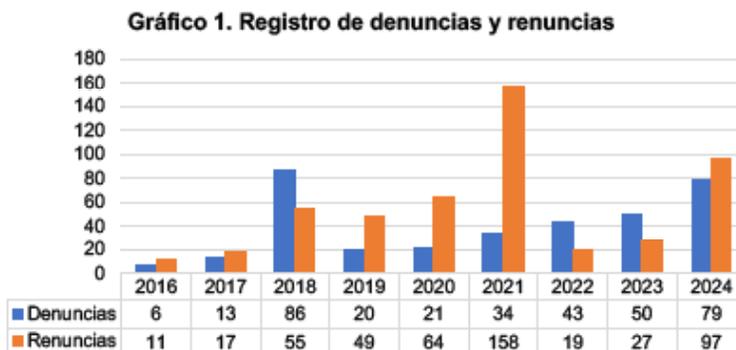
SCP 0040/2025 de 11 de agosto de 2025, que establece que es deber del Estado y sus órganos reconocer las diferencias emergentes de las necesidades y experiencias de los hombres y mujeres y adoptar en ese marco, las acciones necesarias para lograr la equidad, identificando y eliminando las barreras estructurales, sociales y culturales que impiden que hombres y mujeres accedan a las mismas oportunidades, por lo que, se debe aplicar el principio de paridad de género a los binomios presidenciales y vicepresidenciales, hasta antes de la siguiente elección nacional.

Ahora bien, gran parte de los casos de AVP son denunciados en primera instancia por las autoridades femeninas electas en el TSE, la ACOBOL o la Defensoría del Pueblo, no existiendo un detalle específico si estos son casos que fueron solucionados por la vía administrativa o penal.

Con esta aclaración, los casos registrados por el TSE a través del Observatorio de Paridad Democrática, mediante el cual hace el registro de la cantidad de casos de renuncias al cargo de autoridad y de denuncias por hechos de AVP de autoridades femeninas electas a nivel nacional –que de identificar posibles indicios de los delitos de AVP son remitidos al MP para su investigación–, desde la gestión 2016 a noviembre del 2024 habría registrado 849 casos, de los cuales el 59% (497) son renuncias y el 41% (352) denuncias.

Gráfico 1

Registro de denuncias y renunciaciones



Nota. Elaboración propia con datos del TSE, 2024.

Respecto a la ACOBOL, desde la gestión 2018 al 2024 habría registrado 828 casos de AVP. Conforme datos del 2024, de los 118 casos registrados, el 31% (37) serían por acoso político y el 69% (81) por violencia política.

Gráfico 2

Casos registrados por ACOBOL por AVP (2018-2024)



Nota. Elaboración propia con datos de ACOBOL, 2023.

Ahora bien, la Defensoría del Pueblo entre las gestiones 2013 al 2024, a través del Sistema de Servicio al Pueblo, registró un total de 353 casos relacionados a AVP.

Gráfico 3

Casos registrados por la Defensoría del Pueblo por AVP (2013-2024)



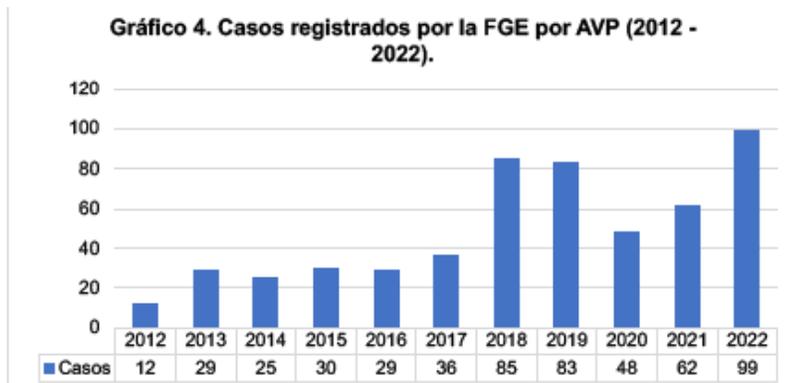
Nota. Elaboración propia con datos al SSP, 2023.

De los datos reflejados en el gráfico 3, resalta que, de los 353 casos registrados, el 37% (131) serían por violencia política y el 63% (222) por acoso político.

Finalmente, respecto a los casos denunciados por la vía penal –objeto del análisis de la presente investigación–, en el marco de los delitos establecidos en los artículos 148 BIS (Acoso Político contra Mujeres) y 148 TER (Violencia Política contra Mujeres) del Código Penal boliviano, la Fiscalía General del Estado habría registrado 538 casos desde la gestión 2012 al 2022, conforme el siguiente detalle:

Gráfico 4

Casos registrados por la FGE por AVP (2012-2022)



Nota. Elaboración propia con datos del Ministerio Público.

Por los datos desarrollados *ut supra*, se constata *a priori* la consolidación de una cultura de denuncia por actos de AVP por parte de las autoridades mujeres electas, quienes al ver afectados sus derechos, realizan la respectiva denuncia a las diferentes instancias encargadas de garantizar el ejercicio de sus derechos políticos.

Sin embargo, este logro obtenido a partir de la promulgación de la Ley N.º 243 queda relegado y pasa a segundo plano, tras los datos evidenciados en una investigación promovida por el Comité de Género (2023, p.114) del Órgano Judicial, en la cual y a partir de los registros consolidados del Consejo de la Magistratura, se logra evidenciar que desde la gestión 2012 a diciembre del 2022, se habría registrado 538 casos por estos delitos, de los cuales apenas el 1% tendría sentencia, conforme el siguiente detalle:

Cuadro 1
Situación de los casos AVP en el sistema penal

Departamento	Etapa preliminar	Con imputación	Rechazo de la denuncia	Etapa preparatoria	Con excepciones	Conflicto de competencias	Remitido a provincia	Apelación incidental	Acusación formal	Con sentencia	Sobreseimiento	Suspensión condicional	Apelación de ejecución en primera instancia	Resolución ejecutoriada	Concluido	Extinguido	Total
BN	3	2	1	5							1	1					13
CH	49	1				1	1	1				1		1	18		73
CB	14		3	4					1	1							23
LP	128	14	1	16	1		12	96	2	4			41	7	4		326
OR	1												4		12		17
PN	1		1					1	1								4
PT	19	1	2	5									5	1	6	1	40
SC	16		6							1	2		6	1	1		33
TJ	6	2	1														9
Total	237	20	15	30	1	1	13	98	4	6	3	1	57	10	41	1	538
%	44	4	3	6	0	0	2	18	1	1	1	0	11	2	8	0	100

Nota. Comité de Género, 2023.

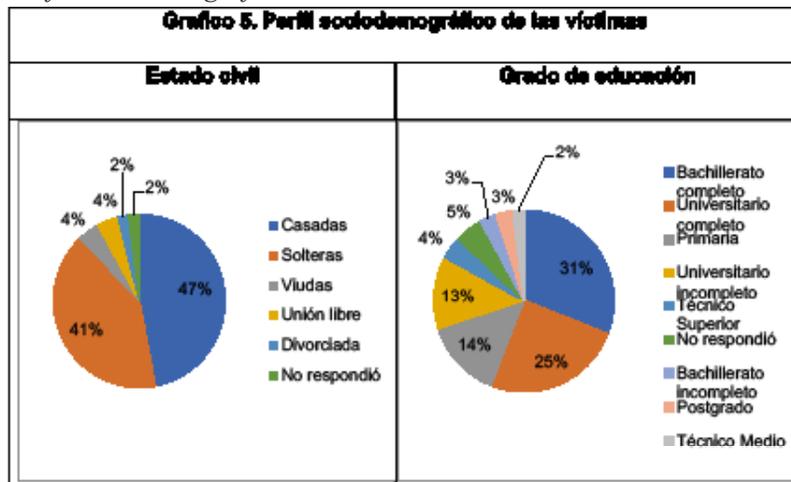
El tener apenas el 1% de sentencias por casos de AVP refleja una grave falencia en la implementación de la Ley N.º

243, la cual tendría un origen multicausal, que va desde el “desconocimiento de la norma por parte de los operadores de justicia, la poca capacitación para una investigación adecuada, la poca claridad de los conceptos de acoso político y violencia política, el perfil sociodemográfico de las víctimas u otras causas consideradas por las propias víctimas para no denunciar”, (Defensoría del Pueblo, 2023)

Respecto al perfil de las víctimas, la investigación de la Defensoría del Pueblo (2023, p. 69) evidenció la prevalencia de factores como el estado civil y el grado de educación, como elementos que podrían estar vinculados a la existencia del delito, así como para su impunidad.

Gráfico 5

Perfil sociodemográfico de las víctimas



Nota. Elaboración propia con base a los datos de la Defensoría del Pueblo.

Se logra evidenciar que, si bien toda autoridad mujer electa puede ser víctima de AVP, habría una mayor prevalencia del delito para con aquellas mujeres casadas y con bachillerato

completo. Factores que serían utilizados por los agresores, ya que, en gran cantidad de casos el ataque que sufren las mujeres electas es a través del acoso, hostigamiento y amedrentamiento hacia su familia, así como poner en duda la integridad moral (infidelidad) o cuestionar la capacidad intelectual de la misma.

Respecto al conocimiento de la Ley N.º 243, principalmente por los operadores de justicia –jueces y fiscales–, una investigación desarrollada por el Comité de Género (2023) del Órgano Judicial (en la cual se realizó una encuesta a 400 jueces de sentencia en materia de violencia contra las mujeres), llegó a evidenciar que “solo 39 (9.7%) tendría conocimiento de la normativa sobre AVP contra las mujeres, representando una cifra muy baja para garantizar la aplicación de la Ley 243 y la normativa existente sobre el AVP” (Comité de Género, 2023, p. 56).

Respecto a los fiscales de materia, de la entrevista a 121 fiscales de materia, se evidenció que “39 (32%) tendrían conocimiento sobre la norma de AVP contra las mujeres, lo cual representa un importante vacío respecto al tema, tomando en cuenta que el Estado tiene la responsabilidad de hacer que la justicia llegue con eficacia, imparcialidad y equidad” (Comité de Género, 2023, p, 58).

Otra de las causas identificadas, sería el desconocimiento de la institución competente para investigar y sancionar un acto de AVP; en ese sentido, según datos de la Defensoría del Pueblo (2023), existiría una variedad de instituciones a las cuales una autoridad mujer que haya sido víctima presentaría su denuncia ante un caso de AVP; por ejemplo el Ministerio Público (17%), los concejos municipales y asambleas departamentales (17%), el Tribunal Electoral Departamental (16%), la asociación de

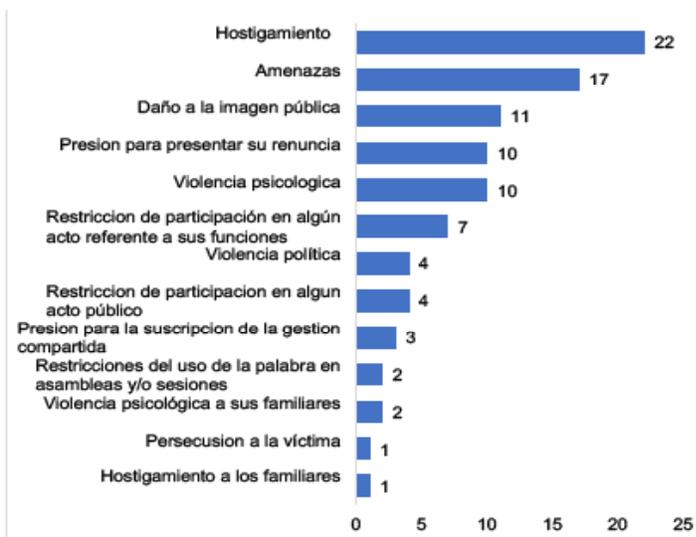
concejalas departamental (12%), la Defensoría del Pueblo (11%), la FELCV (8%), la ACOBOL (8%), al SLIM (5%), la Contraloría General del Estado (3%), otras instituciones (2%) y el Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional (1%).

Llama la atención que entre las instituciones a las cuales una autoridad mujer que ha sido víctima de AVP acude para denunciar algún tipo de violencia, se identifican instituciones que no tienen en sus atribuciones el atender este tipo de casos. Por ejemplo, ante el “obispo de la región, para que este interceda y cese los actos de violencia”, (Defensoría del Pueblo, 2023, p. 80)

De acuerdo al Comité de Género (2023, p.93), el Gráfico 6 muestra la variedad de actos denunciados por autoridades mujeres electas:

Gráfico 6

Causales denunciadas por AVP.



Nota. Elaboración propia con datos del Comité de Género.

En ese mismo sentido, en una “entrevista a 326 asambleístas departamentales y concejales municipales a nivel nacional, se evidenció que el 47% (155) habría sido víctima de AVP en algún momento de su gestión” (Defensoría del Pueblo, 2023, p. 79), siendo aún más preocupante que el 39% (126) indicaba que, pese a existir un hecho de AVP no lo denunciaría, debido a diferentes motivos, entre los que destacan:

Miedo (26%), denuncias sin resultados (20%), desconocimiento de la norma (7%) falta de evidencias (7%), se debe cuidar al partido (6%), no generar malestar en el municipio (6%), obstaculización por burocracia (6%), no hay credibilidad (6%), no ser parte del partido mayoritario (5%), por falta de tiempo (3%), el acoso no es grave (3%), la ven como persona débil (3%) o concilia (2%). (Defensoría del Pueblo, 2023, p. 77).

Por último, pero no menos importante, se encuentra la situación de los compromisos forzosos de gestión compartida, la cual es definida de la siguiente manera:

acuerdos verbales o escritos entre las partes (titular y suplente) en los cuales prima el acoso, la intimidación u otro tipo de violencia para concretar su cumplimiento durante el periodo pactado para la cesión del cargo, que además conlleva otro tipo de cargas, erogaciones u obligaciones impuestas a la mujer autoridad, para con el suplente, las organizaciones sociales e incluso el partido político (Defensoría del Pueblo, 2023, p. 38).

Este tipo de “acuerdos” sería el causante principal de los actos de AVP, pues es a través de ellos que los concejales suplentes, las autoridades y dirigentes de los partidos políticos, de agrupaciones ciudadanas o de organizaciones sociales, ejercen

coacción y violencia contra las mujeres autoridades electas, con la finalidad de conseguir su alejamiento del cargo; por ende, el cambio de la titularidad del cargo.

Los compromisos forzosos de gestión compartida llegan a extremos de establecer el tiempo (dos años, dos años y medio, tres años, entre otras) para efectivizar dicho cambio, así como ser celebrados con “formalidades” como el reconocimiento de firmas ante notario de fe pública, o en los casos más extremos, de establecer montos económicos y el ser firmados en documentos en blanco, como medio extorsivo contra las autoridades electas. (Defensoría del Pueblo, 2023)

Análisis de casos

Al no existir ni una decena de sentencias a nivel nacional sobre casos de AVP, en el presente artículo se realizó la búsqueda de las mismas para su respectivo análisis. Se encontraron tres de estas sentencias;⁷ es decir, se analizó el 50% de los casos por AVP registrados durante los últimos 13 años, en las cuales se observaron posibles falencias al momento de establecer la sanción respectiva o posibles vulneraciones a los derechos de las mujeres, conforme el siguiente detalle:

Caso Villamontes

Mediante Sentencia N.º 68/2023 de 07 de junio, el Juez de Sentencia Anticorrupción, Violencia hacia la Mujer, Niñez y Adolescencia y Juez Técnico del Tribunal de Sentencia Único de Villamontes, declara culpable a Marco Antonio Espíndola Gonzáles, por el delito de violencia política en contra de Norma Hidalgo Zeballos, debiendo cumplir la pena privativa

⁷ Cabe indicar que, las otras tres (3) sentencias sobre casos de AVP son los casos de: Felipa Huanca contra Rafael Quispe (La Paz) María Patzi contra Arturo Vegamonte (Cochabamba) y la sentencia del caso Juana Quispe Apaza contra Feliz Huanca y otros, esta última desarrollada bajo la tipificación de asesinato.

de libertad de tres años en la cárcel de Yacuiba. Conforme los antecedentes del caso, la concejala Norma Hidalgo Zeballos denunció a Marco Antonio Espíndola Gonzáles, ya que en una sesión del concejo municipal el denunciado habría indicado que la concejala “no sabía leer ni escribir”, afirmación que después repitió en una entrevista con una radio local, en los siguientes términos:

Creo que estos concejales del oficialismo son lo peor que el pueblo hubiera escogido, eso es una falta de respeto, no son personas coherentes, no saben ni donde están sentados, haber digan que la concejala lea, la concejala no sabe ni leer, o sea es una vergüenza las autoridades que tenemos [sic]. (Declaración del concejal Espíndola en Sentencia N.º 68/2023 de 07 de junio).

La concejala Hidalgo, al verse agraviada por dichas declaraciones presenta la respectiva denuncia, tal como se constata en las siguientes declaraciones:

en plena sesión en el cual él dice: “si le preguntamos o vemos, ella no sabe ni leer, ni escribir, yo no sé cómo está aquí”, o sea porque él es profesional entonces siempre trataba de bajonearme a mí, porque yo vengo de un sector de los gremiales, él es una persona preparada, él es abogado y él siempre nos refriega a nosotros a todos los concejales, que él sabe de la materia, porque el a trabajado en el concejo, y eso a mí realmente me dolió mucho, y es por eso que yo hice la demanda, para que él pueda demostrarme o quizás decirme porqué él dice eso” [sic]. (Valoración psicológica de la Concejala Hidalgo en Sentencia N.º 68/2023 de 07 de junio).

Conforme la valoración psicológica, se constataba que la concejala Hidalgo, *a priori*, era víctima de violencia psicológica:

Que las acciones realizadas por el acusado al divulgar información falsa, que no sabe leer ni escribir y otras grabaciones, logra que la víctima se encuentre afectada al referirse a sí misma: “a mí me ha afectado mucho, porque yo la verdad que me siento mal, él no debía hablar así para mí ... me he sentido frustrada de verdad, me daba vergüenza hasta salir al mercado con mis colegas con los comerciantes, porque imagínese el decir que yo no sabía leer ni escribir” [sic].(Sentencia N.º 68/2023 de 07 de junio)

Caso Ocurí

Mediante sentencia 01/2024 de 03 de abril, el Juez Público Mixto y Comercial, de Familia, Niñez y Adolescencia e Instrucción Penal de la localidad de Ocurí, declara culpable a Adolfo Canaviri Condori por los delitos de acoso político y violencia política contra Martha Villca Coaquira, estableciendo una pena privativa de libertad de tres años en el centro penitenciario de Cantumarca.

El condenado se sometió a la aplicación de sanciones alternativas a la privación de libertad, para lo cual, el juez aplicó: (a) una multa de 1.500 Bs. a ser depositado en las cuentas del SLIM de Ocurí; (b) la aplicación de condiciones y reglas de conducta por 12 meses, entre las que destaca la prohibición de concurrir al domicilio, lugar de trabajo o cualquier espacio que frecuente la víctima y (c). aplicación de medidas de protección, concernientes a no realizar acciones de intimidación, amenazas a la víctima y a sus familiares.

Caso Riberalta

Mediante sentencia N.º 46/2023 de 01 de septiembre, el Juez de Sentencia Penal N.º 1 de Riberalta, declaró culpable a Luis Katriel Muller Justiniano, por el delito de acoso político contra Soraya Destre Vaca, estableciendo una pena privativa de libertad de tres años a cumplirse en la carceleta de Riberalta.

Desde el 14 de julio hasta el 13 de agosto, la concejala Destre habría sido víctima de constantes hostigamientos por parte de Muller, quien argumentando representar a distintas organizaciones sociales como el Comité Cívico de Riberalta atacó a la concejala injustificadamente, indicando, entre otras cosas que la concejala Destre no hacía nada ante el alza de productos de primera necesidad como la carne o que no asistía a las reuniones con organizaciones sociales. Estas razones le bastaron al condenado para que este la increpe en reiteradas oportunidades, pretendiendo obligarla a renunciar para que asuma su suplente, además de intimidarla a través de notas, evidenciándose actos sistemáticos contra la concejal Destre, quien se encontraba atemorizada y afectada psicológicamente.

Así se evidencia en la valoración psicológica (en sentencia N.º 46/2023 de 01 de septiembre) hecha a la concejala:

El imputado quien se arroga representación cívica sin serlo, de manera sistemática arremete en contra de la concejala Destre, quien se encuentra atemorizada, afectando a la psicológicamente, mediante actos intimidatorios y amenazas pretenden que la misma renuncie al cargo que fue elegida [sic]. (Valoración psicológica de la concejala Destre en sentencia N.º 46/2023 de 01 de septiembre).

Caso Juana Quispe Apaza

Dada la importancia histórica y normativa que representa el caso de la concejala Juana Quispe Apaza, vemos por necesario desarrollar a *grosso modo* algunos aspectos más importantes del mismo.

La líder aymara, la señora Juana Quispe Apaza, concejala del municipio de Ancoraimes, luego de sufrir dos años de acoso y violencia política por parte de sus rivales políticos, terminó siendo asesinada. El proceso penal para sancionar a los responsables inició en el 2012 y en enero del 2024.

Finalmente, el Tribunal Cuarto de Sentencia de La Paz dictó sentencia a 30 años de cárcel al exalcalde, Feliz Huanca Flores y al exconcejal Pastor Cutili; 15 años a la exconcejala Basilia Ramos Callisaya; y finalmente dos años de cárcel a la exconcejal Exalta Arismendi Villavicencio, las dos últimas por complicidad y encubrimiento.

Cabe indicar que el 14 de marzo de 2012 el Ministerio Público inició una investigación por la muerte de Quispe Apaza, y el 12 de marzo de 2013, los fiscales asignados al caso presentaron una resolución de imputación en contra del entonces alcalde por el delito de asesinato. Los fiscales descartaron en su investigación que la señora Quispe Apaza hubiera muerto como consecuencia de un atraco o robo. Según ellos, “la motivación para efectuar su muerte se debería a una venganza o represalia, o también trucas para impedir que continúe con las acciones que estaría realizando” [sic] (CIDH, 2024) contra los concejales y el alcalde, siendo su muerte un acto de retaliación.

Durante el proceso investigativo, los supuestos responsables fueron interponiendo una serie de impugnaciones. Recién el 2 de julio de 2020, la fiscalía formalizó una acusación por el delito de asesinato; y para abril de 2021, aún no se había iniciado el juicio oral. Al respecto, en el 2018, el exsubprocurador del Estado boliviano en la audiencia sobre “violencia contra lideresas sociales” ante la CIDH, informó que “la dilación del proceso responde a una estrategia promovida por los imputados” (2024, párr. 12), quienes además serían afines al partido de gobierno.

Por tales extremos, la CIDH (2024) consideró que la petición individual realizada en el Sistema Interamericano de Derechos humanos por parte de los familiares de la concejala Juana Quispe Apaza, “tiene como objeto no solo cuestionar la falta de investigación y sanción a los responsables del asesinato de la presunta víctima, sino también denunciar la falta de efectividad de los recursos internos para tutelar los derechos políticos y laborales de la concejala Quispe Apaza”(párr. 23), así como la ausencia de una investigación por los alegados actos de violencia y discriminación que habría sufrido.

Es así que la CIDH (2024), tras examinar los elementos de hecho y de derecho formulados por las partes, estimó lo siguiente:

las alegaciones de la parte peticionaria no resultan manifiestamente infundadas y requieren un estudio de fondo, pues los hechos alegados, de corroborarse como ciertos, podrían caracterizar violaciones a los artículos 4 (derecho a la vida), 5(derecho a la integridad personal),⁸ (garantías judiciales), 11 (protección a la honra y dignidad), 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial) y 26

(derechos económicos, sociales y culturales) de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) en perjuicio de la señora Juana Quispe Apaza y sus familiares, así como el incumplimiento del artículo 7 de la Convención Belém Do Pará en perjuicio de la presunta víctima, toda vez que el hostigamiento, agresiones, amenazas y su asesinato se habría producido como actos dirigidos a impedir el ejercicio de actividad como mujer electa para un cargo público. (párr. 34)

Actualmente, el caso de la concejala Juana Quispe Apaza cuenta con el Informe de Admisibilidad de la CIDH, quedando pendiente su análisis ante la Corte IDH, lo cual marcará un hito en razón al ejercicio de los derechos políticos de las mujeres y la obligación del Estado para prevenir y sancionar los actos de AVP, puesto que, a más de una década del hecho luctuoso, los agresores aún siguen en libertad, reflejando la omisión por parte del Estado boliviano al acceso a la justicia por parte de los familiares de la concejala Quispe Apaza.

La teoría disuasiva de los delitos

Los datos cuali-cuantitativos desarrollados hasta el momento, nos acercan a una realidad de la cual poco o nada se habla en la materia. La información generada por las diferentes instituciones a nivel nacional por lo general se enmarca en aquellas medidas de: “prevención concerniente a la capacitación de personal, implementación de sistemas de videograbación en las salas de reuniones de las asambleas departamentales y concejos municipales o en la adopción de normativa interna y la creación de comités de ética” (Defensoría del Pueblo, 2021 y 2023; Novillo, 2020; Coordinadora de la Mujer, 2018).

Sin embargo, es necesario ahondar el análisis respecto a la implementación plena de la Ley N.º 243, en particular, en su ámbito de persecución y sanción penal, a razón del efecto de disuasión que esta tendría que generar en el resto de la población; así, es necesario desarrollar a *grosso modo* aspectos inherentes a la teoría de la disuasión para su mejor comprensión.

La teoría de la defensa social

Está mejor representada bajo los argumentos utilitaristas de Beccaria (1983, p. 73) o de Bentham (1776), plasmadas en la famosa frase “la mayor felicidad para el mayor número” (pág. 94). Estos autores establecieron los lineamientos por los cuales se sostiene que “la certeza y la inmediatez del castigo, son más eficientes para disuadir el crimen que su severidad” (Ferrajoli, 1997, p. 257), “no es la intensidad del castigo lo que tienen el mayor impacto, sino su inevitabilidad. Esto significa que la aplicación constante de la ley disuade el delito más que las penas severas” (Anitua, 2015, p. 50).

Es a partir del utilitarismo benthamita que a la norma se le atribuyen diversas funciones de las que hoy conocemos como prevención (general, especial, negativa o positiva). En su versión más simple, “Bentham justifica la pena en tanto sirve para obtener la disuasión de realizar otra vez el acto por el cual se lo castiga, tanto por parte del culpable como de los que no lo hicieron, pero podrían verse tentados a imitarlo (Anitua, 2015, p. 56).

La teoría de la disuasión, con base en la filosofía del utilitarismo de Bentham, justifica el castigo, pensando en lo que este logrará en el futuro, asegurando que el dolor del castigo y los costos de la imposición de ese dolor sobre el delincuente son superados

por los beneficios sociales que por consiguiente se obtienen.

Es así que, se habla sobre dos categorías de disuasión: (a) la individual, cuyo objetivo es imponer un castigo para disuadir a las personas que ya cometieron un delito de hacerlo otra vez; y (b) la general, que justifica la imposición de un castigo para disuadir a otros delincuentes potenciales.

Bajo estas dos categorías, podríamos indicar que la finalidad de “la teoría de disuasión, es la imposición de la condena penal, la cual disuade a las personas a cometer delitos, entonces el público en general podrá disfrutar de una mayor sensación de seguridad y protección” (Hudson, 2023, p. 73). Sin embargo, la intensidad de la eficacia preventiva general intimidatorio de la pena depende, en gran medida, del conocimiento de los potenciales delincuentes, quienes actúan entendiendo los costes y beneficios de su comportamiento (Cardenal, 2015).

En ese sentido, la falta de “certidumbre” en el enfoque criminal actual, se caracteriza por su tendencia a la exasperación de la respuesta sancionatoria frente al delito:

El mero anuncio, generalmente desapercibido por el potencial autor, del aumento de pena ante la comisión de un delito, no tiene incidencia real en la alteración de los incentivos que tiene un sujeto para decidirse por la acción. El comportamiento de los sujetos se muestra más susceptible de influencia frente a modificaciones relevantes sobre la certidumbre y celeridad del castigo. (Martorell, 2018, p. 176).

Desde la perspectiva de la prevención general negativa como criterio penológico, la norma penal cumple una función disuasoria al establecer sanciones jurídicas de carácter

coercitivo. Su finalidad es influir en la conducta de los potenciales infractores, generando un efecto intimidatorio a través de la amenaza legal. De este modo, la norma busca no solo sancionar la transgresión, sino también prevenirla, asegurando que la sociedad interiorice las consecuencias del incumplimiento del ordenamiento jurídico.

Es así que la prevención general se lleva a cabo a través de un efecto contra-motivador, psicológico, sobre la comunidad, sobre la criminalidad potencial o latente bien mediante la conminación penal abstracta, bien mediante la ejecución de la pena en el delincuente concreto “el criminal debe ser intimidado, el ciudadano honrado debe ser fortalecido en sus buenos propósitos, el ciudadano dubitativo debe decidirse por el bien ante la amenaza y el miedo de la pena” (Reinheart, 1962, pp. 72-73).

En ese sentido, el derecho penal, a través de sus disposiciones, motiva a los sujetos para que se comporten de una manera determinada. Mediante normas jurídicas, propias a los enunciados legales, el sujeto obligado modela su comportamiento, sea a partir del reconocimiento del valor involucrado en la prescripción de una conducta o de la previsión de la reacción desfavorable asociada a la defraudación del mandato.

Es así como, por ejemplo, el derecho penal buscaría prevenir la comisión de delitos a partir de la motivación de los sujetos a través de las normas, transmitiendo a los sujetos el valor y la trascendencia del bien jurídico tutelado por estas o; advirtiendo la consecuencia que tendrá lugar en el evento de incumplimiento de lo prescrito.

Sin embargo, de los diferentes actores que participan en la

persecución y sanción penal, los jueces contribuyen de manera relevante al potencial disuasivo que la norma puede tener.

Más allá del actuar policial o de las denuncias presentadas ante el Ministerio Público, son los jueces quienes condenan, determinando de esta manera la extensión de la norma de conducta establecida en los tipos penales,

Las decisiones de los jueces están implícitamente relacionadas con la certeza de castigo que resulta necesaria para la disuasión.

El actuar de los jueces no solo resulta problemático, tratándose del acto de adjudicación de la responsabilidad penal, sino también cuando debe determinar la pena específica que debe soportar el condenado y cual el régimen de cumplimiento al que debe someterse.

En aquellos casos en que los jueces condenan a un sujeto, pero le conceden una pena sustantiva que permita su cumplimiento en un régimen de libertad, se asume un riesgo relevante de comprometer el poder disuasivo que tiene el sistema penal.

El fracaso de la norma

Los actos de violencia contra las mujeres en el ámbito político, “en una sociedad como la boliviana, se desarrollan en un ambiente de “normalidad”, dada la idiosincrasia de su población, en particular de algunas autoridades, que en más de una oportunidad demostraron un comportamiento patriarcal, machista y misógino en contra de las mujeres” (Churqui, 2022, p. 202).

Esta situación que se evidencia en los datos de las diferentes instituciones involucradas en la temática, los cuales reflejan el

aumento en las denuncias de AVP hacia las mujeres, situación que solo sería la punta de un *iceberg de violencia*, que esconde las verdaderas cifras, ya que muchas autoridades mujeres no reconocen la violencia que se ejerce sobre ellas, sumado a “la desconfianza en la justicia y el temor a represalias, las cuales serían otros factores señalados como motivos centrales para no denunciar” (ISET, 2023, p. 169).

A todo esto, se suma la ausencia de un *enfoque intercultural*, la falta de conocimiento y apropiación de la Ley N.º 243 por parte de los operadores de justicia y de las mujeres que ejercen cargos públicos, además de la incomprensión del problema del AVP en el sistema de justicia, factores que serían los causantes del bajo número de casos que llegan a sentencia” (Comité de Género, 2023, p. 84).

Esta situación no es únicamente responsabilidad del Estado, ya que “los partidos políticos y agrupaciones ciudadanas al no democratizar su vida interna y los términos de su participación en los procesos electorales serían responsables y promoverían la desinstitucionalización formal y el afianzamiento de instituciones informales patriarcales y coloniales (ISET, 2023, p. 117), reflejado en los altos índices de violencia entre autoridades de un mismo partido o agrupación ciudadana.

Ante este panorama complejo, vemos por adecuado identificar los siguientes cuatro (elementos que coadyuvarían a entender el posible fracaso de la Ley N.º 243:

Pluralidad de datos

Se evidenció que las diferentes instituciones realizan un registro propio de la información, no existiendo una fuente única que constatare la realidad del fenómeno del AVP en

Bolivia, pues es llamativo que una institución particular, tal el caso de ACOBOL (828), tenga un mayor registro de casos que el propio Ministerio Público (538) durante el mismo periodo de tiempo, aunque es necesario aclarar que los casos de ACOBOL también contemplarían a aquellos casos que serían abordados desde la vía administrativa y constitucional.

Apesar de los esfuerzos realizados para obtener una información válida, confiable, con datos sistematizados y coherentes que permitan conocer el estado de situación del AVP, se observan tres hechos centrales que impidieron lograr estos objetivos:

1. Registros dispersos bajo formatos e indicadores discrecionales en cada institución.
2. La falta de estandarización de la información.
3. La ausencia de una base de datos con acceso a información oficial.

Sin embargo, pese a las debilidades descritas, los datos del Ministerio Público son los únicos que nos ayudan a acercarnos a la realidad del AVP en Bolivia, principalmente en el ámbito de persecución y sanción penal.

La ausencia de información unificada complejiza conocer la realidad del AVP en Bolivia, generando a la vez el incumplimiento de deberes por parte del Estado boliviano, ya que dicha información es necesaria para la elaboración e implementación de políticas de seguridad ciudadana que coadyuven a la prevención del delito; por ende, para garantizar a las mujeres el derecho a una vida libre de violencias, ya que los Estados deben “tomar las medidas necesarias para hacer

efectiva las medidas de protección, o medidas encaminadas a lograr la sanción del responsable y a la reparación del daño, cuando corresponda” (Corte IDH, 2024, p. 25).

Debilidad en la capacitación de servidores judiciales

La capacitación de los servidores judiciales se constituye como una de las acciones primarias para la prevención del delito, la cual debe garantizarse como:

“sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante para cumplir sus objetivos ... una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos” (Corte IDH, 2014, párr. 326).

En ese sentido, tener servidores públicos capacitados en temas vinculados con la prevención de la violencia en razón de género, es un elemento *sine qua non* para garantizar el ejercicio pleno de cualquier derecho, no siendo la excepción los derechos políticos de las mujeres, los cuales tienen un vínculo inexorable con los actos de acoso y violencia política.

A lo largo del desarrollo de esta investigación se ha mostrado que, tanto jueces como fiscales de materia (los cuales son responsables de la persecución y sanción penal ante casos de AVP) tienen un bajo porcentaje de conocimiento de la Ley N.º 243, ya que apenas un 9.7% y un 32% de los mismos, del total de funcionarios que fueron encuestados por el Comité de Género del Órgano Judicial, demostraron estar plenamente al tanto de dicha ley.

Debilidad de la estructura organizacional.

Un Estado con falencias en la organización del sistema de protección a víctimas de violencia, no garantiza el acceso a la justicia y el derecho que estas tienen a la justa reparación, en la presente investigación la “estructura, organización, competencias y funcionamiento del sistema de administración de justicia no tienen correlación con la magnitud y los elementos esenciales del delito de AVP hacia las mujeres” (Comité de Género, 2023, p. 124); así, parecería que el impacto que genera el AVP en la vida de las mujeres autoridades no llega a tener la relevancia debida en las instancias competentes del sistema penal, lo que desalienta la participación femenina en el campo político y también provoca la persistencia de este delito que vulnera los derechos políticos de las mujeres.

Esta persistencia se comprueba con la pluralidad de instancias a las cuales las mujeres autoridades se apersonan ante un caso de AVP. Si bien esta situación no es responsabilidad de las diferentes instituciones, las cuales únicamente atienden, mas no viabilizan acciones concretas, es responsabilidad plena del Estado, pues durante el tiempo de vigencia de la Ley N.º 243 no ha logrado consolidar los mecanismos de denuncias en el imaginario social Asimismo, se evidencia como el AVP empieza a adoptar nuevas formas de representación en la coyuntura política nacional, llegando a ser subsumida por los partidos políticos y las organizaciones sociales, naturalizando e incluso promoviendo su existencia, siendo este el caso de los compromisos forzosos de gestión compartida, los cuales se constituyen en el detonante de los actos de AVP y en la mayor amenaza para la consolidación de un Estado democrático y de derecho.

Los compromisos forzosos de gestión compartida son el mayor reflejo de la debilidad de la estructura organizacional, pues es el mismo sistema el que facilitaría a los agresores actuar impunemente, al tener el aval y la permisividad de quienes deberían ser la primera línea de prevención del AVP. Por lo contrario, las víctimas son obligadas a firmar documentos en blanco, a asumir deudas económicas y se les exige dejar el cargo en un determinado tiempo.

Desde la promulgación de la Ley N.º 243, los compromisos forzosos de gestión compartida, llegan a constituirse en el principal reto a sobrellevar por el Estado boliviano para garantizar los derechos políticos y una vida libre de violencia a todas las mujeres, así como para dar cumplimiento a las recomendaciones realizadas por el Comité de la CEDAW.

Es un reto por demás complejo dados los diferentes intereses existentes a razón de la alternancia del cargo, lo cual no solo deja sin participación real en espacios de poder a las mujeres, sino que también atenta a la construcción y consolidación de un Estado en el cual la presencia de las mujeres es de vital importancia.

Falencias en la implementación efectiva de la norma penal

Por los datos analizados del Órgano Electoral Plurinacional, de la ACOBOL, de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público, se evidencia un constante crecimiento del AVP, lo cual no es ajeno a cualquier fenómeno delictivo y de violencia; sin embargo, resulta extremadamente preocupante la casi nula existencia de sentencias por dichos delitos, al grado de representar apenas el 1% (6) del total de casos (538) registrados durante la vigencia de la ley; es decir, apenas una sentencia cada dos años.

Pensamos que esta grave debilidad de la implementación de la Ley N.º 243 no solo lleva a la impunidad de los agresores, sino que, también promueve un falso ambiente de tolerancia y aquiescencia por parte del Estado hacia con estos delitos, cuyos resultados, eventualmente, se ven plasmados en la psiquis colectiva, aumentando la comisión del delito.

La implementación efectiva de la norma penal depende, entre otras razones, de la adopción de políticas de seguridad ciudadana y principalmente de la sanción de los casos, una vez que estos hayan sido cometidos. Esto generaría un efecto disuasorio en la sociedad que coadyuvaría a su disminución o mínimamente a una prevalencia controlada del delito, aspectos que no se habrían consolidado en el marco de la implementación de la Ley N.º 243.

A las debilidades de la implementación de la ley ya mencionadas, se suma, el criterio errado de los jueces al momento de sancionar los delitos, ya que priorizan medidas sustitutivas a la detención o penas mínimas que desvirtúan el efecto disuasorio de la norma penal, tal como se constató por los datos del Ministerio Público en el cuadro N.º 1 y por la sanción otorgada en las tres sentencias analizadas. La aplicación de sanciones laxas o su cumplimiento en libertad, envía un mensaje contradictorio a la sociedad y, en particular, a los agresores, quienes perciben que la comisión del delito no conlleva consecuencias reales o de una afectación *grave* hacia ellos. Esta situación no solo afecta la percepción de justicia por parte de las víctimas, sino que también fomenta la reiteración de las conductas delictivas, debilitando la confianza en el sistema judicial y perpetuando un ambiente de impunidad.

Las cifras *irrisorias* de la cantidad de sentencias ponen en evidencia la ineficacia del sistema de persecución penal en la aplicación de la Ley N.º 243, lo que responde a múltiples factores estructurales. Entre ellos, destacan las deficiencias en la etapa investigativa, la falta de impulso procesal efectivo por parte del Ministerio Público y la tendencia de los órganos jurisdiccionales a resolver estos casos con criterios que no garantizan una adecuada sanción penal.

Además, en muchos casos, las denuncias han sido trivializadas bajo una óptica reduccionista que las asocia a conflictos partidarios o disputas personales, ignorando su verdadera naturaleza como vulneraciones sistemáticas a los derechos políticos de las mujeres. Esta errónea aproximación jurídica ha desvirtuado el objetivo de la ley, reduciéndola a un instrumento normativo ineficaz y sin impacto real en la erradicación del fenómeno.

De esa manera, podemos afirmar que la Ley N.º 243 ha fracasado en su implementación de las medidas de persecución y sanción penal. Si bien, es destacable la consolidación de la cultura de la denuncia –reflejada en la cantidad de denuncias registradas en el Ministerio Público–, esta queda relegada ante la impunidad y tolerancia estatal del delito, lo cual no solo vulnera el derecho que tienen las mujeres a una vida libre de violencias, sino que también carcome los cimientos de un Estado democrático y de derecho.

DISCUSION

El acoso político y la violencia política contra las mujeres en Bolivia es un fenómeno social que va más allá de la simple existencia de intereses particulares o partidarios, sino que “está fuertemente enraizada con la existencia de un sistema hetero patriarcal normativista, en la cual a las mujeres se las considera invasoras y ajenas con el ejercicio del poder” (Freidenberg, 2017, p. 52).

Bolivia es uno de los pocos países de la región que cuenta con una normativa exclusiva para prevenir y sancionar los actos de AVP contra las mujeres, siendo este un hito normativo destacado a nivel regional y que se refleja en la Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política.

Desde la promulgación de la Ley N.º 243, y a pesar la prevalencia de este tipo de delitos en la sociedad boliviana, se ha constatado un mejor cumplimiento de la ley en el ámbito de la prevención (capacitación de personal, normativa interna de las asambleas departamentales y concejos municipales, sistema de videgrabación y creación de comités de ética). No así en el ámbito de persecución y sanción penal.

Si bien, se vio el comienzo –principalmente en las mujeres– de una cultura de la denuncia, esta no tendría ningún efecto disuasorio, tanto para el agresor como para el resto de la sociedad, ya que los datos analizados del TSE, de la ACOBOL, de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público, evidencian un constante crecimiento del delito. En ese sentido, resulta extremadamente preocupante la casi nula existencia de sentencias por dichos delitos.

Como se indicó a lo largo de la presente investigación, la implementación efectiva de la norma penal depende entre otras, del mensaje de no tolerancia y sanción por el hecho delictivo, lo que tendría un efecto disuasorio en la sociedad, que coadyuvaría a su disminución o mínimamente a una prevalencia controlada del delito, aspectos que no se evidenciaron en la implementación de la Ley N.º 243.

El bajo número de sentencias no implica necesariamente el fracaso de una norma penal; sin embargo, en el caso objeto de esta investigación, sí podría considerarse indicativo de dicha situación. Más allá de la cantidad de casos registrados por las distintas instituciones, resulta especialmente llamativo que, de las tres sentencias analizadas —que representan el 50 % del total de sentencias dictadas por este tipo de delitos—, se hayan identificado inconsistencias sustanciales, tanto en la evaluación de los elementos constitutivos del hecho delictivo como en la determinación de la sanción. En este último aspecto, cabe destacar que la pena impuesta en los tres casos fue mínima (tres años), lo que dificulta alcanzar el efecto disuasorio esperado frente a este tipo de conductas.

Es así que la disparidad entre las cifras registradas por casos de AVP no son un simple dato, sino el argumento principal en la presente investigación., La gran cantidad de casos (538) es el punto de referencia de que el problema es percibido y denunciado por la sociedad, lo cual *a priori* demuestra la relevancia y necesidad de una norma específica —tal el caso de la Ley N.º 243 contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres—. Por otro lado, el reducido número de sentencias (6) muestra que, a pesar de la alta demanda de justicia por parte de las mujeres autoridades electas, la norma no está siendo aplicada de manera efectiva.

Conclusiones

Las cifras *irrisorias* de la cantidad de sentencias ponen en evidencia la ineficacia del sistema de persecución penal en la aplicación de la Ley N.º 243. Esto se debe a múltiples factores estructurales, eEntre ellos, las deficiencias en la etapa investigativa, la falta de impulso procesal efectivo por parte del Ministerio Público y la tendencia de los órganos jurisdiccionales a resolver estos casos con criterios que no garantizan una adecuada sanción penal. La ausencia de condenas proporcionales a la gravedad del delito no solo debilita el principio de certeza del castigo, sino que también anula el efecto disuasorio que debería generar la norma, lo que se comprobó al analizar el 50% del total de sentencia generadas por el Estado boliviano en 13 años de vigencia de la Ley N.º 243.

Esta correlación directa entre la cantidad de casos y la cantidad de sentencias, se fundamenta en la percepción de que los casos denunciados no son incidentes esporádicos, sino que son la evidencia de un problema sistemático y generalizado de violencia contra la mujer en el ámbito del ejercicio de sus derechos políticos. Cada denuncia representa la expectativa de que el sistema judicial actuará conforme a la norma; sin embargo, cuando estas expectativas no se cumplen, se genera una brecha de impunidad. El reducido número de sentencias indica ineficacia en la aplicación, falta de recursos, deficiencias en el proceso judicial o vacíos legales, lo que en conjunto sustenta la conclusión de que la norma ha fracasado en su objetivo de prevención y sanción de los casos de AVP.

Asimismo, la inadecuada especialización de jueces, fiscales y operadores de justicia en la materia, ha generado una aplicación deficiente de la Ley N.º 243. La falta de formación integral

en perspectiva de género y violencia política ha derivado en interpretaciones restrictivas y erróneas de la norma, así como en la omisión de estándares internacionales en derechos humanos.

En muchos casos, las denuncias han sido trivializadas bajo una óptica reduccionista que las asocia a conflictos partidarios o disputas personales, ignorando su verdadera naturaleza; es decir, como vulneraciones sistemáticas a los derechos políticos de las mujeres. Esta errónea aproximación jurídica ha desvirtuado el objetivo de la ley, reduciéndola a un instrumento normativo ineficaz y sin impacto real en la erradicación del fenómeno.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que la Ley N.º 243 ha fracasado en su implementación en el ámbito de persecución y sanción penal. Si bien son destacables las medidas preventivas y la consolidación de la cultura de la denuncia, estas quedan relegadas ante la impunidad y tolerancia estatal del delito, lo cual no solo vulnera el derecho que tienen las mujeres a una vida libre de violencias, sino que, carcome los cimientos de un Estado democrático y de derecho, incumpliendo sus compromisos internacionales y que en corto plazo, será objeto de una nueva sentencia por parte de la Corte IDH, la cual marcará línea jurisprudencial en razón al ejercicio de los derechos políticos libre de violencias que tienen las mujeres.

REFERENCIAS

- Anitua, Gabriel Ignacio (2015). Justificación del castigo en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/14.pdf>
- Beccaria, Cesare (1983). *De los delitos y de las penas*. Bruguera.
- Bentham, Jeremy (1776). *A fragment on government*. <http://www.efm.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm>
- Bolivia (2009). Constitución Política del Estado. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf
- Bolivia (2010). Ley N.º 026 Del Régimen Electoral. Disponible en: https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2020/08/Ley_N_026.pdf
- Bolivia (2012). Ley N.º 243 Contra el Acoso y la Violencia Política hacia las Mujeres. Disponible en: https://www.coordinadoradelamujer.org.bo/observatorio/archivos/marco/2012_BOL_Ley243_346.pdf
- Bolivia (2016). Decreto Supremo N.º 2935 Reglamento a la Ley N.º 243, contra el Acoso y la Violencia Política hacia las Mujeres. Disponible en: https://sea.gob.bo/digesto/CompendioII/J/68_DS_2935.pdf
- Cardenal, Sergi (2015). ¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5354902>
- Churqui Aquino, Juan Nelson (2022). “Juanas”: Análisis a diez años de vigencia de la Ley N.º 243 contra el acoso y la violencia política hacia las mujeres.
- CIDH (2024). Informe de admisibilidad Juana Quispe Apaza y Familiares Bolivia. OEA/Ser.L/V/II de 24 de abril de 2024. https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2024/BOAD_710-21_ES.PDF
- Comité de Género (2023). El acoso y la violencia política en el sistema de justicia penal en Bolivia. Coordinadora de la Mujer.

- Corte IDH (2014). Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.
- (2024). Caso Carrión Gonzales y Otros Vs. Nicaragua. Sentencia de 25 de noviembre de 2024.
- Coordinadora de la Mujer (2018). *Paridad y democracia paritaria*. Punto de Encuentro.
- Defensoría del Pueblo (2021). Informe Defensorial: Sin nosotras, no hay democracia. Cumplimiento de la Ley N.º 243 contra el Acoso y la Violencia Política hacia las mujeres. Defensoría del Pueblo.
- (2023). Informe Defensorial: Obligadas a renunciar. Compromisos Forzosos de Gestión Compartida: Vulneración de los Derechos Políticos de las Mujeres. Defensoría del Pueblo.
- Ferrajoli, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Freidenberg, Flavia (2017). *Cuando hacer política te cuesta la vida. Estrategias contra la violencia política hacia las mujeres en América Latina*. UNAM.
- Hudson, Bárbara (2003). *Understanding Justice*. Maidenhead: Open University Press.
- ISET Bolivia (2023). *Estudio sobre el Estado del acoso y la violencia política contra las mujeres en Bolivia*. ONU Mujeres.
- Martorell Felis, Daniel (2018). Eficiencia, disuasión y Derecho Penal. Revista de Derecho Universidad San Sebastián. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6715940>
- Novillo, Mónica (2020). *Mujeres bolivianas en ruta: de la paridad a la democracia paritaria*. IDEA Internacional.
- Organización de Estados Americanos (2017). *Ley modelo interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en la vida política*. OEA.
- Reinheart, Maurach (1962). *Tratado de derecho penal*. Ariel.

CONVOCATORIA
Postulación de Artículos Científicos
Revista Andina de investigaciones en Ciencias Jurídicas
(Año 2, Nro.3, 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 (UASB), 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: Etapa de Recepción/Admisión (verificación de requisitos formales como formato, extensión, originalidad, integridad y otros); Etapa de Evaluación/Retroalimentación (novedad, aportes académicos, rigor científico, retroalimentación, aprobación o desaprobación). Posterior a ello, la UASB desarrolla el proceso de edición, corrección de estilo, diagramación, impresión y publicación de la revista.

2. 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: párrafo segundo del inciso c) de las: “Pautas sobre acreditación académica en programas de doctorado de la UASB (Sede Central)”.

3. 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.

Descriptor (español) / Keywords (inglés): Se deben exponer entre 5 y 10 descriptores 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.

MÉTODOS Y MATERIALES: 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.

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.

4. 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.^a 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 integridad: 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.

5. 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.

6. 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: c.editorial@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 establecido por los pares evaluadores.

Rechazo: No se recomienda la publicación del artículo debido a problemas graves con la originalidad, metodología, relevancia, claridad, o evidencia presentada.



U A S B

Universidad Andina Simón Bolívar Sede Central
ÓRGANO INTERNACIONAL ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA (CAN)

