



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Temas Constitucionales de Análisis Contemporáneo

Paul Enrique Franco Zamora



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Temas Constitucionales

de Análisis Contemporáneo

Paul Enrique Franco Zamora

Créditos

LIBRO

TEMAS CONSTITUCIONALES DE ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO
Paul Enrique Franco Zamora

Paul Enrique Franco Zamora

**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

EDICIÓN Y PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

COORDINACIÓN

Equipo de Presidencia

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Joel Kuno Mamani

DEPÓSITO LEGAL

3-1-636-2022 P.O.

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida la reproducción total o parcial del presente libro sin la autorización previa del autor.

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Sucre, diciembre de 2022

Introducción

El desarrollo doctrinal de las corrientes jurídicas que van construyéndose en el Siglo XXI representa un eje de investigación preferido por los académicos del Derecho. La humanidad se encuentra afectada por una serie de conflictos que desembocan en la necesidad de acudir a las Ciencias Jurídicas e identificarse respuestas legales para que, tanto el justiciable como el personal del aparato judicial, dispongan de una gama amplia de instrumentos literarios de consulta en la resolución de problemáticas que afectan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, se redactaron artículos de rigor académico y con enfoque científico que, a partir de la visualización de falencias en el mundo jurídico, abordan situaciones confusas para quienes acuden al sistema de administración de justicia y, más aún, generan interrogantes entre juzgadores al momento de asumir una postura o dictar una resolución.

Esta tipología de dificultades fueron tratadas en diferentes escenarios de debate de la comunidad jurídica boliviana y, de igual manera, tuvieron repercusión en la esfera internacional, lo que permitió un acercamiento no solamente con la realidad judicial del territorio nacional, sino pudo enriquecerse con un estudio comparado del Derecho, a través de la experiencia adquirida en otros países de la región.

3

Con las consideraciones expresadas, surge la presente iniciativa literaria titulada **TEMAS CONSTITUCIONALES DE ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO**, cuyo contenido ha sido dividido en cuatro grandes pilares llamados tópicos; en rigor, cada uno de los segmentos de la obra, agrupan artículos afines a la Ciencia Constitucional, otorgando parámetros jurídicos que servirán de guía en la aplicabilidad de institutos jurídicos de compleja comprensión.

Dichas temáticas, cabe destacar, pertenecen a los paradigmas actuales del Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Convencional y Derecho Jurisprudencial, siendo de utilidad en todos los espacios de lectura legal donde resulte requerido pues, con la finalidad de incrementar la población destinataria de esta producción bibliográfica, se empleó un lenguaje estandarizado de fácil entendimiento.

Sobre la estructura, el primer tópico, con el denominativo Nuevas Tendencias Constitucionales y Constitucionalismo Crítico, toma en cuenta los modelos teóricos en boga, con énfasis, doctrinalmente son expuestos dilemas bioéticos, ecologismo y ambientalismo, digitalización del Derecho y concluye con directrices que sustentan la puesta en marcha de las reformas judiciales. La Argumentación Jurídica y el Razonamiento Constitucional definen la línea asumida en el segundo tópico, en el que se explican los términos de fundamentación, congruencia, motivación, régimen disciplinario y lenguaje claro.

Un tercer tópico, mediante exposiciones concernientes a la acción de amparo constitucional, el pluralismo jurídico junto al rol cumplido por las y los juzgadores en el diálogo interamericano, hace referencia a la Jurisdicción Constitucional y el Derecho Convencional. Lo propio, el cuarto tópico de Género y Vulnerabilidad profundiza los conceptos de estereotipos judiciales, victimología y violencia feminicida, derechos de la niñez en la situación pandémica así como derechos de las y los adolescentes en el sistema penal boliviano, en calidad de categorías jurídicas de data reciente.

4

La escritura de textos académicos y científicos que democratizen el acceso al conocimiento es un hábito personal y, desde luego, esta nueva publicación literaria no es la excepción.

Paul Enrique Franco Zamora
AUTOR

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia



Paul Enrique Franco Zamora
PRESIDENTE

Hoja de Vida del Autor

Resumen

Licenciado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Bolivia. Diplomado en Educación Superior por la Universidad Privada del Valle. Diplomado en Gestión Pública y Control Social y Diplomado en Justicia Penal para Adolescentes con mención en Justicia Restaurativa, ambos por la Escuela de Gestión Pública Plurinacional; así como, Diplomado en Derecho Laboral y Procedimiento Laboral por la Universidad de Los Andes. Magíster en Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Actualmente, concluyó el Doctorado en Derecho por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, habiendo defendido su Tesis Doctoral satisfactoriamente, con la mención “Summa Cum Laude”.

Es parte de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

6

Entre otras funciones desempeñadas, se destaca haber sido Secretario General y Director de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General del Estado, Secretario General de Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, Letrado en la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia y Letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En el ámbito académico ejerció como Coordinador Académico del Área Constitucional, Laboral y Administrativo del Instituto de la Judicatura de Bolivia y fue docente de posgrado en la Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca y la Universidad Andina Simón Bolívar.

Es autor de libros en Derecho Procesal y Práctica Forense Civil, en Derecho Constitucional y Régimen Disciplinario del Ministerio Público, Justicia Constitucional con Perspectiva de Género, Justicia Constitucional en Materia Laboral y Social, La Protección de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Justicia Constitucional, Reflexiones Académicas para la Promoción del Diálogo Constitucional y Guía de Jurisprudencia Constitucional y Estándares Internacionales con relación a los Principios Rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código Niña, Niño y Adolescente. Además de varios artículos publicados en distintas revistas jurídicas.

Actualmente, es **Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.**

Lista de Abreviaturas

AP	Acción Popular
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAI	Consultas de las Autoridades Indígena Originario Campesinas sobre la Aplicación de sus Normas Jurídicas a un Caso Concreto
CCJ	Conflicto de Competencias Jurisdiccionales
CCPR	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNNA	Código Niña, Niño y Adolescente
COP	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCo	Código Procesal Constitucional
CPE	Constitución Política del Estado
CPP	Código de Procedimiento Penal
DCP	Declaración Constitucional Plurinacional
DNA	Defensoría de la Niñez y Adolescencia
ETA	Entidades Territoriales Autónomas
FELCV	Fuerza Especial de Lucha Contra la Violencia
JIOC	Jurisdicción Indígena Originario Campesina

LDJ	Ley de Deslinde Jurisdiccional
LOJ	Ley del Órgano Judicial
LTCP	Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional
NyPIOC	Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos
OC	Opinión Consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
POA's	Planes Operativos Anuales
RCP	Resoluciones Constitucionales Plurinacionales
SC	Sentencia Constitucional
SCP	Sentencia Constitucional Plurinacional
SIJPLU	Servicio Integrado de Justicia Plurinacional
SLIM	Servicio Legal Integral Municipal
SEPDAVI	Servicio Plurinacional de Asistencia a la Víctima
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
TIC's	Tecnologías de la Información y Comunicación
TIOC	Territorio Indígena Originario Campesino
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Índice

TÓPICO 1

NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO

DILEMAS BIOÉTICOS PRESENTES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.....	13
CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA Y DERECHOS RELACIONADOS AL MEDIO AMBIENTE.....	31
EL ECOLOGISMO JURÍDICO COMO RESPUESTA A LA CRISIS CLIMÁTICA.....	47
REDES SOCIALES Y DERECHO DIGITAL: RUMBO A LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ACCESO A INTERNET Y EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	65
APORTES CONSTITUCIONALES PARA ENCARAR LA RUTA CRÍTICA DE LA REFORMA JUDICIAL BOLIVIANA, DESDE UN ENFOQUE DE DESARROLLO NORMATIVO	81

9

TÓPICO 2

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL

NECESIDAD DE FUNDAMENTACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y CONGRUENCIA EN LA JUSTICIA MILITAR	107
LA MOTIVACIÓN EN EL EJERCICIO DE ATRIBUCIONES DISCRECIONALES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS ...	121
EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	129
LENGUAJE CLARO: EL PRINCIPIO DE COMPRENSIÓN EFECTIVA DE RESOLUCIONES, EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO ...	145

TÓPICO 3

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONVENCIONAL

LA RESPONSABILIDAD CIVIL O PENAL DERIVADA DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL..... 159

APORTES DESDE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BOLIVIANA PARA UNA PRÁCTICA INTERPRETACIÓN Y EJERCICIO DEL PLURALISMO JURÍDICO 173

JUSTICIA NACIONAL Y CONVENCIONAL: EL ROL DEL JUEZ BOLIVIANO EN EL DIÁLOGO INTERAMERICANO..... 187

TÓPICO 4

GÉNERO Y VULNERABILIDAD

PRINCIPALES ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LOS DERECHOS HUMANOS..... 205

LA VICTIMOLOGÍA Y VIOLENCIA FEMINICIDA, VISTAS DESDE UN PARADIGMA JUDICIAL Y UNA ÓPTICA CONSTITUCIONAL..... 221

DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN LA SITUACIÓN PANDÉMICA..... 245

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS Y LOS ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL BOLIVIANO269



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

TÓPICO 1

NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO

Dilemas Bioéticos

Presentes en el Derecho Constitucional

1. Introducción

La Bioética y el Derecho Constitucional son dos esferas de conceptos, prácticas o normas, que tienen profundo interés e influencia en la Medicina y la política pública en salud, así como en la ciencia de la vida. Tradicionalmente, se ha considerado que la Bioética y el Derecho Constitucional presentan dos perspectivas diferentes de abordar a la vida y la Medicina.

En el ámbito académico, existe una discusión sobre, si ambas constituyen visiones complementarias o, por el contrario, son rivales respecto del mismo tema de análisis. De hecho, una línea de argumentación sugiere que, los principios constitucionales pueden subsumir o reemplazar a la Bioética, al menos en el nivel de la gobernanza pública de la Medicina y las ciencias de la vida. Mientras que otras líneas de investigación, señalan que la Bioética debe estar debidamente separada del Derecho Constitucional, a efectos de garantizar un progreso efectivo de la Medicina.

13

En tal sentido, resulta fundamental establecer los elementos comunes de convergencia de la Bioética y el Derecho Constitucional, a partir de un enfoque interdisciplinario, académico y científico, con pleno respeto a los derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales de todas las personas en el desarrollo de la Ciencia y la Medicina.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. La relación de la Bioética con la Constitución

Debe entenderse que la Bioética, por una parte, 1) estudia los elementos de la vida o el cuidado de la salud y, por otra, 2) está relacionada a las cuestiones de la moral, los principios, los valores y todos los factores que recaen en la categoría de la axiología.

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 26 de julio de 2022, durante el IV Congreso Internacional de Filosofía del Derecho y Análisis Económico (AED), organizado por el Colegio de Abogados de La Libertad de Trujillo, Perú.

Bajo este contexto, surgieron posturas filosóficas que, durante una primera etapa histórica, manifestaron su rechazo a cualquier acercamiento del Derecho con la Bioética, pues las nuevas prácticas médicas (como la reproducción asistida), las problemáticas moralistas (relativos a la adopción de la eutanasia), las sanciones ante un determinado hecho (tal es el caso de la castración química), u otras dificultades que están en fase de estudio biológico (por ejemplo, la clonación de seres humanos), no podrían ingresar en la esfera de las Ciencias Jurídicas, sino se encontraban en el campo de las Ciencias de la Salud, donde la Medicina, la Biología, la Biotecnología, la Farmacología o demás ramas afines, son las encargadas de resolver los problemas bioéticos antes que adoptarse una solución de índole legal.

14

A pesar de una discrepancia preliminar con los promotores de la autonomía de la Bioética de cualquier disciplina jurídica, esta tendencia radical ha cambiado. En tiempos actuales, se pregona un acercamiento directo entre la norma legal y la Bioética, dado que el Derecho Constitucional puede dar respuesta a muchas de las interrogantes sobre su aplicabilidad; para este objetivo, si bien es obligatorio conocer los principios generales que sustentan la Bioética pero, en resguardo de lo justo, habrá que acudir a los preceptos básicos contenidos en una Constitución (Bellver Capella, 1998, p. 516).

Entonces, la Ley Fundamental de un determinado Estado se encuentra por encima de cualquier determinación relativa a la Bioética; esto, significa que los textos constitucionales reconocen derechos y también prevén garantías, que pueden activarse frente a cualquier arbitrariedad. Con esta primera apreciación, se colige que las Constituciones están relacionadas estrechamente con la Bioética y, por este motivo, existen cláusulas constitucionales que precautelan posibles lesiones a los derechos fundamentales.

Por lo general, las Normas Supremas de los diferentes países reconocen la inviolabilidad de los derechos, la dignidad de las personas, el derecho a la vida y a la libertad, entre otros reconocimientos favorables hacia la integridad de la población. Bajo este argumento, una Constitución define el diseño de los sistemas jurídicos en materia penal, familiar, de la niñez o adolescencia y otras áreas del Derecho Público, con la finalidad de implementarse garantías de defensa de estos derechos, lo que supone el

reconocimiento expreso de mecanismos de protección contra cualquier conducta que los vulnere.

Entonces, al tratarse de derechos consagrados constitucionalmente, los sistemas normativos y las jurisdicciones especializadas serán activadas para precautelar la dignidad de las personas, pues se tratan de bienes jurídicos que ameritan tutelarse no solo frente a conculcaciones cometidas por las autoridades del Estado, sino por contravenciones de terceras personas, donde también se encuentran aquellos grupos de profesionales que practican la Medicina, la Biología y el resto de áreas conexas a las decisiones de la Bioética.

Resguardar la convivencia pacífica y lograr el vivir bien entre los integrantes de la sociedad, es uno de los fines constitucionales que suele reconocerse en el tenor literal de la Ley de Leyes. Por el carácter axiológico que gozan las Constituciones y su jerarquía normativa, la Bioética debe sujetarse al marco constitucional, a razón de que, los problemas emergentes en su aplicación (o denominados dilemas bioéticos), requieren de los principios allí contenidos.

El tratamiento jurídico de la reproducción asistida o el uso de la inteligencia artificial en el campo judicial, son dos ejemplos de dilemas bioéticos que pueden afectar el derecho a la vida o el derecho de acceso a la justicia. Por encargo de la propia Constitución, todos los derechos cuentan con las garantías necesarias para su ejercicio; por tanto, la Bioética no podría sobreponerse a los principios constitucionales que facilitan la interpretación de un determinado derecho, sin embargo, en el momento de proporcionar una respuesta racional y que se adecúe a la realidad actual, el Derecho Constitucional considerará el avance de la tecnología y las tendencias médicas, siempre y cuando sea respetado el bloque de constitucionalidad.

De esta forma, la interpretación constitucional es una herramienta necesaria para fundamentar las respuestas ante los dilemas bioéticos y, por esta razón, los foros especializados de la Bioética prefieren referirse a la solución de sus problemas jurídicos, a través del empleo de un lenguaje constitucional. Empero, las Constituciones no otorgan solución a la mayoría de los dilemas bioéticos, sino son los principios, derechos y garantías insertos en su contenido, los que dan cabida a la resolución de los conflictos jurídicos emergentes; por ello, la construcción de la Bioética, responde a los mandatos constitucionales toda vez que, alejarse

de sus textos, representa un riesgo al derivar en vulneraciones en los derechos fundamentales de la ciudadanía.

En síntesis, el catálogo axiológico contenido en las Leyes Fundamentales, sumado a la interpretación constitucional, así como el respeto al bloque de constitucionalidad, dan por resultado el uso del lenguaje constitucional que tiene por finalidad la identificación de una respuesta concreta a los dilemas bioéticos, los cuales se ajustarán a los cánones del Derecho Constitucional.

2.2. Dilemas bioéticos emergentes del Derecho Constitucional

Para analizar este acápite, se explicarán los más relevantes dilemas bioéticos que suelen identificarse en el Derecho Constitucional, producto de un análisis de lo previsto por las Constituciones.

2.2.1. Huelga de hambre

Un primer dilema bioético, está relacionado con el reconocimiento constitucional de la huelga de hambre. Dentro de las Leyes Fundamentales suele establecerse el derecho laboral a la huelga, pero también se acude a esta medida extrema en situaciones de protestas estudiantiles, reivindicaciones regionales o reclamos colectivos.

El sistema de salubridad estatal, como garante del ejercicio del derecho a la salud, presenta severas complicaciones con el respeto de la huelga, donde las personas no tienen la intención de atentar contra su vida, empero, buscan un propósito que beneficie a la población en su conjunto (Pérez-Jiménez, 2018, p. 383). El dilema bioético identificado ante estos escenarios de demanda social, se refleja en la imposibilidad del personal médico de garantizar el derecho a la salud de los huelguistas, dado que siempre predomina la ética del cuidado de los pacientes o usuarios de este sector que, bajo cualquier motivo, merece la atención hospitalaria.

Por esta circunstancia, el dilema bioético surge cuando -en la balanza- se enfrentan la autonomía de los huelguistas y las medidas a implementarse para precautelar el derecho a la salud. Con el objetivo de responder a esta interrogante, tal cual quedó manifestado anteriormente, las autoridades estatales (administrativas o jurisdiccionales) habrán de analizar las mejores condiciones del bienestar humano y aplicar reglas jurídicas que garanticen la huelga de los manifestantes, sin lesionar su primordial derecho a la vida.

La ética del cuidado de la salud confrontada con la extrema protesta de la huelga, merecen un tratamiento basado en los principios constitucionales de protección a la vida, dignidad y salud de los huelguistas; de lo contrario, se generaría una crisis en la Bioética por apartarse del campo jurídico, derivando en posibles procesos a tramitarse en la vía constitucional y que pueden afectar los derechos fundamentales de la población.

2.2.2. Legalización o no de la eutanasia

Un segundo pormenor de la Bioética con enfoque constitucional, representa la legalización o no de la eutanasia, ya que los desafíos biológicos, de permitírsele o no morir dignamente a un individuo, pertenecen al ámbito de los derechos humanos.

En los márgenes de la Bioética tradicional, debía darse cumplimiento íntegro al juramento hipocrático, cuyo contenido obliga -al profesional de la Medicina- a aplicar sus conocimientos con la premisa de evitar daños hacia los pacientes, con lo que quedaría descartada la posibilidad de recurrir a procesos de eutanasia; en cambio, para la Bioética ampliada, la solución más coherente -en eventos eutanásicos- constituye que, las personas encargadas de la salud actúen respetando la voluntad de los enfermos, criterio por el que también se incluye al entorno familiar cercano del paciente en la toma de decisiones sobre su vida (Bedrikow, 2020, p. 453).

La regulación jurídica de la eutanasia pertenece al sistema normativo penal, empero, según lo expresado precedentemente, cualquier aspecto que derive en un dilema bioético de difícil apreciación, tendrá que resolverse acorde a lo señalado por la Ley de Leyes.

Entonces, si la Constitución reconoce el derecho a la dignidad y la vida, los procesos de eutanasia deberán circunscribirse en la protección de los pacientes, no obstante, cada legislación infra-constitucional determina si opta por su penalización o prefiere despenalizarla. Con ello, el Derecho Constitucional coadyuva en las intervenciones eutanásicas con el fin de que, en los ordenamientos jurídicos donde sea permisible, se garanticen condiciones básicas de una muerte digna.

La participación de terceros que colaboran o auxilian a quienes manifiestan libre y expresamente el deseo de poner fin a su existencia, es un tema accesorio en los dilemas bioéticos, pero que igualmente merece analizarse desde el marco constitucional. Los médicos intentan

salvar la vida del paciente y, frente a un panorama adverso a la salud del hospitalizado, brindan asistencia a los enfermos en el momento en que éstos (o sus familiares) optan por un proceso eutanásico, siendo entonces el tema de debate -entre juristas- la despenalización de la eutanasia o más bien su constitucionalización, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a morir dignamente.

2.2.3. Trasplante y donación de órganos

Similar dilema bioético se presenta durante el trasplante y donación de órganos, es decir, se divisa un tercer problema de la Biología con el Derecho, que tiene efectos sobre la vida de la población. Cada ordenamiento jurídico establece filtros para reglamentar el destino final de los órganos de la persona fallecida, no obstante, los inconvenientes surgen en el sistema de distribución o adjudicación. La demanda de estas partes vitales del ser humano se agiganta a nivel mundial y es interminable la lista de espera de personas que requieren un trasplante; así, desde el plano constitucional, pretenden resolverse al menos las dificultades más evidentes en cuanto a la pertenencia de estos órganos, así como los mecanismos para asignarlos a la comunidad de pacientes hospitalizados (Zúñiga-Fajuri, 2017, p. 238).

18

Respecto al destino de los órganos, el Derecho Constitucional plantea que, la familia del fallecido es la responsable de otorgar su consentimiento y autorizar la donación. De esta forma, el consentimiento familiar se convierte en una figura jurídica que garantiza que, inclusive después de su muerte, el donante reciba un trato digno de las autoridades sanitarias.

Tratándose de casos en que el difunto no tuviese parientes, el dilema bioético emerge cuando los médicos o encargados de las morgues son consultados sobre el destino de los órganos; esta temática, es tratada conforme a las leyes específicas de trasplante o donación de cada país, sin embargo, preocupa que ciertos países no implementen marcos regulatorios basados en la Constitución, pues se ingresaría en la esfera de la mercantilización de órganos antes que la protección jurídica de la sociedad.

Sobre los mecanismos de asignación de órganos o medios que canalizan su entrega a un individuo en lista de espera, el dilema bioético implica los criterios de selección del beneficiario. Constitucionalmente, todas las personas son iguales ante la Ley y merecen un idéntico tratamiento en el

sistema de salud, no obstante, al priorizarse a un determinado paciente (por ciertas condiciones de su enfermedad) en desmedro de otro, salen voces de reclamo ciudadano que demandan un proceso justo de reparto de órganos puestos a disposición del público.

El Derecho Constitucional, acudiendo al derecho fundamental de acceso a la información pública, insta -a las autoridades en sus diferentes niveles de salud- a transparentar los procesos de asignación de órganos y prever medios de impugnación para que los pacientes, en caso de verse potencialmente afectados por el sistema de adjudicación de partes vitales, cuenten con medios de fiscalización.

2.2.4. El embarazo

El cuarto dilema bioético del Derecho Constitucional, tiene por fundamento el embarazo.

2.2.4.1. La interrupción legal del embarazo

En un extremo radical se tornan debates respecto a la interrupción legal del embarazo, donde cada Estado, de acuerdo a la legislación interna, ha promovido la penalización o despenalización del aborto (Lugo, 2017, p. 28).

La instrumentalización legal del aborto, sus condiciones de ejercicio, las limitaciones en la intervención quirúrgica o las autorizaciones, generalmente son definidas por la línea jurisprudencial de las altas Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales de los países pues, si bien existen leyes que profundizaron los problemas relativos a la interrupción del embarazo, la jurisdicción constitucional ha dado respuesta a las interrogantes jurídicas de su adopción en temas de violación, malformación genética u otras circunstancias que justifican la terminación voluntaria del proceso de gestación.

2.2.4.2. La reproducción asistida

La esterilidad y la infertilidad, son dos categorías médicas que originan la limitación del derecho humano a la familia. Para contrarrestar las dificultades de concebir a un nuevo ser, se acude a la fecundación in vitro, logrando que el proceso natural de embarazo sea asistido por el uso de la tecnología.

El dilema bioético, a responderse por el Derecho Constitucional, recae en los inconvenientes que nacen de acudir al embarazo artificial entre

personas de un mismo sexo, a las alteraciones genéticas que puedan realizarse sobre el feto, los derechos emergentes que tienen los donantes o el estatus jurídico de las personas que optan por alquilar su vientre.

En todas estas situaciones médicas, el Derecho Constitucional procurará soluciones jurídicas respaldadas en el bienestar común, que limiten lesiones en los derechos humanos de la población inmersa en la reproducción asistida, aunque todavía surgen serias posturas que defienden la dignidad de los embriones o promueven la progresividad de los derechos sexuales o reproductivos sin limitación alguna, alegando de que, en los Estados, debe garantizarse el derecho a la diversidad de familias (Gosálbez & Fernández, 2018, p. 131).

2.2.5. La investigación de la paternidad

20

Asimismo, dentro de las dificultades del derecho humano a la familia, se encuentra un quinto dilema bioético, referido a la investigación de la paternidad (Varsi Rospigliosi, 2002, p. 245). Los institutos de la filiación, la paternidad, la identidad u otros relativos a la personalidad, no son exclusivos del Derecho Civil o de Familia, sino pueden ser tratados desde el Derecho Constitucional, debido a que los derechos de las niñas y los niños se encuentran reconocidos en las Leyes Supremas de los Estados, sobretodo en resguardo del derecho a la identidad y la filiación.

Verbigracia, la Constitución Política del Estado de Bolivia, a través de su artículo 65 determina:

En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación (Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, p. 20).

La investigación parental y la presunción de filiación, representan inconvenientes para los médicos y los propios profesionales juristas que, al verse obligados a realizar estudios genéticos o proceder con el registro oficial de menores de edad, se enfrentan al dilema bioético de cumplir los mandatos constitucionales, sin lesionar los derechos de la niñez o de sus progenitores.

2.2.6. Medicina tradicional

Un sexto problema biológico-ético, hace referencia a la promoción de la denominada Medicina Tradicional. Las Constituciones, es el caso de la Constitución boliviana, reconocen el uso de la Medicina Tradicional que puede ejercitarse paralelamente a la Medicina Moderna; el dilema bioético aparece cuando los médicos ancestrales aplican sus conocimientos y saberes, deteriorando la salud de los pacientes que acuden al tratamiento (Elío-Calvo, 2020, p. 108).

Si bien los Estados reconocen constitucionalmente la Medicina Tradicional, deben establecerse mecanismos de sanción para aquellas personas que, utilizándola en forma indiscriminada o sin la suficiente experticia, puedan quebrantar el bienestar de la población pues, a título de medicación natural, se comercializan productos nocivos o dañinos en la salud pública.

2.2.7. Personas con discapacidad

La norma constitucional junto a la Bioética, revelan un séptimo dilema vinculado a las personas con discapacidad. Este sector vulnerable de la sociedad, ha despertado el interés de constitucionalistas que plantean dos sub-dilemas bioéticos, respecto a su tratamiento médico (Valladares et al., 2018, p. 6).

21

2.2.7.1. El consentimiento informado

El primer sub-dilema tiene correspondencia con el consentimiento informado que, puede o no, otorgarse por las personas con discapacidad. Genera problemáticas entre profesionales médicos, obtener el consentimiento informado en pacientes que presentan un alto grado de discapacidad, ya que no podría realizarse tratamiento alguno sin la autorización previa de los usuarios. El panorama conflictivo se empantana aún más, cuando los familiares de la persona con discapacidad prefieren evitar cualquier intervención médica, incluso a costa del derecho a la salud de este grupo poblacional.

2.2.7.2. El tratamiento terapéutico

El segundo sub-dilema bioético está condicionado por el tratamiento terapéutico, debido a que los profesionales del área de salud deben brindar todas las atenciones, minimizando los riesgos en su bienestar, pero en la toma de decisiones se requiere el consentimiento informado

de los pacientes, aspecto por el que el Derecho Constitucional intenta mediar y salvaguardar los derechos de este sector vulnerable, frente a posibles injusticias de los familiares, quienes se niegan en autorizar su curación.

Los conflictos bioéticos emergentes del tratamiento médico en personas con discapacidad, requiere que las leyes de desarrollo constitucional otorguen directrices jurídicas de actuación para que, tanto los médicos como los propios abogados, den por producto el ejercicio pleno del derecho a la salud de las poblaciones con grado de vulnerabilidad, sin descuidar que merecen de una protección reforzada por las autoridades públicas.

2.2.8. La pandemia por Covid-19

Finalmente, el octavo dilema bioético, durante el contexto de la pandemia, recayó en dos problemas sanitarios ocasionados en la primera, segunda y hasta tercera ola del coronavirus que asoló al mundo, durante las gestiones 2020 y 2021.

22

Por una parte, la preferencia en la atención de pacientes afectados por el Covid-19 que, a medida del incremento de casos confirmados, puso en aprietos al personal médico, cuando no existían espacios para lograr su rehabilitación. Muchos perdieron la vida por no contar con condiciones óptimas de atención, surgiendo severas interrogantes en el personal hospitalario, sobre quiénes debían atenderse prioritariamente o cuáles serían los parámetros de preferencia en su internación (Ñique Carbajal et al., 2020, p. 257).

Por otra parte, ingresó a la palestra de debate en la Bioética, la obligatoriedad o no de la vacuna con la finalidad de garantizar el derecho colectivo a la salud pública, frente al derecho individual a la libertad de decisión, respecto a la administración voluntaria de la dosis del fármaco contra el Covid-19. Desde múltiples espacios académicos del Derecho Constitucional, se propugna que no existe mecanismo legal que pueda obligar a una persona a inocularse pero, precautelando los derechos del resto de la población vacunada, es posible implementar medidas generales de bioseguridad, que pueden ser exigibles a toda la comunidad, sin perturbar el resto de sus derechos fundamentales.

Estos ocho dilemas bioéticos y otros conexos a las temáticas desarrolladas, se encuentran presentes en el Derecho Constitucional, garantizando la

continuidad de la vida humana y del resto de seres vivos, en un hábitat sano.

2.3. La convergencia de la Bioética con los derechos humanos

Si bien existen debates de larga data sobre el estatus de la Bioética como una disciplina académica actual o emergente, en la doctrina, se considera al bioquímico estadounidense Van Rensselaer Potter como el primer forjador del concepto de la Bioética, quien en 1970 aportó una visión holística de esta disciplina, no sólo desde la práctica relacionada con el ser humano, sino también con el medio ambiente (Potter, 1971, p. 95).

Posteriormente, otros académicos han definido que Bioética estaría más bien limitada al ámbito de la política pública en salud y las ciencias humanas de la vida (Reich, 1999, p. 12).

En la dimensión institucional, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (“UNESCO” por sus siglas en inglés) se ha interesado, desde sus orígenes, en la relación entre la ciencia y los derechos humanos. Así, vale citar la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 2003, patrocinados por la UNESCO, que sirvieron como pilares fundamentales en la adopción de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005.

23

Precisamente, la Declaración es una de las respuestas internacionales al debate respecto al estatus de la Bioética, pues en su artículo 1 señala que:

(...) trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales (Conferencia General de la UNESCO, 2005, p. 6).

De lo cual, se desprende que la evolución gradual del concepto de la Bioética ha llegado a abarcar diversos campos disciplinarios, que deben estar interrelacionados para abordar una respuesta holística y común a ‘cuestiones’ y ‘dilemas’ éticos de la medicina y ciencias de la vida.

En este orden de ideas, el campo de la Bioética está actualmente dominado por tres disciplinas principales, a saber, la filosofía analítica,

el análisis legal (particularmente a partir del Derecho Constitucional Comparado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) y, por las Ciencias Naturales y Sociales aplicadas, como la Medicina, la Química, la Psicología y la Investigación Social (Ashcroft, 2010, p. 654).

Si bien concurren marcadas diferencias entre los derechos humanos y la Bioética, existe un campo claramente definido donde ambas esferas tienen un punto de convergencia, esto es, en el campo de la política pública, donde los derechos humanos juegan el papel del “lenguaje común” entre el Estado y las personas para identificar y proteger, por un lado, los intereses de los titulares de derechos humanos, principalmente afectados en el campo de aplicación de la medicina y las ciencias naturales, y por otro, los principales valores de la humanidad, consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los valores y principios contenidos en las Constituciones.

Una de las principales ventajas de vincular los derechos humanos y la Bioética, es considerar su potencial hermenéutico de interpretación coherente de la realidad, especialmente en contextos donde el Derecho Doméstico aplicable no es claro, por lo que los derechos humanos y todo el desarrollo jurisprudencial (nacional e internacional) sobre el derecho a la salud, orientan la política pública y establecen límites a la investigación científica de la vida.

24

Además, es en el campo de los derechos fundamentales y la política pública donde es posible lograr un consenso razonable amplio (Ashcroft, 2008, p. 15), y con participación de minorías y grupos que históricamente no tuvieron acceso al debate científico de universidades de talla internacional; es decir, personas que, en algunos casos, son los principales afectados por las decisiones de la ética médica y la ciencia.

En este sentido, el debate en el campo de los derechos humanos de conceptos tradicionalmente atribuidos a la Bioética implicaría que el análisis tome en cuenta los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos, lo cual constituiría reconocer que los pacientes, personas sujetas a experimentos científicos y la colectividad, son titulares de derechos que deben ser respetados en el campo de la Bioética; a título enunciativo, vale mencionar los derechos a la vida, a la dignidad, a la privacidad, al acceso al avance científico sin discriminación, a la autodeterminación, a la libertad de expresión, entre otros.

2.4. Los efectos de los dilemas bioéticos en la práctica de la abogacía, a la luz del Derecho Constitucional

El progreso de la ciencia y la tecnología, principalmente los avances en el campo de la biología y la genética, han determinado el surgimiento de problemáticas relacionadas al futuro de la vida, el respeto hacia la dignidad de la población y el destino de la humanidad, extremos que suelen colisionar durante el desempeño de ciertas profesiones conexas a las Ciencias Sociales, entre ellas, las Ciencias Jurídicas.

Bajo la interrogante de que, si todo lo que es técnicamente posible puede ser éticamente justificable y cuáles representarían sus límites jurídicos, emergen también los llamados dilemas bioéticos en el ejercicio de la abogacía, con un paradigma del Derecho Constitucional.

La dicotomía entre el carácter interdisciplinario de la Bioética y la obligatoriedad de tutelarse los derechos fundamentales de la población en general, justifican que el profesional abogado se enfrente, día a día, a situaciones controversiales donde la balanza de la equidad se encuentra en conflicto entre lo que debe aplicarse por imperio de la Ley o sin mayor debate, con lo que moralmente es justo adoptarse y en respeto a la vida humana.

Con esta apreciación, existen conductas que son jurídicamente válidas, pero reprochables ante la sociedad, afectándose la actividad decisoria del juzgador constitucional o el razonamiento de abogados causídicos, dado que el resguardo del derecho a la vida en relación con los derechos del resto de la humanidad tiene un carácter ético, inclusive, el respeto a los derechos de los otros es la base del derecho a la paz (García Pereáñez, 2015, p. 250).

El debate de lo bioético y lo constitucional, implica también analizar si la totalidad de los dilemas éticos, surgidos por la práctica de la medicina y de la investigación (como el aborto, la eutanasia y la inseminación artificial), pueden ser objeto o no de regulación, pues -de ser así- el Derecho se convertirá en un instrumento de intervención legislativa, en un campo ajeno a sus competencias.

A raíz de estas situaciones atípicas, parecería que la solución de los dilemas bioéticos -por un camino jurídicamente habilitado y éticamente legitimado- es una tarea conflictiva, por tanto, constituye una utopía pensar en un país donde las personas sean tratadas como sujetos de

derechos y no meros objetos de protección estatal (Rueda Castro & Miranda Zúñiga, 2002, p. 131). Bajo este contexto, los principales dilemas bioéticos están vinculados a las dificultades en la existencia humana, desde el inicio de la vida (a partir del nacimiento), el paso de los años (presencia humana) hasta su finalización (con la muerte), en cuyo marco, conforme al orden normativo, se desafían los conceptos morales de calidad de vida, muerte digna y libertad de decisión.

Los primordiales dilemas bioéticos del inicio de la vida (referidos al aborto e inseminación artificial), la etapa de vivencia o su culminación (expresado en la eutanasia), suscitan enfrentamientos jurídicos constitucionales apasionados con posiciones morales extremas aparentemente irreconciliables, más aún, cuando estas aristas son puestas a conocimiento de las autoridades judiciales de la jurisdicción tutelar, que ingresarán en una esfera de incertidumbre en el momento de fallar sobre estas temáticas. Es precisamente la reflexión Bioética en el Derecho, la que conduce a discusiones jurídicas concernientes a otros temas álgidos en la justicia nacional e internacional.

26

En torno a discursos que alojan posturas de progresividad en los derechos fundamentales, han de organizarse espacios académicos de debate y que incumben a los aportes de la Medicina para afrontar la pandemia, el carácter obligatorio o no de las vacunas a fines de contrarrestar el Covid-19, las reformas constitucionales exigibles por el ciudadano respecto a la implementación de la pena de muerte u otras severas sanciones (castración química y demás penas corporales) ante conductas que originan delitos cuestionables (feminicidio, violación, trata y tráfico de personas); dichos problemas de la Bioética, ingresan en fricción con los principios de justicia y de solidaridad, siendo un punto de partida en el tratamiento jurídico del derecho a la vida, la libertad humana, y específicamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para responder estas interrogantes, se han conjugado ambos elementos (Ética y Derecho) posibilitando el surgimiento de una disciplina específica llamada Biojurídica, cuya finalidad representa el estudio del fundamento moral y pertinencia ética, que gozan las normas jurídicas positivas.

Gracias a esta especialidad, pueden plantearse soluciones armónicas a los dilemas bioéticos del ejercicio de la abogacía a la luz del Derecho Constitucional, en razón a conflictos legales a partir de la concepción

(por ejemplo, escenarios adversos en la reproducción asistida, investigación en embriones, aborto, genoma e ingeniería genética), durante el transcurrir de la existencia (tal es el caso de la discusión sobre la relación médico-paciente, transfusión de sangre, consentimiento informado, trasplante de órganos e investigación en seres humanos) o al culminar la etapa de vida (en las que subsisten disputas vinculadas a la atención de personas mayores, enfermos en fase terminal, eutanasia, suicidio asistido, encarnizamiento terapéutico, ortotanasia y distanasia) (Tinant, 2012, p. 61).

En la actualidad, están surgiendo nuevas tendencias de análisis para la Biojurídica relativas a la protección del medio ambiente, los derechos reconocidos a la Madre Tierra, el uso de la inteligencia artificial y la preferencia de la virtualización judicial, situaciones que, en efecto, impondrán a los abogados, los académicos y los juzgadores nuevas tareas, actitudes y modos de convivir, incluso, son temas de agrado intelectual que fomentan la producción científico-bibliográfica.

3. Conclusiones y Recomendaciones

La construcción del Derecho requiere de principios, de tal forma que, los principios jurídicos (constitucionalizados e insertos en la legislación de un determinado país) sean integrados a los principios bioéticos (como la no maleficencia, beneficencia, justicia y autonomía), permitiendo visualizar éstos y otros dilemas éticos que se presentan a diario en la práctica profesional, porque el Derecho en su función ética no debe confundirse como un simple catálogo de reglas de conducta, sino una herramienta que gestiona, con mayores márgenes de respeto hacia la dignidad humana y los derechos constitucionales, el establecimiento de normas regulatorias ante estos dilemas bioéticos.

La consideración de los principios ético-morales contenidos en la Constitución Política del Estado y demás recogidos en el marco normativo supranacional, refleja un punto de referencia que guiará el quehacer profesional de los abogados, cuestión que puede apreciarse más claramente en la Bioética, el Bioderecho y la Biojurídica.

Por último, se recomienda que los procesos legislativos y de reglamentación de la mayoría de los dilemas bioéticos, sean tratados con la participación de todos los sectores involucrados, garantizando así la construcción integral del Estado Constitucional de Derecho, en pleno

respeto de los derechos fundamentales de la población que demanda condiciones plenas para el vivir bien.

4. Bibliografía

Ashcroft, R. (2008). The Troubled Relationships between Bioethics and Human Rights. *Law and Bioethics: Current Legal*, 11.

Ashcroft, R. (2010). Could Human Rights Supersede Bioethics? *Human Rights Law Review*, 10(4), 639-660.

Bedrikow, R. (2020). La eutanasia desde la perspectiva de la bioética y la clínica ampliada. *Revista Bioética*, 28, 449-454. <https://doi.org/10.1590/1983-80422020283406>

Bellver Capella, V. (1998). Bioética y Constitución. *Cuadernos de Bioética*, 3, 516-523.

Conferencia General de la UNESCO. (2005). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

28 Elío-Calvo, D. (2020). De la ética médica tradicional a la bioética medica. *Cuadernos Hospital de Clínicas*, 61(1), 168-182.

Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado*. Gaceta Oficial de Bolivia.

García Pereáñez, J. A. (2015). Dilemas bioéticos sobre el final de la vida. *Revista Colombiana de Bioética*, 10(2), 242-257.

Gosálbez, P. E., & Fernández, F. R. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1), 104-135.

Lugo, N. T. (2017). Dilemas éticos en la interrupción del embarazo por malformaciones congénitas. *Humanidades Médicas*, 17(1), 17-31.

Ñique Carbajal, C., Cervera Vallejos, M., Díaz Manchay, R., & Domínguez Barrera, C. (2020). Principios bioéticos en el contexto de la pandemia de COVID-19. *Revista Medica Herediana*, 31(4), 255-265. <https://doi.org/10.20453/rmh.v31i4.3860>

Pérez-Jiménez, J. (2018). Dilema ético: El caso de la huelga de hambre. *Salud Pública de México*, 60(4), 383-383. <https://doi.org/10.21149/9138>

- Potter, V. R. (1971). *Bioethics: Bridge to the Future*. Prentice-Hall Pub.
- Reich, W. T. (1999). The «Wider View»: Andre Helleger's Passionate, Integrating Intellect and the Creation of Bioethics. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 9(1), 25-51.
- Rueda Castro, L., & Miranda Zúñiga, O. (2002). Principales Dilemas Bioéticos en las Personas con Discapacidad Prolongada. *Acta bioethica*, 8(1), 127-135. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2002000100012>
- Tinant, E. L. (2012). Principios jurídicos y principios bioéticos: Separación, vinculación, integración. *Derecho PUCP*, 69, 45-63.
- Valladares, Y. C., García, L. E. S., González, J. A. A., & Gelabert, C. J. A. (2018). Principales dilemas bioéticos personas con discapacidad. *Revista Cubana de Medicina Física y Rehabilitación*, 10(2), 1-10.
- Varsi Rospigliosi, E. (2002). La Bioética en las Constituciones del mundo. *Acta bioethica*, 8(2), 239-253. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2002000200006>
- Zúñiga-Fajuri, A. (2017). Transparencia y trasplantes: ¿es posible? Dilemas bioéticos de la adjudicación de órganos. *Acta bioethica*, 23(2), 237-243. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2017000200237>

Constitución Ecológica y Derechos relacionados al Medio Ambiente

1. Introducción

La población debe mitigar los efectos nocivos hacia la naturaleza y evitar conductas que dañen al medio ambiente o sus elementos (tierra, agua, aire, flora y fauna), como una forma de prevenir futuras violaciones a los derechos fundamentales.

Durante la última década, la conservación del medio ambiente se ha convertido en una preocupación que aqueja a la población y tiene efectos en el contexto internacional. La preocupación ambiental en territorio boliviano, tuvo auge con la promulgación de la Ley del Medio Ambiente, Ley N° 1333 promulgada el 27 de abril de 1992, una norma de carácter específico y que posee, como objetivo fundamental, la protección y conservación del medio ambiente sin afectar el desarrollo del país, procurando mejorar la calidad de vida de la población.

31

La necesidad de incorporar el medio ambiente, dentro del catálogo de derechos fundamentales, se tornó en una temática de debate en la Asamblea Constituyente. De esta forma, el compromiso por preservar un medio ambiente sano, se encuentra consagrado desde el Preámbulo de la Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia, cuyos primeros párrafos hacen referencia a la riqueza (natural, vegetal, animal e hídrica) y la protección de toda especie de la biodiversidad que se encuentre en la región de la amazonia, chaco, altiplano, valles y llanos.

Los artículos constitucionales desarrollan el derecho al medio ambiente desde diferentes ópticas, plantean garantías jurisdiccionales que lo tutelan (tal es el caso de la acción popular), además, a partir de los artículos 342 y siguientes, se impone un marco constitucional para la definición de políticas públicas en relación al medio ambiente, recursos naturales, hidrocarburos, minería y metalurgia, recursos hídricos,

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 10 diciembre de 2021, durante el III Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: "Respuestas constitucionales a algunos problemas actuales en la humanidad" - "Dilemas globales - Aportes constitucionales", organizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

energía, biodiversidad, coca, áreas protegidas, recursos forestales, amazonía, tierra y territorio, y desarrollo rural integral sustentable.

La protección jurídica medioambiental en Bolivia comprende, por una parte, la existencia de una Constitución Ecológica y, por otra, la protección del medio ambiente y sus derechos conexos. A partir de estos principales elementos del Derecho Constitucional, es posible debatir y reflexionar temas relacionados al cambio climático, contaminación, deforestación, escasez de agua, degradación del suelo y extinción de especies o pérdida de la biodiversidad, que inciden en el bienestar de las futuras generaciones.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Constitución Ecológica, Medio Ambiente y Madre Tierra

La esperanza de vida en la humanidad y asegurarle un futuro a las generaciones venideras, se encuentran apoyadas por la vigencia de una Constitución Ecológica. En numerosas oportunidades, suele afirmarse que la CPE de Bolivia representa una Constitución Ecológica, dado que sus artículos incorporan, transversalmente y como ejes ordenadores, la protección del medio ambiente y la armonía entre la sociedad y la naturaleza (FIMA, 2020).

32

El concepto de Constitución Ecológica y su adaptación al contexto boliviano, se encuentran contenidos en diversos preceptos de orden constitucional. Sin embargo, es el artículo (art.) constitucional 9, en su numeral 6, que reconoce la protección del medio ambiente como entorno vital de la humanidad; en rigor, el referido art. establece entre los fines y funciones esenciales del Estado:

(...) la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

Proteger la naturaleza es un asunto esencialmente ético. Desde hace décadas, la comunidad científica ha advertido sobre el deterioro del medio ambiente, revertirse este panorama de peligrosidad requiere de educación en la humanidad, a través de la denominada conciencia ambiental. Aunque el art. 33 de la CPE, instituye el derecho de la población boliviana a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, no se han reducido los riesgos que conllevan las prácticas nocivas contra la biodiversidad.

La educación es otro factor positivo para el cuidado del medio ambiente. La impartición de hábitos integrales en los centros educativos (en cualquiera de sus niveles, desde la educación primaria hasta la universidad) permitirá generar pequeños actos para que las bolivianas y los bolivianos comprendan que la conservación de la naturaleza es una tarea estatal y una responsabilidad compartida, pues atañe a todos los sectores de la población.

Así pues, durante la etapa de la niñez, e inclusive en la adolescencia, pueden cultivarse ciertos valores de afecto o cariño por la naturaleza; dicho compromiso, se encuentra contemplado en el art. 80 de la CPE, cual define que, la educación tiene por objetivo la formación integral de las personas y el fortalecimiento de la conciencia social crítica en la vida y para la vida, por tanto, está orientada a:

(...) la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien.

Despertar la conciencia ambiental en niñas y niños, exige que se los eduque en actividades que pongan en práctica el reciclaje, el ahorro de agua, el uso racional de energía eléctrica, el cuidado de las plantas y los seres vivos, la separación de residuos orgánicos o evitar el uso de bolsas de plástico, además de otros gestos de protección del planeta tierra, frente a los drásticos cambios que viene sufriendo. Otro sector indispensable en el establecimiento de conciencia ambiental, está representado por los medios de comunicación. El art. 108, numeral 16, de la CPE reconoce como un deber constitucional de las bolivianas y los bolivianos:

Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos.

Por ello, el reconocimiento de una Constitución Ecológica no incumbe solamente la constitucionalización de temas ambientales o la imposición de responsabilidades del cuidado en la naturaleza, también implica la declaración del medio ambiente como un patrimonio común de la humanidad y que requiere de acciones estatales o estrategias gubernamentales asumidos en favor de la colectividad, siendo relevante la prevención mediante campañas televisivas, radiofónicas o del uso del internet.

El medio ambiente está asociado al espacio en el que se desarrolla la vida, pero igualmente comprende a los seres vivos, objetos, agua, suelo,

aire y las relaciones entre ellos. De esta forma, la protección jurídico-constitucional que brinda el Estado boliviano, alcanza a los distintos elementos de la naturaleza y los seres que habitan en la biodiversidad, toda vez que:

(...) el medio ambiente incluye factores físicos (como el clima y la geología), biológicos (la población humana, la flora, la fauna, el agua) y socioeconómicos (la actividad laboral, la urbanización, los conflictos sociales) (Valor Compartido, 2020).

Respecto a estos componentes del medio ambiente, el calentamiento global es el principal causante del cambio climático. En el caso boliviano, fue aprobada legislación específica para mitigar el daño provocado por el cambio climático, asociándola a los derechos de la Madre Tierra a través del reconocimiento expreso efectuado por el texto del Preámbulo de la CPE y, con carácter específico, mediante la Ley N° 300 del 15 de octubre de 2012 y que, en su art. 4, numeral 14, introduce el principio de justicia climática bajo el siguiente tenor:

El Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de la equidad y las responsabilidades comunes pero diferenciadas de los países ante el cambio climático, reconoce el derecho que tiene el pueblo boliviano y sobre todo las personas más afectadas por el mismo a alcanzar el Vivir Bien a través de su desarrollo integral en el marco del respeto a las capacidades de regeneración de la Madre Tierra.

34

La justicia climática, un concepto de reciente data, constituye una de las formas de la llamada justicia ambiental, donde se busca un trato justo, igualitario y libre de discriminaciones, para que las decisiones y proyectos diseñados guarden armonía entre los Estados que más contaminan y los países en vías de desarrollo, pudiendo encontrarse soluciones consensuadas al problema de la desertización, sequías, inundaciones y otros fenómenos climatológicos extremos (Fundación Tierra, 2018).

Con ello, la Madre Tierra pasa, de un mero concepto genérico-abstracto, pasa a convertirse en un sujeto colectivo de interés público con determinados derechos. Según consta en el art. 4, numeral 1 de la Ley N° 300, la resolución de conflictos entre derechos no debe afectar la funcionalidad de los sistemas de vida inmersos en territorio boliviano;

por este motivo, surge la necesidad de implementar instrumentos jurídicos de protección y tutela del medio ambiente, como la acción popular u otros recursos jurisdiccionales previstos en la CPE.

Por tanto, el acceso a la justicia ambiental proporciona a los individuos, grupos y organizaciones, una herramienta para proteger sus derechos ambientales y de acceso a la información y participación en la toma de decisiones, ya que les permite acceder a procedimientos judiciales y administrativos claros, equitativos, oportunos e independientes, que contemplen la reparación y remediación por daño ambiental, en caso de afectación de esos derechos por parte del propio Estado o de particulares (Naciones Unidas. CEPAL, 2018). Sin herramientas legales de reparación del daño ocasionado al medio ambiente o la ausencia de mecanismos jurídicos de responsabilidad (penal, administrativa o civil), no puede garantizarse el acceso a la justicia climática o la justicia ambiental.

Es más, el derecho al medio ambiente no puede materializarse sin los otros derechos fundamentales o no puede estar sobre los otros derechos constitucionales, dado que existe una interdependencia y apoyo mutuo de los derechos reconocidos a la Madre Tierra como sujeto colectivo de interés público, los derechos colectivos e individuales establecidos a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas y el catálogo de los derechos fundamentales, civiles, políticos, sociales, económicos y culturales instituidos para el pueblo boliviano.

35

2.2. Derecho al medio ambiente sano y derechos conexos de acción ambiental

2.2.1. Derecho al medio ambiente sano

Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, señala el art. 33 de la Constitución Política del Estado. El ejercicio de este derecho permite a los individuos y colectividades, acceder a mejores condiciones ambientales de forma progresiva y permanente.

El citado derecho implica gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y con el objetivo de que las actividades productivas satisfagan las necesidades actuales sin que ello comprometa a las generaciones futuras, debiendo preservarlo y mejorando sus condiciones, en el marco de lo establecido por el art. 108 de la Constitución,

que indica el deber de todos los bolivianos y bolivianas de proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo.

Lo anterior conlleva que todas las instituciones del Estado están llamadas a gestionar lo público y agroambiental desde los derechos de las personas y del medio ambiente, dentro de sus competencias y atribuciones señaladas por nuestra constitución y la ley en estricta aplicación de los principios de transparencia, *in dubio pro natura*, lucha contra la corrupción y con una coordinación interinstitucional estrecha basada en mecanismos de cooperación, complementariedad y subsidiariedad, en el marco de la independencia institucional correspondientes, para concatenar cada eslabón que hace a la jurisdicción agroambiental y constitucional (Lira Villarroel, 2020).

El medio ambiente está compuesto por una pluralidad de elementos que son reconocibles en su individualidad como el agua, los animales, las plantas y los seres humanos. Algunos tienen vida como los animales y otros sólo existencia, como las montañas y la tierra, que pueden ser naturales y artificiales como los construidos por el hombre, como un edificio; dichos elementos se encuentran integrados y se relacionan según pautas de coexistencia.

36

En este sentido, el derecho al medio ambiente se configura en nuestro ordenamiento como un solemne derecho-deber que nos incumbe a todos en base a la solidaridad colectiva que predica la Constitución, cuya finalidad propia es la de garantizar el disfrute de los bienes naturales por todos los ciudadanos; y se presenta su existencia en dos dimensiones:

- a) Derecho subjetivo al medio ambiente adecuado, que conlleva un deber de conservarlo; y,
- b) Derecho colectivo de todos a ese mismo medio ambiente.

Este derecho tiene connotaciones tanto individuales como colectivas. Respecto a la dimensión individual, su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre otros derechos de las personas, como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros; En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal de protección, no solamente de la naturaleza en la cual está inserta el ser humano, sino acciones a favor de adaptación y mitigación de los efectos del cambio climático, la contaminación ambiental y gestión de desastres naturales.

Asimismo, como interés colectivo, implica también la obtención de una cierta calidad de vida acorde con la dignidad humana e interrelación con el medio ambiente. Esta calidad de vida supone entonces el conjunto de

condiciones materiales e inmateriales en que se desenvuelven todas las personas, en un espacio y en un tiempo dados, condiciones que hacen posible para cada una de ellas una existencia sana, feliz, trascendente, solidaria y libre en oportunidad creciente, así como en equidad intergeneracional para el aprovechamiento de los recursos naturales de forma sostenible.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva 23 de 2017 sobre las Obligaciones Estatales en Relación con el Medio Ambiente en el marco de la Protección y Garantía de los Derechos a la Vida y a la Integridad Personal, ha establecido que:

La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (Corte IDH, 2017).

De esto se colige que se genera obligaciones estatales de respeto y garantía respecto a la degradación que implica la adopción de acciones positivas tendientes a materializar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir, así como la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Se debe reconocer la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos, tanto en contextos de degradación ambiental, como en proyectos que podrían afectar el goce del derecho a un medio ambiente sano, donde la dignidad, igualdad y libertad –atributos esenciales del ser humano– pueden florecer solamente basadas en políticas públicas adecuadas, y transparentes con participación basadas en una adecuada información ambiental.

37

2.2.2. Derechos conexos de acción ambiental

Junto con el derecho a un medio ambiente sano, aparecen los llamados derechos conexos de acción ambiental, es decir, el derecho a la información y la participación ciudadana, así como el derecho de acceso a la justicia.

2.2.2.1 Derecho a la Información y Derecho a la Participación en Asuntos Ambientales

El derecho a la información forma parte del derecho a la libre expresión e implica la facultad de toda persona a solicitar información de las instituciones públicas, que se encuentran obligadas a proporcionarla, salvo algunos supuestos en los que se determina la confidencialidad de

los datos; misma que debe ser razonable y destinada a la protección de determinados valores.

Ciudadanos informados pueden tomar decisiones informadas y participar activamente mediante vías de democracia establecidas en la Constitución. Solo cuando los ciudadanos sepan cómo son gobernados, podrán exigir que el Estado rinda cuentas por sus decisiones y acciones. Dado que la información es poder, el acceso universal a la misma es una piedra angular de sociedades democráticas, saludables, inclusivas y responsables con el medio ambiente.

El acceso universal a la información significa que toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir información. La Corte Interamericana estableció en el *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile* que la Convención Americana ampara el derecho de las personas a recibir información y la obligación positiva del Estado de suministrarla; de forma que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención Americana, se pueda limitar el acceso a la misma. Además, dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción (Corte IDH, 2017).

38

En relación con el derecho a la participación, este derecho supone la obligación de la apertura de la toma de decisiones ambientales a la participación inclusiva y abierta, a partir de las vías establecidas en nuestro modelo de estado, con un enfoque de democracia ambiental.

Es un derecho como manifestación soberana del pueblo. La participación de la sociedad civil en los asuntos de Estado, se encuentra íntimamente ligada a la esencia de la democracia, su concurso es también una necesidad comunitaria de acceso y control del poder político, cuyo ejercicio en el nuevo orden constitucional es diverso.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Sentencia de Amparo de Revisión 307/2016 indicó que:

(...) todas las autoridades tienen el deber, en el ámbito de sus respectivas competencias, de fomentar la participación de la ciudadanía, o bien, asegurar un entorno propicio, para la protección del medio ambiente esto, entre otras, a través de la creación de herramientas institucionales y jurídicas que tengan

por objeto incluir a los ciudadanos en el control de las políticas públicas con impacto ambiental.

En ese sentido, los derechos de información y participación no solamente implican un rol pasivo del Estado, sino que además es necesario reconocer la adopción de un rol proactivo, de gobierno abierto, de información estratégica, transparente y oportuna y de participación efectiva de todos los sectores de la sociedad en la protección del medio ambiente en términos del orden constitucional y convencional, con énfasis en los grupos en situación de vulnerabilidad y que fueron históricamente excluidos de los procesos de toma de decisiones ambientales. Por consiguiente, es fundamental reconocer que el pleno respeto y garantía de estos derechos solo se materializa mediante condiciones propicias para el acceso a la justicia en contextos medioambientales.

2.2.2.2. Derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales

El derecho de acceso a la justicia contiene tres presupuestos básicos:

- a) El acceso a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de dicho derecho tanto por el Estado como por los particulares;
- b) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho; y
- c) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se reestablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.

Las personas tienen el derecho de acceder a la justicia y reparación cuando sus derechos fundamentales hayan sido vulnerados. En la SCP 1122/2017 de 12 de octubre, se indicó que uno de los pilares del modelo constitucional boliviano, es la igualdad jerárquica de todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos económicos, sociales, culturales

y ambientales, así como su directa aplicabilidad y por ende, su directa justiciabilidad.

Es necesario reconocer la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, pues deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

La Corte Interamericana, en la citada Opinión Consultiva No. 23, reiteró:

(...) en el contexto de la protección ambiental, el acceso a la justicia permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación. Ello también implica que el acceso a la justicia garantiza la plena realización de los derechos a la participación pública y al acceso a la información, a través de los mecanismos judiciales correspondientes (Corte IDH, 2017).

40

El principio de progresividad en la protección en asuntos relacionados con el medio ambiente, se reviste de particular importancia para la jurisprudencia mediante el principio *in dubio pro natura*, mecanismo de interpretación más favorable al medio ambiente, porque de nuestro texto constitucional puede extraerse la denominada Constitución Ecológica, entendida como el conjunto de postulados, principios y normas constitucionales en materia ecológica que permiten entre otros el uso racional de los recursos naturales renovables y no renovables, para preservar la vida no únicamente del ser humano sino del resto de seres que conforman los diferentes ecosistemas, superando el antropocentrismo en miras a la protección del ser humano no solo en un caso concreto, sino el derecho de existir de futuras generaciones.

Dicha protección y el nuevo enfoque en el análisis referido deviene incluso desde el primer párrafo del preámbulo contenido en el texto constitucional que manifiesta:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de

verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas.

De esta parte preliminar, se extrae no solo la pluralidad de medios naturales y geográficos nacionales, sino también aspectos relacionados a los propios elementos del Estado y a las características horizontales y diversas del pueblo y territorio bolivianos, que permea a la justicia constitucional y agroambiental con el mandato de protección integral del medio ambiente.

2.3. La protección del derecho al medio ambiente, a través de la jurisprudencia constitucional

El medio ambiente se configura en el ordenamiento jurídico boliviano como un solemne derecho-deber que nos incumbe a todos con base en la solidaridad colectiva que predica la Constitución Política del Estado, cuya finalidad propia será la de garantizar el disfrute de los bienes naturales por parte de todos los ciudadanos. Presenta su existencia como dos posibilidades: **a)** Como un derecho subjetivo al medio ambiente adecuado (que conlleva un deber de conservarlo); y, **b)** Como derecho colectivo de todos, así lo entendió la SCP 0077/2020-S3 de 16 de marzo.

41

En este entendido, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha tutelado el derecho al medio ambiente como un derecho colectivo, a través de la acción popular resuelta por la SCP 0153/2021-S3 de 4 de mayo y la acción de libertad culminada con la SCP 0758/2019-S2 de 4 de diciembre, rescatándose los siguientes razonamientos jurídicos vinculantes:

- ▶ El derecho al medio ambiente es interdependiente con los derechos a la vida, a la salud y a la salubridad, conforme al art. 13.I de la CPE.
- ▶ La conservación del medio ambiente y el aprovechamiento racional de los recursos naturales se constituye constitucionalmente como principios rectores de la política económica y social, así también un mandato de acción para los poderes públicos y la población, presupuestos que dotan de una digna e igual calidad de vida para todos los ciudadanos.
- ▶ En el marco de lo establecido en la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, emitida por la Corte IDH, es

una obligación de los Estados el resguardo de los derechos a la vida y su relación con el medio ambiente y la salud, así como la abstención de cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad a los requisitos para una vida digna, como son el agua y a la alimentación, así como de contaminar ilícitamente el medio ambiente, pero por otra parte, la garantía de que se adopten medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida e integridad, considerando esta obligación como un deber de prevención.

- ▶ El Estado tiene la obligación de sancionar los delitos contra la Madre Tierra como sujeto de derechos colectivos de interés público, reconocidos por la Constitución Política del Estado y el ordenamiento jurídico vigente.
- ▶ El ordenamiento jurídico reconoce a la Madre Tierra como una comunidad indivisible y dinámica, que aglutina a todos los sistemas de vida; es decir, a seres vivos, ecosistemas, biodiversidad, medio ambiente, sociedades orgánicas e individuos, donde se alimentan, se sostienen y reproducen de forma interrelacionada, interdependiente y complementaria.
- ▶ El ordenamiento jurídico otorga al ser humano la posibilidad de usar y aprovechar los recursos naturales; empero, bajo condiciones de desarrollo sustentable; es decir, promoviendo y garantizando el aprovechamiento responsable y planificado de los mismos y la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras; siendo considerados patrimonio de la nación, cuya protección y aprovechamiento son de orden público e interés social.
- ▶ El Estado Plurinacional de Bolivia en todos sus niveles y a través de las autoridades administrativas y jurisdiccionales que conforman sus instituciones públicas, tiene el deber de: **1)** Conservar y proteger los recursos naturales y la biodiversidad de acuerdo a las características de cada sistema de vida, así como mantener el equilibrio del medio ambiente; **2)** Evitar que las actividades humanas conduzcan a la extinción de poblaciones de seres, la alteración de los ciclos y procesos que garantizan la vida o la destrucción de sistemas de vida, que incluyen los sistemas culturales que son parte de la Madre Tierra; **3)** Defender

la Madre Tierra en el ámbito plurinacional e internacional de la sobreexplotación de sus componentes y de la mercantilización de los sistemas de vida o los procesos que los sustentan y, 4) Actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

- ▶ En los casos, donde se vean afectados los derechos de la Madre Tierra por la comisión de un delito contra el medio ambiente o recursos naturales que atentan contra el bienestar colectivo y afecten la vida en armonía y equilibrio de sus componentes, no procede el beneficio de la suspensión condicional de la pena conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional también emitió razonamientos sobre el derecho al medio ambiente al momento de ejercer su atribución de control normativo, específicamente en la SCP 2011/2012 de 12 de octubre, llegando a la conclusión de que los desmontes ilegales -sin autorización- son contrarios al uso sostenible de la tierra y no constituyen cumplimiento de la función económica social o social; pues, si bien el derecho a la propiedad está reconocido en la Constitución Política del Estado, se debe cumplir una función social o económica social, previendo el empleo sustentable de la tierra, es decir, protegiendo el medio ambiente que conforme prevé el art. 342 de la CPE, que obliga a todas las personas a conservar, proteger y aprovechar los recursos naturales y la biodiversidad así como mantener su equilibrio.

2.4. Conclusiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 2021 (COP26)

La Conferencia de Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, también conocida como COP, es la máxima autoridad de decisión en materia de cambio climático. Está conformada por todos los Estados parte de la referida Convención.

En el pasado, las COP emitieron históricas decisiones, en las cuales se incluyen el Protocolo de Kyoto de 1997 y el Acuerdo de París de 2015, que bifurcan el interés de la comunidad internacional por mitigar los efectos del cambio climático y la adaptación de las comunidades a sus consecuencias.

Al respecto, la Oficina de la Alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido que el cambio climático es la potencial amenaza a los derechos humanos más importante del siglo XXI,

con efectos particularmente graves en personas y grupos en situación de vulnerabilidad, que, de hecho, fueron quienes históricamente contribuyeron menos al calentamiento global. Por otro lado, el Panel Intergubernamental de Expertos de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, señaló recientemente que cumplir el objetivo fijado por el Acuerdo de París de limitar el calentamiento global a 1.5° Centígrados hasta fin de siglo, requeriría “cambios rápidos, de largo alcance y sin precedentes en todos los aspectos de la sociedad”.

En ese contexto, la conferencia de partes reunida en Glasgow, Inglaterra, en 2021, llegó a importantes conclusiones en un documento denominado “Pacto de Glasgow para el Clima” que apunta al objetivo de materializar un decenio marcado por la acción climática, en lo cual se incluyen esfuerzos para aumentar la resiliencia, la disminución de las emisiones de gases de efecto invernadero y el impulso de la financiación climática, para lo cual la COP acordó trabajar colectivamente para reducir la brecha entre la vulnerabilidad de los principales países afectados y aquellos mejores preparados. Finalmente, como parte del paquete de conclusiones, establecieron la necesidad de transparentar las acciones llevadas a cabo, de cara al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado sobre al cambio climático.

44

Como lo han sostenido expertos internacionales en el tema, es fundamental la adopción de un enfoque de derechos humanos en la acción climática por el impulso que genera para lograr la concreción del derecho a un medio ambiente sano en un futuro sostenible, donde los bosques crecen, toda la energía tiene una matriz renovable, los ríos, lagos y océanos son saludables, y todas las personas viven en condiciones acordes con la dignidad humana.

3. Conclusiones y Recomendaciones

La crisis provocada por el virus Covid-19 ha vislumbrado problemas profundos de desigualdad y justicia, lastimosamente de forma desproporcionada en las personas más vulnerables; a esto, se le ha sumado la crisis actual ambiental producto de los efectos negativos del cambio climático y el calentamiento global.

Los cambios requeridos para enfrentar los retos actuales son desafíos de todas y todos, que implican repensar la relación que tenemos con la

naturaleza, las dinámicas de consumo y la protección de los derechos fundamentales.

Las raíces de las obligaciones del Estado son visibles y robustas. Las personas tienen el derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. La información pública pertenece a todas las personas. Sólo entendida de esta forma se puede materializar, por un lado, una ciudadanía activa y participativa en asuntos ambientales, y por otro, garantizar y proteger los derechos de todas las personas en el marco de la democracia ambiental y la Constitución.

4. Bibliografía

CIDH. (2020). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020*. 10 de abril de 2020.

Corte IDH. (2017). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A N° 23.

FIMA. (2020). *El camino hacia una Constitución Ecológica – Fima*. <https://www.fima.cl/wordpress/2020/11/27/el-camino-hacia-una-constitucion-ecologica/>

Fundación Tierra. (2018). *¿Qué es la justicia climática? | Terra.org— Ecología práctica*. <https://www.terra.org/categorias/articulos/que-es-la-justicia-climatica>

Lira Villarroel, I. (2020). Desafíos para la implementación de la jurisdicción agroambiental. En *Hacia el nuevo sistema de justicia*. Fundación CONSTRUIR. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/17HaciaelNuevoSistemadeJusticiaenBolivia.pdf>

Naciones Unidas. CEPAL. (2018). *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: Hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. CEPAL. <http://hdl.handle.net/11362/43301>

Valor Compartido. (2020). *¿A qué nos referimos cuando hablamos de Medio Ambiente? Valor Compartido*. <https://valor-compartido.com/a-que-nos-referimos-cuando-hablamos-de-medio-ambiente/>

El Ecologismo Jurídico como respuesta a la Crisis Climática

Resumen

La crisis climática que asola al planeta tierra, también presenta conculcaciones a los derechos humanos de la humanidad. Las repercusiones del calentamiento global, la cantidad de sequías en zonas anteriormente prósperas, o el desabastecimiento del líquido elemental, representan algunos de los numerosos efectos nocivos que trajo consigo el cambio climático, no obstante, el panorama se agrava cuando la población afectada está constituida, en mayor proporción, por sectores con grado de vulnerabilidad. Este problema mundial ha sido tratado desde diferentes disciplinas pero, si las perturbaciones hacia la naturaleza lesionan los derechos humanos de las personas (generaciones presentes y futuras), suelen consultarse las corrientes jurídicas del Derecho Ambiental para obtener una respuesta legal que, a corto o mediano plazo, mitigue los daños ocasionados a nuestro hábitat.

47

En el artículo que sigue, se efectúa un análisis constitucional y convencional de un nuevo paradigma de protección medioambiental conocido como ecologismo jurídico, disgregándose su contenido, finalidad así como los principios rectores que lo fundamentan pues, la preocupación por preservar la diversidad de seres vivos, es una tarea de la Ciencia del Derecho siendo, el presente documento académico-científico, un aporte en la construcción de una sociedad justa, de bienestar y libre de degradación a los ecosistemas.

Palabras Clave

Ambientalismo jurídico, crisis climática, derechos de la naturaleza, ecologismo jurídico, justicia ecológica, principio de sostenibilidad, principio precautorio, y protección del medio ambiente.

1. Introducción

La ecología y el medio ambiente, son dos categorías estudiadas por el Derecho Ambiental. La preservación del entorno natural que rodea a la

* Artículo científico, presentado en la Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente de la Asociación Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente (AIDCA), durante la gestión 2022.

humanidad, es el propósito de fundamentar la autonomía del Derecho Ambiental, de otras disciplinas jurídicas que tienen afinidad con la conservación del hábitat. Aunque sea considerado como el conjunto de principios y marco normativo, destinados a prohibir conductas de la población que ocasionen efectos perjudiciales al medio ambiente, lo cierto es que la Ciencia Jurídica Ambiental contiene asimismo mecanismos preventivos contra actos cometidos sobre la naturaleza. Por esta característica, el Derecho Ambiental logra agrupar a varias comunidades de académicos, activistas, partidarios y todo tipo de colectividades comprometidas con la defensa del agua, de los animales, de la biodiversidad, entre otros.

Muchos doctrinarios rechazan la autonomía del Derecho Ambiental. Este sector de juristas, manifiestan que la rama jurídica ambiental solamente declara derechos subjetivos relacionados a los ecosistemas, debiendo recurrirse al Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Minero y demás normas para aquellos casos en los que sea concluyente la responsabilidad por daño ambiental, las sanciones penales a aplicarse, o el régimen de resarcimiento ante actividades mineras irregulares; dicha tendencia, ha sido desmitificada por los propulsores del Derecho Ambiental ya que, a partir del denominado ecologismo jurídico, surgen nuevas posturas de resguardo de los derechos de la ciudadanía a un medio ambiente sano, pero igualmente se propugnan los derechos que emergen de la naturaleza, dado que el hábitat, producto de la crisis climática, ingresó a una etapa de permanente deterioro.

48

A merced de lo anterior, la sociedad políticamente organizada exige a sus autoridades estatales, una serie de medidas educativas, económicas, jurídicas, políticas, administrativas y hasta culturales, para el cuidado de los ecosistemas en esta etapa de crisis mundial. En el campo del Derecho, suelen abordarse dos paradigmas que contrarrestan el cambio climático, por una parte, el ambientalismo jurídico, en cuyas bases se encuentra la justicia ambiental y, por otra, también implica el estudio del ecologismo jurídico, sustentado en el principio *in dubio pro natura*.

En rigor, si bien el presente análisis está dirigido al conocimiento de los factores constitucionales y elementos convencionales que dan vigencia a la corriente del ecologismo jurídico, principalmente a través de un estudio exegético de sus principios y reglas de aplicabilidad en la naturaleza, conjuntamente serán desarrolladas las concepciones básicas del ambientalismo jurídico, como una categoría inicial de protección

del hábitat del ser humano. En ese sentido, no solamente se tomará en consideración los fundamentos doctrinales de estas corrientes de tutela ambiental, sino pasarán a explicarse las buenas prácticas que han surgido con esta nueva tendencia de protección a los ecosistemas, en particular, los mecanismos jurídicos más notorios que, desde el paradigma ecológico, vienen ejercitándose con la finalidad de reducir el impacto de la crisis climática, siendo éste el objetivo general del artículo detallado a lo largo del documento.

Por último, cabe manifestarse que, para el cumplimiento de esta directriz, los objetivos específicos fueron dirigidos a examinar el instituto del medio ambiente a la luz de la tendencia constitucional ecológica, desde las raíces históricas, su infraestructura normativa junto a los mecanismos jurisdiccionales, que le permitan a las ciudadanas y los ciudadanos garantizar mejores condiciones de vida y seguridad del espacio medioambiental tomando, como puntos de capital importancia, el principio de precaución aunado al principio de sostenibilidad.

1.1. Materiales y Métodos

Para arribar a los resultados obtenidos en el acápite siguiente, fueron empleados tres métodos propios de las Ciencias Jurídicas, derivando en la obtención de los principales hallazgos científicos desglosados en esta investigación. El primer método utilizado en la búsqueda del estado de arte, acoplado a la construcción doctrinal respecto a los paradigmas de protección ambiental, estuvo constituido por la revisión bibliográfica que consta de los libros, artículos, ensayos y todo material documental proveniente de la literatura jurídica, cuyo contenido permitió conocer la historiografía y contexto actual de la temática abordada.

Un segundo componente metodológico, correspondió al uso de la exégesis jurídica, dirigido a la comprensión del marco regulatorio o la arquitectura de normas referidas al ecologismo y sus posturas ambientalistas; además pudo comprenderse, desde una luz constitucional-legal, la voluntad del constituyente y legislador de insertar preceptos sancionatorios o de prohibición a conductas que agigantan la crisis climática. Asimismo, el método exegético condujo a una comprensión sobre los apartados normativos aprobados recientemente con la premisa de reducirse el daño ambiental, es decir, las medidas preventivas y reparativas porque, este catálogo de disposiciones asumidas en el plano internacional de los derechos humanos, significan instrumentos de los que se vale el

ecologismo jurídico para contrarrestar las infracciones cometidas contra la naturaleza.

El Derecho Comparado es el tercer y último método al que tuvo que acudir, a los fines de relacionar las acciones, estrategias y políticas judiciales, que vienen implementándose por las autoridades jurídico-administrativas frente a la catástrofe mundial de degradación ambiental, siendo el espacio fundamental de compartir experiencias favorables que deja el ecologismo jurídico en diversas latitudes pues, más allá de las fronteras internacionales, predomina el criterio de conservar un ecosistema libre de efectos nocivos en las futuras generaciones.

Con base a la metodología propuesta, fue asumido un tipo de investigación descriptivo y explicativo, en el sentido de analizar los elementos teórico-doctrinales, normativos y jurisdiccionales sobre la aplicabilidad del término de ecologismo jurídico como respuesta a la crisis climática, desarrollando también una ilustración de cómo viene consolidándose en la comunidad de defensores del medio ambiente.

2. Análisis y Desarrollo

50

2.1. El tránsito del ambientalismo jurídico al ecologismo jurídico

La historia del Derecho Ambiental está relacionada a las conquistas generales de los derechos humanos; en efecto, los derechos medioambientales constituyen la consecuencia jurídica directa de las movilizaciones emprendidas por sectores poblacionales que, con el ánimo de estimular el reconocimiento de nuevos derechos, promocionaron una serie de eventos significativos para la tutela de los ecosistemas (Alanís de la Vega, 2019).

Durante el siglo XX, tanto a mediados como finales de este espacio temporal, la tendencia global tuvo como epicentro los derechos fundamentales y, con ello, surgen las voces de la sociedad civil organizada que demandaron mayor protección de la humanidad, dando por resultado la implementación del Sistema Internacional y los Sistemas Regionales de Derechos Humanos. No obstante, en materia protectora sobre el medio ambiente, el hito específico del ingreso del término de ambientalismo jurídico, en calidad de un nuevo pensamiento de defensa de los derechos de la humanidad a un medio ambiente sano, representaría la Declaración de Estocolmo del año 1972.

Este instrumento de Derecho Internacional, aprobado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano con verificativo en la ciudad de Estocolmo (Suecia), implementó una cultura del diálogo entre países para que, en el marco de un plan de acción conjunto, puedan garantizar el bienestar humano.

Empero, tal cual puede advertirse de la redacción ambientalista de este valioso documento, se procuraba mayor seguridad a los seres humanos, porque primaba el criterio de albergar una esperanza de vida digna en las futuras generaciones; por ello, sus veintiséis principios, tienden a ofrecer un panorama ampuloso del rol de la población mundial respecto al cuidado del hábitat. Esta perspectiva de regulación ambiental con amparo a la humanidad sobre el resto de los seres vivos, tiene por origen las fases de inicio y consolidación del Derecho Ambiental, que dan cuenta del cambio de enfoque humano de protección hacia una tendencia de socorro a la naturaleza (Drnas de Clément, 2020).

La primera etapa ambiental, guarda correspondencia con los hábitos higiénicos que comenzaron a exigirse en ambientes laborales, además de las actividades de los seguros de salud, ambos constituidos para resguardar la prosperidad sanitaria de la clase trabajadora. A finales del siglo XIX, esta tendencia propia del Derecho Laboral y de la Seguridad Social, fue asociada a la génesis de resguardo del medio ambiente porque se consideraba que, la cultura de higiene de la masa trabajadora permitiría disminuir cualquier daño provocado al hábitat.

51

En la segunda mitad del siglo XX se asumieron mayores preceptos ambientalistas, en especial, con la construcción masiva de fábricas, donde los parques industriales concentraron atención en la esfera paisajista, de lo que se concluye que, en esta fase de la historia del Derecho Ambiental, la tendencia protectiva tuvo como epicentro la optimización de la salud pública y, a la vez a, la previsión de mejores condiciones para la población laboral. La vista general del hábitat y sus alrededores, fueron abruptamente invadidos por la construcción fabril o manufacturera, ocasionando un deterioro en el panorama salubre de los seres vivos, en particular, trató de preservarse la integridad de sectores afectados por la contaminación del aire, los desechos en ríos cercanos, los químicos a los que se exponía la niñez u otras productos dañinos al ser humano.

Al inicio del siglo presente, más comúnmente denominado como la era de la globalización, el pensamiento ambientalista jurídico se transforma con nuevas formas de atención hacia las exigencias de la sociedad, dando paso al resguardo específico del medio ambiente (con todos sus elementos de flora, fauna, recursos hídricos, etc.); no obstante, el Derecho Ambiental intentó no referirse íntegramente a los espacios naturales, sino a los mecanismos legales tendientes a regular el comportamiento humano para evitar que esta actitud ingrese en contraposición con los ecosistemas.

Las últimas fases (finales de la primera década del Siglo XXI y la etapa post-pandemia), se han visto influenciadas con la protección internacional del hábitat, el estatus del medio ambiente como sujeto de derechos, los derechos de la Madre Tierra, o los medios de tutela de la naturaleza, situación que sería fortalecida con el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente sano y la aprobación de las llamadas Constituciones Ecológicas.

52

En rigor, en tiempos actuales es poco usual hablar del ambientalismo jurídico. La corriente en boga representa el resguardo mundial de la naturaleza, los seres vivos y los ecosistemas en los que se desenvuelven ambos, constituyendo éste el momento propicio en que sería posicionado el paradigma del ecologismo jurídico.

Dicho enfoque, está asociado a la promoción de condiciones jurídicas para el bienestar de la humanidad, a través de una serie de principios que garantizan el ejercicio del derecho a un medio ambiente sano acompañado a los derechos de la naturaleza, reconociendo la ética del cuidado que debe prevalecer en la población al momento de relacionarse sobre los ecosistemas. Por la postura de devolverle a los seres vivos un espacio natural, a los partidarios del modelo teórico ecológico-jurídico suelen nombrárseles igualmente como juristas con rostro verde.

El ecologismo jurídico está fundamentado en la materialización del derecho humano al medio ambiente sano, pero también pretende que los daños perpetrados en la naturaleza, a consecuencia de la propia destrucción del hombre, puedan ser sancionados, indemnizados y reparados; entonces, al considerarse que la Madre Tierra es titular de derechos, deberán contemplarse herramientas de resguardo ambiental, tal es el caso de la justicia ambiental, la justicia climática, las acciones

populares, los tribunales especializados en materia ambiental y las medidas judiciales que disminuyan los efectos nocivos en el planeta.

La crisis climática es controlable, no sólo mediante los preceptos del Derecho Ambiental, goza de suma importancia la aplicación del concepto de ecologismo jurídico, que contempla una perspectiva integral de cómo pueden reducirse los efectos perjudiciales en los ecosistemas. De hecho, la corriente ecologista del Derecho es de reciente desarrollo doctrinal, sin embargo, pasarán a detallarse sus principales características, más aún, cuando los pilares que las sostienen han permitido la práctica de protección ambiental, desde una óptica axiológica, normativa, jurisdiccional y hasta jurisprudencial.

Uno de los elementos de mayor significancia del ambientalismo jurídico, guarda relación con la masificación del uso de los términos ‘sostenible’ y ‘sustentable’ en todas las actividades cumplidas por la humanidad. En cambio el ecologismo jurídico posiciona la trilogía de desarrollo sostenible, sustentable y sostenido, precautelando así los derechos de la naturaleza, con participación directa del hombre. Por tanto, el desarrollo sostenible y sustentable, cuyos preceptos hacen referencia a un crecimiento equilibrado entre la sociedad, el medio ambiente y la economía, junto al interés de la administración responsable de los recursos naturales, fueron complementados con el llamado desarrollo sostenido, una categoría que hace hincapié en el progreso mundial con un equilibrio ecológico, en plena garantía del bienestar de las futuras generaciones (Cooperación Andina de Fomento - CAF, 2019).

53

Con ello, el ecologismo jurídico, promueve que la agenda global de crecimiento y avance tecnológico de la humanidad vayan a la par de diversas acciones que los Estados, en el marco del resguardo de derechos relacionados al medio ambiente, puedan asumir en beneficio de la población venidera.

Así pues, con la tendencia ecologista del Derecho Ambiental, se plantean directrices unificadas de progreso mundial y los gobiernos precautelan que las actividades humanas se circunscriban en el ámbito del desarrollo sostenible, sustentable y sostenido; por esta razón, se reclama que, antes y durante la ejecución de cualquier tarea inherente sobre los recursos naturales o con posible afectación entre la comunidad de habitantes de una determinada región, las autoridades nacionales no solamente se ocupen de legislar normas prohibitivas, sino implementen formas

de control y fiscalización en la producción minera, hídrica, petrolera o industrial.

Con base a lo expuesto, el ecologismo jurídico tuvo eco en la implementación de los diferentes sistemas de gestión ambiental, dado que, los desafíos constantes de evolución mundial exigen de parámetros de calidad, pero igualmente va acopiado a concretar un desarrollo económico, basado en la equidad social y la protección del medio ambiente (Alzate-Ibañez, 2018). En países con mayor avance industrial, las normas de calidad logran reducir el perjuicio en el hábitat; no obstante, el ecologismo jurídico propugna que, para evitar un desastre y generar conciencia naturalista, las economías emergentes diseñarán metas de implementación de los sistemas de gestión ambiental, permitiendo un índice de crecimiento equilibrado y sin daños hacia el entorno.

Otro factor doctrinal del ecologismo jurídico, representa el enlace entre el ser humano acompañado de la naturaleza y las diferentes Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos (NyPIOC). El respeto por todas las expresiones de la naturaleza, desembocaron en que las NyPIOC se conviertan en grupos poblacionales que, al proteger sus cosmovisiones, sean impulsores de la defensa de los derechos de la Madre Tierra. Este tipo de ecologismo está en armonía con el pluralismo jurídico, toda vez que, la buena convivencia pregonada por las NyPIOC puede reflejarse en el Suma Qamaña (vivir bien) o el Sumak Kawsay, un principio que fuera constitucionalizado en las Leyes Fundamentales del Estado Plurinacional de Bolivia y asimismo en Ecuador (Lalander, 2015).

54

Frente a la crisis climática, las NyPIOC elevaron sus reclamos, desempeñando un rol protagónico a través de los pronunciamientos difundidos en escenarios internacionales, tal cual representaron las intervenciones suscitadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26), celebrada en noviembre de la gestión 2021. Los conocimientos ancestrales de las NyPIOC están orientados a la preservación de la naturaleza, precisamente este tipo de eventos promociona el ecologismo jurídico, donde el impacto negativo del cambio climático constituye un asunto de interés para las poblaciones originarias, principalmente porque son partícipes de los movimientos verdes y tienen bastante influencia en el pensamiento ecológico del Derecho, lo que derivó en fortalecer las creencias que poseen respecto a la tutela del medio ambiente (en particular, Madre Tierra, el Padre Sol, la Abuela Luna) (Girardi, 2014).

Ahora bien, un componente bastante importante en el ecologismo jurídico, implica la justicia ecológica. Debe partirse de una diferenciación entre la justicia ambiental de la justicia climática pues, en tanto la primera efectúa un reconocimiento de los seres humanos como titulares para ejercitar el derecho a un medio ambiente sano, la segunda establece que la naturaleza es portadora de derechos y, por este motivo, el hábitat debe protegerse independientemente de la corriente de derechos humanos (Cruz Rodríguez, 2017).

A raíz de la definición propuesta, más allá de la tutela de derechos medioambientales reconocidos a la población en general, corresponde al ecologismo jurídico propugnar que las instancias legislativas, judiciales o del ámbito administrativo realicen esfuerzos conjuntos para la reducción de la crisis climática, tomando como sujeto de derechos al hábitat, los ecosistemas, o los recursos naturales que, en su conjunto, significan los componentes de la naturaleza. Justamente, esta tendencia protectora está originada en la visión de las NyPIOC, ya que la justicia ambiental prioriza a los seres humanos y su relación con el medio ambiente; en cambio, la judicatura ecológica le otorga un notable valor al componente natural.

55

Por este motivo, la justicia ambiental considera a la naturaleza como un objeto, a diferencia del ecologismo jurídico que le concede el estatus de sujeto de derechos, lo que no involucra que existan múltiples restricciones sobre el aprovechamiento del entorno natural, el ser humano puede utilizar los bienes de la naturaleza pero asumiendo conductas de respeto a los ciclos vitales y, como ya se mencionó, en respeto al futuro de las generaciones venideras.

A partir de este desglose doctrinal se demuestra que, mediante el concepto de ecologismo jurídico, es posible frenarse las conductas que deterioran el espacio natural, destacando -dicha corriente- como una herramienta de prevención, conciencia y de tutela del medio ambiente.

2.2. La ley ecológica, un instrumento para enfrentar la degradación del medio ambiente

Para el ecologismo jurídico, las normas ambientales deben sujetarse a dos principios, es decir, el marco regulatorio de protección a la naturaleza recae en el principio de precaución y el principio de sostenibilidad.

El principio precautorio, en materia ecológica, tiene por propósito implementar medidas anticipadas ante la falta de comprobación del daño ambiental; esto, quiere decir que, con una actitud cautelosa sobre los perjuicios que trae consigo la degradación sobre el hábitat, no es necesario que existan mayores evidencias respecto a la crisis climática para asumir acciones precautorias, es deber de los habitantes o sus gobernantes adoptar mecanismos legales de preservación de la naturaleza, a pesar de ignorarse si realmente ocurrirán mayores desastres ambientales o éstos podrán contenerse (Silva Hernández, 2019).

Por este motivo, el ecologismo del Derecho tiene mayor afinidad en este principio que otros propugnados por el ambientalismo legal, pues no debe esperarse a que el cambio climático lesione los derechos reconocidos a la Madre Tierra, basta con limitarse la afectación de los ecosistemas empleando instrumentos normativos, judiciales o administrativos de precaución con carácter urgente y, de presentarse daños ambientales, solicitar la inmediata reparación. Los juzgadores ambientales, investidos de la corriente ecologista, pueden adoptar mecanismos contra los riesgos eminentes del cambio climático.

56 La génesis jurídica del principio de precaución, está relacionada a una reunión de ecologistas de Estados Unidos y Canadá, donde también asistieron juristas u otros académicos del Derecho Ambiental, denominándose Declaración de Wingspread, al celebrarse en ese Estado de Winsconsin durante el año 1998, razón más que suficiente para que el ecologismo jurídico se haya asentado sobre las bases de dicho principio y, al mismo tiempo, albergue el principio *in dubio natura*, lo que equivale a decir, en caso de duda a favor de la naturaleza (Arcila Salazar, 2009).

Por este motivo, mediante la Declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro, además de la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (éstas dos últimas realizadas en el año 1992), fue establecido el principio precautorio en escenarios internacionales e ingresado a los márgenes del Derecho Convencional, dado que el ecologismo jurídico es una tendencia que defiende lo natural y el espacio del hábitat frente a la crisis climática, aunque en muchas posibles degradaciones no exista evidencia científica del daño.

Como quedó explicado anteriormente, el modelo ecologista del Derecho recoge los términos de desarrollo sostenible, sustentable y sostenido,

aspecto de vital importancia para colegirse que, este principio, debe aplicarse desde un enfoque social, económico o cultural pero, fundamentalmente, con una dimensión ecológica; por este motivo, aunque los daños al medio ambiente son irreversibles, debe obrarse con base al aprovechamiento de los recursos naturales, sin afectar los pronósticos de vida de las futuras generaciones, ya que:

En la historia de la humanidad siempre ha habido problemas o catástrofes ambientales. Lo nuevo de la relación ser humano – naturaleza a comienzos del Siglo XXI es que la intervención del ser humano y sus efectos han llegado a tales dimensiones que afectan la totalidad de la tierra, poniendo en peligro hasta la base natural de la misma existencia humana. El calentamiento global con sus efectos de cambio climático es el ejemplo que actualmente más preocupa a escala mundial (Moller, 2010, p. 102).

Esto, coincide con lo que viene propugnándose desde las posturas ecologistas de la ley, habida cuenta que, mediante la aplicabilidad del principio de sostenibilidad, la degradación del entorno de vida será protegido y todas las actividades económicas se sujetarán a la preservación de los derechos de la naturaleza; entonces, las autoridades estatales exigirán el cumplimiento de normas de gestión ambiental, a la población en su conjunto y, especialmente, a los sectores involucrados en el crecimiento industrial.

57

Un elemento relevante al principio de sostenibilidad representa la justicia, cuyo valor se basa en que la naturaleza goza de reconocimiento jurídico. Por consiguiente, la solución de controversias, con óptica ecológica, debe lograr un equilibrio entre los derechos del medio ambiente y el derecho de la humanidad a un medio ambiente sano. Sólo cuando las operadoras y los operadores de justicia prevean el bienestar equitativo con los seres vivos y su ecosistema, podrá señalarse que el porvenir natural está garantizado.

Para los movimientos ecologistas en materia jurídica, el principio de sostenibilidad va más allá de que los marcos regulatorios garanticen la explotación de los recursos naturales, obrando con una óptica regenerativa; este precepto, tiene por propósito que se complazcan las necesidades de la población presente, sin comprometer el ejercicio de derechos de las generaciones futuras, no siendo correcto hacer referencia sólo a las aspiraciones de los seres humanos, es igualmente

indispensable procurarse la satisfacción de todo ser vivo, habitante o su hábitat (Ávila, 2018).

Por consiguiente, la sostenibilidad es un concepto integral y transversal, estando asociado a la mayoría de los institutos jurídicos regulados por la Constitución, la ley o el resto de legislación infra-constitucional, toda vez que, los caminos de estudio del desarrollo productivo buscan mayores condiciones de relacionamiento de la población mundial con la naturaleza global.

En mérito a estos dos principios, los países optaron por la consagración constitucional del derecho a un medio ambiente sano y los derechos constitucionalizados de la naturaleza, buscando una armonización de los artículos de las Normas Supremas con los preceptos básicos del Derecho Ecológico, lo que posteriormente concluiría en la aprobación de Constituciones Ecológicas, en cuyo contenido podrán encontrarse soluciones oportunas a las dificultades ambientales de un país, pero también detallan mecanismos jurisdiccionales para enfrentar la crisis climática. Por este justificativo, al hablar de ley ecológica, no puede considerarse únicamente las normas infra-constitucionales, además 58 ingresa todo el marco jurídico (nacional y convencional) que brinde protección a la naturaleza y atienda los problemas relativos al cambio ambiental (Hervé, 2021).

En síntesis, el ecologismo jurídico inspira, sustenta y apoya la redacción de textos constitucionales con visión protectora hacia el componente natural, donde los derechos de la humanidad a un medio ambiente sano se encuentran complementados con los derechos de la Madre Tierra. Entonces, las normas ecológicas deben revestirse de los principios de precaución y de sostenibilidad, asimismo podrán asumirse mecanismos jurídicos de limitación a las actividades humanas que degraden el hábitat de los seres vivos, no con la finalidad de prohibir el aprovechamiento de los recursos naturales, sino que -dichas tareas- sean ejecutadas con conciencia sobre el futuro que le depara a la naturaleza.

2.3. Buenas prácticas judiciales con una visión ecológica de Derecho, en procura de reducir la crisis climática

Los juicios ambientales, no son los únicos espacios jurisdiccionales donde pueden asumirse los enfoques propuestos por el ecologismo jurídico. De la misma manera, es materialmente posible dictarse

resoluciones judiciales en el área civil, penal, administrativa, agraria, comercial, minera y demás disciplinas con las que el Derecho Ambiental posee afinidad.

El análisis de causas con afectación de derechos reconocidos a la humanidad, quedó en un plano secundario. Hoy en día, se solucionan los conflictos de las diferentes ramas del Derecho a través del ecologismo jurídico, un concepto transformador en el personal de la judicatura y que se presenta por medio de las buenas prácticas jurisdiccionales. Suelen advertirse numerosas actitudes, procedimientos, comportamientos y conductas que las autoridades judiciales han incorporado en su labor diaria. Estas experiencias, demuestran el firme compromiso de los agentes jurídicos (locales e internacionales) de aportar a la cultura de protección hacia la naturaleza. Existen cuatro grandes categorías de mayor influencia para la aplicación de buenas prácticas, que pasan a desarrollarse (Organización de los Estados Americanos, 2016).

El primer sector está compuesto por la totalidad de recursos naturales, por lo que los juzgadores, cuando visualizan la posible afectación de estos elementos en los ecosistemas, asumen estrategias de control y freno de la crisis climática. En este grupo de buenas prácticas, se posicionan los jueces que tratan asuntos relativos al aire, agua, bosques, patrimonio cultural, y el resto de componentes de la Madre Tierra. Sobre este punto, las instancias judiciales especializadas en materia ecológica, constituidas en Salas, Cortes o Tribunales, vienen desarrollando precedentes de mitigación del cambio climático por intermedio de la jurisprudencia ambiental.

59

Un segundo factor que aglutina buenas prácticas ambientales, tiene origen en los temas sectoriales, tales como urbanismo, comercio, hidrocarburos, minería y agricultura. Las juezas y los jueces que, al resolver los problemas puestos a su competencia, adquieren conocimiento -en estas temáticas- procuran emitir sus veredictos regulando el pleno respeto al paisaje natural, ordenan el cuidado de un ambiente sano, establecen la responsabilidad durante la exploración o explotación hidrocarburífera, o delimitan la producción minera sin contaminación de ríos, entre otras prácticas jurisdiccionales nacidas del Derecho Ecológico.

El tercer y cuarto punto, están relacionados a la responsabilidad y reparación del daño. Las autoridades que, en el cumplimiento de sus atribuciones, identifiquen posibles indicios de responsabilidad penal,

civil o administrativa, implementaron la cultura de la denuncia, convirtiéndose en defensores del hábitat mediante las funciones públicas que desempeñan cotidianamente. El régimen de responsabilidad por daño ambiental varía en cada país, pero las buenas prácticas están relacionadas igualmente a los mecanismos sancionatorios y disciplinarios que asumen los operadores jurídicos, precautelando una indemnización adecuada por los perjuicios hacia los ecosistemas.

Finalmente, cabe aclarar que estas experiencias de los juzgadores para dar solución definitiva a la crisis climática, se comparten mediante la publicidad de sus fallos, que sentencian a los responsables de degradar el medio ambiente e imponen un régimen de resarcimiento.

2.4. Discusión

El paso del ambientalismo jurídico al ecologismo jurídico, denota un cambio de paradigma en la manera de concebir el Derecho Ambiental. La primera corriente, considera como punto de partida el principio *in dubio pro ambiente* y busca la protección de la humanidad, en pleno ejercicio del derecho humano a un medio ambiente sano; en cambio el ecologismo jurídico asume una visión protectora sobre la naturaleza, en calidad de sujeto de derechos y que, para garantizar el bienestar futuro de los seres vivos, deben redactarse preceptos legales con directrices ecológicas en los diferentes niveles, desde la Constitución Política hasta las propias normas de gestión ambiental.

Los juristas con ideales de ecología, han transformado la tendencia constitucional o políticas legislativas de los países que demuestran su preocupación por la crisis climática. Aunque en un primer momento histórico tuvo preferencia la salud de la población mundial, lo cierto es que el ecologismo del Derecho transformó la visión de tutelar los ecosistemas, porque el avance tecnológico de la humanidad debe sujetarse a un marco regulatorio de convivencia armónica entre los seres vivos con el hábitat. Así pues, son dos principios en los que se funda el ecologismo jurídico para resguardar el bienestar de las generaciones venideras, verbigracia, la respuesta a la crisis climática constituyen el principio de precaución y el principio de sostenibilidad.

Cuidar el medio ambiente es un deber moral pero, gracias al principio de precaución, no puede esperarse la existencia de catástrofes mundiales con efecto ambiental, lo correcto es asumir medidas inmediatas sin la

necesidad de exigirse mayores comprobaciones científicas de los daños hacia el ecosistema. La conservación de mejores condiciones de vida, para las poblaciones futuras, requiere de una armonía del hombre con su espacio geográfico, derivando en el uso del principio de sostenibilidad, que postula el aprovechamiento de los recursos naturales de forma responsable, coherente y sin afectar derechos.

Con estas directrices, el ecologismo jurídico se ha posicionado en los escenarios internacionales a través del principio *in dubio pro natura*, alcanzando amplia cobertura en razón a las posturas de grupos ambientalistas, NyPIOC con cosmovisión basada en el Suma Qamaña o el Sumak Kawsay, o en legisladores con rostro verde que incentivan la promulgación de normas de protección hacia el hábitat natural ya que, estos actores ecológicos del Derecho, son los más afectados por la crisis climática, en un mundo globalizado donde, el progreso de las grandes economías, no puede contraponerse a los intereses de toda la colectividad.

La empatía de sectores judiciales con la corriente ecologista de la ley, posibilita que, al momento de resolverse los conflictos emergentes del medio ambiente, tanto los operadores jurídicos así como los sujetos inmersos en la degradación del hábitat, asuman el concepto de justicia ambiental de forma transversal pero, preferentemente, tengan afinidad por los postulados de la justicia ecológica. Para este objetivo, las buenas prácticas jurisdiccionales, que se fueron normalizado en las diversas instituciones del sector justicia, serán el conducto más idóneo en la reducción de los cambios nocivos del planeta tierra, dado que el ecologismo jurídico concibe a las juezas y los jueces en calidad de artífices de la disminución de la crisis que asola al medio ambiente.

3. Conclusiones y Recomendaciones

Con base a la información cotejada metodológicamente y el cumplimiento de los objetivos planteados en el presente documento, puede concluirse que el ecologismo jurídico, más allá de convertirse en una corriente doctrinal en boga, se constituye en una herramienta ampliamente aceptada en la elaboración de marcos regulatorios de protección ambiental. El tránsito del ambientalismo jurídico al ecologismo jurídico es favorable, en la medida en que ya no se piensa simplemente en el ser humano, sino la protección alcanza a todos los seres vivos, posicionando

a la naturaleza como sujeto de derechos y que desencadenó en el tratamiento normativo de la Madre Tierra.

La preferencia del principio *in dubio pro natura*, o la vigencia de los principios de precaución y de sostenibilidad, representan los hilos conductores del ecologismo jurídico, puesto que la crisis climática no necesita mayores evidencias científicas de los resultados catastróficos. Por ello, pueden asumirse acciones estatales para frenar el daño a los múltiples ecosistemas, implementando medidas de reparación de carácter urgente, una de ellas representa la puesta en vigencia de normas constitucionales, legales e internacionales que se redacten con artículos de defensa de los recursos naturales, dando por resultado la tutela efectiva del derecho a un medio ambiente sano y el resguardo oportuno de los derechos de la naturaleza, un concepto que todavía es tratado doctrinalmente por la rama ecológica del Derecho Constitucional.

Finalmente, la teoría jurisdiccional del medio ambiente trajo consecuencias favorables al universo de personas que acuden a estrados judiciales, con la premisa de obtener resoluciones justas para la naturaleza. Desde la justicia, como valor máximo en los Estados, vienen adoptándose buenas prácticas de mitigación del cambio climático. A partir de juzgadoras y juzgadores que administran justicia ecológica, serán menores los riesgos contra el hábitat pues, sembrando conciencia ambiental en la tramitación de asuntos relativos al espacio natural, se logrará la cosecha de respuestas jurídicas a la crisis climática.

62

4. Bibliografía

Alanís de la Vega, C. E. (2019). La Teoría Socialista del Derecho y el ecologismo jurídico profundo. Una respuesta a la paradoja del Estado Violador/Protector. *Religación. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 4(16), 33-38.

Alzate-Ibañez, A. M. (2018). ISO 9001: 2015 base para la sostenibilidad de las organizaciones en países emergentes. *Revista Venezolana de Gerencia*, 22(80), 576. <https://doi.org/10.31876/revista.v22i80.23175>

Arcila Salazar, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 39(111), 283-304.

- Ávila, P. Z. (2018). La sustentabilidad o sostenibilidad: Un concepto poderoso para la humanidad. *Tabula Rasa: revista de humanidades*, 28, 409-423.
- Cooperación Andina de Fomento - CAF. (2019). *¿Crecimiento sostenible o sostenido?* <https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2019/03/crecimiento-sostenible-o-sostenido/>
- Cruz Rodríguez, E. (2017). Justicia ambiental, justicia ecológica y diálogo intercultural. *Elementos*, 105(7), 9-16.
- Drnas de Clément, Z. (2020). Grandes Teorías y Doctrinas del Derecho Ambiental. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1-20.
- Girardi, G. (2014). Pueblos indígenas, ecologismo político y religión. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 125, 125-137.
- Hervé, D. (2021). *Hacia una constitución ecológica: Herramientas comparadas para la consagración constitucional de la protección del medio ambiente* (p. 97). OCEANA. https://www.aqua.cl/wp-content/uploads/2021/07/Hacia-una-Constituci%C3%B3n-ecol%C3%B3gica_Herramientas-comparadas-para-la-consagraci%C3%B3n-constitucional-de-la-protecci%C3%B3n-del-medio-ambiente.pdf
- Lalander, R. (2015). Entre el ecocentrismo y el pragmatismo ambiental: Consideraciones inductivas sobre desarrollo, extractivismo y los derechos de la naturaleza en Bolivia y Ecuador. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 109-152. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V6N1-art837>
- Moller, R. (2010). Principios de desarrollo sostenible para América Latina. *Ingeniería de Recursos Naturales y del Ambiente*, 9, 101-110.
- Organización de los Estados Americanos. (2016). *Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental*. Departamento de Desarrollo Sostenible de la Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/es/sedi/dsd/publicaciones/Judicial-Modulo_III.pdf
- Silva Hernández, F. (2019). Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. *Revista Jurídica Derecho*, 8(11), 92-106.

Redes Sociales y Derecho Digital: Rumbo a la Democratización del Acceso a Internet y el Ejercicio de la Libertad de Expresión

Resumen

Con el ingreso de la era digital, han surgido debates jurídicos o del área comunicacional sobre los alcances del acceso a internet y su relación con las redes sociales. Si bien, el fortalecimiento de las relaciones humanas no puede contrariar los postulados básicos de respeto de los derechos fundamentales, es notoria la preocupación de la comunidad de usuarios de las redes sociales, cuando los marcos normativos de un determinado país regulan esferas de los derechos a la intimidad o los relativos a la libertad de expresión.

Mediante el avance de la tecnología y el proceso de informatización, la norma jurídica intenta solucionar los problemas más álgidos que trajo consigo la difusión virtual de comentarios, opiniones y otras percepciones ciudadanas que, además de consagrarse como parte fundamental del derecho de acceso a internet, originan lesiones a otros derechos personalísimos, tal es el caso del derecho a la propia imagen, la reputación, el honor, la honra u otros protegidos constitucionalmente, pues las publicaciones sociales suelen viralizarse ocasionando, incluso, sendas discusiones entre lo público (donde se admite la socialización de datos, con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho a la comunicación y libertad de expresión) y lo privado (que amerita mantenerse en lo íntimo, por encontrarse dentro del derecho a la privacidad).

Acorde al siguiente estudio jurídico-constitucional, se detallan los factores doctrinarios y elementos normativos referidos a la libertad de expresión y el acceso a la red de internet, con énfasis en el uso masivo de redes sociales, convertido en una práctica cotidiana de la humanidad.

* Artículo científico, presentado en la Revista de Estudios Constitucionales N° 4 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, durante la gestión 2022.

Abstract

With the entry of the digital age, legal or communicational debates have arisen about the scope of Internet access and its relationship with social media. Although the strengthening of human relations cannot go against the basic postulates of respect for fundamental rights, the concern of the community of users of social media is notorious, when the regulatory frameworks of a certain country regulate spheres of the rights to privacy or those relating to freedom of expression.

Through the advancement of technology and computerization process, the legal norm tries to solve the most critical problems brought about the virtual dissemination of comments, opinions and other citizen perceptions that, in addition to being consecrated as a fundamental part of the right of access to the Internet, originate injuries to other civil rights, such is the case of the right to one's own image, reputation, honor or other protected rights by the Constitution, since social publications tend to get viral, causing, even, constant discussions among the public (where it is admitted the socialization of data, in order to guarantee the exercise of the right to communication and freedom of expression) and the private (which deserves to be kept private, as it is within the right to privacy).

66

According to the following legal-constitutional study, doctrinal factors and normative elements related to freedom of expression and access to the Internet are detailed, with emphasis on the massive use of social media, which has become a daily practice of humanity.

Palabras Clave

Acceso a internet; autonomía de las plataformas virtuales de comunicación; derecho digital; redes sociales; y, libertad de expresión.

Keywords

Internet access; autonomy of virtual communication platforms; digital law; social media; and, freedom of expression.

1. Introducción

Producto del ingreso de la digitalización, la actividad humana ha sufrido múltiples cambios, una de las principales modificaciones está asociada a trabajar con entornos telemáticos a través del llamado teletrabajo,

o expresarse abiertamente en escenarios virtuales, por ejemplo, aprovechando las redes sociales. Empero, la limitación de la libertad de expresión, es una de las diferencias más considerables respecto a cómo debería emplearse el internet pues, de acuerdo a los contenidos colgados diariamente en la red, puede afectarse la armonía de los derechos fundamentales, dando lugar a la activación de la vía constitucional u otras garantías jurisdiccionales reconocidas a la ciudadanía.

La comunicación personal entre la colectividad es una actividad necesaria, además, ya las propias entidades públicas o del sector privado apuestan por mecanizar sus servicios mediante plataformas informáticas, logrando que los derechos de los usuarios y consumidores pasen de solicitudes presenciales a la atención meramente virtual.

En rigor, la democratización del acceso a internet se torna en una exigencia de la población, no solamente en el campo educativo, sino en la práctica laboral, siendo común que la gente busque mantenerse en línea con sus contactos. Por esta razón, van sumando las solicitudes de conexión domiciliaria de red y, con ello, surgen movimientos colectivos que demandan mayores facilidades para acceder a internet pero que, a su vez, se confrontan con aquellas voces independientes que pregonan las vulneraciones originadas por la limitación del uso de la palabra (escrita o verbal) en recursos en línea.

A estas problemáticas, se añaden los delitos informáticos cometidos en el espacio cibernético, lo que deriva en que, a pesar de difundirse ideas en el anonimato, el Derecho Digital tenga por propósito asegurar un equilibrio de los derechos fundamentales con la actividad virtual, en particular, cuando la filtración de la información de carácter confidencial es una de las consecuencias más relevantes del uso indiscriminado de las redes sociales, repercutiendo en el tratamiento legislativo de mecanismos de censura a la libertad de expresión.

Desde contenidos ilícitos hasta datos informáticos catalogados como reservados, navegan irrestrictamente por el internet. Esto, llama la atención de juristas especializados en el Derecho Digital que, al advertir la fricción de derechos constitucionales entre las personas, sugieren el bloqueo de contenidos, la eliminación de notas de prensa u otros discursos separatistas que son publicados, en algunos casos, incitando al odio o el resentimiento.

Bajo este contexto, intenta explicarse las discrepancias jurídicas con mayor incidencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en específico, a partir del uso de las plataformas comunicacionales más populares de la época, es decir, las denominadas redes sociales, en un mundo totalmente globalizado donde, el acceso a internet junto a la difusión de ideas por medios virtuales, se van normalizando.

La industria tecnológica es una fuente de empleo para un gran porcentaje de la humanidad, sin embargo, la protección de la libertad de expresión, con un enfoque de derechos humanos, no impide que se implementen sistemas de revisión de publicaciones o la supresión de contenido ilícito, dado que la restricción de un determinado derecho por excesivos controles estatales, derivan en acciones o recursos presentados por los cibernautas que, de no prosperar judicialmente, se convertirán también en nuevos reclamos virales.

1.1. Metodología y Técnicas

Con la finalidad de desarrollar el presente artículo científico, fueron aplicados dos métodos de investigación que condujeron a la obtención de los diferentes resultados, detallados a lo largo del documento.

68

Gracias al empleo del método bibliográfico, pudo colectarse información jurídica proveniente de artículos, ensayos, ponencias, y todo género de contenidos académicos que ofrecen un panorama amplio de la regulación jurídica de las redes sociales y su nexos con las plataformas virtuales de comunicación; con este propósito, en calidad de técnica, se utilizó la ficha bibliográfica que permitió la sistematización de la literatura revisada. Asimismo, para el análisis de la norma (constitucional y convencional), se acudió al método de la exégesis jurídica y su técnica de ficha de interpretación exegética, derivando en una comprensión concreta de las posibles restricciones o principales efectos ocasionados a los derechos de acceso a internet y la libertad de expresión.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. La democratización del derecho de acceso a internet

La conectividad es sinónimo de democratización del conocimiento. Gracias a la expansión del internet, la humanidad ha superado las fronteras, pudiendo acceder a todo género de información y lograr una comunicación fluida con el resto de la población mundial.

Son permanentes las exigencias de optimizar el derecho de acceso a la educación a través de un mayor número de escuelas, colegios o universidades, aspecto que contribuirá a la preparación de la niñez y adolescencia. No obstante, una nueva corriente jurídica del Derecho Digital es primordial en la construcción de la sociedad moderna, se trata de una tendencia a la que los juristas denominan la alfabetización digital dado que, la capacitación de las futuras generaciones y su participación en la toma de decisiones de orden público, pasan por facilitar el acceso a la cultura del saber.

El conocimiento típico, contenido en producción documental impresa, ha ingresado en la esfera virtual, convirtiéndose en información digitalizada que brinda mayores oportunidades de enseñanza y con carácter incluyente. De esta forma, pensar en la democratización del conocimiento implica aplaudir el ingreso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), siendo -la telemática- un espacio ideal para que las personas, con plenas facultades y capacidad jurídica, accedan a un aprendizaje universal y libre de restricciones.

Entonces, el uso irresponsable de la red no puede quedar en la impunidad, tampoco significa que los Estados protejan el anonimato en línea de los internautas. Con el objetivo de garantizar la progresividad de los derechos humanos, los gobernantes tratan de democratizar el acceso a internet mediante el diseño de políticas estatales dirigidas a la disminución de tarifas, el incremento de puntos públicos de conexión o la regulación de los actuales servidores de red, a objeto de que las empresas se ajusten a los requerimientos de la población (Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina - CIESPAL, 2013, p. 172).

69

Precisamente, la creación de medios impresos, donde podían afectarse derechos de la población, fundamentó la aprobación de norma regulatoria destinada a identificar posibles conductas que sobrepasen los límites de la libertad de expresión y, de ameritar el caso, aplicar una determinada sanción, no con fines de afectarse el ejercicio de este derecho a transmitir ideas, sino que sus titulares, conociendo los alcances del derecho a la intimidad, puedan expresarse sin temor a recibir futuras represalias.

En definitiva, la provisión de internet, en condiciones óptimas hacia la ciudadanía, es la manera más conveniente de democratizar el acceso al conocimiento, pero la principal preocupación radica en pensar, si es que

la aprobación de una norma específica constituye o no en la única vía para regular la libertad de expresión.

Los recientes pronunciamientos de sectores vinculados al área de derechos humanos, propugnan la necesidad de garantizar la transparencia en la otorgación de toda información pública, dotando a la colectividad de un acceso fluido a internet en todas las áreas del conocimiento. Entonces, no podría impedirse la libre circulación de ideas y opiniones por las redes sociales porque, de ser así, se vulneraría el derecho a la libertad de expresión; estos grupos, consideran que solamente debe monitorearse las publicaciones de la población y luego verificarse su autenticidad.

Por esta razón, el uso responsable del internet por los cibernautas, donde se acceda al conocimiento universal con fines de aprendizaje y posterior difusión de ideas personales, no tendría efectos perjudiciales sobre el resto de las personas; más bien, cuando se corroboren conductas infractoras a los derechos de los demás, recién pueden asumirse medidas que no impliquen obligatoriamente la excesiva aprobación de leyes.

70

La otra fracción de la ciudadanía, inmersa en los procesos mediáticos de progresividad de los derechos fundamentales, mantiene una postura de acceder al conocimiento público por medio de la red, permitiéndose la democratización de la información. Este sector poblacional, considera que es inadmisibles retrocederse en los avances obtenidos en materia del derecho de acceso a internet, por lo que es posible la auto-regulación a través de normas ético-morales que no criminalizan conductas, sino representan un llamado a la reflexión. Siguiendo esta tendencia, lo que corresponde ante una eventual conculcación de derechos por un abuso en el ejercicio de la libertad de expresión, es la gestión de una queja o un reclamo ante las entidades gubernamentales que tomarán acciones, dando como resultado la disculpa del infractor hacia el reclamante o la corrección de la publicación socializada (Herrera Aragón, 2013, p. 26).

Entre ambas posturas, considerando que el acceso a internet implica un derecho reconocido por las legislaciones de determinados países, puede colegirse que el ingreso de la informática fortaleció el uso de las redes sociales, lo que originó también discusiones sobre las formas en que los Estados pueden apostar por la digitalización de la información y el flujo de la comunicación, acudiendo -con esta finalidad- a la democratización del acceso a internet.

La inclusión y alfabetización digital, se aseguran solamente con el acceso del ciudadano a la red, dado que el uso de medios virtuales garantiza el ejercicio de otros derechos, por ejemplo, es el caso del derecho la educación; empero, el debate jurídico recae, hoy en día, en determinar si el acceso a internet y la libertad de expresión en línea pueden guardar armonía y, de ser así, cuál constituiría el medio para regular posibles lesiones entre ambos derechos, impidiendo restricciones a las redes sociales, sitios web o motores de buscadores que provocan la limitación de la cobertura del espacio cibernético, aspecto que igualmente frena a la democratización del conocimiento.

Al parecer, la última posición sería aceptada y ha logrado más partidarios, ya que las tendencias modernas apuntan a la progresividad de los derechos humanos y no permiten su regresividad, un sustento suficiente para que las autoridades estatales busquen incursionar en flujos de información virtual (de carácter inclusivo, incluyente, y universal), situación que obliga a los Estados a acoplarse a las exigencias digitales, previendo que el ciudadano de a pie se modernice en el uso de tecnología, o acogiendo la telemática en sus servicios de atención al público.

Estas son las medidas que justificaron la adaptación de políticas de inclusión virtual en favor de la población, utilizando principalmente la reciente ciudadanía digital. Bajo este contexto, la tramitación pública ha dado un salto de lo presencial a la gobernanza del internet, donde el Estado deja de lado los procedimientos tradicionales para optar por el desarrollo de actividades telemáticas; asimismo, fomentó que las autoridades públicas diseñen estrategias dirigidas a alfabetizar en el uso de la TIC's o adecuar sus actividades a la nueva etapa digital. En síntesis democratizar el acceso a internet, representa asumir acciones tendientes a garantizar el ejercicio de otros derechos, entre ellos, se encuentra la propia libertad de expresión.

71

2.2. El ejercicio de la libertad de expresión en la era digital

El internet no puede alojar contenido ilícito, tampoco es permitido desinformar a la población con datos falsos u ofensivos, motivo por el que la inclusión de nuevas tecnologías en la difusión de ideas, debe enmarcarse en lo establecido por las normas jurídicas. La libertad de expresión está prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) y la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (artículo 13.2), instrumentos internacionales que propugnan que, cualquier limitación al derecho a la libertad de expresión y, más aún, hacia las manifestaciones de ideas o expresión en línea, solamente pueden disponerse mediante la ley, lo que otorgará seguridad jurídica al ciudadano; además, estas restricciones, tendrán cabida ante escenarios excepcionales plenamente justificados y procurando la aplicación de los principios de razonabilidad o proporcionalidad (Miller Genta, 2018, p. 80).

Al igual que la democratización del acceso a internet, existen dos corrientes que intentan posicionarse en el plano de la libertad de expresión por medios informáticos.

El primer punto de vista está relacionado con el ciber-liberalismo, que defiende la libertad de expresión sin limitaciones toda vez que, al demarcar jurídicamente su ejercicio, se quebrantaría el resto de los derechos fundamentales; es más, esta perspectiva pregona que, al regularse las expresiones difundidas por medios virtuales o dándoles un trato similar al que recibe la labor periodística tradicional, se trastocarían los derechos de los usuarios de internet, pues los comentarios en redes sociales se sujetan íntegramente a las políticas de cada plataforma y no es legítimo que las entidades estatales ingresen a reglamentarlas.

72

A partir de estos movimientos activistas, han surgido también visiones contrapuestas, pues la segunda tendencia plantea que los Estados, a través de sus autoridades, no están alejados de la tecnología, sino conocen las bondades del uso de internet y sus riesgos, fundamento más que suficiente para que gubernamentalmente se implementen controles al ciberespacio, evitándose fricciones entre el derecho de acceso a la información por redes sociales y la libertad de expresión, siendo necesario que la población se exprese dentro de los márgenes establecidos en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales (Treré et al., 2021, p. 44).

Este, es el argumento legislativo para impulsar procesos de reforma, en los que se solicita la regulación de la libertad de expresión en línea, neutralizando cualquier conducta que, a criterio de las autoridades estatales, infrinja las normas de un determinado país.

Producto del análisis de ambos enfoques, puede concluirse que, la libertad de expresión es un derecho fundamental pasible de ejercitarse

con el uso de recursos virtuales o plataformas comunicacionales, como por ejemplo, las redes sociales. Hoy en día, la comunicación por estos medios sociales alojados en la web, resulta inevitable para transmitir fácilmente toda la información que navega por el universo cibernético, logrando así la democratización del conocimiento.

Sin embargo, a pesar de establecer los contenidos de cada una de estas posturas, los Estados tienen el deber de diferenciar, por una parte, la difusión de ideas vista desde los derechos del usuario de internet y, por otra, la libertad de expresión en manifiesto uso de insumos en línea y con fines de una labor periodística, vale decir, dos escenarios que permitirán conocer la configuración jurídica de este derecho en la era digital.

En el primer escenario, relativo a la socialización de pensamientos por internet, debe considerarse que el internauta, refleja a un sujeto de derechos del usuario y el consumidor. Por necesidad humana, un individuo ha solicitado el acceso a internet y, gracias a las políticas estatales de un país, se le ofrece un servicio, sea por una empresa pública o del ámbito privado.

El usuario del servicio de internet, puede exigir mejores condiciones de acceso al operador de red y será el Estado, mediante sus instancias regulatorias, el responsable de verificar las condiciones en que la empresa contratada presta sus servicios, los costos que impone por cada paquete adquirido, u otras actividades relativas a la conectividad del ciudadano.

73

Esta intervención estatal respecto a la calidad de internet, se encuentra justificada por el Derecho Regulatorio, donde el Estado es un mero agente que sólo controla la atención de calidad hacia los usuarios, el servicio se reciba en las condiciones en que fuera convenido, y demás condiciones contratadas (Vera Hott, 2013, p. 165). Entonces, el internet se rige por la norma jurídica regulatoria, fiscalizándose la forma en que se oferta al mundo global, desde una óptica más técnica o especializada (tarifas, descuentos, velocidad, etc.); la referida intervención pública sobre el acceso a internet, garantiza que el internauta ejercite sus derechos de usuario y consumidor, no debiendo confundirse con las políticas específicas que corresponden a cada uno de los entornos virtuales.

De allí que, el marco jurídico administrativo precautela que los servicios informáticos de internet respondan a las condiciones de contratación,

por tratarse de los derechos de los usuarios y consumidores. Los países de la región han tratado de desarrollar estos derechos a través de sus legislaciones y, para viabilizar los reclamos ciudadanos, se constituyen entidades públicas de control, fiscalización y regularización del servicio de telecomunicaciones.

Por medio del internet contratado en una determinada empresa, el ciudadano accede a redes sociales. Las plataformas comunicacionales establecen políticas, denominadas términos y condiciones de uso de las redes sociales que, de acuerdo a las características del contenido a compartirse, imponen un catálogo de prohibiciones que el usuario de internet, tanto al inicio del servicio como periódicamente en su uso, debe aceptar o rechazar. Al dar consentimiento sobre estas condiciones, es común que el usuario autorice, a la plataforma gestora de la red social, a realizar un seguimiento de la información compartida o publicada y, de infringir estos términos, ser pasible a los tipos de sanciones contemplados por la propia empresa.

74 Este, es el mecanismo más concreto por el que los Estados tienen intervención (directa y justificada) del derecho de los usuarios para garantizar la conexión a internet, y serán las propias plataformas las que censuren las publicaciones que contravengan la política de cualquier red social.

Así, la práctica del derecho a la libertad de expresión en línea no es regulada legislativamente por las autoridades de un gobierno, sino las redes sociales, al advertir que un determinado usuario, ejercitando arbitrariamente su derecho de libertad de expresión, puede ser destinatario de las sanciones impuestas por la plataforma, a consecuencia de transgredirse las condiciones y términos que el mismo aceptó. Con este panorama, la gran parte de la comunidad de juristas explica que la libertad de expresión manifestada por entornos virtuales, se encuentra ajustada al régimen de las redes sociales y serán éstas las que censuren los comentarios discriminatorios, racistas o contenidos ilícitos.

Ahora bien, el segundo escenario guarda correspondencia con la libertad de expresión a través del denominado periodismo virtual. La vigilancia de la comunicación transmitida por medio de la red, es uno de los temas que ha generado debate sobre la libertad de expresión, pues los periodistas a quienes se les permite, en el desempeño de su profesión, ejercitar ampliamente el derecho a la libertad de expresión

(lo que incumbe la emisión de sus opiniones y socialización de toda información), disfrutando también -esta colectividad profesional- del derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa.

Lógicamente, si con anterioridad los reporteros podían expresarse libremente por medios escritos, siempre dentro del margen de su labor comunicacional, esta facultad puede ampliarse asimismo a los medios virtuales y las redes sociales, inclusive, los propios gremios periodísticos establecen procedimientos para verificar que sus afiliados no vulneren los derechos de la población, lo que ciertamente tuvo efecto positivo para que no operen restricciones a sus noticias.

No obstante, el problema de la libertad de expresión en línea surge, no con las publicaciones virtuales de los tradicionales periodistas que acudieron a las redes sociales con el objetivo de masificar su contenido comunicacional, sino de aquellas personas que, en el anonimato o como ciudadanos críticos, tratan de difundir contenidos sin fuentes confiables, desinformando a la población o filtrando información sumamente confidencial, valiéndose de la facilidad que implica acceder a internet, difundir ideas por las redes sociales y causar susceptibilidad entre las personas, es decir:

La convergencia tecnológica ha estimulado un incremento de la cantidad de plataformas mediáticas y del acceso a ellas, además del potencial para la expresión. Asimismo, también ha facilitado el surgimiento del periodismo ciudadano y de nuevos espacios para la prensa independiente, al tiempo que las prácticas periodísticas y el negocio de las noticias se reconfiguran de manera fundamental (Puddephatt, 2016, p. 20).

Ante la cantidad de información que se convierte en viral, la capacidad de respuesta de las redes sociales de controlar publicaciones, que contravienen su política de uso, es mínima. Por este motivo, la gigantesca cantidad de datos, información, publicaciones y todo contenido viral que se comparte en una infinidad de plataformas, resulta dificultoso que las propias redes sociales efectúen seguimiento a las publicaciones que contraríen sus condiciones, por lo que -el Estado- podría intervenir, solamente cuando compruebe que se truncan las relaciones de la sociedad, a consecuencia de las vulneraciones en la población que, por

encargo constitucional o convencional, merece la protección jurídica de sus derechos fundamentales.

2.3. Discusión

De acuerdo a lo desglosado previamente, la posibilidad de reglamentarse el empleo de las redes sociales o, por el contrario, reafirmar el reconocimiento de la autonomía en las plataformas virtuales sin afectar derechos de los usuarios, constituye la principal temática de discusión que será abordada en el siguiente acápite.

2.3.1. La regulación jurídica del uso de redes sociales o la autonomía de las plataformas virtuales de comunicación

Delimitadas las tendencias doctrinales del acceso a internet y la libertad de expresión en línea, corresponde explicar la forma en que puede regularse legislativamente en el empleo de redes sociales, o es preferible evitar pronunciamientos jurídicos al respecto.

Para este objetivo, se comparten los principales estándares internacionales destinados a proteger la libertad de expresión en el contexto interamericano y su vínculo con el empleo de internet, acorde a un informe proporcionado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse acerca del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, establece:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969, p. 6).

Bajo esta prescripción convencional, las publicaciones efectuadas por intermedio de las redes sociales forman parte del derecho a la libertad de expresión, pues los recursos informáticos en línea ofrecen condiciones más óptimas en que la población puede socializar sus ideas, procurando siempre el respeto hacia los derechos del resto de los ciudadanos. Por ello, el uso del internet brinda múltiples oportunidades de crecimiento y

superación de las personas pero, principalmente, el entorno tecnológico puede aprovecharse para materializar el resto de los derechos humanos.

Sin embargo, la libertad de expresión en redes sociales, debe circunscribirse a determinados criterios orientadores o llamados principios, que hacen hincapié al acceso y pluralismo, así como a la no discriminación y la privacidad, permitiendo el desarrollo de políticas públicas en materia de internet; ésta decisión gubernamental, derivará en una actuación adecuada de los particulares sobre los contenidos compartidos por las plataformas virtuales (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 5).

Respecto al acceso, este principio guarda correspondencia con la necesidad de generarse la conectividad y universalidad, tanto para los usuarios acantonados en las zonas urbanas como en las poblaciones rurales, conduciendo al cierre de cualquier estigmatización de falta de cobertura del servicio de internet.

La pluralidad, en términos jurídicos, exige que los canales de difusión virtual prevean que sus motores de búsqueda e intercambio de recursos alcancen a la totalidad de internautas, y se socialicen contenidos (de todo estilo) sin restricciones. Esto, permite la inclusión del concepto de pluralismo informativo durante el diseño de políticas estatales, donde el cibernauta gozará de las garantías para acceder a los datos públicos o compartirlos, dado que la cultura del saber y el conocimiento rompen con las fronteras digitales.

En cuanto a la no discriminación, supone que la información no resulte divulgada a través de la red únicamente en favor de algunos sectores, ocasionando restricciones en otros individuos de la colectividad. En efecto, es deber estatal suprimir las limitaciones de acceso a los datos que se transportan por el ciberespacio.

Por último, la privacidad conlleva un derecho y además un deber. Verbigracia, todas las personas que accedan a un servicio de internet, no podrán ser objeto de injerencias en sus derechos a la intimidad, honra, propia imagen u otros conexos; de este derecho, nace la responsabilidad de los Estados de proveer medios para que la población lo ejercite e imponerse reglas hacia terceras personas que pretendan lesionarlo arbitrariamente. Entonces, a partir de este principio, es

posible responder a la interrogante de regular o no el uso de las redes sociales y sin afectarse la libertad de expresión en línea, toda vez que, las autoridades de un determinado país tienen que abstenerse de conductas que ingrese en el calificativo de intromisión, ya sea por investigar los datos personalísimos de los ciudadanos o por intervenir sus comunicaciones privadas.

Tampoco es permitido que se afecte su intimidad, simplemente los países precautelarán que los internautas comuniquen sus contenidos en las redes sociales, siendo de su absoluta responsabilidad que dichas plataformas censuren los contenidos que ellos compartan cuando transgredan las condiciones de uso, razón por la que el Estado podría restringir conductas abusivas de otros internautas.

La Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2013, hace referencia al derecho a la privacidad en la era digital, donde se reafirma que, nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. Entonces, conforme dicho documento:

78

(...) los Estados reconocieron que las prácticas de vigilancia y la interceptación y recopilación ilícita o arbitraria de datos personales no sólo afectan el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión sino que también pueden ser contrarios a los preceptos de una sociedad democrática. (...), la defensa de la privacidad de las personas debe hacerse atendiendo a criterios razonables y proporcionados que no terminen restringiendo de manera arbitraria el derecho a la libertad de expresión (Asamblea General de Naciones Unidas, 2013, p. 2).

Finalmente, con relación a las restricciones a la libertad de expresión materializada por intermedio de la red de internet, en específico, la transmisión de ideas por redes sociales, no podría calificarse como un derecho ilimitado, sino que podrán imponerse ciertas condiciones durante su ejercicio en entornos virtuales. Cualquier propuesta normativa que, sea tratada ante instancias legislativas, tendrá que ser presentada analizando cuidadosamente cómo pretende regularse la expresión de ideas de los usuarios por plataformas comunicacionales y, de existir ciertas restricciones legítimas, éstas se encuentren redactadas a la luz de la Constitución Política del Estado o de los instrumentos del Derecho Convencional (Rico Carrillo, 2012, p. 337).

3. Conclusiones y Recomendaciones

A modo de conclusión, queda solamente expresar que, los espacios virtuales y de la comunicación son los escenarios idóneos para incursionar en la libertad de expresión; sin embargo, no constituye un derecho absoluto, está condicionado a los términos de uso de las redes sociales, que el propio usuario acepta en el momento de ingresar por vez primera o acceder constantemente. El Estado procurará que la libertad de expresión se enmarque en los cánones constitucionales y convencionales, no necesariamente restringiendo su ejercicio, por el contrario asumirá acciones específicas (de orden razonable y proporcional) destinadas a la supresión de publicaciones ofensivas e ilícitas y que, por la cantidad de información compartida, no sean controladas por las redes sociales.

En calidad de recomendación, habrá que reflexionar las formas en que puede evitarse arbitrariedades de personas anónimas o llamados críticos independientes no autorizados para cumplir con labores periodísticas y que, en base a sus comentarios, atenten contra el resto de la población, justificando así que las propias redes sociales, o en último caso el Estado, censuren la información adversa hacia los derechos fundamentales.

79

4. Bibliografía

Asamblea General de Naciones Unidas. (2013). *Resolución 68/167, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas: El derecho a la privacidad en la era digital.*

Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina - CIESPAL. (2013). *La democratización de la comunicación y la información en América Latina.* Quipus, CIESPAL. <https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/democratizacion-de-la-comunicacion.pdf>

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica».* https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Herrera Aragón, A. (2013). Redes sociales: ¿El inicio de una revolución democratizadora? *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 58, 21-34.

- Miller Genta, M. E. (2018). Acceso a Internet y Libertad de Expresión en Línea: ¿Derechos Humanos? *Revista de Derecho Público*, 53, 77-84.
- Puddephatt, A. (2016). Internet y la libertad de expresión. *UNESCO*, 31.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *La Libertad de Expresión e Internet*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf
- Rico Carrillo, M. (2012). El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión. *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 19(3), 331-349.
- Treré, E., Candón-Mena, J., & Sola-Morales, S. (2021). Imaginarios activistas sobre Internet: Del mito tecno-utópico al desencanto digital. *CIC. Cuadernos de Información y Comunicación*, 26, 33-53.
- Vera Hott, F. (2013). Regulación internacional de Internet: Una aproximación desde las capas de la red. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 3(2), 155-185.

Aportes Constitucionales para encarar la Ruta Crítica de la Reforma Judicial Boliviana, desde un Enfoque de Desarrollo Normativo

1. Introducción

En Bolivia, surge la necesidad de proyectar leyes, normas, decretos y, en preferencia, construir sistemas normativos plurinacionales. La tarea de operativizar una reforma judicial boliviana, permite que el legislador y los actores del sector justicia, conozcan las prerrogativas y figuras legales congruentes con la realidad jurídica nacional.

Para conceptuar lo que debiera entenderse por desarrollo normativo dirigido a la reforma judicial, basta contemplar que el ordenamiento jurídico adolece de incoherencias e institutos legales inoperantes; a ello, se suma que la administración de justicia aún sostenga problemas heredados desde la República, de hecho, en la integración de normas y procedimientos incide el concepto de justicia plural y goza de una exigencia mediática, aspecto por el cual el conjunto normativo plurinacional tendría que adecuarse a la realidad social, evitándose que el legislador o el administrador de justicia sean sencillos elementos del aparato legislativo o judicial, y pasen a personificar un factor de cambio de paradigma en la aprobación de leyes nacionales junto a una justicia plural.

En rigor, el desarrollo normativo para la reforma posee un principal objetivo, es decir, que los sistemas legales en un Estado, deben idearse de forma conjunta y coordinada entre todas las instancias gubernamentales y cuanta entidad estatal exista; ambas, adoptarán la calidad de partícipes en la formulación de normas jurídicas que viabilicen la reforma judicial nacional.

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 21 de diciembre de 2021, durante el Seminario: Desarrollo Normativo de la Reforma Judicial en Bolivia, organizado por Consejo de la Magistratura de Bolivia junto al Ilustre Colegio de Abogados de La Paz.

Así, se concibe que, la implementación de políticas públicas y normativa para la reforma del sistema de justicia sea catalogada como una labor integral, pues a momento de dictaminarse normas de alcance nacional se analizará, con carácter preferencial, la incidencia legal que ésta pudiera perpetrar sobre los demás sistemas normativos y, en particular, en las instancias del sector justicia. Valga la pena remarcar, cada una de las normas que tiendan a aprobarse en el Estado Plurinacional de Bolivia, tendrán que concordarse con el resto del cúmulo normativo y evitar contradicciones en los restantes sistemas que regulan las ramas jurídicas.

La correspondencia entre políticas, planes, programas y otras estrategias jurídicas, y de orden gubernamental, con la ya nombrada realidad nacional, permitirá que el desarrollo normativo para la reforma judicial, ingrese al Estado Boliviano; entonces, la formulación y proyección de leyes tomará en cuenta, por una parte, los problemas y principales dificultades que originan la pésima administración judicial y, por otra, intentará articular soluciones con un enfoque plurinacional para que, en forma congruente, el sistema normativo idealizado responda a la realidad social boliviana.

82

De otra forma, continuaremos ante un Estado que no erradica los problemas enraizados de la justicia, pues se aboca en adecuar la conducta social a simplemente leyes que resuelvan, en forma momentánea, los malestares bolivianos.

Por este motivo, con la finalidad exclusiva de lograr una visible reforma judicial y una proyección de leyes, altamente beneficiosa en el país, urge constituir una íntegra conexión entre los actores procesales, el universo litigante, instituciones de administración judicial, entidades de servicio extrajudicial, mecanismos de solución al conflicto en general y otros factores, que sumados originan el desarrollo normativo plurinacional.

Los elementos que serán objeto de estudio, serán base para que Bolivia ingrese a un tiempo de reforma judicial plurinacional, garantizándose al mismo tiempo, el reducido uso de modelos extranjeros que, durante largos períodos, impidieron el surgimiento del Derecho Boliviano, y, a su vez, originarán figuras jurídicas e instituciones legales plurinacionales, sin menoscabar las principales facultades o derechos reconocidos a la población y que se encuentran respaldados por cualquier ordenamiento jurídico.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Desarrollo legislativo de derechos fundamentales

2.1.1. El estado situacional de los derechos fundamentales en la administración de justicia

Uno de los principales objetivos del desarrollo normativo en materia de derechos fundamentales, recae en solucionar la escasa correspondencia de los sistemas normativos vigentes, con la realidad social boliviana y que, por mandato legal, rigen dentro del ordenamiento jurídico nacional.

En tiempos modernos, el legislador boliviano circunscribe su actividad principal en meramente aprobar leyes sin una valoración previa de la eficacia, eficiencia y resultados, sean positivos o negativos, que contrajo para el Estado Plurinacional de Bolivia adoptar un sinnúmero de normas, tendientes a solucionar los problemas que aquejaban la administración de justicia en todos sus niveles.

En otras palabras, la delegación estatal no previó mejoras en el acceso oportuno a la justicia porque su estrategia central tuvo como vértice proyectar cuantiosas normas, olvidando si su aplicabilidad en Bolivia resultaba o no coherente a los principios con los que fue meditada la justicia plural, allí surge la hiperinflación normativa penales, administrativas, laborales, u otras promulgadas a fin de otorgar respuesta rápida a la crisis judicial.

Por una parte, nos encontramos al borde del colapso y la crisis judicial, y, por otra, emerge el concepto de alternativas a la judicialización del conflicto, ya que, gestión tras gestión, el discurso de altas autoridades de algunas instancias judiciales descansa en el cumplimiento de los objetivos institucionales y los Planes Operativos Anuales (POA's).

El propio juzgador boliviano desconoce, dentro de la actividad laboral, lo valioso de compartir su opinión legal con el Estado y conocer las críticas particulares, éstas son de suma importancia para disminuir o eliminar las barreras de inaccessibilidad judicial; dichas falencias, son resultado de la falta de compromiso institucional, pues más allá de resolver los casos, procesos o trámites, en el plazo otorgado por la norma procesal, no se configuran mayores soluciones que las previstas en sus respectivos planes de descongestión judicial.

Jueces o Magistrados se encuentran en una postura de mentalidad laboralista, es decir, su pensamiento sobre el acceso de justicia intenta

convertirse en un discurso totalmente laboral, donde la sentencia o cualquier resolución que resuelva la impugnación de aquella, se otorgue al ciudadano en el menor tiempo posible, o, de llano, propuestas que no originan cambios profundos (OACNDUH, 2010).

2.1.2. Legislar derechos fundamentales en un contexto jurídico de precautela de otros derechos constitucionales conexos

Si la actitud profesional del juzgador recae en la mera tramitación del procedimiento, éste siempre será el fundamento para que el legislador boliviano reflexione que la solución a la carga y la mora procesal reposa en la aprobación y posterior codificación de las diferentes ramas jurídicas, dejándose pendiente la consolidación de otras alternativas, tal cual ocurre con los mecanismos y métodos alternativos de solución de conflictos.

El ordenamiento jurídico boliviano, a lo largo de las etapas de codificación identificadas, gestiona la vigencia de derechos fundamentales, bajo la premisa que el directamente involucrado en problemas legales, posea varias alternativas previas al ingreso a estrados judiciales.

84

Allí, en procura de consolidar los derechos constitucionales, el legislador intenta disminuir el número de trámites que ingresen en la administración de justicia ordinaria o constitucional, pues se le otorga al ciudadano la posibilidad de acudir a otras vías que no necesariamente involucran la intervención de la figura del juez; entonces, los ordenamientos jurídicos tratan de positivizar e incorporar institutos jurídicos, a fin de que la población beneficiaria obtenga una solución anticipada al conflicto y obviar su presencia en instancias jurisdiccionales.

Bajo esta finalidad, los derechos en el Estado boliviano, deben normarse con una finalidad de materializar otros derechos conexos. Por consiguiente, legislar un derecho constituye implementar el derecho constitucional a la paz, el derecho constitucional a los servicios básicos, el derecho constitucional a la propiedad, entre otros derechos que no pueden ingresar en fricción con el resto del catálogo de facultades reconocidas al ciudadano.

2.2. Políticas públicas y normativa para la reforma del sistema de justicia

2.2.1. La sistematización normativa en el Estado Plurinacional de Bolivia

La codificación en Bolivia, representa una preocupación a la hora de viabilizar soluciones legales oportunas a los problemas sociales. La mediática respuesta estatal a la ola de infracciones, crímenes, delincuencia y otros problemas jurídicos, se tradujo en la excesiva formulación de proyectos de ley y otros instrumentos normativos, tendientes a criminalizar el delito o legislar conductas reprochables; vale decir, la visión estatal se redujo al simple hecho de promulgar normas y no así promover una adecuada sistematización.

En la década de los años noventa emana una conducta jurídica bastante conflictiva, el aparato legislativo empieza con una serie de modificaciones judiciales; en materia penal, las que mayor preponderancia destacan, son las reformas al compilado sustantivo y adjetivo procesalista, entre las gestiones de 1997 a 1999. En aquel tiempo, germinaría en Bolivia la denominada hiperinflación normativa; entonces, el remedio jurídico a los problemas sociales, básicamente reposaba en el apartado normativo y no en políticas jurídicas de reducción de la conflictividad (Fundación CONSTRUIR, 2020).

Para evitar conflictos y contradicciones con el aparato legislativo, por ejemplo en materia del Derecho Penal o Administrativo, una alternativa plausible representa la sistematización normativa, entendiéndose aquella como la agrupación y clasificación de leyes criminales o de la Administración Pública para lograr un solo compilado legal penalista o administrativo, a ser incorporado en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Verbigracia, en la actualidad, el Código Penal junto a su respectivo procedimiento, contemplan una serie de reformas impulsadas al calor del momento; el propio profesional abogado, desconoce cuáles son los principales instrumentos normativos que modifican o propugnan cambios en el sistema normativo penal, de hecho, aunque resulte toscamente nombrado las normas penales bolivianas se encuentran en una suerte de perforación total, inclusive, la práctica jurídica permite que los jueces y abogados recién adquieran conocimiento, sin carácter previo, de las reformas propuestas en audiencias penales.

A este hecho se suma el encarcelamiento de imputados y acusados, que ya resultan calificados como culpables, la sobrepoblación de detenidos preventivamente, representa una preocupación al Estado. Las infracciones mínimas, o aquellas que contengan ciertos criterios jurisdiccionales erróneos, truncan el aparato penitenciario que, sin ameritar mayores observaciones que la demostrada por la realidad nacional, revela la falta de políticas carcelarias nacionales; para intensificar éste grave inconveniente, basta evaluar la masificación y mezcla que existe entre detenidos, imputados, acusados, culpables y condenados.

Lógico, la segmentación de quienes pernoctan en las principales cárceles del país, permitió la elaboración del Plan de Descongestionamiento Penal, pero el factor clave en el surgimiento de la excesiva población penitenciaria, aún queda pendiente de solución.

La tarea de los impulsores de la reforma judicial no es del todo sencilla. Para lograr la sistematización penal, laboral, administrativa y demás sistemas normativos bolivianos se requiere cuando menos analizar dos factores en los que se sustente la integración normativa plurinacional. Por una parte, la intervención de actores de reforma judicial y, por otra, la conceptualización del sistema jurídico boliviano acorde a los principios de la justicia plural.

86

Los componentes desarrollados de proyección normativa estatal, son fundamentales sí el Estado desea una serie de leyes benéficas al conglomerado litigante. Además, su finalidad no debe guardar un estilo meramente sancionatorio o que contente a la población, debe primar el respeto de los derechos de los actores procesales; allí, radica la problemática de sistematizar normas y que éstas guarden correspondencia con la realidad social, o lo contrario dejen de traducirse en meros parches a problemas virales que sufre Bolivia.

Probablemente, esta idealización del sistema boliviano plurinacional es ilusoria. Garantizar un modelo judicial en la región, contempla una serie de objetivos a trazarse y cumplir, es más, la reforma solicita la intervención de varias entidades estatales, caso contrario el discurso de mejores días para nuestra administración judicial queda supeditada a la voluntad del legislador, y, como consecuencia de la multiplicidad de tareas legislativas a desempeñar, su actividad seguirá inerte, porque en contraposición a la reforma judicial total, el asambleísta procederá con

breves reformas parciales, aprobando leyes simplemente por presión social.

Entonces, dentro de la actividad primaria de sistematización de normas goza de supremacía la inmediata articulación interinstitucional. La presencia de instituciones con mayor acercamiento al sector justicia es una de las mejores respuestas a la falta de desarrollo normativo judicial; el criterio legal y particular de cada entidad, sea pública o privada, permitirá evadir la queja de exclusión social en la elaboración de normas. Cada actor estatal o procesal, obligatoriamente tiene que participar de la sistematización y aportar opiniones sobre los sistemas normativos en vigencia. En rigor, no corresponde que las reuniones o encuentros se desarrollen en una sola ciudad o con un reducido número de beneficiarios, la sistematización requiere un amplio conglomerado social, pues la dispersión actual que sufren las ramas jurídicas y sus procedimientos es resultado del desconocimiento de la labor legislativa e influye la poca articulación de los Órganos del Estado (Vásquez Castro, 2017).

Ahora bien, el segundo elemento de sistematización normativa contempla el concepto de justicia plural; un gran porcentaje de las normas, se conciben en su afán de reducir el reproche de la sociedad, pero su vital propósito no gira en torno a sembrar la cultura de paz, tal como quedó manifestado en el apartado anterior relativo al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales.

87

Generar conciencia ciudadana y que el propio boliviano asuma una postura de combatir la conflictividad en tiempos modernos, conlleva al refortalecimiento del sistema judicial. Creer que solamente el Órgano Ejecutivo o el Órgano Judicial se encuentran en una postura ideal para reducir la reforma judicial, conduce a una serie de críticas y conceptos casi rencorosos hacia la justicia.

Cultura de paz involucra que, los estrados judiciales sean la última optativa de solución al conflicto; para ello, se adopta los instrumentos de la conciliación y el arbitraje, asimismo, en la medida en que se arriben a acuerdos conciliatorios o se dicten laudos arbitrales la carga procesal disminuye.

Déjese de pensar que, la sistematización implica una tarea de recolectar nuevos tipos penales, nuevas figuras administrativas o reclamos

sociales e introducirlos al compendio normativo sustantivo o que los cambios procesales puedan adecuarse al adjetivo procedimental. La tarea de sistematizar también involucra un análisis previo en el que se pueda conocer el grado de correspondencia entre la norma a dictar y la sociedad boliviana destinataria; es decir, no retornamos a la época colonial o republicana donde la norma es casuista, aquella que regula absolutamente toda conducta antijurídica, pero que no otorga soluciones concretas a la conflictividad (Borges Blázquez, 2018).

2.2.2. Adecuación normativa, codificación y reforma judicial boliviana

Si contar con una sistematización previa normativa produce la articulación de actores en materia judicial y, a su vez, permite recoger los principios en los que versará el nuevo sistema normativo plurinacional en Bolivia, la adecuación normativa y posterior reforma hacen referencia a la etapa de desarrollo normativo en tiempo de reforma.

Sistematizar es una labor previa. Munido el legislador de los criterios generales y específicos de toda y cuanta institución sea partícipe de los encuentros propuestos, donde se recoja las iniciativas nacionales, además de conocer las opiniones ciudadanas sobre los potenciales resultados que revestirá la justicia plural, es posible convocarse a una etapa de codificación, legislación y consolidación del sistema normativo boliviana, revestido de caracteres plurinacionales (CONAMER, 2019).

De pronto, distintas propuestas emergen y suelen contextualizarse exigiendo al Estado un nuevo concepto de la justicia, sin embargo, cuidar que la reforma asuma un carácter revitalizador y de respuesta a la crisis judicial, tendrá que convertirse en el horizonte seguido por instancias estatales. Intenciones de reforma siempre coexistirán, más aquellas de generar pilares básicos de lucha contra el crimen, disminución de conflictos en materia laboral y eliminación anticipada del pensamiento revanchista litigante, no suelen proyectarse; la idea de reformar la justicia no es una tarea disgregada, sino una actividad segmentada a ciertas funciones públicas.

La adecuación normativa significa, en palabras sencillas que, el cúmulo de normas, leyes y cualquier instrumento jurídico en los que se sostenga el Derecho, evite asimilar políticas públicas externas o normativa extranjera para la reforma del sistema de justicia. Se busca que las

normas jurídicas primen frente a la realidad social, cuando la figura inversa permite que la sociedad y sus fenómenos sean el aditamento necesario para la elaboración de leyes.

Lo propio ocurre en el sistema normativo penalista, se intenta tipificar cantidad de conductas pero la condensación aún no tiene cabida, de tal suerte que el criterio supremo -en el momento de legislar- es del reducir la criminalidad con mayores tipos penales. En ese intento de reducir la excesiva formalidad legal, la adecuación normativa se desglosa en el apartado sustantivo, adjetivo o procesalista y de ejecución de penas (Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2020).

Para concluir la adecuación normativa, corresponde referirse al procedimiento adecuado en la justicia plural. Las denuncias, los reclamos y un sinnúmero de reproches asumen que el juicio oral, público y contradictorio, no es más que una instancia jurisdiccional donde, jueces, abogados y fiscales, ven la forma de acrecentar caudales económicos (Bujosa Vadell, 2020).

Cultivando profesionales, altamente capacitados y perfiles desde la cultura de paz, la disminución de carga procesal podrán marchar; inclusive, la rigurosidad del procedimiento adoptado será moderado por los fiscales o jueces, y la chicanería de abogados no tendrá asiento. El último eslabón antes de reformar el proceso asiente interés por disminuir la cantidad de incidentes y otras medidas asumidas con la finalidad de retardar el proceso (CEJA, 2020). Complicado panorama, pues en la transformación del proceso intervienen los actores procesales, tales como víctima y acusado o demandante y demandado, además urge la participación de las instancias que propician la carrera fiscal y judicial; de lo contrario, las reformas serán llanamente superficiales y apuntarán a que la sentencia se otorgue en plazo mínimo, olvidando que de por medio se encuentran, comprometidos, bienes jurídicos tutelados.

Ahora bien, si ya contamos con la interacción frecuente de entidades estatales, poseemos principios plurales recogidos entre los actores procesales, delimitamos la norma a aprobarse con mayor relevancia y un procedimiento propio a seguir, queda pendiente la última tarea rumbo al desarrollo normativo para la reforma, es decir, la codificación plural propiamente dicha.

Codificar requiere varios elementos y matrices de trabajo, una actividad bastante meticulosa, su detallismo permitirá al Estado Plurinacional de Bolivia vislumbrar una reingeniería jurídica; aunque se confunde que la codificación es labor únicamente legislativa, en realidad es una actividad conjunta, que cimentará las bases de un moderno sistema normativo boliviano.

La pregunta central radica en delimitar las características de proyección y codificación del sistema normativo plurinacional. Entidades estatales, actores procesales, población beneficiaria y sociedad en general, son identificados a título de forjadores de la codificación; así, los abogados cumplirán su trabajo encuadrando criterios u opiniones en artículos específicos y perfilarán el producto final, sea un código o un compendio de normas.

90

Las instancias gubernamentales, agrupan esfuerzos en reunir a personal de ramas jurídicas y proyectar un sistema normativo, por lo menos durante las etapas de codificación; cuán fácil resultaría adecuar compendios normativos extranjeros y darles un toque boliviano, pero el error institucional se refleja cuando el compromiso de dotar de un nuevo código, se avoca a proyectar una norma extranjera y efectuar modificaciones sencillas, sin afectar su naturaleza jurídica (Fundación CONSTRUIR, 2020).

La primera tarea a cumplirse ante cualquier instancia estatal, es la de elaborar una estrategia jurídica institucional de aporte crítico; la misma, tiene por finalidad determinar cantidad, tiempo y espacio dentro de sus recargadas laborales, para que cualquier entidad pública, y en algunos casos privadas, apoyen a la codificación; ésta representa una responsabilidad estatal que incumbe a todos los Órganos del Estado y no simplemente al juzgador boliviano.

Al referirse a cantidad, es de suma importancia definir los servidores públicos que participarán obligatoriamente de la reforma judicial; ya se detallaron a ciertos actores procesales, pero la tarea institucional recae en la agrupación y sistematización de los criterios obtenidos. Entonces, las entidades estatales convocarán a sus mejores profesionales y los involucrarán en las modificaciones que requiera el sistema penalista (Marcheco Acuña, 2020).

La labor primordial implica que, cada entidad promueva la participación de su personal jurídico o de otras áreas, y adicionalmente prever estrategias jurídicas institucionales. Es decir, sí se requiere la participación de, por ejemplo, la Fiscalía General del Estado o los Tribunales Departamentales de Justicia, internamente deben encargarse de seleccionar a sus profesionales más idóneos y con amplia experiencia, sin embargo, la tarea no concluye en seleccionar personal, por el contrario tendrán que verificar las falencias del actual sistema normativo y con éste antecedente perfilar mejoras que puedan contraponerse a las opciones de los diversos partícipes de la reforma judicial.

El tiempo es otro factor influyente en la codificación; lastimosamente la falta de compromiso institucional no permite la garantía plena o presencia física de los actores codificadores, a tiempo completo, en cada una de las reuniones, agendas, encuentros y otras actividades que pretendan organizarse en la concertación de aportes y criterios codificadores en materia penal; no se trata de declararlos en comisión y despojar al funcionario público de su trabajo, significa prever tiempo y también espacios para que todo servidor público, llamado por la necesidad estatal, puede participar activamente de la reforma judicial (CONAMER, 2019).

El elemento de espacio, implica la posibilidad de encarar procesos reformativos penales en la mayor cantidad de distritos judiciales; el pensamiento centralista no permite observar otras realidades más allá que el de las capitales. Entonces, la descentralización de la justicia incumbe que, las instituciones estatales agrupen actores en la reforma judicial de diferentes ciudades de Bolivia, más bien, sería un logro institucional garantizar la permanencia de poblaciones y comunidades, en las que se justifique una moderada o recargada actividad procesal (Fundación UNIR Bolivia, 2019).

Se concluye que, la codificación cumple su objetivo de inclusión, cuando funcionarios públicos, y adicionalmente de provincia, forman parte de la integración normativa; la centralización no es la mejor alternativa a los problemas legales de un país descentralizado y con autonomías.

La segunda tarea codificadora versa respecto a las mesas institucionales de trabajo; si bien, garantizamos la presencia de los actores en la codificación, tendrán que elaborarse matrices generales de codificación;

en cualquier etapa de codificación y proyección normativa no representa una novedad la existencia del consenso previo, así, cada uno de los elementos cotejados y recogidos en los distintos distritos judiciales permitirán al proyectista condensar una propuesta uniforme y, acorde, a los principios ya desglosados en la justicia plural (Tribunal Constitucional de Perú, 2018).

Es posible, que por didáctica jurídica y pedagogía legal, se pretenda redactar al menos algunas directrices de trabajo, empero, mayoritariamente los monitores de la reforma judicial deben explicar, a los actores codificadores, cuáles serían los beneficios y contrariedades que implicaría adoptar una postura favorable o negativa hacia las propuestas, de allí, que los profesionales capacitados y el personal invitado será apto para conocer los diferentes motivos en los que se sustenta una postura jurídica (González Becerra, 2020).

Cuando se elabore una propuesta, el monitor explicará las consecuencias de adoptar cualquier oferta ligada a una reforma integral; el actor procesal dará a conocer sus propuestas y finalmente el codificador, intentará, obtener una postura de consenso, que en los hechos representará la formulación de un artículo con rasgos plurales.

92

En otras palabras, la codificación, propiamente dicha, es una actividad sumamente incisiva, de tal suerte que quienes integren la comisión codificadora serán pasibles de acuerdos, críticas, opiniones diferentes, posturas contradictorias y otras actitudes o conductas que consentirá, a posteriori, al legislador a sancionar y aprobar un sistema normativo, fruto del esfuerzo y dedicación de actores codificadores. Entre ellos, no se debe alejar a los beneficiarios ya que, si bien no son personas con entendimiento jurídico lineal, comprenderán los caracteres del sistema normativo plurinacional, dependiendo casi la integridad de la codificación de los monitores, como profesionales de las Ciencias Jurídicas y que, por su grado de conocimiento, intentarán sistematizar y proyectar todo lo versado en las diferentes reuniones o encuentros distritales.

Por todo lo expresado, el desarrollo normativo para la reforma judicial boliviana, con un alto contenido plurinacional, será resultado del consenso, y la promulgación queda supeditada a cargo del legislador. En mérito a ello, para que éste justifique, ante el universo litigante y el pueblo, que el sistema normativo recubre de caracteres bolivianos,

su primordial actividad se traduce en comunicar a las bases, en forma oportuna, que el proyecto y toda la proyección normativa ameritaron la participación activa de los actores codificadores (Vinueza Arroyo et al., 2019).

En tiempos modernos, la comunicación efectiva de los actuados previos, a proyectar y promulgar cualquier instrumento normativo, otorgará la legitimación necesaria, evita posteriores observaciones y un cúmulo de discrepancias, a veces políticas, cuando el ciudadano nota que las modificaciones al sistema normativo se discuten en presencia de algunas personalidades.

Con ello, avanza la etapa última de la codificación, que consiste en obtener la satisfacción del ciudadano. En el Estado Plurinacional, se concibe complacencia del pueblo cuando éstos proyectos- hayan obtenido tratativa en un gran porcentaje de instancias de alcance nacional, departamental, municipal o regional, y revalorizando los pensamientos que importen las provincias.

Constitucionalmente, el pueblo boliviano también se encuentra agrupado en las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas; por esta razón, durante la fase codificadora plurinacional es indispensable captar sus percepciones, además conocer la visión plural de la justicia, toda vez que el artículo constitucional 179, en su párrafo II, establece que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. Con base de la Ley Fundamental, a fines de evitarse posibles fricciones entre sistema de impartición de justicia boliviana, debe gestionarse el colectado de insumos de la reforma judicial y de la propia codificación con representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas.

Lo propio sucede con las organizaciones sociales asentadas en territorio boliviano. La Constitución Política, en su artículo 241, párrafo I, permite que, el pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada que incluye a las organizaciones sociales, participe en el diseño de las políticas públicas. Siendo la reforma judicial y su posterior codificación una política pública estatal, la programación de encuentros con las organizaciones sociales podrá efectivizarse con acuerdos,

cuyas directrices servirán de sustento y justificación de las propuestas normativas.

Bajo este panorama, el discurso de la yuxtaposición extranjera queda reducido a su mínima expresión, pues en cada uno de los elementos mencionados, se garantiza la reingeniería jurídica, en el sistema normativo constitucional de Derecho Plurinacional de Bolivia.

2.3. La ruta crítica de la reforma judicial boliviana, con una óptica constitucional

2.3.1. Reforma judicial integral en materia jurisdiccional

Los cambios en la administración de justicia ordinaria o constitucional, pueden conceptualizarse como reforma judicial; la propuesta incoada en la población se fundamenta en reducir, en gran proporcionalidad, los problemas que recaen en el juzgador o el operador de justicia, a través de una reforma judicial (Cordella & Continio, 2020).

94

El cambio en las instancias del sector justicia, reclamaría la transformación del paradigma laboral, enraizado en abogados que lucran con la cultura de litigio; la consigna de otorgar una armonía procesal en estrados judiciales, es la finalidad perseguida, y la detonante para acudir a un juzgado cuando subsista la falta de consenso y una solución anticipada al conflicto (OpenDemocracy, 2019). Con carácter frecuente, la población boliviana demanda una reforma judicial, pero la confusión los bordea cuando, de por medio, tan sólo exigen la rotación de operadores de justicia o medidas drásticas para frenar la criminalidad; otras voces de reclamo piden el endurecimiento de las penas, hay quienes conciben la reforma judicial a título de contar con un mayor número de leyes, para otros existe justicia cuando se prevé la otorgación de una resolución judicial dentro de un breve período, y para muchos es simplemente eliminar la corrupción.

En síntesis, el pueblo desconoce el concepto real de reforma judicial y la asocia con problemas de la administración de justicia; así pues, el desarrollo normativo para la reforma judicial, exhorta a las altas autoridades estatales a inclinarse por un cambio íntegro en la justicia y en vanguardia de los intereses de la sociedad políticamente organizada, más que preocuparse en intentos de breves reformas judiciales inoperables (Legis Ámbito Jurídico, 2021).

Reforma tendría como sinónimo el cambio radical, lo judicial tiende a referirse a la justicia, desde un ámbito de administración y otorgación de resoluciones que le permitan al ciudadano sentirse protegido y amparado legalmente, de igual forma, ser integral aprueba que, al interior de las modificaciones jurisdiccionales o del aparato juzgador boliviano, intervengan una serie de factores sociales, económicos, jurídicos, y de otras ciencias del conocimiento, que condicen la mayor participación de actores en la proyección de leyes, normas, compendios y demás instrumentos normativos, vislumbrados con la finalidad exclusiva de solucionar la crisis judicial.

Cada uno de los problemas, bajo formato de prácticas doctrinarias de retardación de justicia, así como la carga, congestión, y retraso judicial, suman algunos de los tantos reclamos de la población, en base a ésta problemática el boliviano solicita una reforma judicial; pese a ello, obtener una transformación de la justicia, en términos integrales, supedita la confección de directrices generales y directrices específicas positivadas de soluciones a corto y largo plazo, sea esto, en procura de un mayoritario acceso oportuno y cabal de la anhelada justicia.

Por ejemplo, la reforma judicial integral conlleva a que la administración de justicia, en todos sus niveles de la jurisdicción ordinaria o constitucional, capacite a sus funcionarios públicos y personal dependiente con una mentalidad de respeto hacia la justicia plural, verbigracia, entre ellos se destaca el sentimiento interno de los conciliadores. Trabajando por la cultura de paz, el personal inmerso en la conciliación son los auténticos artesanos de los métodos alternativos de solución de controversias; entonces, cuando éstos observen cualquier conducta que menoscabe la conciliación, propiamente dicha, o tienda a atomizar sus elementos abrigará el compromiso de difundir respuestas mediáticas.

En rigor, la conciliación es uno de los principales elementos de la reforma judicial, pero a fin de convertirla en integral, tendría que valorarse positivamente las instancias involucradas en su consolidación; si tan sólo intervienen los conciliadores, tropezamos ante una reforma judicial aislada y la integridad acordonada, es más, no se prevé mayor intervención de otros actores estatales y, peor aún, es mínima la coordinación con distintas entidades gubernamentales o judiciales, la difusión adecuada entre la población beneficiaria de los acuerdos conciliatorios queda comprimida (Molina Vergara, 2018).

Con este sencillo ejemplo, puede estimarse que cualesquiera de los intentos de reforma judicial aún incumplen su finalidad, porque cada instancia trabaja de forma aislada y no prevén actividades integrales (Centro de Investigación y Docencia Económica, 2020).

Aunque parezca un elemento de mínima importancia, la integralidad de la reforma judicial es el componente, a través del cual, el codificador y legislador, pueden razonar las propuestas que gocen de respaldo poblacional y gestionar su ingreso en el sistema normativo plurinacional; la postura de lograr una reforma judicial integral, versa en la necesidad de originar procesos reformativos normalizados, la ideología diferencial en la administración de justicia trata de identificar constantemente problemas y, en forma correlativa a su caracterización, proponer remedios legales que erradiquen la congestión procesal, vigente a nivel nacional (Fundación CONSTRUIR, 2020).

96 Nótese otro ejemplo de reforma judicial, cuando instancias del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional alcanzan a sistematizar discrepancia y pronuncian una sola línea jurisprudencial plurinacional; el esparcido y falta de uniformidad, en resoluciones judiciales y constitucionales, preocupa a quienes acuden a estrados jurisdiccionales.

En base a lo anotado, el juzgador boliviano también aporta con la reforma judicial integral mediante la coordinación interinstitucional judicial; cada uno de sus lineamientos, que bien pueden advertirse en la jurisprudencia ordinaria y constitucional, son el punto cardinal para que litigantes y jueces utilicen las principales líneas jurisprudenciales vigentes, a eso se llama integración y reforma judicial, a razón que eliminamos una de las prácticas doctrinarias impactadas en la administración judicial. La multiplicación de criterios jurídicos reduce y en vez de tender al litigante a enorme incertidumbre, respecto a la naturaleza jurídica de las figuras legales regladas, se produce jurisprudencia uniforme (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2021).

En palabras más sencillas, la dispersión de las sentencias constitucionales y autos supremos es un problema central de la administración judicial, la respuesta mediática a éste malestar, tiene salida en la unificación y uniformidad jurisprudencial; ambos elementos, propician una reforma judicial integral y de respeto a las garantías constitucionales y reglas

procesales, en favor del pueblo y universo litigante, además, cultivamos un ambiente judicial al servicio de la sociedad.

2.3.2. Actores de reforma judicial y perspectivas de justicia plural para la efectiva tutela de los derechos constitucionales y amparo de garantías jurisdiccionales

La palabra actores asocia a quienes resultarían convocados, en calidad de partícipes, cuando se propugne una reforma judicial en territorio boliviano.

Al tratarse, de diferentes materias o ramas jurídicas a legislar, dentro de la búsqueda de personalidades que garanticen su presencia en la transformación de la administración judicial, demanda componentes mediáticos personalísimos e institucionales (Parada Mendía, 2020).

La finalidad no es otra que agrupar un considerable número de actores, identificados con la reforma judicial o promotores de su convocatoria. De forma típica, se intenta agrupar, a través de reuniones institucionales, a las máximas autoridades ejecutivas. Ésta medida resulta benéfica, cuando la temporalidad juega a favor de los actores de reforma, sin embargo, muchas veces la delegación institucional influye, para que los seleccionados tengan que rotar simultáneamente; así, las reuniones pueden iniciar con un profesional y concluir con otro.

En esta línea de ideas, la selección de actores reformativos de la justicia propugna la intervención de todos los Órganos del Estado, pero su modulación queda a cargo de los monitores y, con ello, los actores reformativos serán quienes aporten su sapiencia y experiencia profesional, en la búsqueda de soluciones a la crisis judicial.

Aunque represente una tarea meticulosa, al interior de la reforma judicial, las personalidades que desempeñen las labores de monitoreo velarán por la participación de un cúmulo de instituciones, afectadas con las proyecciones reformativas, de hecho, es deber de los profesionales monitores alcanzar la transformación de la justicia, previendo la participación de inter-órganos y convertir el separatismo o diferencia en consenso permanente.

A título nominativo, más no limitar la presencia interinstitucional, se conciben como actores reformativos primordiales y con respaldo constitucional, al Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Constitucional

Plurinacional, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura, Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial, Fiscalía General del Estado, Procuraduría General del Estado, Defensoría de Pueblo, Policía Boliviana, Ministerio de Justicia y, se puede contemplar también, a los Tribunales Departamentales de Justicia. Según prelación constitucional, estas reparticiones detentan la facultad de generar indicadores y propuestas de reforma, sus posturas serán debatibles, no obstante, cada una de las entidades nombradas no puede trabajar de forma aislada, sino la cohesión otorga como resultado la reforma judicial integral.

Cualquier organismo gubernamental difiere en sus atribuciones, sus objetivos resultarán convergentes y pueden cotejarse contradicciones en las posturas de reforma; en todo momento, el monitor de la reforma judicial podrá condesar una propuesta consensuada, y, lógicamente evita que los actores reformatorios presenten propuestas a título personal, éste encarna otro de los grandes desaciertos a la hora de cambiar el paradigma judicial, por cuanto, en reiteradas oportunidades, el actor de la reforma propone modificaciones de índole personalista y sin medir las consecuencias que pudiesen irrumpir al perfilarse sus intereses particulares.

98

En síntesis, primarán actores de reforma constitucional, su labor resultará integral cuando garanticemos la presencia totalitaria de los Órganos del Estado, además, que sus propuestas deben ser avaladas institucionalmente, en la entidad a la que representan. Para ello, cada partícipe preverá su presencia habitual, a tiempo completo, y sin reparos en reducir la desmedida delegación institucional, es decir, evitar, que diferentes personalidades de una misma institución, intercalen roles y conviertan la reforma como una suerte de multiplicidad de viajeros.

Al estudiar actores de reforma también concebimos la ideal participación de otros representantes y, que por supuesto, gozan de relevancia a momento de sacar al país de la crisis judicial; a ellos, se les denomina actores reformatorios interinstitucionales y, como no era de esperar, los actores reformatorios sociales. Los primeros, hacen hincapié a quienes, sin reglamentarse constitucionalmente, personifican un brazo operativo en el cumplimiento de labores de la administración judicial, por ejemplo, la Administración Tributaria o el Colegio Nacional de Abogados, la Asociación Nacional de Notarios, los Centros de Conciliación y Arbitraje,

y cuanta repartición pública o privada, escatime voluntad y sentimiento de colaborar en la implementación justicia plural.

El hecho que actores reformatorios, con esencia interinstitucional, participen de la reforma reviste de valiosa importancia, éstos, sin gozar de una potestad constitucional, en forma abundante, aportan críticas u opiniones legales con la mentalidad de mejorar el acceso oportuno a una resolución judicial; máxime, es valiosa la colaboración de otros Ministerios, regulados por ramas específicas del Derecho, vale decir, el Ministerio de Trabajo en materia laboral o el Ministerio de Minería en temas de producción minera, al mismo tiempo, instituciones privadas gestionan propuestas propias, tal es el caso de organizaciones de Derechos Humanos (Fundación UNIR Bolivia, 2019).

Finalmente, los actores de reforma judicial emanados de grupos sociales, la ciudadanía en general así como representantes de la justicia indígena, serán el puntal para legitimar las propuestas consensuadas por el monitor; la población beneficiaria, es la principal interesada en que existan cambios de administración judicial. Como se mencionó en un apartado anterior, dentro de los actores emergentes del pueblo boliviano se encuentran -asimismo- las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, quienes justifican una visión plural de la justicia, junto a las organizaciones sociales, en cuyas bases se sustenta la presencia ciudadana integral, pero sobre todo reflejan una participación comunal en la toma de decisiones para la adecuación normativa, codificación y reforma judicial boliviana.

99

En suma, los actores de la reforma judicial, pueden dividirse por una parte, en aquellos partícipes que cuentan con amparo de la Ley Fundamental, a más que obligatoriamente tienen que aportar ideas sobre la reforma, su labor así lo condice, y, por otra, contamos con las instituciones, que si bien no encuentran positivización constitucional, deben aunar su mejor esfuerzo para disminuir la crisis judicial; a ellos se adicionan los grupos de la sociedad civil organizada, pues son el paladín de legitimación de la reforma y permiten posteriores modificaciones jurídicas, que revistan la característica de integralidad.

Es decir, en la reforma judicial, analizamos trabas de la administración de justicia y planteamos soluciones que erradiquen los malestares que la aquejan; no obstante, en la etapa de codificación se estudian contrariedades legales y las respuestas jurídicas se traducen en un

compilado de normas. Así, la reforma modifica la administración de justicia, sea ordinaria o constitucional, y la codificación cambia de orientación el sistema normativo boliviano.

Entonces, se concluye que la reforma judicial y sus actores permitirán, al Estado Plurinacional de Bolivia, disminuir los estándares de crisis en la justicia, asimismo, ésta última, repleta de rasgos plurales, es el asiento oportuno para que, en la posteridad, se plantee el nuevo sistema normativo plurinacional; de hecho, la construcción de la justicia plural no requiere tan sólo la promulgación de leyes, por el contrario, tendrá que ingresar de llano a una etapa en la que, previamente, se analicen los problemas judiciales y puedan concebirse también proyectos normativos, ambos elementos son base para encarar la justicia plural.

No significa que, en cada proyecto normativo, se agreguen algunos principios procesales o sustantivos, que le permitan al legislador modificar su pensamiento al momento de emitir una resolución judicial. Se trata de generar conciencia jurídica en el pueblo de Bolivia, de tal suerte que una reforma judicial, una codificación propiamente dicha, la elaboración de protocolos normativos, en cualquier rama jurídica, y otros factores que permitan la integración normativa, jamás revista de un componente aislado, es decir, la posibilidad de agrupar una mayor cantidad de instituciones y actores con carácter comprometido en la mejora del acceso oportuno a la justicia (Martínez Salcedo, 2015).

100

En términos o palabras sencillas, la justicia plural no se traduce en principios, sino en la forma en la que el Estado garantiza que la reforma, su codificación y la posterior aprobación de leyes tenga como fundamento la participación de las bases, y, éstas legitimen cualquier intento por reformar el concepto de la justicia boliviana; a todo ello se llama justicia, pues el legislador habrá promulgado una norma pasando por una reforma previa y una codificación consensuada.

3. Conclusiones y Recomendaciones

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 los compilados legales que rigen, en las diferentes etapas de 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 propia del ciudadano y el legislador, entonces, se concluye que la codificación del debido proceso y modernidad van acopiadas. La configuración del Estado Plurinacional de Bolivia es el espacio idóneo para reformular los sistemas normativos, plagados de figuras jurídicas plurales. Nos encontramos en una época que marca hito histórico, pues han iniciado procesos reformatorios legales, que intentan propugnar aquel anhelo de contar con instrumentos normativos, intrínsecamente, caracterizados por una ideología jurídica propia y boliviana.

Ejecutar la compilación legal plurinacional exige, dos actividades a cumplirse con carácter inexcusable. La primera, versa en la necesidad de verificar los sistemas normativos que adolecen de problemas en su contenido y esencia; cumplida ésta labor habilitará su reforma, es decir, diferentes actores de la sociedad intervienen a momento de analizar cuáles de los instrumentos normativos, del ordenamiento legal plurinacional, tienden a una urgente modificación. La segunda etapa, corresponde a una actitud legislativa y codificadora integral; se traduce en la posibilidad de abrogar, o por lo menos derogar, tanto el acápite sustantivo y en forma escalonada su procedimiento.

101

Es deber de las autoridades gubernamentales promover la codificación y compilación unificada a través de los dos elementos del sistema normativo; en tiempos modernos, se opta por la previa abrogación procedimental, empero, resulta adecuado y viable centrar atención en obtener cambios anticipados en la parte sustantiva, por cuanto, éste último complicado legal acredita derechos y facultades, y, el procedimiento tan sólo representa la vía instrumental de aplicación de apartado sustantivo.

La proyección de los nuevos compilados normativos que permitan la concreción real de los derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales, cuya naturaleza jurídica sea eminentemente plural, además, de aquel sentido propio por personificar a los métodos alternativos de solución de conflictos y evitar la dispersión penal, dan como resultado una integración normativa, cuyas tareas pendientes se exteriorizan mediante la coordinación y cooperación estatal y de actores

procesales, codificadores, monitores y ciudadanos que aportan, en forma indistinta, a la reforma judicial integral en el Estado Plurinacional de Bolivia.

4. Bibliografía

Borges Blázquez, R. (2018). La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 25, 536-549.

Bujosa Vadell, L.-M. (2020). La justicia en tiempos de coronavirus. *Ars Iuris Salmanticensis de la Universidad de Salamanca*, 8, 11-14.

CEJA. (2020). *Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral*. CEJA. <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5654>

Centro de Investigación y Docencia Económica. (2020, mayo 20). *Audiencias virtuales e impartición de justicia en tiempos de COVID-19: Caso Yucatán*. Derecho en Acción. <http://derechoenaccion.cide.edu/audiencias-virtuales-e-imparticion-de-justicia-en-tiempos-de-covid-19-caso-yucatan/>

102

CONAMER. (2019). *Hacia una Justicia Digital: Diagnóstico de los sistemas tecnológicos en los Poderes Judiciales*. Estudios de Mejora Regulatoria. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/487196/Hacia_una_Justicia_Digital_portal.pdf

Cordella, A., & Continio, F. (2020). *Tecnologías digitales para mejorar los sistemas de justicia: Un conjunto de herramientas para la acción*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Tecnologias-digitales-para-mejorar-los-sistemas-de-justicia-un-conjunto-de-herramientas-para-la-accion.pdf>

Fundación CONSTRUIR. (2020). *Estado de Situación de la Justicia en Bolivia 2019* (Primera Edición). Fundación CONSTRUIR.

Fundación UNIR Bolivia. (2019). *IV Congreso Mundial de Mediación*. Imprenta Weinberg SRL.

González Becerra, L. (2020). Los estados de excepción: Aspectos conceptuales y su desarrollo constitucional en Ecuador. *Revista de Derecho Fiscal*, 18, 143-164.

- Instituto de Democracia y Derechos Humanos. (2020, marzo 16). Los derechos delimitados y el estado de emergencia. *IDEHPUCP*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/los-derechos-delimitados-y-el-estado-de-emergencia/>
- Legis Ámbito Jurídico. (2021). *Videoconferencias judiciales*. La justicia virtual debe respetar los estándares internacionales en materia de debido proceso, por lo que no se pueden realizar audiencias virtuales que no cumplan dichas garantías. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/tic/videoconferencias-judiciales>
- Marcheco Acuña, B. (2020). La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana. *Estudios Constitucionales*, 18(1), 93-114.
- Martínez Salcedo, J. C. (2015). Codificación del Derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 15, 17-30.
- Molina Vergara, M. (2018). Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (RDUCN)*, 1. 103
- OACNDUH. (2010). *Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia: Un Manual Para Jueces, Fiscales y Abogados*. International Bar Association.
- OpenDemocracy. (2019). *Ciudadanía digital: Por una nueva generación de derechos humanos*. OpenDemocracy. <https://www.opendemocracy.net/es/democraciaabierta-es/ciudadan%C3%ADa-digital-por-una-nueva-generaci%C3%B3n-de-derechos-humanos/>
- Parada Mendía, A. (2020). Justicia Civil en Bolivia, la realidad que desnuda el Covid-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12, 828-835.
- Tribunal Constitucional de Perú. (2018). *Plan estratégico de Gobierno Electrónico del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional de Perú. <https://www.tc.gob.pe/tc/transparencia/pege/Plan%20Estrat%C3%A9gico%20de%20Gobierno%20Electr%C3%B3nico%20del%20TC.pdf>

- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2021). *TCP emite primera Resolución de Doctrina Constitucional que unifica líneas jurisprudenciales sobre incumplimiento de conminatoria de reincorporación laboral*. <https://tcpbolivia.bo/tcp/comunicados-tcp#overlay-context=>
- Vásquez Castro, J. (2017). *Utilidad de la Conciliación Intraprocesal en Bolivia. Técnicas para una Conciliación Intraprocesal Efectiva* [Universidad Andina Simón Bolívar]. <http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/700/1/2017-036M-DPC-JVC.pdf>
- Vinueza Arroyo, G. F., Silva Andrade, G. J., & Villamarín Barragán, F. D. (2019). El procedimiento expedito en contravenciones penales, la tutela judicial efectiva y el debido proceso en el Ecuador. *Dominio de las Ciencias*, 5(2), 536-553.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

TÓPICO 2

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL

Necesidad de Fundamentación, Argumentación y Congruencia en la Justicia Militar

1. Introducción

Debido a los procesos y jurisdicción militar, constituyendo categorías jurídicas que configuran el sistema boliviano de justicia castrense. La adecuación de la milicia judicial a ciertos cánones jurídicos exige que los tribunales militares, como órganos colegiados de juzgamiento, circunscriban sus etapas procedimentales a los parámetros constitucionales e incumbe referirse al derecho a la motivación de las resoluciones, este último como elemento del debido proceso.

La aplicación de normas jurídicas en casos puestos a consideración de la justicia militar, requiere un ejercicio analítico a efectos de diferenciarse los conceptos de fundamentación, motivación, argumentación y congruencia. La coyuntura actual enfrentada por el fuero militar, a nivel regional e internacional, justifica que las reglas especiales adoptadas por tribunales castrenses, sean complementadas con aportes provenientes de la Ciencia Jurídica boliviana, ajustándose las decisiones adoptadas por sus integrantes a las múltiples bases constitucionales o sean adoptadas las recientes líneas jurisprudenciales, inclusive, es de capital importancia repasarse los aportes emergentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los factores expuestos, sustentan un análisis estructural sobre las principales incógnitas procesales que atraviesan los tribunales militares, sin embargo, también supone fortalecerse el conocimiento doctrinal-jurídico o jurisprudencial del juzgador castrense. Dichos aspectos, resultan trascendentales en la interpretación de la normativa interna de índole militar y condice la aplicabilidad de la misma por parte de sus agentes jurídicos, especialmente cuando los órganos con facultades de escrutinio constitucional, tal es el caso del Tribunal

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 29 de octubre de 2021, durante el Ciclo de Conferencias: "Una Mirada Constitucional a la Justicia Militar", organizado por el Centro de Diplomados en Altos Estudios Nacionales (CDAEN) de Bolivia.

Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, implementaron precedentes de juzgamiento para que al impartirse justicia, sin distinción de la jurisdicción reconocida por el constituyente o el legislador, puedan respetarse las reglas mínimas del debido proceso.

Evitar la lesión de derechos fundamentales en tribunales con sede militar, puede considerarse una tendencia actual de debate académico; no obstante, los veredictos asumidos por quienes se hallan investidos de jurisdicción y competencia militar, habrán de circunscribirse en los términos del derecho a la motivación, toda vez que el diseño del sistema boliviano de justicia castrense, debe desenvolverse acorde a los principios, valores y fines constitucionales, además, es preciso acudir a los criterios doctrinario-jurisprudenciales que serán objeto de explicación.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. El deber de motivar y fundamentar las resoluciones judiciales y administrativas y su realización a través de la argumentación jurídica

108 El derecho al debido proceso no es un constructo jurídico acabado, va evolucionando e incorporando nuevos elementos, que dotan de mayor objetividad y racionalidad al proceso y a la toma de decisiones por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Destaca, entre sus elementos, el deber de motivación y fundamentación de las resoluciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, pues la falta de motivación conduce a la arbitrariedad y la falta de fundamentación decanta en una resolución situada fuera del ordenamiento jurídico.

La exigencia de motivación preside el proceso de construcción de la decisión judicial o administrativa, evitando contradicciones en sus razonamientos y faltas a la lógica de la disposición jurídica aplicada a las premisas fácticas de un determinado caso concreto, lo cual también se encuentra íntimamente relacionado con el principio de congruencia, pues el pronunciamiento judicial o administrativo debe guardar correspondencia con las pretensiones de las partes y el objeto del proceso.

La obligación de motivar y fundamentar garantiza una correcta impartición de justicia, procurando que las personas sean juzgadas

por las razones que el Derecho ofrece y otorga credibilidad a las resoluciones judiciales y administrativas. Para lograr una motivación y fundamentación suficiente, cumpliendo los estándares de racionalidad y razonabilidad exigibles en un Estado de Derecho, se traen a colación un cúmulo de objetivos argumentativos a lograr por parte de la autoridad que dicta la resolución. De ahí, nace la importancia de una correcta formación en argumentación jurídica, que le permita a una autoridad cumplir con su deber de motivar y fundamentar sus decisiones.

Tanto es así que, Manuel Atienza genera una nueva concepción del Derecho como argumentación, a cuyo efecto afirma que esencialmente es una actividad argumentativa basada en el lenguaje, la lógica y otras formas de argumentación como la retórica y la dialéctica, resaltando que el Derecho es una actividad práctica donde el Estado ve limitado su poder al estar obligado a justificar de forma clara sus decisiones, evitando la arbitrariedad e implicando el sometimiento del poder al Derecho (Atienza, 1999).

Una resolución judicial o administrativa puede generar desconfianza e incredulidad en las autoridades, cuando sus decisiones carecen de buenos argumentos lógicos y técnico-jurídicos; en ese sentido, es fundamental que haya argumentos y razones capaces de convencer y persuadir a las partes. 109

Para ello, es necesario distinguir en qué momento se presenta los casos difíciles de los fáciles, porque los argumentos que se señalen son distintos para cada tipo de caso. Las autoridades jurisdiccionales deben saber qué hay que hacer en estos casos para resolver de la mejor manera los asuntos. Desde hace mucho tiempo, se resolvían las controversias sin hacer esta división.

En este sentido, no hay duda alguna de que a los jueces se les puede presentar casos distintos. En lo que se refiere a los casos fáciles, no representa mayor problema. De lo anterior, podemos extraer que con la sola justificación deductiva de un texto normativo y una premisa fáctica se puede resolver un problema jurídico; sin embargo, en los casos difíciles, se utilizan otro tipo de justificaciones más riguroso y científico para que la premisa normativa y fáctica sea totalmente justificada en las resoluciones judiciales y administrativas.

A decir de los casos fáciles, en estos no es necesario realizar una interpretación o justificación externa de la disposición jurídica, pues la misma prevé y es racionalmente aplicable en el proceso de subsunción con la premisa fáctica que hace al caso concreto (Galindo Sifuentes, 2013).

Un caso fácil no utiliza la interpretación, y tampoco representa problemas como un caso difícil. Por tanto, para justificar una resolución judicial o administrativa en casos claros es únicamente con la deducción, no siendo necesaria una argumentación extensa que utilice otros elementos argumentativos para justificar la utilización de la premisa normativa en el caso concreto.

En cambio, en los casos difíciles donde se duda del significado de la premisa normativa o simplemente ésta no es racionalmente aplicable al caso concreto, pues este último presenta características *sui generis* que no permiten la subsunción mecánica al generar una grave afronta al sistema de valores, principios y derechos fundamentales, se debe recurrir a justificar la utilización de la premisa normativa interpretando su significado para el caso concreto o modulando su alcance o efecto, en procura de lograr justicia al momento de emitir la resolución judicial o administrativa.

110

De esta manera, en esa actividad de justificación externa de la premisa normativa aplicable al caso concreto, se debe recurrir a escoger la interpretación que más concuerde con el sistema de valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado (CPE), pues solamente de esta manera se tendrá por cumplida la obligación de motivación y fundamentación (Galindo Sifuentes, 2013).

Por lo expresado, se pueden distinguir dos tipos de justificaciones de la resolución judicial o administrativa, una interna y otra externa. La interna, hace a la coherencia y congruencia interna de la operación de subsunción (juicio lógico) para la solución del problema concreto; la segunda, implica justificar por qué es racional aplicar o no una determinada disposición normativa o modular su significado para el caso concreto, vale decir, tiene la finalidad de fundamentar o corregir las premisas normativas utilizadas en la justificación interna (Galindo Sifuentes, 2013).

Así pues, la justificación externa, por sus cualidades ya mencionadas tiene lugar cuando se estudian los casos difíciles, es decir, no basta con la

pura lógica deductiva o formal. Con la justificación externa la autoridad se desvincula de la arbitrariedad con base en valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado y el Bloque de Constitucionalidad, considerando especialmente la jurisprudencia constitucional y el *Corpus Iuris* Interamericano de Derechos Humanos.

En conclusión, la argumentación jurídica es de suma importancia para que las resoluciones judiciales y administrativas sean debidamente justificadas de manera interna y externa, con la finalidad de persuadir y convencer a los justiciables, permitiendo cumplir con el deber de motivación y fundamentación de la decisión, como elemento del derecho al debido proceso.

2.2 Jurisprudencia constitucional, relacionada a la fundamentación y motivación de las resoluciones

2.2.1. Fundamentación y motivación

El Tribunal Constitucional Plurinacional, enmarca sus actividades en lo previsto en los arts. 196 y 197 de la Constitución Política del Estado, siendo su labor precautelar la supremacía constitucional mediante el control de constitucionalidad. Así pues, vela por la vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, trabajo realizado a través de la interpretación e interrelación de las normas infraconstitucionales a la luz de la Constitución Política del Estado y el Bloque de Constitucionalidad, ampliado a la jurisprudencia de la Corte IDH, las recomendaciones y opiniones consultivas tal cual precisa la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0110/2010-R de 10 de mayo.

Esta interpretación e interrelación, se constituyen en subreglas o normas adscritas que, en el Derecho Jurisprudencial, representan precedentes jurisprudenciales contenidos en la razón de la decisión de las Sentencias Constitucionales Plurinacionales, mismas que son vinculantes y de cumplimiento obligatorio, para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares, conforme prevén los arts. 203 de la CPE, 15 del Código Procesal Constitucional (CPCo) y 8 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En este marco, con relación a la garantía del debido proceso, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 0002/2021-S4 de 20 de enero,

estableció los elementos¹ constitutivos de este derecho, entre los cuales, se encuentran la fundamentación, motivación y congruencia de cualquier tipo de resolución, incluidas las resoluciones administrativas², señalando que éstas deben exponer los hechos y el fundamento legal de la decisión, de manera que en caso de omisión, se estaría vulnerando este derecho³. A tal efecto, la SCP 0103/2021-S3 de 26 de abril, ha desarrollado la diferencia entre la fundamentación y motivación, precisando que la primera constituye la estructura jurídico-legal que sustenta los entendimientos expresados por el administrador de justicia, y la segunda debe ser entendida como la justificación razonada de los fallos mediante la cual el juzgador arriba a una conclusión y asume una decisión⁴.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado el contenido esencial del derecho a una resolución fundada, señalando en la SCP 0123/2021-S2 de 1 de mayo y 0812/2020-S4 de 9 de diciembre, que dicho derecho está dado por sus finalidades implícitas, como son:

- I. El sometimiento a la Constitución y al bloque de constitucionalidad;
- II. Lograr el convencimiento de las partes que la resolución no es arbitraria; es decir, que observa el valor justicia,

1 La SCP 0002/2021-S4 de 20 de enero, reitero la jurisprudencia señalando que: *"En cuanto a los elementos de la garantía del debido proceso, la SC 1491/2010-R de 6 de octubre, reiterando a la SC 0981/2010-R de 17 de agosto, concretó: "...los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (...);sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia..."*.

2 SC 0946/2004-R de 15 de junio, SCP 0869/2019-S2 de 25 de septiembre.

3 SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, SCP 0662/2019-S2 de 7 de agosto.

4 La SCP 0103/2021-S3 de 26 de abril, en su F.III.3., explicó que: *"...la motivación debe ser entendida como la justificación razonada de los fallos mediante la cual el juzgador arriba a una conclusión y asume una decisión; imperativo por el que toda resolución debe contener el desarrollo de los razonamientos por los cuales se emite el pronunciamiento vinculados con cada uno de los asuntos sometidos a la decisión del juzgador, esto es, las razones fácticas y circunstancias de hecho y probatorias que sustenten la determinación asumida, constituyendo por ende la motivación de todo fallo un deber fundamental inexcusable al momento de resolver los asuntos que conozcan. Por otra parte, la fundamentación constituye la estructura jurídico-legal que sustenta los entendimientos expresados por el administrador de justicia, quien recurre sistemáticamente a las normas del ordenamiento jurídico a objeto de resolver las causas sujetas a su conocimiento, ello implica que las razones fácticas o criterios que son parte de la motivación se subsumen a la norma aplicable al caso, configurando ello los razonamientos legales de la decisión..."*.

los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia;

- III. Garantizar la posibilidad del control de la resolución a través de los medios de impugnación;
- IV. Permitir el control social de la resolución en mérito al principio de publicidad; y,
- V. La observancia del principio dispositivo que implica la otorgación de respuestas a las pretensiones de las partes, quinta finalidad complementada por la SCP 0100/2013 de 17 de enero.

De la misma forma, la jurisprudencia SC 0871/2010-R de 10 de agosto, reiterada por la SCP 0123/2021-S2 de 1 de mayo, determina los requisitos que debe contener toda resolución judicial o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso, es decir:

- a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales;
- b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes;
- c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto;
- d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales;
- e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada; y,
- f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado.

Al respecto, la SCP 2221/2012, como la SCP 0100/2013, reiteradas por la SCP 0123/2021-S2 de 1 de mayo, señalan que la arbitrariedad puede estar

expresada en una decisión sin motivación, con motivación arbitraria, insuficiente y por la falta de coherencia del fallo. A este efecto, las resoluciones citadas, a modo de ejemplo, refieren que:

1. La decisión sin motivación, se presenta cuando la resolución no da razones que la sustenten;
2. La motivación arbitraria es la que sustenta la decisión con fundamentos y consideraciones meramente retóricas o cuando deviene de la valoración arbitraria, irrazonable de la prueba, o en su caso, de la omisión en la valoración de la prueba aportada en el proceso; y,
3. La motivación es insuficiente, cuando no se da razones de la omisión de pronunciamiento sobre los planteamientos de las partes.

2.2.2. La coherencia y congruencia

La SCP 1067/2019-S4 de 18 de diciembre, respecto a la congruencia, reiteró la jurisprudencia contenida en la SC 0358/2010-R de 22 de junio, que indica que:

- Las autoridades jurisdiccionales o administrativas están obligadas a velar porque en sus resoluciones exista una estricta correspondencia entre lo petitionado, lo considerado y lo resuelto (congruencia externa).
- Implica también la concordancia entre la parte considerativa, las premisas fácticas y normativas y la parte de las conclusiones y la dispositiva, pero además esa concordancia debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos emitidos por la resolución (congruencia interna).

En igual sentido, en la SCP 0869/2019-S2 de 25 de septiembre, reiterando a la 1915/2012 de 12 de octubre, el TCP señaló que las resoluciones deben guardar correspondencia con lo pedido o impugnado por las partes y lo resuelto, pero no solo debe ser entendida como la correspondencia que debe existir entre lo petitionado y lo resuelto, sino que además implica la concordancia del fallo, es decir su coherencia interna.

Por esta razón, la falta de coherencia del fallo se da, en su dimensión interna, cuando no existe relación entre las premisas (normativa y fáctica) y la conclusión (por tanto); en su dimensión externa, implica que la resolución debe guardar correspondencia con lo pedido o impugnado por las partes y lo resuelto.

Por su parte, con relación a la congruencia de las resoluciones de segunda instancia, en la SC 0682/2004-R de 6 de mayo, señaló que el pronunciamiento debe guardar correspondencia con los agravios de la apelación y la contestación de alzada; además, la aludida resolución enfatiza que, estos parámetros instituidos en los precedentes constitucionales, deben ser tomados en cuenta por todos los órganos de justicia, incluidos los de cierre y el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, así como las instituciones administrativas.

Finalmente, mediante la SCP 0014/2018-S2 de 28 de febrero, el TCP entendió que únicamente es posible conceder la tutela y disponer la nulidad de la resolución judicial o administrativa, ordenando se emita otra nueva, ante la denuncia de arbitraria o insuficiente fundamentación, previo análisis de la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional, es decir, previo análisis de su relevancia constitucional. En definitiva, si no tiene efecto modificadorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por el TCP únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado.

115

2.3. Debido proceso y derecho a la motivación en el ámbito convencional, con énfasis en la justicia militar

Si bien el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene el nomen juris de “garantías judiciales”, dicha disposición no consagra un medio procesal de esa naturaleza en sentido estricto, es decir, no establece un recurso judicial propiamente dicho, más bien lo que hace es establecer una serie de requisitos procesales para que los recursos puedan alcanzar el umbral de verdaderas y propias garantías judiciales, según señala la propia Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987).

En rigor, las garantías judiciales establecidas en el referido art. 8 del Pacto de San José constituyen el denominado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones necesarias a cumplirse, en miras a lograr una adecuada

defensa legal de los derechos u obligaciones sujetas a una consideración judicial, la cual, conforme la jurisprudencia interamericana, no está limitada meramente a los procesos de determinación de responsabilidad penal, sino a todo proceso donde se determinen derechos (Caso «Tribunal Constitucional Vs. Perú», 2001).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su sentencia del Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, estableció el contenido general del debido proceso y su conexión intrínseca con la noción de justicia, estableciendo que este derecho implica:

- i) Un acceso a la justicia no sólo formal, sino que busque resolver los factores de desigualdad real de los justiciables;
- ii) El desarrollo de un juicio justo; y,
- iii) La resolución de controversias de tal forma que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir, que en la mayor medida posible, asegure una solución justa al problema (Caso «Ruano Torres y otros Vs. El Salvador», 2015).

116

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR), organismo encargado de la supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Observación General N° 32, ha precisado que el derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia y a un juicio imparcial, es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el Estado de Derecho.

En este sentido, busca velar por la adecuada administración de la justicia, sea en la jurisdicción penal, civil, ordinaria o militar, lo cual incluye la obligación de la fundamentación y motivación de las resoluciones que determinen la situación jurídica de derechos (Comité de Derechos Humanos de la ONU - CCPR, 2007).

Por otro lado, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cabe destacar el Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares de 2006 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, cuyo objetivo es el de establecer las normas mínimas y de alcance universal para regular los

estándares mínimos de protección de derechos, en el marco de la justicia militar.

Por su parte, la Relatora Especial sobre la Independencia Judicial de Naciones Unidas ha destacado la importancia y la necesidad de contar con un sistema de justicia militar independiente e imparcial, donde resguarden las normas marciales y las adecuadas para imponer disciplina por las faltas a dichas normas, velando por la eficiencia y la moral de las fuerzas armadas (Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, ONU, 2013).

En este orden de ideas, todas las decisiones de órganos del Estado que puedan afectar derechos humanos, incluida las resoluciones de la jurisdicción militar, deben estar debidamente motivadas y fundamentadas, pues de lo contrario podrían ser consideradas como decisiones arbitrarias. Al respecto, reviste de importancia la definición de motivación, adoptada por la Corte IDH en el caso de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Vs. Venezuela, donde estableció que motivación constituye “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (Caso «Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela», 117 2008).

Es decir, se trata de la obligación de ‘motivar’ las decisiones adoptadas en el marco de la garantía vinculada al Estado de Derecho que se manifiesta en una adecuada administración de la justicia, con miras a la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de todas las personas y, en particular, al derecho a ser juzgados por las razones o motivos establecidas previamente en la Ley.

En el mismo caso, la Corte IDH determinó que, en la argumentación de las decisiones, se debe tener en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas haya sido analizado (Caso «Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela», 2008), porque en este sentido, la adecuada motivación tiene como base demostrar a las partes que se les ha escuchado y se ha considerado apropiadamente sus opiniones y el conjunto de pruebas; asimismo, en el caso de aquellos procesos donde existe la posibilidad de recurrir en segunda instancia, la motivación concedería un espacio propicio para que el recurrente pueda cuestionar la resolución y lograr un nuevo examen por los tribunales superiores.

Sobre el particular, cabe aclarar que, el Tribunal de San José no estableció que el deber de motivar exigía una respuesta pormenorizada a todo argumento presentado por las partes, sino que el análisis de los argumentos y pruebas depende de la naturaleza de cada proceso y decisión en el caso concreto, vale decir, que mínimamente se debe responder, con base en el Derecho, los principales alegatos y problemas jurídicos que hacen al fondo del asunto.

Del mismo modo, en el Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, la Corte estableció que la argumentación de un fallo debe reflejar el contenido de tres elementos sustanciales:

- i) los hechos que dieron lugar a la resolución;
- ii) las normas jurídicas aplicables al asunto; y,
- iii) los motivos especiales que relacionan los hechos y el derecho en el caso concreto. Estos elementos, en suma, permiten vislumbrar, de forma precisa, el porqué de la decisión y descartar cualquier indicio de arbitrariedad (Caso «Chocrón Chocrón Vs. Venezuela», 2011).

118

Así, por ejemplo, la mera enumeración de las normas, que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas sancionadas, no cumpliría con los requisitos de una motivación adecuada conforme los estándares internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, cuando se trate de sanciones disciplinarias, la exigencia de motivación debe diferenciarse de la de cualquier acto administrativo, precisamente en virtud al objeto de un control disciplinario, orientado al correcto manejo y cumplimiento de las funciones públicas encomendadas; por ende, correspondería que la autoridad haya analizado la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción, y que ello figure en la resolución final, con énfasis en las decisiones graves que podrían desembocar, *inter alia*, en la destitución de una persona.

Los estándares interamericanos supra, desarrollados con relación a la motivación de las decisiones judiciales, deben ser analizados a la luz del mencionado Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares, particularmente el principio 2 de respeto de normas de Derecho Internacional, leído en conjunción con el principio 14 de publicidad, cuya interpretación, por parte de la entonces Sub

Comisión de Derechos Humanos, implica que los juicios sean públicos y las resoluciones judiciales sean específicas, motivadas y recurribles (Consejo Económico y Social - ECOSOC, 2006).

Finalmente, cabe destacar que la motivación y fundamentación dota de credibilidad pública respecto del acto jurisdiccional del Estado, brindando seguridad jurídica y confianza por parte de los justiciables y la sociedad en su conjunto sobre la independencia, imparcialidad y legitimidad de la decisión sin atisbos de arbitrariedad, en el marco de los principios de una sociedad democrática.

3. Conclusiones y Recomendaciones

Las deliberaciones de la jurisdicción militar, deben sujetarse a los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y convencionales expuestos precedentemente, toda vez que el derecho al debido proceso incorpora, como uno de sus principales elementos, el deber de motivación y fundamentación de las resoluciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, esto con la finalidad de dotar de racionalidad al proceso y de evitar el ejercicio arbitrario del poder, pues el deber que tenga una determinada autoridad de argumentar jurídicamente, justificando su decisión de manera interna y externa, permite someter el ejercicio del poder al Derecho, característica elemental del Estado de Derecho y procurar la justicia en la resolución de casos difíciles a través de la aplicación de valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado.

119

4. Bibliografía

Atienza, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría*, 21, 37-47.

Comité de Derechos Humanos de la ONU - CCPR. (2007). *Observación General N° 32 respecto al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia* (CCPR/C/GC/32). Organización de las Naciones Unidas (ONU). https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_justicia_instrumentos_internacionales_recursos_rec_gral_23_un.pdf

Consejo Económico y Social - ECOSOC. (2006). *Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares* (E/CN.4/2006/58). ECOSOC de la ONU. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/2006/58>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 7.). Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>

Caso «Tribunal Constitucional Vs. Perú», (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de enero de 2001). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf

Caso «Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela», (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de agosto de 2008). https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=295

Caso «Chocrón Chocrón Vs. Venezuela», (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de agosto de 2011). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf

Caso «Ruano Torres y otros Vs. El Salvador», (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de octubre de 2015).

120

Galindo Sifuentes, E. (2013). *Argumentación Jurídica: Técnicas de Argumentación del Abogado y del Juez* (5º). Porrúa. <https://www.ilustracionjuridica.com/producto/argumentacion-juridica-tecnicas-de-argumentacion-del-abogado-y-el-juez-ernesto-galindo-sifuentes-descargar-pdf/>

Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, ONU. (2013). *Informe a la Asamblea General A/68/285*. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/68/285>

La Motivación en el Ejercicio de Atribuciones Discrecionales por parte de las Autoridades Públicas

1. Introducción

La trilogía de la Constitución Política del Estado (CPE), la competencia discrecional y el ejercicio del servicio público, propician debates académicos respecto a la motivación durante la toma de decisiones. La gestión del aparato estatal no representa una tarea sencilla, intervienen factores que condicionan la búsqueda del bien común, debiendo precautelarse que el uso de atribuciones discrecionales por autoridades públicas, no menoscaben los derechos constitucionales.

El establecimiento del poder discrecional, tiene por propósito el cumplimiento de los fines y objetivos de un determinado Estado; sin embargo, la utilización de esta facultad debe someterse al imperio de la Constitución y la ley, evitándose conductas que ingresen en la esfera de la arbitrariedad al causar -a costa de su aplicación- lesiones hacia los derechos fundamentales o promoverse la satisfacción de intereses particulares trastocando el interés público.

121

A continuación, se desarrollará un análisis jurídico sobre la necesidad de motivarse las actuaciones administrativas, pues el empleo de la discrecionalidad -en forma sesgada- puede derivar en escenarios de injusticia. Además, serán explicados parámetros jurisprudenciales a considerarse por las diferentes autoridades del sector público, en el momento de expedir actos administrativos tendientes a sustituir la normatividad existente, pero en sujeción al ordenamiento jurídico o en aras de implementarse la gestión administrativa.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. El origen constitucional y legal del ejercicio de atribuciones

En toda sociedad se requiere un orden jurídico, que no debe ser arbitrario, sino producto de normas jurídicas que se crean con el propósito de organizarnos, de tal manera que, sea factible y de la mejor forma posible, la convivencia y el logro de los fines y funciones esenciales del Estado,

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 25 de noviembre de 2021, durante las V Jornadas Nacionales: "La Motivación de las Resoluciones Judiciales", organizadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

que representan los objetivos por los que los ciudadanos decidimos constituirlo¹.

El requisito más importante dentro de ese orden jurídico, que se debe de crear para tener un Estado de Derecho dentro de la sociedad es la legalidad, ya que con esta se asegura una conducta adecuada por parte de los ciudadanos y evita las acciones arbitrarias de las autoridades en el ejercicio de sus atribuciones; pues si bien las nuevas Constituciones que siguen los lineamientos del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, incorporan extensos catálogos de derechos fundamentales y garantías constitucionales y reconocen tratados internacionales de derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad², también contienen cláusulas de reserva legal que remiten la regulación de dichos derechos y garantías mediante leyes aprobadas por los órganos o poderes legislativos a través de la democracia representativa³.

Aunque las Constituciones Políticas dotan a los órganos e instituciones públicas de funciones y un conjunto básico de atribuciones o potestades, estableciendo ante todo el margen competencial de su actuación, por lo general la regulación más precisa de la Administración Pública se remite a las leyes, las cuales deben desarrollar el contenido constitucional acorde a disposiciones jurídicas que aterricen y materialicen el ejercicio de las funciones, atribuciones y potestades constitucionalmente otorgadas, generando un marco jurídico suficiente que permita a las autoridades públicas el desempeño de sus funciones de manera eficiente y en los márgenes de la legalidad (Pérez Dayán, 2006).

122

-
- 1 El art. 9 de la Constitución Política del Estado de Bolivia dispone que: "*Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional. 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras*".
 - 2 El art. 410.II de la Constitución Política del Estado de Bolivia establece que: "*(...) El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país (...)*".
 - 3 El art. 109.II de la Constitución Política del Estado de Bolivia señala que: "*Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.*"

Cuando se habla de legalidad, se debe distinguir dos dimensiones, una dirigida al ámbito público y otra al privado; de esta manera, la legalidad en el ámbito público, atiende la idea esencial de que las autoridades solamente pueden desenvolverse dentro de la legalidad y la constitucionalidad, pues un acto de poder (legislativo, administrativo o judicial) que no encuentra sustento en el ordenamiento jurídico vigente, es arbitrario por atentar contra la concepción misma del Estado de Derecho y, por otra parte, en el ámbito privado se entiende que las personas en el ejercicio de sus derechos están obligadas a hacer solo lo que el ordenamiento jurídico mande⁴.

En la actualidad, la legalidad no se ha convertido en un concepto muerto, sino que por las necesidades de nuestra sociedad sufre transformaciones, que han llevado al Estado a otorgar, dentro de su orden jurídico, ciertas potestades discrecionales a algunos de sus Órganos, con el propósito de agilizar el proceso de aplicación de la norma jurídica, pero la autoridad ha abusado de esas potestades conferidas para emitir actos que atentan contra los gobernados, los cuales están apoyados en la discrecionalidad desarrollada en algunos ordenamientos jurídicos (Fernández, 1999).

El principio fundamental, que guarda relación con la legalidad, indica que las leyes son las que gobiernan a los ciudadanos y no los hombres, ya que ellos solo las aplican. Dicho principio, se basa en que ningún Órgano del Estado u autoridad puede adoptar una decisión individual que no sea fundada en una disposición anteriormente dictada, esto es, que esa decisión debe encontrarse inmersa en una disposición legislativa y que un acto dictado por una autoridad no puede emitirse si no está dentro de los límites determinados por una ley, lo que busca el legislador con esto es darle protección a los gobernados, y que su esfera jurídica no se vea afectada por actos contrarios a Derecho.

Conforme lo señalado, se puede hablar del ejercicio de atribuciones regladas⁵ y discrecionales⁶ por parte de las autoridades públicas,

4 El art. 14.IV de la Constitución Política del Estado de Bolivia determina que: "en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban".

5 Según la SCP 0049/2019 de 12 de septiembre: "Para el caso de las facultades regladas, es la norma jurídica la que impone a la administración pública la decisión que se toma, en atención a la existencia de procedimientos y requisitos que ella establece; por lo que, el servidor público no queda en libertad de elegir el camino que más le conviene, ya que es presencia de determinadas circunstancias deberá actuar en sentido prescrito por la norma".

6 En la SCP 0049/2019 de 12 de septiembre, se expresó que: "La discrecionalidad es la libertad electiva que en ocasiones disponen los servidores públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, es esencialmente la libertad de elección entre alternativas jurídicamente válidas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se

las primeras no representan un mayor problema en términos de motivación, pues la toma de la decisión y su aplicación se encuentra expresamente reglada por el ordenamiento jurídico en su generalidad, como serían por excelencia los actos jurisdiccionales producto de los procesos codificados en el ordenamiento jurídico⁷; en cambio, tenemos el ejercicio de atribuciones discrecionales que no encuentran una base reglamentada para la toma de la decisión, estando la autoridad facultada para determinar su actuación o abstención y, si decide actuar, qué límite le dará a su actuación y cuál será el contenido de la misma (Acosta Romero, 1997).

Entonces, el ejercicio de una atribución de manera discrecional surge cuando las autoridades deciden sobre su actuación, ya que pueden apreciar cada caso en concreto, y optar por la mejor solución, pero es muy importante aclarar que la actuación de la autoridad siempre debe darse con los límites que la propia ley le establece, y nunca podrá rebasar estos, porque son conferidos a la autoridad⁸.

124

Por ejemplo, tenemos las atribuciones de una autoridad acerca de funcionarios de libre nombramiento y remoción, la decisión de promover, mover o rotar servidores públicos, el destino de la ejecución presupuestaria, las fiscalizaciones extraordinarias, entre otros mayormente de índole administrativa; por ello, se abordará esta temática desde la perspectiva de la motivación del acto administrativo, emitido producto del ejercicio de una atribución discrecional.

2.2. La motivación de actos administrativos emitidos en el ejercicio de atribuciones discrecionales

La discrecionalidad surge como una necesidad de la Administración Pública, y es una herramienta jurídica que la propia ley -en algunos casos- entrega a la administración hablando concretamente al juzgador, con el propósito de que actué de acuerdo a las necesidades que tiene la sociedad en cada momento.

fundamenta en criterios extrajurídicos de oportunidad o conveniencia, no incluidos en la ley y remitidos a juicio subjetivo. Esta libertad concedida al servidor público puede versar sobre la forma, circunstancias o supuestos fácticos y sobre el objeto mismo de la actuación, pero no todos, ya que debe existir elementos necesariamente reglados a objeto de evitar la arbitrariedad".

7 Por otra parte, es necesario excluir lo referido a los actos políticos, como es la emisión de leyes por parte del Órgano Legislativo, pues si bien es discrecional, solamente tiene como límite su constitucionalidad y -recientemente- su convencionalidad por efecto del bloque de constitucionalidad y la doctrina de su control difuso.

8 Al respecto, el art. 7 de la Constitución Política del Estado de Bolivia instituye que: "*la soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada, emanando de esta última las funciones y atribuciones de los órganos de poder público*".

La existencia de la actividad discrecional es una resultante de la imposibilidad práctica de que las leyes limiten la competencia en todos sus aspectos y situaciones reales que se presenten. Siempre se le escapan al legislador hipótesis no previsibles, hechos inesperados o complejos.

Por eso, la discrecionalidad surge del proceso material de formación del acto administrativo, aquí es donde el juzgador a su criterio decide si se realiza el acto administrativo con el fin de satisfacer las necesidades de la sociedad, además, debe estar regulada por los ordenamientos vigentes.

Un aspecto relevante de la discrecionalidad es que la ley permite al administrador de justicia que sea el quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto, ya que este no tiene ninguna norma o criterio preexistente que esté obligado a seguir. La atribución discrecional puede ser clasificada de la siguiente manera:

- ▶ **Facultad discrecional libre:** Es aquella que deja al órgano administrativo el ejercicio de la voluntad, dentro de los más amplios márgenes.
- ▶ **Facultad discrecional obligatoria:** Es aquella cuyo ejercicio es obligatorio dentro de los límites de la ley.
- ▶ **Facultad discrecional técnica:** En la propia ley señala que deben apreciarse determinados datos técnicos, ya sea de la realidad, o del conocimiento científico, para ejercitar dicha facultad (Acosta Romero, 2003).

125

La facultad discrecional se encuentra sujeta a ciertos límites, los cuales procuran mantenerla dentro del principio de legalidad y supremacía constitucional que consagra nuestra Constitución Política del Estado, principios que rigen la actividad del Estado y en este caso de la Administración Pública.

La discrecionalidad, así como toda actividad administrativa, debe desarrollarse conforme a Derecho, los límites de esta deben de analizarse para determinar si el órgano administrativo ha traspasado las facultades conferidas en la ley. Este análisis, traerá como resultado el saber si la actividad discrecional se realizó dentro del ámbito lícito o ilícito.

Respecto a la existencia misma de la atribución discrecional con relación al principio de legalidad, se entiende que todo servidor público que ejerce tal facultad debe partir necesariamente del ordenamiento jurídico, es

decir, debe ser competente y estar autorizado por una norma jurídica expresa; caso contrario, se estaría ante un acto nulo por ser arbitrario y no tener fundamento jurídico.

Entonces, la autoridad no puede actuar arbitrariamente y sin ningún fundamento legal para satisfacer sus propios intereses, el propósito de esta facultad es otorgar a la autoridad la libertad de buscar el interés colectivo, analizando cada caso de una manera individual.

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, abordó la problemática referida a poder realizar, de manera razonable, el control de constitucionalidad de una disposición jurídica que otorga facultades administrativas discrecionales; para ello, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0049/2019 de 12 de septiembre, se arribaron a las siguientes conclusiones:

- ▶ Si bien se reconoce el principio de legalidad como límite a la Administración Pública, no restringe la posibilidad de existencia de atribuciones discrecionales, pues la excesiva regulación administrativa entraña el grave riesgo de paralizar la gestión pública, cuya actuación está guiada en última instancia por el interés público o bien común.
- ▶ Existen cuatro elementos de la atribución discrecional que no pueden dejar de ser reglados: 1) La existencia misma de la facultad; 2) Su extensión; 3) La competencia; y, 4) La finalidad de la actuación. Además, la discrecionalidad solamente tiene validez cuando se interpreta conforme a la legalidad y la constitucionalidad, evitando la arbitrariedad.
- ▶ La motivación y fundamentación de los actos administrativos debe hacerse conforme a valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, bien sea por que falten reglas o por la indeterminación de estas.
- ▶ El ejercicio de las facultades discrecionales tiene como límite atender los fines de interés público o bien común para los cuales fueron concedidas, caso contrario se estaría ante un caso de desviación de poder, para lo cual se debe realizar un balance y ponderación, tanto de los hechos o circunstancias de cada caso y a la luz de los principios que justifican el ejercicio.

- ▶ La finalidad del ejercicio de una determinada atribución discrecional no siempre está señalada en forma expresa en alguna disposición jurídica, sino que puede ser determinada mediante la contextualización de la norma, las funciones generales del órgano público, los fines y funciones esenciales del Estado como los consagrados en el art. 9 de la CPE.
- ▶ El desvío de poder en el ejercicio de una atribución discrecional, proscrito constitucionalmente por ser arbitrario, se presenta cuando existe divergencia entre lo querido por la norma como finalidad de la potestad administrativa y el fin buscado por el órgano que dictó el acto administrativo, pues el ejercicio de una atribución discrecional administrativa se justifica y legitima en su finalidad, condición que busca evitar el uso excesivo del poder público y la afectación de derechos fundamentales.
- ▶ En atención a la finalidad de la otorgación de la atribución discrecional a una determinada autoridad, aunado a la estimación de valores, políticas, principios e intereses en conflicto y en un determinado contexto, se puede verificar si el ejercicio de tal atribución representa una desviación de poder; por lo que, para permitir tal corroboración, la autoridad debe contextualizar los hechos del caso concreto de forma argumentada (motivada y fundamentada), evitando la arbitrariedad.

De todo lo señalado, puede concluirse que la motivación de los actos administrativos, emitidos en el ejercicio de atribuciones discrecionales, debe considerar en un primer momento la disposición normativa expresa que otorga tal facultad y la previsión competencial al respecto, y en segundo lugar se debe justificar la decisión con base en una finalidad legal y constitucionalmente válida, que permita verificar que el acto administrativo fue emitido en procura del bien común o el interés público y que no se trata de una desviación del poder traducida en arbitrariedad.

Finalizando este acápite, se puede señalar que el Estado de Derecho exige el sometimiento del poder al Derecho, por ello, autores como Atienza nos hablan de comprender el Derecho como argumentación, pues la exigencia de que las autoridades públicas justifiquen sus actos u omisiones y con base en el ordenamiento jurídico es la principal característica de este modelo de Estado, pues en el mismo no encuentran cabida la arbitrariedad y el abuso de poder; en rigor, el ejercicio de

atribuciones discrecionales también deben contar con una adecuada argumentación que sustente la decisión, en términos de motivación y fundamentación, caso contrario se rompería con la concepción misma del Estado de Derecho (Atienza, 1999).

3. Conclusiones y Recomendaciones

Las autoridades públicas al momento de pronunciar decisiones, además de someterse a los preceptos constitucionales o aquellos establecidos por la legislación específica, deben apoyarse en las herramientas jurídicas de la motivación.

Los actos administrativos siguen las pautas impuestas por el ordenamiento jurídico, no obstante, para gestionar la Administración Pública o garantizarse resultados prósperos al interés general, puede acudir al poder discrecional, siempre que su aplicabilidad no vulnere los derechos fundamentales de la población, dado que si la decisión administrativa (bajo pretexto de la discrecionalidad) se contraponen a los mandatos de la CPE e inclusive la jurisprudencia desarrollada en la materia, es posible desviarse su finalidad, ingresando así en los márgenes de la arbitrariedad.

128

4. Bibliografía

- Acosta Romero, M. (1997). *Teoría general del Derecho Administrativo*. Porrúa.
- Acosta Romero, M. (2003). *Compendio de Derecho Administrativo o Parte General* (4° Edición). Porrúa.
- Atienza, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría*, 21, 37-47.
- Fernández, T.-R. (1999). *De la Arbitrariedad de la Administración* (3° Edición). Civitas Ediciones, S.L.
- Pérez Dayán, A. (2006). *Teoría General del Acto Administrativo* (1° Edición). Porrúa.

El Régimen Disciplinario desde la Perspectiva Constitucional

1. Introducción

Diferentes autores de la literatura jurídica han acuñado conceptos relativos a lo que debe entenderse como debido proceso. Desde definiciones teórico-doctrinales hasta términos jurisprudenciales son los que abordan esta figura jurídica; sin embargo, a efectos de comprender su contenido, proceden a desarrollarse conceptos aproximados con un enfoque general, que luego permitan aterrizar en un concepto específico.

Usualmente, el debido proceso constituye un conjunto de exigencias mínimas que toda instancia judicial o administrativa debe cumplir, con el propósito de garantizar al justiciable un juzgamiento donde no se trastoquen sus derechos constitucionales y garantías jurisdiccionales. Por consiguiente, los casos sometidos ante una autoridad del sistema de justicia o que tenga competencia en la administración pública, tienen que ajustarse a las reglas del debido proceso, porque de lo contrario se ingresaría en una esfera de la arbitrariedad en la adaptación de la resolución final (García Ramírez, 2006).

129

Partiendo de este razonamiento amplio, suelen también ofrecerse definiciones en cada disciplina del Derecho, por ejemplo, el debido proceso penal, el debido proceso constitucional, el debido proceso convencional, el debido proceso disciplinario u otras ramas jurídicas donde resulte aplicable.

En el plano disciplinario, el debido proceso implica el derecho sustantivo por el que a los ciudadanos inmersos en un juicio sancionatorio, se les respeta todos los derechos que el asisten en el momento de interponerse una denuncia en su contra, la averiguación histórica de la verdad de los hechos que se imputan y el correspondiente dictado del veredicto.

Entonces, en el juzgamiento de conductas que recaigan en la esfera disciplinaria, habrá que asegurarse el respeto de los principios

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 3 de diciembre de 2021, durante el Primer Encuentro Nacional de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial de Bolivia, Situación y Perspectivas, organizado por el Consejo de la Magistratura de Bolivia.

procesales establecidos en el texto constitucional, de tal forma que, durante el procesamiento, deben cumplirse ciertos parámetros objetivos que eviten lesiones en los derechos de los sujetos procesales. Por esta razón, su configuración jurídica prevé que se lo considere como un principio, un derecho y una garantía, siendo éste un instituto jurídico por el que las autoridades jurisdiccionales preservan las garantías de las partes que participan del proceso disciplinario (Gozaíni, 2002).

En rigor, los ciudadanos que participen de cualquier proceso disciplinario, deben recibir de las autoridades del sector judicial o administrativo, todas las garantías que se requieran para la impartición de una justicia recta, correcta e independiente, pues las actuaciones jurisdiccionales no pueden sobreponerse al imperio de la ley, ni tampoco emitirse decisiones que la contravengan.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Debido proceso y sus dimensiones constitucionales

2.1.1. Debido proceso como principio constitucional

130 En términos generales, el sistema constitucional boliviano adopta los tratados y convenciones internacionales dentro del bloque de constitucionalidad, así lo establece la propia Constitución Política del Estado. De esta interpretación, se deduce que el juzgador disciplinario puede acudir a los principios del Derecho Convencional y, en consecuencia, a los principios del Derecho Doméstico.

El debido proceso, en su dimensión como principio constitucional, tiene su justificación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a razón de que este instrumento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo introdujo a través de algunos principios, entre ellos, la facultad de ser oído junto al juez natural, la presunción de inocencia, la posibilidad de exigir defensa pública, la interposición de recursos que la ley le franquea, y demás garantías judiciales contempladas en el art. 8 de la referida Convención (Rodríguez Rescia, 2015).

Por encontrarse en los márgenes de lo supranacional, cada legislación interna ha admitido los principios convencionales del debido proceso y los asume como principios constitucionales del debido proceso. Por citar, en el caso boliviano, es la Norma Fundamental que lo configura a

título de principio, más el procesamiento debido también puede asumir otras dimensiones de garantía y derecho.

No obstante, la jurisprudencia constitucional boliviana moderna explica que, el debido proceso se sitúa como principio constitucional en la medida en que se asegura la inocencia de una determinada persona, en tanto no se compruebe su culpabilidad, pues la base de la persecución o juzgamiento no puede operar sobre supuestos subjetivos, es de importancia que toda la población a quien se le impute la comisión de un hecho delictivo pueda ser objeto de sanción, siempre que se respete su estado de inocencia.

Si no existen pruebas que desvirtúan la inocencia de una persona acusada, no subsisten motivos para condenarla; es decir, la presunción de inocencia contenida en el art. 116.I. de la Constitución boliviana, sumada al art. 6 del Código de Procedimiento Penal u otras leyes específicas de régimen disciplinario donde es acogido, demuestran que el debido proceso en la judicatura boliviana debe entenderse como principio constitucional y forma parte de los principios procesales que deben regir en materia disciplinaria.

Las posturas teóricas para considerar el debido proceso dentro de los principios de índole constitucional, tienen como cimiento también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un mecanismo jurídico supraconstitucional cuya redacción literal de su art. 14, numeral 5, dispone que, las personas a quienes se les imputan delitos e impongan una sanción mediante una resolución condenatoria, deben someterse a un tribunal competente.

Entonces, la normativa internacional es promotora de reflejar el debido proceso en los parámetros de principio y, que en lo posterior, pueden asumirse por los ordenamientos jurídicos mediante principios con naturaleza de procesamiento debido e insertos en las Constituciones Políticas del Estado, entre ellos, la legitimidad y legalidad de la carga probatoria, la fundamentación y el carácter recursivo de resoluciones, pero especialmente la presunción de inocencia, recogida asimismo en múltiples apartados disciplinarios (Gareca Perales, 2010).

Así, se considera que el debido proceso coexiste como principio con matiz constitucional basado principalmente en la inocencia frente a la culpabilidad del imputado; empero, la Ciencia Constitucional deja

establecido que, por ser una clase de valor axiológico, es extensible a otras materias diferentes al ámbito penal, por ejemplo, en temas administrativos o disciplinarios donde operan otras presunciones jurídicas (Alfaro García, 1997).

Por ello, entre más ramas de las Ciencias Jurídicas, tal es el caso del Derecho Administrativo Sancionador o el Derecho Disciplinario, puedan cobijarse del principio constitucional del debido proceso, mayores serán las opciones de mantenerse la interpretación y aplicación de la igualdad procesal, generando espacios de acceso universal a la justicia sin importar que se traten de derechos fundamentales, civiles, políticos, culturales u otras categorías de derechos humanos, toda vez que el debido proceso disciplinario es aplicable con fines de garantizar un sistema judicial justo y libre de excesivos formalismos, pero igualmente importa asegurar la ética y la probidad durante el ejercicio de la función pública.

2.1.2. Debido proceso en la categoría de derecho constitucional

132

En su dimensión tutelar, el debido proceso como derecho constitucional se encuentra plasmado en el art. 116 de la Ley Suprema del territorio boliviano que, en su texto literalmente reconoce que, este derecho implica la protección oportuna y efectiva de una persona que acude a las instancias judiciales para ejercitar los derechos e intereses que gocen de legitimidad.

Por este motivo, la propia Constitución le atribuye la calidad de derecho al debido proceso, y lo vincula con el acceso a las diferentes jurisdicciones y la otorgación de una justicia caracterizada de celeridad, prontitud y oportunidad, aspecto por el que igualmente tiene bastante proximidad con el derecho a la defensa.

En palabras de juristas con amplia experticia procesal, el derecho al debido proceso permite materializar los otros derechos procesales conexos, de tal forma que las partes pueden desenvolverse con las garantías específicas disciplinarias, y evitándose un juzgamiento arbitrario; entonces, con el derecho constitucional al debido proceso, se garantiza el acceso a una determinada jurisdicción para que el justiciable, acudiendo al imperio de ley, esté habilitado para reclamar y tutelársele el resto de los derechos constitucionales que aseguren un juicio justo (García Pino & Contreras Vásquez, 2013).

Bajo tal argumento, este derecho tiene como exigencia que los juzgadores disciplinarios actúen con imparcialidad y probidad, además que sus resoluciones no sean objeto de críticas por lesionar los derechos constitucionales de la población; es más, aduce que la defensa técnica y gratuita puedan gestionar la intervención de profesionales juristas que eviten vulneraciones a los actores procesales, en cuyo marco igualmente se prevé la activación de recursos cuando no se verifique una correcta impartición de justicia.

Para entender el debido proceso con incidencia de derecho constitucional, debe analizarse una dimensión sustantiva y un enfoque adjetivo; esto quiere decir que, la justicia debe ofrecerse como servicio accesible a todos los ciudadanos, en tanto se considera a título de principio constitucional sustantivo que posibilita la concreción real de los fines con los que se constituye un Estado.

En cambio, cuando se busca que la población obtenga la tutela judicial efectiva y se garantice el acceso a una determinada jurisdicción libre de actuaciones viciadas, este principio cambia de orientación para convertirse en un derecho constitucional al debido proceso, lo que significa que cualquier persona pueda acceder ante las autoridades jurisdiccionales (García Leal, 2003).

133

En este marco de ideas, ingresar en el contenido esencial del derecho al debido proceso exige un juzgamiento justo, lo que deviene en que no significa que las partes interpongan recursos, o que hagan valer sus derechos en juicio, sino requiere que las autoridades judiciales respeten los derechos de los sujetos procesales conforme el resto de los derechos fundamentales.

Por ello, es que la propia Constitución Política del Estado de Bolivia, admite la interposición de la acción de amparo constitucional cuando se lesione este derecho; de esta forma, se asegura tanto la libertad de individual del ciudadano además de la seguridad jurídica que se le reconoce a toda la colectividad, pues sólo al concebirse al debido proceso la calidad de derecho, es viable la obtención de resoluciones prontas, inclusive, en algunas ocasiones suele interponerse la acción de libertad para tutelarlos, cuando -por ejemplo- se quebranta la libertad de locomoción.

En suma, en el plano tutelar es admisible considerarse el debido proceso como derecho reconocido específicamente por el art. 116. I y

II de la norma suprema del ordenamiento jurídico nacional, puesto que es posible aducirse un procesamiento indebido o ilegal cuando se lesionen el resto de derechos constitucionales que guardan armonía con el referido derecho al debido proceso.

2.1.3. Debido proceso en la esfera de garantía constitucional

A fines de garantizar la libertad del ciudadano, desde un enfoque constitucional, el debido proceso permite imparcialidad e igualdad de las partes; por tanto, la sustanciación del procedimiento disciplinario u otras ramas jurídicas donde sea posible obtener una resolución que dé fin a un conflicto legal, requiere de un tribunal permanente, en particular, cuando se aduce a la tutela jurisdiccional efectiva que evoca la necesidad de respetarse las reglas procesales (Palomo Vélez, 2005).

En el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, se afirma que el debido proceso tiene una vertiente de garantía, no solamente porque el constituyente la ubicó dentro de la categoría de las garantías jurisdiccionales, sino porque el propio art. 117 hace mención específica que, ninguna persona que se encuentra imputada por la comisión de un delito puede recibir sanción alguna, sin haber sido oída, escuchada y juzgada en un proceso debido.

134

Por tanto, las personas que acuden y activan un recurso judicial o administrativo, gozan de esta garantía con enfoque normativo y fuente constitucional.

2.2. Definiciones jurídicas relativas al régimen disciplinario

Para comprender los alcances del régimen disciplinario, corresponde distinguirse los conceptos de Derecho Administrativo Sancionador, Derecho Disciplinario y Régimen Disciplinario.

Respecto al Derecho Administrativo Sancionador, Alejandro Nieto explica que, esta categoría jurídica se encontraba científicamente entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, provocando su abandono en una zona de nadie por los seguidores de ambas disciplinas jurídicas, acomplejándose así el estudio de su naturaleza y alcances. Siguiendo a Tomás Cano Campos, el Derecho Administrativo Sancionador guarda relación con el ordenamiento jurídico-administrativo, que estudia la potestad sancionadora de la administración (Franco Zamora, 2017).

Ahora bien, al referirse al Derecho Disciplinario, con dificultad se puede hacer abstracción del poder disciplinario atribuible a la administración,

en cuyo marco y considerando los aportes teóricos de Renato Alessi citado por Rafael Darío Restrepo Quijarro, debe definirse como aquella facultad que le corresponde a la Administración Pública “para castigar con determinadas sanciones, el comportamiento de quienes están obligados a la Administración por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerza sobre los mismos cuando el referido comportamiento perjudique el cumplimiento de las relación administrativa principal” (Franco Zamora, 2017). Por consiguiente:

Se puede definir al derecho disciplinario como el ejercicio de la potestad sancionatoria, por parte de la administración estatal, a través de los órganos o instancias competentes, con la finalidad de promover la ética y la probidad en el ejercicio de sus funciones, sancionando las inconductas en las que incurran las servidoras y los servidores públicos y lograr o asegurar el buen funcionamiento del servicio que presta (p. 17).

Con este concepto jurídico-axiológico, la ética de la sanción disciplinaria procura servidores públicos que ejerciten sus actividades con rectitud, responsabilidad, imparcialidad, transparencia y que sean guiados por el interés general por encima de los intereses particulares. En rigor, el Derecho Disciplinario reafirma un sistema de valores éticos entre la Administración Pública, consagrándose por su componente preventivo (donde evita el surgimiento de conductas reprochables) y función correctiva (pues apoya a la construcción de un servicio público justo), aspecto por el que prevalece una relación vinculante entre lo moral y lo jurídico.

Finalmente, el término de Régimen Disciplinario constituye el conjunto de normas aplicadas por autoridades a las que se les delega la potestad sancionatoria, y sus componentes de orden normativo, regulatorio, competencial así como las áreas (sustantivas o adjetivas) que lo integran.

2.3. Garantías judiciales en procesos administrativos sancionatorios contra jueces y juezas, a la luz del Derecho Convencional

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano, se ha reconocido que la judicatura cuenta con garantías específicas por la necesaria independencia del Órgano Judicial, la cual es esencial para el ejercicio

de su función, teniendo en cuenta los principios de democracia y Estado de derecho, incluyendo la separación de poderes y el sistema de pesos y contra pesos en una sociedad democrática.

En esta línea, bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas, se han adoptado los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial y los Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura, cuyo objetivo -de ambos instrumentos- encuentra un común denominador en la búsqueda de la concreción de una función judicial idónea, reconociendo el papel de los jueces como defensores del constitucionalismo, del principio de legalidad y los derechos humanos.

En ámbito regional, tanto el Estatuto del Juez Iberoamericano, como el Código Iberoamericano de Ética Judicial, reconocieron a la independencia judicial no sólo como una garantía de los jueces, sino como un derecho de los ciudadanos y del correcto funcionamiento del Estado constitucional y democrático de derecho, asegurando una justicia accesible, eficiente y previsible.

136

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador de 2019, estableció importantes estándares internacionales sobre la protección de la independencia judicial, estableciendo que el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra los lineamientos básicos del debido proceso legal, deben observarse en cualquier proceso administrativo o judicial que pueda afectar derechos, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y atendiendo a las garantías del debido proceso que sean fundamentales para asegurar que la decisión no sea arbitraria¹.

La Corte señaló que en procedimientos llevados en contra de jueces, el alcance de las garantías judiciales y la protección judicial debe ser analizado a la luz de los estándares internacionales sobre independencia judicial, considerándola como “esencial para el ejercicio de la función judicial”, a tal efecto ha establecido las siguientes garantías:

1. La estabilidad e inamovilidad en el cargo;
2. Un adecuado proceso de nombramiento; y,

¹ Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párrs. 63-65.

3. Ser protegidos contra presiones externas².

Sobre la estabilidad e inamovilidad en el cargo, estableció que **(i)** la separación de los jueces de sus cargos debe obedecer a las causales permitidas por la ley, ya sea porque culminó el término de su mandato o porque fueron separados producto de un proceso que cumple con el debido proceso; **(ii)** los jueces pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia; y, **(iii)** el proceso será desarrollado a la luz de las normas de comportamiento judicial de cada país que aseguren la objetividad e imparcialidad de la función judicial según la Constitución y la ley³.

Por otro lado, en el Caso Cordero Bernal vs. Perú de febrero de 2021, la Corte IDH estableció que la normatividad orientada a juzgar disciplinariamente a jueces y juezas debe buscar una adecuada protección de la función judicial, evaluando el desempeño de los jueces en el ejercicio de sus funciones⁴. En tal razón, para disuadir cualquier atisbo de arbitrariedad en el proceso disciplinario, el deber de motivación cobra particular importancia.

Así, en el caso mencionado la Corte IDH recordó su jurisprudencia sobre el asunto, señalando que la motivación es “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁵, vale decir, que se trata de una garantía del debido proceso que se desprende del art. 8.1 de la Convención Americana, que implica la exposición racional de las razones que permitieron llegar a una conclusión, reconociendo el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho establece y dotando de credibilidad a las decisiones jurídicas.

Así, una decisión adecuadamente motivada, es decir, aquella resolución que bifurca claramente los hechos, motivos y normas jurídicas en los que se basó la autoridad para emitir un análisis razonado en el caso concreto, demuestra a las partes que sus principales argumentos fueron tomados en cuenta y, en los casos donde las decisiones sean recurribles, proporciona la posibilidad de criticar la resolución, logrando un nuevo examen en instancias superiores.

2 Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 68.

3 Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 69.

4 Corte IDH. Caso Cordero Bernal Vs. Perú. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Serie C No. 421, párr. 78.

5 Corte IDH. Caso Cordero Bernal Vs. Perú. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Serie C No. 421, párr. 79.

Al respecto, cabe aclarar que el Tribunal de San José no estableció que, el deber de motivar exige una respuesta pormenorizada a todo argumento presentado por las partes, sino que el análisis de los argumentos y pruebas depende de la naturaleza de cada proceso y decisión en el caso concreto, vale decir, que mínimamente se debe responder, con base en el derecho, los principales alegatos y problemas jurídicos que hacen al fondo del asunto.

Finalmente, en el mencionado caso de Cordero Bernal vs. Perú, producto del adecuado desarrollo del proceso disciplinario y una resolución disciplinaria de destitución basada en una motivación apropiada en contra del peticionario por la adopción de resoluciones contrarias a la ley y Constitución peruana, que de hecho, desembocaron en procesos penales de prevaricato y encubrimiento, la Corte IDH estableció que el Estado respetó los derechos a las garantías del debido proceso en conexión con la independencia judicial y los derechos políticos de la presunta víctima, no configurándose la responsabilidad internacional del Estado.

2.4. Jurisprudencia constitucional boliviana sobre el debido proceso en procesos disciplinarios contra autoridades judiciales

2.4.1. Resoluciones que denegaron la tutela porque evidenciaron la vulneración del derecho al debido proceso en sus elementos de fundamentación y motivación

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0583/2020-S2 de 21 de octubre, resolvió la acción de amparo constitucional interpuesta por un Juez contra los Consejeros de la Magistratura y los Jueces del Tribunal Disciplinario Segundo del departamento de Tarija, denunciando que se le siguió un proceso disciplinario por que acudió al GAM de Tarija solicitando la clausura de una carpintería ubicada a lado de su casa generaba contaminación acústica, empero, en esa solicitudes utilizó el sello del juzgado donde cumple funciones como juez a raíz de eso, se le inició un proceso disciplinario que concluyó declarando probada la denuncia por la comisión de la falta gravísima prevista por el art. 188.I.3 de la Ley del Órgano Judicial (LOJ), referida al uso indebido de la condición de funcionario judicial para obtener trato favorable de autoridades, funcionarios y particulares; a consecuencia de ello, se determinó su destitución del cargo de Juez Segundo Civil y Comercial

del mencionado departamento, sin una debida justificación sobre el trato favorable que supuestamente recibió. Resolución ratificada por el Tribunal de alzada.

Añadió que, en estas resoluciones: **a)** Las autoridades de ambas instancias no abrían motivado las resoluciones; **b)** Existiría una grave incongruencia del fallo; **c)** Se omitió valorar toda la prueba relevante; **d)** Las Resoluciones de primera y segunda instancia, no observaron los valores de justicia e igualdad, ni el principio de proporcionalidad; y, respondieron a un ejercicio arbitrario de poder que dispuso la aplicación de la sanción más grave. Por lo que solicitó que se conceda la tutela; y en consecuencia, ordenar: **1)** Se deje sin efecto la Resolución Definitiva TD2 02/2018 de 19 de julio y la Resolución RSP-AP 184-A/2018 de 23 de agosto; para que sean emitidas nuevamente; y, **2)** Su inmediata restitución a las funciones jurisdiccionales que venía realizando.

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) en conocimiento de este caso, primero señaló que, en virtud al principio de subsidiariedad que rigen estos casos, únicamente se haría una revisión de la actuación y Resolución dictada por el Tribunal de cierre; toda vez que, esta instancia es la llamada por ley, a corregir los supuestos agravios expresados por el demandante de tutela a través de su recurso de apelación; segundo que la Resolución de segunda instancia si se encontraba debidamente fundamentada y motivada; dado que, conforme a la normativa vigente la falta de uso indebido de la condición de funcionario judicial para obtener trato favorable de autoridades, funcionarios y particulares, se consuma en el momento que se hace uso indebido de la condición de funcionario judicial, en el caso en concreto, en el momento en que el accionante, se apersonó ante el Secretario de Medio Ambiente y Gestión Territorial; y Director de Ingresos, ambos servidores públicos dependientes de la entidad edil de Tarija, en su condición de Juez Público Civil y Comercial Segundo de la Capital del departamento de Tarija, a fin de lograr un trato favorable, en su solicitud. Tercero, con relación a la incongruencia, se detectó que los aspectos reclamados no fueron reclamados como agravio al momento de la presentación del recurso de apelación; por lo que, el TCP, se encuentra impedido de ingresar al fondo de la supuesta lesión alegada, en atención al principio de subsidiariedad; Cuarto, respecto a la falta de revisión de la prueba, la prueba que el accionante pretendía que se valore nunca fue presentada ante el Tribunal Disciplinario por lo cual no se podía valorar. Fundamentos con los que se denegó la tutela.

2.4.2. Resoluciones que denegaron la tutela porque no han evidenciado la vulneración del derecho a la defensa como elementos del debido proceso

La SCP 1084/2012 de 5 de septiembre, resolvió en revisión una acción de amparo constitucional donde la Jueza Administrativa Coactiva y Fiscal del departamento de Pando, denunció la vulneración de sus derechos, al trabajo, al debido proceso y a la defensa, por cuanto el Pleno de Consejo de la Magistratura emitió la Resolución 003/2012 de 29 de febrero en su contra, por la cual fue suspendida disciplinariamente de forma indefinida sin goce de haberes de sus funciones de Jueza de Partido Administrativa Coactiva, Fiscal y Tributaria de forma directa, sin darle la oportunidad de defenderse, solicitando que se deje sin efecto la precitada Resolución, se restablezcan sus derechos vulnerados y se ordene la devolución de la boleta de pago y demás beneficios establecidos por ley.

140

El Tribunal constitucional frente a este supuesto fáctico analizó: i) **El derecho al trabajo** que supone que toda persona debe gozar una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores en condiciones de subsistencia digna y respetable por el trabajo que desarrollan; ii) **El debido proceso** que está integrado por el derecho a la defensa constituye; iii) **El principio de legalidad** como el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, previsto en el art. 108.1 de la CPE; iv) **La suspensión de funciones de las autoridades jurisdiccionales**, conforme prevé el art. 195.2 de la CPE, determina que son atribuciones del Consejo de la Magistratura, además de las establecidas en la Constitución y en la ley, ejercer el control disciplinario de las vocales y los vocales, juezas y jueces; personal auxiliar y administrativo del Órgano Judicial. El ejercicio de esta facultad comprenderá la posibilidad de cesación del cargo por faltas disciplinarias gravísimas, expresamente establecidas en la ley; el art. 183. I. 2 de la Ley de la LOJ señala que el Consejo de la Magistratura ejercerá las siguientes atribuciones: “Determinar la cesación del cargo de las vocales y los vocales, juezas y jueces, y personal auxiliar de las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y de las jurisdicciones especializadas, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en faltas disciplinarias gravísimas, determinadas en la presente Ley” (las negrillas son nuestras); y el art. 392 del CPP, modificado por el art. 1 de la Ley 007 de 18 de mayo de 2010, con relación al juzgamiento de jueces determina: “Los jueces serán juzgados de conformidad al procedimiento común. Sólo

serán suspendidos de su cargo por el Consejo de la Judicatura, cuando sean formalmente imputados ante el juez de instrucción”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional después de revisar el caso concluyó que, la suspensión de funciones de la Jueza, ahora accionante, dispuesta por el Consejo de la Magistratura, obedece a lo inscrito en el art. 392 del CPP, pues, la accionante fue sometida a investigación, por la presunta comisión de los delitos de resoluciones contrarias a la Constitución y a las leyes y prevaricato, producto de ello hubo imputación formal en su contra; y, ante tales circunstancias, se produjo la suspensión dispuesta por el Pleno del Consejo de la Magistratura, que como se pudo advertir no emerge de un proceso administrativo disciplinario, sino de un acto procesal generado por el Ministerio Público dentro de una investigación penal seguida en su contra, por lo que el Pleno del Consejo de la Magistratura, en el marco del art. 13.VI. 2 de la Ley 1817 de 22 de diciembre de 1997 y en aplicación del art. 392 del CPP, procedió a la suspensión de la Jueza imputada formalmente, estableciéndose que el Pleno del Consejo de la Magistratura actuó con la potestad que emerge de la Ley.

Ahora bien, el hecho de suspender a un juez por existir una imputación formal en su contra y reconocerle goce de haberes mientras dure su proceso penal, significaría otorgarle una ventaja a un derecho individual, encima de un derecho colectivo, por lo que, no se habría vulnerado derechos de la accionantes, en consecuencia se denegó la tutela.

3. Conclusiones y Recomendaciones

Cada actividad desarrollada al interior de la administración de justicia disciplinaria boliviana, halla nexo con los derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales, mismas que están previstas y sustentadas por el ordenamiento jurídico patrio. El procesamiento disciplinario contempla un debido proceso, aquellas conductas que lo trastocan suponen una evidente lesión hacia los principios, derechos y garantías instituidas en la Constitución Política del Estado y normas de Derecho Internacional, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Con esta afirmación se concluye que, la aplicabilidad del debido proceso (como principio, derecho y garantía constitucional) obedece a que el procesamiento disciplinario sea ajustado a los estándares de

juzgamiento justo, con la consecuencia jurídica de que, al cumplirse, se eviten observaciones por los sujetos procesales.

Pero esto, de ningún modo significa una autorización para que las resoluciones sancionatorias, arguyendo el debido proceso, sean alcanzadas a cualquier precio o empleando instrumentos procesales altamente reñidos con otros derechos fundamentales, sino habrá que considerarse los entendimientos doctrinales-constitucionales, jurisprudenciales y convencionales detallados con anterioridad, que rigen en un Estado de Derecho.

4. Bibliografía

Alfaro García, E. A. (1997). El Debido Proceso: Principios y Derechos de la Investigación Administrativa. *Gestión*, 5(1), 39-45.

Franco Zamora, P. E. (2017). *Introducción al Derecho Disciplinario y Procesal Disciplinario del Ministerio Público*. Duplikar Impresores.

García Leal, L. (2003). El debido proceso y la tutela judicial efectiva. *Frónesis*, 10(3), 105-116.

142

García Pino, G., & Contreras Vásquez, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Estudios constitucionales*, 11(2), 229-282. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>

García Ramírez, S. (2006). El debido proceso: Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 39(117), 637-670.

Gareca Perales, P. (2010). Los principios constitucionales y procesales en la jurisprudencia penal en materia de revisión y los límites de la justicia comunitaria y ordinaria. *Revista Boliviana de Derecho*, 9, 120-147.

Gozaíni, O. A. (2002). El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(7), Article 7. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5647>

Palomo Vélez, D. I. (2005). El debido proceso de la garantía constitucional. *Ius et Praxis*, 11(1), 313-317. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122005000100012>

Rodríguez Rescia, V. M. (2015). *El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Corte IDH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

Lenguaje Claro: El Principio de Comprensión Efectiva de Resoluciones, en el Proceso Constitucional Boliviano

1. Introducción

La ciudadanía que participa de los procesos judiciales tropieza con un problema comunicacional muy serio, pues el excesivo empleo de un vocabulario judicial o de palabras expresadas con rigor ritualista, tiene por resultado la poca lectura de las resoluciones jurisdiccionales por los propios interesados. El uso del lenguaje sencillo o entendible para la población de a pie, se ha convertido en uno de los grandes retos de la administración de justicia.

En el ámbito jurisdiccional de América Latina se critica que, a pesar de lograrse la independencia y liberación de la corona española, todavía se utilicen prácticas ritualistas o formalistas que conllevan a la redacción de documentos con oraciones demasiado largas, poco comprensibles o de difícil interpretación hacia aquellas personas ajenas al mundo jurídico.

145

En la jurisdicción constitucional boliviana, con el propósito de redactar veredictos de entendimiento sencillo, el legislador nacional instituyó el principio procesal de comprensión efectiva de resoluciones que, según el tenor literal del artículo 3, numeral 8, del Código Procesal Constitucional (CPCo), incumbe que los fundamentos de hecho y derecho, así como los razonamientos expuestos, deben ser de fácil comprensión para las partes que intervienen en el proceso y la población en general.

A partir del presente análisis y estudio, se explicará la naturaleza jurídica que reviste este principio, acompañado del impacto que -su aplicabilidad- provoca en los fallos del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, además de los resultados positivos que conlleva (para la justicia constitucional) el hecho de implementar un lenguaje ciudadano en todas las etapas del procedimiento de amparo de derechos y protección de garantías.

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 10 de agosto de 2022, durante las XV Jornadas de Derecho Judicial, 2022: "Lenguaje Jurídico: Claro, Concreto, Sencillo y Breve", organizadas por Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina.

Los pronunciamientos de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales son un instrumento útil en el establecimiento de un Estado de Derecho, pero también es necesario que sus sentencias se adecúen a la realidad social. Es decir, en la justicia constitucional no se requiere operadores jurídicos con técnica de escritura experta, más al contrario, se busca jueces, vocales y magistrados que comuniquen, en palabras sencillas, el significado concreto de tutelarse o no un derecho.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Los principios rectores del proceso constitucional boliviano y su importancia en la lectura de resoluciones

Dentro del ámbito del Derecho Procesal Constitucional y, en particular, durante el desarrollo de las diversas etapas del procedimiento constitucional (tutelar, normativo o competencial), se reconoce la aplicabilidad de principios que serán de utilidad para resolver todo asunto puesto bajo la jurisdicción y competencia de las Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales.

146

En el caso boliviano, los principios a los que se rige el TCP, se hallan divididos en dos categorías. Por una parte, el legislador, acorde al artículo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP) o Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, introdujo los principios que guían a la justicia constitucional; dichos criterios orientadores se fundamentan en la plurinacionalidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, complementariedad, armonía social, independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, idoneidad, celeridad, gratuidad y cultura de la paz.

Por otra, el Código Procesal Constitucional o Ley N° 254 de 5 de julio de 2012, a través de su artículo 3, insta a las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional así como las juezas, los jueces y tribunales que, a tiempo de impartir justicia constitucional, se rijan por los principios procesales de conservación de la norma, dirección del proceso, impulso de oficio, celeridad, no formalismo, concentración, motivación y comprensión efectiva.

Tal cual puede apreciarse, los principios rectores del proceso constitucional, tanto el de publicidad y el de comprensión efectiva, aseguran que la proyección de resoluciones jurisdiccionales alcance al público en general.

Gracias a la aplicación del principio rector de publicidad, los actos y decisiones de la justicia constitucional pueden ser de acceso a cualquier persona que goza del derecho a informarse, exceptuando los casos de reserva expresamente fundados en la Ley. Ello, significa que todos los actuados y veredictos emergentes de las acciones o recursos activados en sede constitucional, habrán de redactarse con un lenguaje ciudadano para facilitar el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública.

La inserción de la publicidad, en calidad de principio rector de la justicia constitucional, obedece a una política de transparencia que debe primar en el aparato judicial. La administración de justicia configura un servicio y, como tal, sus destinatarios representan las ciudadanas y los ciudadanos, tengan o no conocimiento jurídico.

Si la justicia constitucional, o cualquier tribunal donde se resuelva un conflicto jurídico, desea lograr un acercamiento con el pueblo, tiene que dictar sus resoluciones empleando una comunicación sencilla, pues la publicidad de los fallos con un lenguaje técnico no permite la materialización del derecho a la información, asimismo puede ocasionar interpretaciones erradas o difundirse equívocamente sus fundamentos.

147

En términos generales, algunas jurisdicciones entienden que el principio de publicidad está referido a la socialización de sentencias efectuada por un determinado juzgado, sala o tribunal, lo que deriva en que, al interior de las entidades judiciales o plataformas virtuales de la justicia, el ciudadano pueda acceder al contenido íntegro de las resoluciones que fueran pronunciadas en un determinado proceso.

Dicho principio, suele también confundirse con la difusión periódica de las colecciones de jurisprudencia, gacetas, compendios de sentencias y demás publicaciones, donde procede la socialización de actuados y veredictos de las instancias judiciales. No obstante, el hecho de acceder a estos documentos compilatorios de resoluciones jurisdiccionales o garantizarse que la población ingrese sin inconvenientes a portales judiciales, no significa que se dé aplicación real al principio de publicidad (Alcalá, 2021).

Si el operador jurídico no es capaz de transmitir -sus veredictos- al ciudadano de manera clara y libre de tecnicismo, o facilitarle la lectura del contenido de las piezas procesales y los actuados (dentro del

procedimiento) sin necesidad de acudir a formalismos, el principio de publicidad continuará alejado de la justicia constitucional, siendo una mera declaración de propósitos de difícil cumplimiento. A razón de estos motivos, el principio de publicidad ha originado la elaboración de sentencias de lectura fácil, criterio orientador que permite la transmisión cómoda del contenido y sentido de un pronunciamiento a toda la colectividad.

La justicia constitucional resuelve asuntos relativos a la tutela de derechos fundamentales y al resguardo de las garantías jurisdiccionales; entonces, ante cierta vulneración o lesión, es frecuente la interposición de recursos constitucionales pudiendo identificarse a diferentes sectores. Recordemos que, las destinatarias y los destinatarios del proceso constitucional no sólo representan profesionales de la Abogacía, sino de distintos grados de instrucción o sin haber culminado las etapas educativas, lo que repercute en que las juzgadoras y los juzgadores asuman, como premisa de razonamiento, la elaboración de sentencias en formato de lectura fácil.

148

Ejemplo concreto de esta buena práctica comunicativa del sector judicial, implica que las resoluciones constitucionales de tutela hacia grupos vulnerables contemplen un formato de lectura ciudadana (Caballero Arellano, 2022); sin embargo, es importante que cualquier decisión que emane de la justicia, esté pensada para la totalidad de los justiciables, sean juristas o ciudadanos de a pie. De esta forma, se logrará que la publicidad de resoluciones constitucionales también incumba la democratización del acceso al servicio judicial.

2.2. De las sentencias constitucionales tradicionales a las sentencias constitucionales plurinacionales en formato de lectura ciudadana

Producto del principio de publicidad y la redacción de fallos con lenguaje ciudadano, en el proceso constitucional se reconoce la existencia de las llamadas sentencias tradicionales y las sentencias en formato de lectura ciudadana.

En las primeras, cada órgano jurisdiccional redacta las decisiones judiciales citando la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, cuyos razonamientos derivan en una síntesis de los argumentos de hecho, así como una sólida exposición del derecho; este tipo de documentos,

se encuentran dirigidos a la comunidad jurídica y exigen una amplia argumentación e interpretación para que se conviertan en resoluciones con fuerza vinculante, con poca probabilidad de ser impugnadas.

Las sentencias tradicionales derivan en que, las partes de un determinado proceso resuelto en la vía constitucional, solamente acudan a la parte final o dispositiva pues, al no comprenderse los primeros párrafos junto a la cantidad de hojas redactadas, los accionantes o demandados prefieren saltar páginas de su lectura e ir al denominado “por tanto”. El resto del documento, a pesar de desarrollar parámetros de cómo fue tratado su derecho o de qué manera se analizó el caso, lastimosamente no es del interés de los destinatarios, motivando a que las personas afectadas por una resolución judicial eleven voces de crítica, desprestigio o descrédito hacia la justicia constitucional.

En cambio, las sentencias en formato de lectura ciudadana apuntan a una menor extensión de páginas, usando palabras precisas o concisas; por ello, no es necesario utilizar expresiones jurídicas en latín, tampoco emplear citas largas, basta con una fundamentación (de los hechos y el derecho) que le explique -al cúmulo de interesados o destinatarios- cómo se abordó el caso y de qué manera fue resuelto, en el marco de normas jurídicas aplicadas a la luz de la Constitución Política del Estado o, más aún, acudiendo a disposiciones del Bloque de Constitucionalidad y Convencionalidad.

Entre ambas sentencias, se busca la adopción de una postura intermedia. En las resoluciones dictadas por el TCP, los antecedentes con relevancia jurídica junto a los fundamentos jurídicos del fallo, emplean un lenguaje técnico-constitucional; empero, en el análisis del caso concreto, o donde generalmente se concentran los intereses de las partes del proceso, es utilizado un lenguaje ciudadano.

Con base a lo expuesto, acatando el principio de publicidad, la jurisdicción constitucional boliviana ha incursionado en la elaboración de veredictos accesibles al entendimiento de la población, como potenciales destinatarios de los actuados emergentes de las acciones o recursos constitucionales.

Ahora bien, es preciso explicar la relevancia del principio procesal de comprensión efectiva de las resoluciones emanadas en la judicatura constitucional de Bolivia.

Según lo señalado por el Código Procesal Constitucional boliviano, el entendimiento efectivo permite que las partes del proceso (accionante o demandado) conozcan adecuadamente el contenido de los fallos del TCP, pero a través de un lenguaje sencillo, demostrando así el esfuerzo de las juzgadoras y los juzgadores por transmitir su mensaje con términos jurídico-constitucionales estandarizados del Derecho, aspecto trascendental para que las sentencias sean consideradas como palabra e instrumento de la comunicación (Gomar, 2010).

Tradicionalmente, la redacción de las sentencias contempla diversas posiciones, desde tendencias por equipararlas a fórmulas complejas hasta otorgarles la categoría de herramienta útil del operador de justicia, para comunicar sus deliberaciones sin incurrir en un vocabulario complejo. Sin embargo, pasarán a describirse los tipos de sentencia de lectura confusa que van superándose en la justicia constitucional, gracias a la inclusión del principio procesal de comprensión efectiva.

150

Partamos de las sentencias como silogismo lógico, donde toda resolución presenta una estructura lógica, similar a una fórmula matemática con la aplicación de las premisas (mayor y menor), así como la deducción de una conclusión. La jurisdicción constitucional, si bien todavía emplea métodos y test, destaca por superar los silogismos jurídicos para implementar la cultura del respeto o preferencia de aplicabilidad sobre los principios, fines y valores contenidos en la Constitución.

De la misma forma, corresponde referirse a la sentencia como resolución judicial. Dentro del procedimiento constitucional, existen diferentes actuados o comunicaciones dictadas por los operadores jurídicos (es el caso de los decretos, autos u otras providencias). Conforme lo analizado por esta tendencia, de todas las resoluciones que emiten las juezas y los jueces, la sentencia final tendrá que elaborarse en un lenguaje sencillo, pudiendo el resto de autos o decretos de naturaleza constitucional (de mero trámite, admisión o rechazo, desistimiento, cumplimiento y otras que se emitan en el desarrollo o continuidad del proceso) mantener una redacción técnico-jurídica e inclusive con amplia justificación legal.

Otra categoría, considera la vigencia de la sentencia como documento formal y solemne. Esto, quiere decir que, la sentencia pronunciada es la voluntad expresa del juez y, como tal, prevalece un soporte normativo, jurisprudencial y solemne, por lo que las autoridades judiciales, al usar

un lenguaje formal, solamente prevén que sus fallos otorguen certeza y seguridad jurídica.

La justicia, acudiendo a posturas modernas de la Ciencia Constitucional, cambió el paradigma de formalidad y solemnidad de resoluciones y, en su lugar, apuesta por la sentencia como palabra y lenguaje.

En plena concordancia con el principio procesal de comprensión efectiva, la sentencia contiene un acto decisorio o una decisión judicial que resuelve un conflicto, dando lugar a que el contenido de la resolución final se constituya en la voz de los tribunales de justicia, exigiéndose -así- el uso de palabra como medio de comunicación. Los veredictos en materia constitucional pueden tutelar o no derechos, entonces, el lenguaje utilizado en el Derecho Constitucional debe servir para lograr una comunicación efectiva con la ciudadanía.

Por esta razón, dentro de la clasificación de la sentencia como palabra y lenguaje, emerge la estética jurisdiccional (Llamosí, 2018). El proceso constitucional está integrado por etapas o fases procedimentales, que concluyen con la emisión de una resolución final, situación que exige profesionales entendidos en redacción jurídica.

151

Un último paso, antes de publicar y difundir la sentencia constitucional, representa la revisión de rigor, estilo y redacción gramatical; por ejemplo, en la estructura orgánica de cada Corte, Tribunal o Sala Constitucional se toma recaudos en incluir a personal con conocimiento en literatura jurídica, encargado de dar una lectura integral al veredicto y, de ameritar el caso, estandarizar el contenido del fallo y darle un toque lingüístico para que cualquier ciudadano lo discierna, sin la necesidad de asesoramiento de un profesional abogado.

Tratándose de la jurisdicción constitucional boliviana, en aras de aplicar el principio procesal de comprensión efectiva, el TCP prevé la existencia de radicadores; es decir, servidoras y servidores públicos que, una vez concluida la resolución constitucional, proceden con la revisión minuciosa de la redacción y estilo, asegurando la mayor eficacia posible en su claro entendimiento, tanto por las partes del proceso como de la población en general. El filtro comunicacional que desempeñan las radicadoras o los radicadores, denota el acogimiento de la estética jurisdiccional para beneficio de la ciudadanía que activa

la vía constitucional, otorgándole un carácter pedagógico y didáctico a todos los pronunciamientos que tutelan derechos fundamentales.

Con lo expuesto, se colige que, la justicia constitucional de Bolivia y su Tribunal Constitucional Plurinacional adoptaron un lenguaje claro, mediante la aplicación del principio procesal de comprensión efectiva y el principio de publicidad, ambos contenidos en el CPCo y la LTCP, respectivamente.

2.3. Prácticas de lenguaje estandarizado a emplearse en la justicia constitucional

El Derecho Procesal Constitucional es dinámico, se encuentra en permanente actualización e, incluso, se analizan nuevas figuras jurídicas o acciones positivas que mejoren la impartición de justicia. Dentro de la disciplina del Derecho Procesal, se vienen gestando ideas en calidad de buenas prácticas del lenguaje jurídico que derivaron en la proyección y puesta en vigencia de protocolos, manuales, guías o instructivas para que los operadores jurídicos redacten resoluciones claras, sencillas y hasta con expresiones naturales.

152 El Poder Judicial de Perú, puso a disposición de sus juzgadoras y juzgadores un Manual Judicial de Lenguaje Claro y Accesible a los Ciudadanos. Dicho documento, se encuentra dividido en cuatro capítulos, que describen detalladamente el derecho a comprender como parte del debido proceso, los agentes y finalidad de la comunicación judicial, los usos del lenguaje en los documentos de comunicación judicial, el uso de las reglas de la gramática, redacción y motivación, las reglas para un lenguaje claro y accesible en las resoluciones, así como las directrices destinadas a la redacción y las nuevas formas de comunicación judicial.

Esta herramienta de trabajo del aparato judicial peruano, promueve que tanto las juezas y los jueces utilicen un lenguaje sencillo en sus actuados jurisdiccionales, pero igualmente está dirigido al personal de los juzgados.

En las etapas de vida de las personas (desde su nacimiento hasta la muerte), el Derecho interviene imponiendo formas de atender las exigencias de la población. Con este criterio, se busca una comunicación fácil para ofrecer servicios judiciales a toda la colectividad, lo que refleja una justicia cercana a las ciudadanas y los ciudadanos, dado que la credibilidad (de ellos) le otorga legitimidad a las juzgadoras o los

juzgadores, por lo que sus decisiones están relacionadas también al uso de palabras claras y comprensibles.

República Dominicana, mediante su Suprema Corte de Justicia y la Comisión para la Igualdad de Género del Poder Judicial del referido país, dispuso la vigencia del Manual de Estilo Igualitario en el Lenguaje Jurídico. Si bien a lo largo de sus páginas desarrolla la incidencia de rasgos sexistas en el lenguaje jurídico, conjuntamente a los problemas más frecuentes de discriminación lingüística en el idioma español, se ha reservado un espacio donde se describen recomendaciones generales de procedimientos de uso en el idioma español durante la aplicación de un lenguaje más igualitario, toda vez que:

La lengua española es extensamente rica y con solo usar un poco de creatividad y algunas de las posibilidades que ella ofrece, agregando algunas palabras más a lo que expresamos de forma oral o escrita, usando palabras inclusivas de ambos sexos, lograremos una mejor comunicación y la modificación de patrones, para reflejar con ello nuestro compromiso con la igualdad (Esmurdoc Castellanos, 2011, p. 37).

En el territorio argentino, puede citarse la existencia de una Red de Lenguaje Claro, instancia que llegó a constituirse durante noviembre de 2018, por el Honorable Senado, la Secretaría Legal y Técnica y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de Argentina. A esta Red, se integraron la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires u otras instancias provinciales de similares características jurisdiccionales, pues su propósito representa el acceso a la información pública por la ciudadanía.

En el cumplimiento de sus fines, la Red de Lenguaje Claro - Argentina elaboró, en la gestión 2019, una Guía del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) de Lenguaje Claro: Pautas para redactar información jurídica en lenguaje claro, cuyo objetivo recae en otorgar recomendaciones o directrices que orientan a los funcionarios públicos en la redacción de textos judiciales concretos y comprensibles.

La utilidad de esta publicación institucional, puede sintetizarse en el texto que sigue:

El lenguaje claro propone técnicas para comunicar a los destinatarios de la información lo que necesitan saber de una

forma directa y sencilla, con una estructura gramatical simple. El lenguaje claro simplifica la forma, pero no su contenido. Es decir, redactar en lenguaje claro no supone una simplificación en sentido negativo ni una actitud condescendiente hacia el receptor. Implica claridad y precisión, pero no pérdida de contenido (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2019, p. 3).

3. Conclusiones y Recomendaciones

Con lo manifestado en los apartados anteriores, puede concluirse que, el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional han incursionado en la rama del lenguaje y literatura, a través de la redacción de sentencias en formato de lectura ciudadana.

Por medio de los principios de publicidad y comprensión efectiva, la jurisdicción constitucional boliviana se acerca al pueblo con la elaboración de resoluciones de entendimiento sencillo y usando palabras claras. Además de las partes que intervienen durante el proceso constitucional, las personas (en general y sin importar su nivel de instrucción) están facultadas de acceder a información judicial sin el excesivo uso de tecnicismos constitucionales, ni tampoco silogismos jurídicos.

154

Con este propósito, la jurisdicción ordinaria viene implementando manuales, guías y protocolos que demuestran el interés del aparato judicial de alcanzar a la mayor cantidad de público, siendo recomendable que la jurisdicción constitucional emplee también estos documentos internos, y le sirvan a todo el personal relacionado con la protección de los derechos fundamentales, en particular, durante el ejercicio pleno del derecho constitucional de acceso a la información pública.

A objeto de destacar el poder de la palabra o la comunicación mediante las resoluciones pronunciadas en sede constitucional, culminamos el presente análisis recordando la célebre frase del profesor Alfonso Herrera, reconocido jurista y académico mexicano, para quien: “La aspiración no es que haya un «formato de lectura fácil» sino que todas las sentencias lo sean”.

4. Bibliografía

Alcalá, L. A. (2021). El principio constitucional de publicidad procesal y el derecho a la información. *Cuadernos Constitucionales*, 2, 9-30.

Caballero Arellano, A. (2022). La importancia de elaborar sentencias en formato de “lectura ciudadana”. *Revista abogacía*. <https://www.revistaabogacia.com/la-importancia-de-elaborar-sentencias-en-formato-de-lectura-ciudadana/>

Esmurdoc Castellanos, E. (2011). *Manual de estilo igualitario en el lenguaje jurídico* (Poder Judicial y Comisión para la Igualdad de Género del Poder Judicial). https://observatoriojusticiaygenero.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/buenas_practicas/DBP_Manual_de_estilo_gualitario.pdf

Gomar, S. O. N. (2010). La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación. *Revista Justicia Electoral*, 1(6), 45-76.

Llamosí, J. R. R. (2018). ¿Es bello el Derecho? Notas sobre Derecho y Estética. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 51, Article 51. <https://publicaciones.rcumariacristina.net/AJEE/article/view/333>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2019). *Guía del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) de Lenguaje Claro: Pautas para redactar información jurídica en lenguaje claro*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-SAIJ-de-lenguaje-claro.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

TÓPICO 3

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONVENCIONAL

La Responsabilidad Civil o Penal Derivada de la Acción de Amparo Constitucional

1. Introducción

En la redacción de los textos constitucionales, suelen incluirse preceptos referidos a la protección de los derechos reconocidos a la población en su conjunto. Los Estados, en estricto cumplimiento de sus obligaciones internacionales, prevén la tutela de los derechos fundamentales y precautelan el respeto de las garantías jurisdiccionales, escenarios jurídicos donde se instituyen recursos propios del Derecho Procesal Constitucional, tal es el caso de la acción de amparo constitucional.

Con el propósito de implementar una sociedad justa y pacífica, las Constituciones Políticas o leyes de desarrollo constitucional han implementado mecanismos, dirigidos a lograr la reparación del daño causado a los actores de los procesos civiles o penales. Si bien existen modelos doctrinales sobre el resarcimiento civil y penal emergentes de sus respectivos procedimientos, los estudios jurídicos con relación a la reparación integral a ejecutarse frente a la acción de amparo constitucional, todavía resultan escasos, siendo un desafío pendiente de la jurisdicción tutelar la posibilidad de dictarse una resolución constitucional resarcitoria y, más aún, con carácter oportuno.

Los efectos (directos e indirectos) al concederse o denegarse la tutela de derechos, pueden variar en las legislaciones procesales de la región. Lo cierto es que, la restitución del disfrute o goce del derecho tutelado vía amparo constitucional, no está limitada al restablecimiento del estado de las cosas con anterioridad a la vulneración de derechos, sino origina una reparación sustentada en la teoría del daño, aspecto que justifica la existencia de un régimen tutelar de responsabilidad civil o penal.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Teoría de daños desde una visión constitucional

2.1.1. El daño y su relación con la reparación

La doctrina y los avances teóricos en materia constitucional, pregonan que la vulneración de los derechos hacia una determinada persona, da

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 29 de septiembre de 2022, durante el Sexto Congreso Argentino de Justicia Constitucional, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

como resultado un posterior resarcimiento debiendo, en el momento de concederse o denegarse la tutela por vía de amparo, asimismo analizarse detenidamente la lesión para que proceda la reparación.

Para referirse al daño, debe otorgarse una definición jurídica y contextualizada que guarde correspondencia con la tutela de los derechos fundamentales, protegidos por la acción de amparo constitucional.

Por daño, se entiende a aquella afrenta que genera agravios en los intereses de un determinado individuo, traducidos en los derechos pecuniarios y no pecuniarios, así como los derechos individuales y colectivos, ocasionando una lesión hacia los derechos de toda persona pues, de alterar su ejercicio, no solamente se coarta su goce o disfrute, sino abre la posibilidad de interponerse una acción jurisdiccional, llamada amparo constitucional y que, por su naturaleza jurídica y objeto procesal, busca restaurar el derecho vulnerado (Carlos Henao, 2015).

160

Bajo esta definición, puede colegirse que, opera la determinación de posibles indicios de responsabilidad civil o penal derivada de la acción de amparo constitucional, dado que las conculcaciones a los derechos fundamentales, protegidos por este recurso, ingresan dentro de la esfera de la teoría del daño, pues igualmente subsisten los tres elementos principales que integran la doctrina de la reparación, traducidos en la amenaza al derecho pecuniario o no pecuniario, las lesiones al derecho individual o colectivo, y la simple lesión definitiva del derecho como daño.

Respecto al primer componente de la reparación, es necesario efectuar una distinción entre lo que supone una lesión a los intereses pecuniarios y lo que representan los intereses no pecuniarios. Con esta finalidad, los tribunales que resuelven el conflicto jurídico reclamado en la acción de amparo constitucional, deben diferenciar la naturaleza económica o no económica del derecho que se considere vulnerado, siendo el punto de debate la forma de medición del daño ocasionado a los sujetos procesales.

Así pues, la reparación económica en los términos del amparo, es un tema de debate jurídico por los juzgadores constitucionales. Por ejemplo, los derechos al trabajo y la seguridad social pueden cuantificarse, admitiendo un régimen de resarcimiento económico y, por ende, aceptan el establecimiento de una posible responsabilidad civil. En cambio, para casos en los que se conculquen los derechos a la libertad de expresión,

el acceso a la información o la petición u otros de difícil valuación, aún persisten problemas sobre cómo compensar los daños sufridos en una determinada suma de dinero, a consecuencia de la lesión del derecho tutelado por el amparo constitucional.

Un segundo factor de la reparación, constituye distinguir entre las vulneraciones cometidas contra los derechos individuales y los derechos colectivos. Para esta tipología de situaciones, el juzgador constitucional analizará si se trata de reparaciones que recaen en personas individuales o se trata de derechos difusos no apropiables. La Corte Constitucional de Colombia, definió los intereses que pueden protegerse por el derecho de daños, bajo el siguiente tenor:

(...) la doctrina comparada habla de que el objeto de las acciones de grupo es proteger “intereses de grupo con objeto divisible”, o “intereses plurisubjetivos”, o “derechos o intereses subjetivos homogéneos”, a diferencia de las acciones populares en las que se protegen intereses de grupo con objeto indivisible o derechos colectivos en sentido estricto: los intereses colectivos y los intereses difusos (Corte Constitucional de Colombia, Andrés De Zubiría Samper y otros, 2004).

161

La jurisdicción constitucional colombiana, concibe la existencia de derechos que se tutelan por intermedio de la acción popular, toda vez que se refieren a derechos indivisibles y caracterizados porque, en el momento de ser diseñados por el constituyente o el legislador, fueron concebidos de forma unitaria para beneficio de una colectividad, pues toda persona puede ejercitarlos sin exclusión, es el caso del derecho al medio ambiente, el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública u otros de similar configuración.

Con esta comparación, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, en su Sentencia Constitucional Plurinacional (SPC) 0176/2012 de 14 de mayo, adoptó un firme entendimiento respecto al resarcimiento que puede surgir, a partir de la interposición de ciertas acciones (como el amparo constitucional) cuando se advierta lesiones a intereses individuales homogéneos, por ello:

(...) los derechos o intereses colectivos en sentido estricto y los derechos o intereses difusos que en esencia son transindividuales e indivisibles y necesariamente requieren una solución unitaria

y uniforme, son tutelables por la acción popular, mientras que los derechos o intereses individuales homogéneos al tratarse de derechos subjetivos donde se busca el resarcimiento no se tutelan a través de la acción popular, puesto que en el derecho comparado se protegen por las acciones de grupo (Colombia) donde la sentencia determinará diferentes grados de afectación y de reparación económica (Sentencia Constitucional Plurinacional 0176/2012, 2012).

Ejemplo concreto de esta categoría jurídica, representa los derechos reconocidos a los usuarios y consumidores, donde se advierten intereses de grupo no tutelados por la acción popular. De hecho, dependiendo del caso, un interés individual del usuario o consumidor podrá tutelarse mediante la acción de amparo constitucional, previa unificación de la representación, dando como resultado la búsqueda del resarcimiento y, en consecuencia, es posible determinarse la subsistencia de indicios de responsabilidad civil o penal.

162

Por citar, puede darse el caso que un determinado producto comestible, puesto a disposición de toda la ciudadanía, no cumpla condiciones para su elaboración, envasado, manipulación y exposición. Frente a esta conducta reprochable, se lesiona el derecho de los potenciales consumidores, lo que provoca un daño cuantificable a ser reparado económicamente por el proveedor (como efecto del surgimiento de la responsabilidad civil) y tendrá que acudir a instancias del Ministerio Público, respondiendo también a ciertas denuncias por adecuar su conducta a los delitos contra la salud pública (determinándose así la existencia de responsabilidad penal).

El tercer y último elemento de la reparación, corresponde a la simple amenaza de lesión definitiva del derecho como daño, vale decir, la definición específica del momento en el que emerge la responsabilidad de resarcir. Dependiendo de cada sistema jurídico, existen posturas tradicionales que defienden que, el daño se presenta solamente cuando se percata una lesión definitiva del derecho protegido por la acción de amparo; no obstante, otras tendencias afirman que el daño emerge desde aquel momento en que se advierte una restricción en el ejercicio, goce o disfrute del derecho a tutelarse.

Los tribunales de garantías, encargados de dictar los veredictos sobre derechos que incumben al amparo constitucional, deben considerar

que, la determinación de una eventual responsabilidad civil, supone la existencia de tres posturas que establecen las etapas del daño cierto:

- ▶ Una primera posición, considera que el daño tiene origen en la alteración o perturbación del derecho tutelado por el amparo, sin que aún se haya iniciado la lesión definitiva;
- ▶ El segundo punto de vista, explica que el daño solamente inicia cuando se verifica la lesión definitiva del derecho y sigue consumándose en desmedro de su titular, doctrinalmente definido como daño continuado; y,
- ▶ Desde una tercera perspectiva, no existe perjuicio mientras se pueda ejercitar el derecho constitucional, razón por la que el surgimiento del daño supone que el derecho, tutelado vía amparo, ya fue lesionado en forma definitiva y total (Baltazar Robles, 2017).

Si bien cada legislación procesal constitucional, puede contener concepciones diversas respecto al daño y la reparación, lo cierto es que cada sistema jurídico establece medios para prevenir futuros menoscabos en los derechos tutelados por el amparo constitucional; por esta razón, la propia jurisprudencia constitucional boliviana, a través de la SCP 1964/2012 de 12 de octubre, citada incluso por la SCP 0721/2015-S2 de 26 de junio de 2015, precisa la configuración de este recurso, señalando que:

(...) la acción de amparo forma parte del control reforzado de constitucionalidad o control tutelar de los derechos y garantías, al constituirse en un mecanismo constitucional inmediato de carácter preventivo y reparador destinado a lograr la vigencia y respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, siempre que no exista otro medio de protección o cuando las vías idóneas pertinentes una vez agotadas no han restablecido el derecho lesionado (Sentencia Constitucional Plurinacional 1964/2012, 2012).

Entonces, por su naturaleza propia, el amparo constitucional posee un carácter de remedio preventivo, dado que está diseñado para evitar el surgimiento de un daño o la continuación de la vulneración, lo que puede derivar en un grave perjuicio de irreparable compensación. Por ello, el contenido preventivo que suele otorgarse a la acción de amparo constitucional, permite que, al concederse la tutela de un derecho, emerja

asimismo la alternativa de fijarse un indicio de responsabilidad civil o penal hacia la persona o las personas que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos protegidos constitucionalmente.

2.1.2. Formas y medios de reparación

En idénticas condiciones que el daño, habrá que precisarse una conceptualización de la reparación. En el lenguaje jurídico, producto de conculcaciones en los derechos tutelados por una determinada acción constitucional u otro recurso judicial, se sostiene que frente al daño se debe reparar, resarcir o indemnizar, lo que conduce al restablecimiento del estado de las cosas con anterioridad a la lesión del derecho. Aunque cada uno de estos términos sean utilizados como sinónimos, la responsabilidad civil o penal muestran preferencia por utilizar la palabra reparar, ya que implica los medios por los que la persona que vulnera un derecho se responsabiliza de remediar la lesión, asegurando -al titular de un derecho tutelable- el retorno al *status quo ante* al acaecimiento del daño.

164

Esto, conlleva a que ninguna rama del Derecho pueda permanecer reticente a la figura jurídica de la reparación, por el contrario, los menoscabos ocasionados a los derechos dan como resultado un daño reparable.

Para la doctrina inglesa, la expresión *remedy* da cuenta que existe una amplia tipología diversa de reparar el daño, una de esas tantas formas es la determinación de los indicios de responsabilidad civil o penal, como efecto de la resolución que concede la acción de amparo constitucional, pero además la tendencia anglosajona supone no sólo repararlo, sino también tiene por objetivo prevenirlo. En cambio, la corriente francesa no toma en cuenta la prevención, se limita a la reparación del daño consumado, mas no identifica vías que eviten la posible lesión de derechos.

Cada tribunal que conozca el amparo y lo resuelva, sigue la tendencia (inglesa o francesa) regulada por la línea jurisprudencial propia o su legislación procesal constitucional. Por ejemplo, en el caso boliviano, es la corriente inglesa la que influye en la determinación del daño ocasionado, por lo que, para establecer indicios de responsabilidad civil o penal, puede tomarse en cuenta que la vulneración surge desde el momento en el que concurre una alteración al goce pacífico de un

determinado derecho y sin exigirse, como requisito, que la lesión se haya consumado.

Por esta razón, procesalmente se predica que, mediante la acción de amparo constitucional, no se impiden exclusivamente actos ilegales o las omisiones indebidas de las y los servidores públicos o particulares que los restrinjan o supriman, sino que incluye igualmente situaciones que amenacen restringir o suprimir los derechos.

Por último, respecto a las formas y mecanismos de reparación, los modelos doctrinales expresan la vigencia de una reparación pecuniaria que consiste en la otorgación de una suma de dinero como efecto de la lesión de derechos, precisamente es la teoría que se invoca en los regímenes de responsabilidad que pueden aplicarse en acciones constitucionales, tal cual representa el amparo. En contrapuesta a esta teoría de compensación monetaria, se encuentra la reparación *in natura*, vale decir:

(...) la restitución en naturaleza comprende un conjunto de pretensiones cuyo fin no es simplemente compensar económicamente al deudor por el daño sufrido, sino restituirlo a la condición efectiva en que se encontraba antes del hecho demandado (Barros Bourie, 2017).

165

Las prescripciones internacionales en materia de reparaciones, por citar, las Resoluciones N° 56/83 de 12 de diciembre de 2001 y N° 60/147 de 16 de diciembre de 2005 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, los artículos 8, 25 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el artículo 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sirven de sustento para razonar que, tanto las normas del Derecho Convencional, así como la legislación procesal doméstica, adoptan la postura de la reparación *in natura*, siendo común que los juzgadores constitucionales, al tutelar los derechos fundamentales por vía de amparo, asuman esta forma de reparación para proteger el derecho, limitar la continuidad de la lesión, decretar el establecimiento de indicios de responsabilidad (civil o penal), y repararse el daño ocasionado.

Dentro de las medidas de reparación no pecuniarias, los tribunales de justicia que conocen la acción de amparo constitucional pueden acudir a la restitución (que incumbe restablecer el ejercicio del derecho antes

de ser vulnerado) y la rehabilitación (donde se persiguen medios para garantizar la salud de la persona afectada), la satisfacción (por el que se repara a la víctima en base a los mecanismos de memoria, verdad y justicia), y las garantías de no repetición (prescripción que tiene por finalidad asegurar que la lesión de derechos no se reitere, ni tampoco se repitan actuaciones que conculquen los derechos de la población).

2.2. La responsabilidad civil o penal en acciones de amparo constitucional

Definidos los conceptos de daño y reparación, además de establecido su alcance jurídico, se analizarán las nociones de responsabilidad civil y penal, que derivan de la tramitación y resolución de la acción de amparo constitucional.

Sin embargo, en términos generales cabe destacar que, la reparación integral (pecuniaria o *in natura*) comprende medidas de restablecimiento del estado de las cosas de forma antelada a la vulneración del derecho tutelado por el amparo y, de ser susceptible, la valuación económica del daño perpetrado por la lesión.

¹⁶⁶ Para la determinación del daño y la reparación, es requisito indispensable que el juzgador constitucional analice la gravedad y magnitud del derecho vulnerado, junto a las circunstancias y características por las que se produjo la lesión; de esta forma, producto de la interposición del recurso de amparo constitucional donde se demuestre la conculcación de un derecho, será posible examinarse jurídicamente si corresponde o no la reparación integral del daño causado.

En el segmento desarrollado a continuación, serán expuestas percepciones de lo que debe entenderse por responsabilidad, y de qué forma puede determinarse la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal en conflictos jurídicos derivados de acciones de amparo, considerando las disposiciones jurídicas que regulan sus efectos de conceder o denegar la tutela.

2.2.1. Responsabilidad civil

El ser humano, con capacidad jurídica, es propenso a incurrir en responsabilidades derivadas de su actuación, lo que origina la obligación de reparar el daño que su conducta pueda erogar (Corte Suprema de Justicia - División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 2008).

Esta concepción genérica de lo que representa la responsabilidad, trasunta para comprender la esencia que persigue la reparación económica del daño, en situaciones donde se lesiona un derecho tutelado por el amparo constitucional.

La doctrina tradicional de la responsabilidad civil, consideraba que, frente a la inobservancia negligente de alguna obligación contractual, debía castigarse al sujeto que incumplía, fundando así la teoría de la culpa; entonces, se relacionaba la responsabilidad civil con el incumplimiento de obligaciones contractuales, toda vez que, por este comportamiento culposo, se genera un perjuicio pecuniario a una de las partes, incluso, el Derecho Romano sostenía que la culpa era una consecuencia de no tomarse previsiones de aquello que, con diligencia, debió prevenirse.

Con las nuevas tendencias, se supera la doctrina de la culpa para dar paso a la teoría del daño, que fuera desarrollada en un apartado anterior. Por este motivo, la responsabilidad civil puede ingresar asimismo dentro del campo del amparo constitucional, dado que ya no resulta un instituto jurídico puramente civilista, sino también tiene repercusión ante la vulneración de los derechos que son tutelados por esta acción, pues la orientación del surgimiento de daño y la reparación abarcan al proceso constitucional, agroambiental, administrativo, entre otros:

167

La conceptualización del daño como factor determinante de la responsabilidad civil ha llevado a la doctrina, por eso, a ampliar el espectro del daño considerando aspectos que la doctrina clásica no había percibido, como, por ejemplo, el daño a los derechos de la persona humana en cuanto tal, como la violación de su derecho a la intimidad de la vida familiar o a la imagen, o el llamado daño a la persona en sus diversas facetas (Vidal Ramírez, 2001).

Similares escenarios se presentaron en las legislaciones procesales que regulan los procedimientos constitucionales, pues la acción de amparo, en una primera etapa, fue concebida como un mecanismo de impedir conductas que hayan violado, violen o amenacen violar un derecho fundamental, para convertirse en una garantía jurisdiccional con fines también preventivos y de naturaleza restaurativa de la lesión perpetrada, a través de una función indemnizatoria sustentada en la determinación de indicios de responsabilidad civil.

Como modelo jurídico que justifica esta aseveración, pueden citarse los artículos 39 y 57, párrafos I, del Código Procesal Constitucional de Bolivia (Ley N° 254 de 5 de julio de 2012), cuyos textos literales disponen que, la resolución que conceda la acción de amparo constitucional, podrá determinar también la existencia o no de indicios de responsabilidad civil, estimando el monto a indemnizar por daños y perjuicios.

La inclusión del concepto de daño -acampado a la reparación- en el proceso constitucional, por efecto de una lesión hacia un derecho fundamental, tiene por sustento el derecho de reparación de las personas que intervienen como actores en los amparos, debido a que el daño, con una óptica del proceso tutelar tramitado en sede constitucional, se entiende como:

(...) aquella amenaza, privación o alteración al núcleo de protección (NP) de un sujeto de derecho, individual o colectivo, de tal intensidad, que un sistema de derecho justo no puede aceptar como irrelevante, tenga o no un efecto económico mensurable. Al considerarlo digno de tutela, el sistema dota a la víctima (daño individual), víctimas (daño masivo) o al actor popular (daño difuso y colectivo) de una serie de remedios que le(s) permiten prevenir el daño, hacerlo cesar, obtener su reparación, restitución, compensación y en algunos casos, legal o contractualmente previstos, su castigo (Tamayo Jaramillo, 2017).

168

Se colige que, los operadores jurídicos de la justicia constitucional deben ilustrarse respecto a las diferencias subsistentes entre derechos pecuniarios e individuales, esclareciendo la etapa específica donde puede surgir el daño cierto y, por supuesto, establecer si solamente se resarce el daño definitivo y no así la amenaza de una posible lesión, u operan ambas alternativas de reparación.

En este contexto, lo señalado por la jurisprudencia ordinaria y constitucional respecto a los elementos que exige la determinación de la responsabilidad civil, servirá de guía para la estimación del daño y los perjuicios, causados a alguna de las partes del proceso tutelar.

De esta forma, los juzgadores constitucionales, a consecuencia de la lesión en derechos fundamentales tutelados vía amparo, están facultados de analizar la indemnización de los daños por la función eminentemente resarcitoria de la indicada acción que, según quedó manifestado, guarda

conexidad con ciertas formas y medios de reparación, tal es el caso de la restitución y la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición, no debiendo limitarse simplemente a la compensación económica.

En síntesis, es imposible que los tribunales de garantías o jueces que conocen las acciones de amparo constitucional, aborden los daños ocasionados por afectación a los derechos con raíz constitucional, sin que antes se interprete la influencia de la corriente jurídica de la responsabilidad civil, sus elementos y principios para luego ordenar la indemnización de los perjuicios, acorde a los preceptos constitucionales y corrientes civilistas que resulten aplicables dentro del sistema jurídico de un determinado país.

Así, los efectos de la acción de amparo constitucional, están sujetos al régimen de responsabilidad civil de cada ordenamiento jurídico, toda vez que los procesos constitucionales en los que se tutelan derechos, suelen equipararse también a juicios resarcitorios para la materialización del derecho fundamental a una reparación pronta, adecuada, efectiva y justa del daño que se ha sufrido, conforme impone una determinada Constitución Política del Estado (Vélez Saldarriaga, 2020).

169

Por este motivo, la Ley Fundamental de Bolivia, en su artículo 113, párrafo I, acoge la teoría del daño y la reparación ante lesiones a los derechos tutelados por el amparo constitucional, precisando que:

La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

2.2.2. Responsabilidad penal

Acerca de la responsabilidad penal, la concepción clásica denota que, se constituye en la consecuencia legal originada por la comisión de una conducta tipificada como delito y, en cuyo efecto, puede imponerse una respectiva sanción o una pena (Matus, 2017).

Por consiguiente, los jueces constitucionales valorarán sí, emergente de la lesión del derecho fundamental precautelado mediante la acción de amparo, las partes del proceso constitucional adecuaron sus actuaciones a un determinado delito, derivándose antecedentes a las autoridades llamadas por ley para defender los intereses de la sociedad o del Estado.

El Código Procesal Constitucional boliviano menciona que, de concederse la tutela, puede asimismo determinarse la subsistencia de indicios de responsabilidad penal, remitiendo antecedentes al Ministerio Público y a la Procuraduría General del Estado, cuando corresponda.

Si bien se justifica la derivación de actuados ante la Fiscalía General del Estado para que ésta instancia persiga de oficio el delito y busque la sanción de sus presuntos autores, la remisión ante la Procuraduría General del Estado se fundamenta en el artículo constitucional 113, parágrafo II, de la Norma Suprema de Bolivia, cuya redacción señala:

En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

170

De esta prescripción constitucional, se concluye que la responsabilidad penal en materia de amparo no tiene por única finalidad que se averigüe la comisión de un hecho delictivo, que pudo derivar de la lesión de un derecho fundamental resguardado por la acción de amparo, sino se trata de una forma normativa donde el legislador ha previsto que, a través de esta garantía jurisdiccional, resulte consagrado el derecho de las víctimas al resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna y que, en caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, se repetirán las erogaciones contra las autoridades o servidores que ocasionaron los daños y perjuicios.

3. Conclusiones y Recomendaciones

En la práctica, los tribunales de garantías o también denominados como tribunales de amparo, se limitan a ordenar la restitución de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados con restringir o suprimir; sin embargo, omiten pronunciarse respecto a las formas de reparación del daño ocasionado o un establecimiento concreto de indicios de responsabilidad civil o penal.

Por consiguiente, a través del presente análisis jurídico, pudo abordarse los indicios de responsabilidad civil o penal, así como la reparación por los daños sufridos por quienes ven lesionados sus derechos tutelados por vía del amparo constitucional, que se constituye en una categoría nueva de las acciones de defensa.

En efecto, los conceptos de responsabilidad, resarcimiento y reparación se encuentran dentro de la teoría del daño, también tiene incidencia en la resolución final de las acciones de amparo, toda vez que el procedimiento constitucional acoge el postulado jurídico de que, ante el daño causado en los derechos de otra persona o en plena conculcación al conjunto de derechos fundamentales, el individuo infractor está obligado asimismo a reparar las consecuencias derivadas de dicha afectación.

Por esta razón, al tratarse de derechos fundamentales reconocidos por las Normas Supremas o de regulación específica en leyes infraconstitucionales, los juzgadores constitucionales procederán a valorar la reparación integral en el contexto tutelar y su importancia dentro de las acciones de amparo constitucional, teniendo presente que son las propias legislaciones procesales, las que aperturan la posibilidad de determinar la existencia de daños y una eventual indemnización, a través de la fijación de posibles indicios de responsabilidad civil o penal.

Como recomendación, puede sugerirse la búsqueda de herramientas para fortalecer el sistema de reparaciones de un determinado Estado, a través no solamente de un régimen de responsabilidad civil o penal, sino mediante un régimen regulatorio de escenarios de responsabilidad patrimonial estatal donde, más allá de condenarse la lesión del derecho al propio Estado, se impongan mecanismos de repetición contra aquellos servidores públicos, o de personas individuales o colectivas, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

Una última recomendación final, está vinculada a los aportes jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con relación al marco jurídico que desarrolla las categorías de las reparaciones; su influencia, en el establecimiento de indicios de responsabilidad civil o penal en acciones de amparo puede resultar determinante pues, por la naturaleza del proceso constitucional, se torna indispensable acudir a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para delimitar las medidas de compensación ante daños hacia los derechos fundamentales, dando paso a una disciplina denominada Derecho de las Reparaciones, lo que favorece a la progresividad en mayores estándares de tutela hacia la población en su conjunto.

4. Bibliografía

- Baltazar Robles, G. E. (2017). Efectos de la sentencia que concede el amparo: La reparación integral de las violaciones a derechos humanos. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 381-392.
- Barros Bourie, E. (2017). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Jurídica de Chile.
- Carlos Henao, J. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, 28, 277-366. <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>
- Corte Constitucional de Colombia. Andrés De Zubiría Samper y otros, (8 de junio de 2004).
- Corte Suprema de Justicia - División de Investigación, Legislación y Publicaciones. (2008). *Responsabilidad Civil. Daños y Perjuicios. Doctrina Nacional. Jurisprudencia actualizada (1998-2008). Legislación aplicable*. Intercontinental Europa S.A.
- 172 Matus, J. P. (2017). La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado. *Nuevo Foro Penal*, 13(88), 39-71. <https://doi.org/10.17230/nfp.13.88.2>
- Tamayo Jaramillo, J. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Legis Editores.
- Sentencia Constitucional Plurinacional 0176/2012, (14 de mayo de 2012).
- Sentencia Constitucional Plurinacional 1964/2012, (12 de octubre de 2012).
- Vélez Saldarriaga, J. A. (2020). *La noción del daño emergente en la orden de condena en abstracto de la Corte Constitucional* [Universidad EAFIT]. <http://hdl.handle.net/10784/17712>
- Vidal Ramírez, F. (2001). La Responsabilidad Civil. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 54, 389-399.

Aportes desde la Jurisdicción Constitucional Boliviana para una práctica interpretación y ejercicio del Pluralismo Jurídico

1. Introducción

Durante la gestión 2009, Bolivia aprueba su Constitución Política del Estado (CPE) cambiando de paradigma. El monismo jurídico, que en la etapa de construcción republicana boliviana se encontraba consolidado, quedó relegado para dar paso al llamado pluralismo jurídico.

Si bien el concepto plural se encuentra en diferentes apartados del texto constitucional boliviano, tanto en el campo económico como en la esfera cultural, la justicia no ha quedado al margen de su tratamiento. El modelo jurídico estatal, según lo establecido por el artículo 179 de la Ley Fundamental, reconoce a la jurisdicción indígena originario campesina (JIOC) y le otorga una igualdad jerárquica que la jurisdicción ordinaria, pues la armonía entre ambos sistemas de justicia -reconocidos por la Constitución- fortalece una administración judicial incluyente, plural y al servicio de la población.

En el marco de las atribuciones cumplidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, fueron pronunciadas Resoluciones Constitucionales Plurinacionales (RCP), esenciales en el pluralismo jurídico y que guardan relación con la justicia indígena originario campesina.

Bajo este contexto, las líneas jurisprudenciales emanadas desde la justicia constitucional boliviana buscan un equilibrio sostenido entre ambas jurisdicciones, pero también sirven de guía para la aplicabilidad de los conceptos inherentes al pluralismo jurídico, en especial, durante la tramitación de procesos constitucionales de orden tutelar, normativo o competencial.

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 22 de septiembre de 2022, durante el XXVII Encuentro Anual de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer junto al Tribunal Constitucional de Chile.

2. Análisis y Desarrollo

La CPE de Bolivia, a través de sus artículos 190 a 192, hace referencia a la jurisdicción indígena originaria campesina, describiendo que, las naciones y pueblos indígena originario campesinos (NyPIOC) tienen la potestad de ejercer sus funciones (jurisdiccionales y de competencia) mediante sus autoridades; con esta finalidad, constitucionalmente se reconoce la aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

Bajo este reconocimiento efectuado por el constituyente boliviano, dicha jurisdicción comprende los ámbitos de vigencia personal (es aplicable a los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino), material (conoce los asuntos indígena originario campesinos) y territorial (prevista para las relaciones y hechos jurídicos realizados o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino), aspecto que determinó la posterior promulgación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional (LDJ), Ley N° 073 de 29 de diciembre de 2010.

174

Muchos juristas, al explicar la naturaleza del pluralismo jurídico en el Estado boliviano, enfocan sus estudios solamente a la aplicabilidad de normas y procedimientos propios por parte de las NyPIOC, asociándolo a la solución de conflictos acaecidos en una determinada comunidad. Dicha apreciación, resulta equívoca dado que, el pluralismo jurídico también se encuentra relacionado al ejercicio de los derechos colectivos de las NyPIOC, que fueran recogidos por el artículo 30 de la CPE; asimismo, el pluralismo jurídico tiene incidencia en la construcción del modelo autonómico boliviano, por intermedio de la denominada autonomía indígena originaria campesina.

Acorde a lo expresado, las tres vertientes en las que el TCP desarrolla labores jurisdiccionales, aportan a la interpretación y ejercicio del pluralismo jurídico en territorio boliviano, situación que deriva en analizar, por una parte, los derechos de las NyPIOC (acciones tutelares), así como el control previo de constitucionalidad de sus proyectos de Estatutos para adoptar la autonomía indígena originario campesina (control normativo) y, por otra, abordar los conflictos de competencias emergentes con otras jurisdicciones (control competencial).

No obstante, es prudente mencionar que, dentro de las atribuciones conferidas a la jurisdicción constitucional boliviana, es posible realizar consultas de autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto, lo que permite que, desde una perspectiva integral, pueda enfocarse el pluralismo jurídico en sede constitucional acorde a estos cuatro pilares fundamentales, que coadyuvan a la consolidación de una justicia plural.

Finalmente, corresponde afirmar que, el máximo guardián y defensor de la Norma Suprema boliviana, debe resolver los asuntos puestos a su conocimiento y fallar en sus veredictos acogiendo los principios contemplados en el artículo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP), Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, de cuya transcripción se colige que, la justicia constitucional se rige por los principios de:

1. **Plurinacionalidad.** Es la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas y bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano.
2. **Pluralismo jurídico.** Proclama la coexistencia de varios sistemas jurídicos en el marco del Estado Plurinacional.
3. **Interculturalidad.** Reconoce la expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística, y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en busca del vivir bien (Estado Plurinacional de Bolivia, 2010).

175

En estricto apego a los principios rectores de la jurisdicción constitucional, el TCP ha generado jurisprudencia respecto al pluralismo jurídico con una interpretación incluyente de la Constitución, garantizando así un sistema de justicia al servicio del pueblo boliviano y para beneficio común de todas las colectividades.

2.1. La tutela constitucional de derechos en las NyPIOC

En el catálogo de derechos enumerados por la CPE de Bolivia, puede considerarse el reconocimiento específico de los derechos que corresponden a las NyPIOC.

Dentro de los ejes fundacionales del Estado Plurinacional, acorde a lo previsto por la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0698/2013

de 3 de junio, precisamente se encuentran descritas la plurinacionalidad, la interculturalidad y el pluralismo, en sus diferentes dimensiones; estos tres elementos, además de representar principios que guían a la jurisdicción constitucional, se articulan para garantizar el llamado “Vivir Bien”.

Uno de los grandes retos del país andino, según indica esta resolución del TCP, corresponde también a la implementación de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, siendo éste el fundamento para que, al interior de la justicia constitucional boliviana, puedan resolverse los problemas jurídicos que atingen a las NyPIOC, en particular, cuando se advierta la lesión de sus derechos colectivos.

El artículo 30, parágrafo II, del texto constitucional boliviano enumera al menos dieciocho derechos que, por su configuración jurídica, adquieren la categoría de derechos colectivos, entre ellos, puede destacarse el derecho a vivir en un medio ambiente sano con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas, el ejercicio de sus sistemas (políticos, jurídicos y económicos) acorde a su cosmovisión, la gestión territorial indígena autónoma, y una serie de derechos que el propio Estado garantiza, respeta y protege.

176

En las labores del TCP, se presentaron situaciones derivadas de la lesión hacia los derechos de las NyPIOC, lo que repercutió en la interposición de ciertas garantías jurisdiccionales. A través de la jurisprudencia constitucional desarrollada, fue establecido el tipo de acción tutelar, que resultaba eficaz en este cometido.

Al momento de explicar el mecanismo jurídico especial de la tutela de derechos colectivos, el TCP de Bolivia, mediante su SCP 0487/2014 de 25 de febrero, dispuso que la acción popular (AP) se constituía en la vía idónea, para solicitar la protección de derechos de las NyPIOC:

En ese ámbito, debe señalarse que dentro de las acciones tutelares se encuentra la acción popular, prevista en el art. 135 de la CPE, como un mecanismo de defensa de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza consagrados por la Ley Fundamental, tales como los derechos establecidos por el art. 30 de la CPE, cuyos titulares son las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Efectivamente, conforme interpretó la SC 1018/2011 de 22 de junio, la acción popular protege: ‘además de derechos e intereses colectivos, derechos e intereses difusos -ambos contenidos bajo el nomen iuris «Derechos Colectivos»- y, en ese sentido, cualquier persona perteneciente a colectividad o comunidad afectada puede presentar esta acción que, como su nombre indica, es popular’ y en ese sentido, las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0176/2012, 0300/2012 y 0645/2012, entre otras, señalaron que la tutela de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos debía ser efectuada a través de la acción popular (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2014c).

Entonces, uno de los aportes de la jurisdicción constitucional boliviana para aplicar adecuadamente el concepto de pluralismo jurídico, implica la diferenciación de la clase de acción constitucional que se halla reservada en la tutela de derechos de las NyPIOC que, por voluntad del constituyente, recae en la AP. Por consiguiente, en su vertiente protectora de derechos fundamentales y de resguardo de las garantías jurisdiccionales, el TCP ha brindado luces de cómo deben interpretarse los derechos de las NyPIOC toda vez que, desde una visión plural del Derecho, éstos priman sobre los derechos individuales.

177

El reconocimiento de los derechos colectivos es, sin lugar a dudas, una conquista del pluralismo jurídico, pero resultaría compleja su materialización o libre ejercicio, de no existir un recurso constitucional específico que pueda activarse frente a una posible vulneración.

Desde la jurisdicción constitucional boliviana, las líneas jurisprudenciales han trazado un nuevo horizonte en el entendimiento de los derechos a la libre determinación, de territorialidad y a la titulación colectiva de tierras y territorios (SCP 0487/2014 de 25 de febrero), el derecho al medio ambiente sano (SCP 0762/2014 de 15 de abril), entre otros que tienen por titular a las NyPIOC y, gracias a su configuración especial, son catalogados como derechos de naturaleza colectiva.

2.2. La construcción de la autonomía indígena originaria campesina, a través del pluralismo jurídico

Otro factor relativo a la aplicabilidad del pluralismo jurídico en sede constitucional, comprende el proceso de construcción y consolidación de la autonomía indígena originaria campesina.

En la categoría de entidades territoriales autónomas (ETA), prevista por la CPE de Bolivia y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Babiñez”, Ley N° 031 de 19 de julio de 2010, es reconocida la autonomía indígena originaria campesina, aspecto que mantiene concordancia con el artículo constitucional 30, parágrafo II, numeral 17, en cuyo listado de derechos colectivos de las NyPIOC hace énfasis en la gestión territorial indígena autónoma.

Según el tenor literal del artículo 289 de la Constitución boliviana, 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 (Estado Plurinacional de Bolivia, 2009).

Como quedó explicado en el acápite anterior, la libre determinación y autogobierno de las NyPIOC son la base fundamental para el acceso a su autonomía; sin embargo, no solamente el orden jurídico boliviano hace referencia a estos derechos, sino las normas del Derecho Internacional, tales como el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) junto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, reafirman la necesidad de que los Estados Partes puedan ser garantes de la libre determinación, la autonomía o el autogobierno, en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

178

Por este motivo, Bolivia, mediante sus instancias de Derecho Público (entre ellas el TCP), debe aunar esfuerzos en el acompañamiento y supervisión hacia las NyPIOC para que, previo cumplimiento de las formalidades exigibles por la Constitución y la Ley N° 031, procedan a la conformación de la autonomía indígena originaria campesina.

La jurisdicción constitucional boliviana, de acuerdo a los lineamientos generales del pluralismo jurídico, colabora en dos momentos trascendentales durante la construcción de la autonomía indígena originaria campesina.

Ya sea en la conversión de un Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC) o de un Municipio a una autonomía indígena originaria campesina,

el TCP de Bolivia interviene en el control de constitucionalidad del Estatuto Autonómico y de la pregunta del posterior referendo.

La Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) 0064/2018 de 3 de agosto, explicando la relevancia del control previo de constitucionalidad como parte de las atribuciones de control normativo del TCP, señala:

(...) se hace necesario garantizar el equilibrio entre la especial legitimidad que tienen los estatutos y cartas orgánicas como norma institucional básica de las ETA, en cuya aprobación interviene la población y sus instancias respectivas; por lo que, resulta necesario que dichos instrumentos normativos estén contruidos conforme la Constitución como Norma Suprema del Estado y de nuestro ordenamiento jurídico.

(...) Lo descrito precedentemente, demuestra que la tarea otorgada al Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el control previo de constitucional de los proyectos de estatutos y cartas orgánicas de las ETA, es de suma importancia, toda vez que se trata de la única instancia de revisión previa al sometimiento de aprobación vía referendo por parte del soberano, para luego entrar en vigencia, por ello la labor de control previo de constitucionalidad por parte de este Tribunal sigue un riguroso proceso que se encuentra normado en el Capítulo Cuarto del Título V del Código Procesal Constitucional (...) (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018).

179

Por encargo de la Constitución, la Ley N° 027 y 031, el TCP debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de los instrumentos normativos que regularán la conformación de la autonomía indígena originaria campesina, habida cuenta que, al constituirse como intérprete máximo de la Ley Fundamental boliviana, realiza una minuciosa labor de confrontar cada uno de los artículos proyectados en el Estatuto Autonómico con los preceptos de la CPE, dictando así una DCP.

Siguiendo los parámetros del pluralismo jurídico andino, el TCP de Bolivia efectuará el test de constitucionalidad enmarcándose en los principios, valores y fines que recoge la Norma Suprema.

El personal que integra la judicatura constitucional, con una óptica plural del Derecho y precautelando los derechos colectivos de las NyPIOC, toma en cuenta que estos documentos deben contener, de manera clara,

la estructura organizacional de gobierno, autoridades propias, o todo lo relacionado con la gestión de las formas políticas, culturales, sociales, institucionales y económicas propias, en el marco de las cuales ejercerán su autogobierno.

Por último, cabe detallar que, desde la justicia constitucional boliviana, se da curso al control previo de constitucionalidad de la pregunta para el referendo aprobatorio. El propósito de que el TCP confronte el contenido o texto literal de la pregunta del referendo, implica determinar su compatibilidad con la CPE, actividad jurisdiccional desarrollada conforme describe el Código Procesal Constitucional (CPCo), Ley N° 254 de 5 de julio de 2012, y que concluye con la emisión de una DCP, determinando su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Respecto a las características principales de este tipo de preguntas, que ingresan a revisión constitucional por parte de la máxima instancia de control de constitucionalidad en territorio boliviano, la DCP 0001/2014 de 7 de enero, indicó:

(...) a través del referendo -mecanismo constitucional de democracia directa y participativa- el Estado, representado por el Órgano Electoral, consultará a los ciudadanos y las ciudadanas mediante una pregunta sobre normas, políticas o asuntos de interés público (...); o sea, deberá necesariamente tratarse de una pregunta cerrada y directa, cuyo contenido tendrá que formularse en términos claros a efectos de no generar dudas o confusiones -preguntas de fácil comprensión-, breves y concretas sin utilizar palabras ambiguas o confusas considerando que el propósito que se persigue también radica en una respuesta concreta a una pregunta precisa; y, finalmente imparcial porque no debe evidenciar un interés dirigido o inducir a una respuesta predeterminada que por supuesto dicha característica también excluye a aquellas que sean de contenido capcioso (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2014a).

Mediante estas dos fases de la composición de la autonomía indígena originaria campesina que conciernen al control previo de constitucionalidad, Bolivia y su Tribunal Constitucional Plurinacional coadyuvan en el ejercicio del pluralismo jurídico, desde una óptica democrática y participativa.

2.3. Los conflictos de competencias suscitados en la JIOC

El artículo 202, numeral 11, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece como una de las atribuciones del TCP, el conocimiento y resolución de causas que involucren los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

Recordemos que, el artículo constitucional 179, parágrafo II, otorga una jerarquía igualitaria entre la jurisdicción ordinaria con la JIOC. De esta forma, ejercitando sus atribuciones jurisdiccionales de orden competencial, el TCP, mediante una SCP, se pronuncia para resolver un problema jurídico entre jurisdicciones que ingresan en conflicto respecto a las competencias que les corresponde.

En este tipo de procesos, cuando la autoridad de la JIOC estima que alguna autoridad de la jurisdicción ordinaria y agroambiental se encuentre ejercitando jurisdicción en el ámbito de vigencia personal, territorial o material que le correspondería, está facultada de interponer un conflicto de competencias jurisdiccionales (CCJ). A partir del diálogo jurídico-plural y sentando precedentes que permiten la aplicación del pluralismo jurídico en el Estado boliviano, el TCP, conforme la SCP 0026/2013 de 4 de enero, explica que la Entidad Constitucional ejerce control sobre las jurisdicciones reconocidas por la Norma Suprema, prioritariamente, utilizando su control plural competencial, verbigracia:

(...) El art. 179.I de la CPE, determina que: ‘La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley’. En este sentido, la jurisdicción indígena originario campesina es anterior a la jurisdicción ordinaria (art. 2 de la CPE).

Respecto a la relación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena originaria campesina, el art. 179.II de la CPE, establece que: ‘La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía’, es decir, en

una dinámica de cooperación y coordinación (art. 192 de la CPE) y no de paternalismo.

(...) Ahora bien, respecto a los ámbitos de aplicación de la jurisdicción indígena originaria campesina el art. 191.II de la CPE, determina que: ‘La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los (...) ámbitos de vigencia personal, material y territorial...’ correspondiendo efectuar una interpretación desde y conforme a la Constitución y los Tratados del Derecho Internacional de Derechos Humanos (arts. 13. IV y 256 de la CPE) del art. 8 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2013).

182

Con lo detallado por la jurisprudencia nacional, las resoluciones del TCP, en materia de conflictos de competencias, se circunscriben a establecer la autoridad indígena originaria campesina, agroambiental u ordinaria en su caso, competente para conocer un determinado asunto y, si bien, a través de este recurso constitucional se intenta un resguardo de la garantía jurisdiccional de juez natural, no por ello se analiza si los estándares de la jurisdicción competente respetan o no el debido proceso, dado que esas valoraciones requieren de la activación de otras acciones constitucionales, tal es el caso de la acción de amparo constitucional o la acción de libertad.

Por los motivos expuestos, al momento de realizar el control plural competencial, la jurisdicción constitucional debe valorar la coexistencia de varios sistemas jurídicos en Bolivia, pero también debe apreciarse que, la interpretación constitucional ha cambiado de paradigma para ahora considerar la existencia del razonamiento constitucional plural.

Siguiendo esta tendencia, los conflictos de competencias entre la JIOC y el resto de jurisdicciones establecidas en la Norma Fundamental, hoy por hoy, obedecen al paradigma de interpretación intercultural y, con fines de resguardar los derechos de las NyPIOC, han de aplicar diferentes dimensiones.

Por esta razón, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, reflexionando sobre la importancia del componente intercultural en la interpretación efectuada por el TCP ante situaciones de conflictos jurídicos que involucran a las NyPIOC, señaló que:

(...) el pluralismo jurídico supone redimensionar el sistema jurídico ius positivista, a partir de la experiencia y prácticas de los sistemas jurídicos indígenas, pero también implica considerar las prácticas, los principios y los valores de las naciones y pueblos indígena originario campesinos cuando se les vaya a aplicar el derecho occidental, así como asumir interpretaciones interculturales de los derechos y garantías cuando se denuncie su lesión en los supuestos en los que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejerzan sus sistemas de justicia, y, finalmente, efectuar ponderaciones cuando dichos derechos o garantías se encuentren en conflicto (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2014c).

2.4. Las consultas de autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto

El artículo 202, numeral 8, de la CPE, indica que el TCP de Bolivia tiene la facultad de conocer y resolver las consultas efectuadas por las autoridades indígena originaria campesinas respecto a la aplicabilidad de sus normas a un determinado problema jurídico, siendo obligatoria la decisión emanada desde la Institución Constitucional.

183

En la estructura orgánica del TCP, acorde manda el artículo 32 de la LTCP, se prevé que una de sus Salas, en forma exclusiva y adicionalmente a la revisión de oficio de las acciones tutelares, conozca y resuelva las consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto (CAI).

Cumplidas las formalidades consignadas por el CPCo, el TCP resolverá -dicha consulta- declarando la aplicabilidad o no de la norma consultada; asimismo, con relación a los efectos de la resolución cabe destacar que, la DCP tendrá solo carácter vinculante y obligatorio para las autoridades de la NyPIOC consultante.

La atribución que le compete a una de las Salas del TCP, es determinante en las etapas de construcción del pluralismo jurídico en el Estado boliviano gracias al mecanismo de control de constitucionalidad, dado que la DCP 0008/2014 de 25 de febrero expresa:

(...) la Consulta de una autoridad indígena originaria campesina, versa sobre la aplicación de normas a un caso concreto, debe comprenderse que dicho mecanismo constitucional podrá

plantearse en cualquier momento sea antes de emplearse al caso concreto o después de haberlo hecho, en razón a que la norma de desarrollo no establece de manera expresa el momento en que podrá efectuarse y porque no se encuentra dentro del ámbito de control previo de constitucionalidad. Finalmente, tendrá que considerarse que se trata de una jurisdicción cuyo sistema jurídico, en su generalidad, no es escrito y su ejercicio se sustenta en su propia cosmovisión a través de sus normas, instituciones y procedimientos propios, que no cuenta con etapas procesales claramente definidas y tampoco concluye con determinaciones que tengan carácter definitivo, sino de decisiones que en busca del equilibrio y armonía son susceptibles de modificarse en cualquier momento, de ahí su carácter dinámico, por ser una jurisdicción con una producción normativa constante (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2014b).

184

Entonces, utilizando esta herramienta constitucional, se verifica la compatibilidad y concordancia de la norma consultada en una cuestión jurisdiccional con los principios, valores y fines establecidos por la Ley Fundamental de Bolivia, pues mediante este control previo de constitucionalidad es garantizado el ejercicio de la JIOC y, en consecuencia, son protegidos -jurisdiccionalmente- los derechos colectivos de las NyPIOC.

3. Conclusiones y Recomendaciones

Con los 4 ejes desarrollados, que abarcan desde la tutela de derechos colectivos de las NyPIOC a través de la acción popular, la construcción de la autonomía indígena originaria campesina verificando la compatibilidad de su Estatuto Autonómico y la pregunta del referendo aprobatorio, los conflictos de competencias entre la JIOC y el resto de jurisdicciones, hasta la concordancia de sus normas propias con los preceptos de la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha generado jurisprudencia que coadyuva con la implementación del concepto plural, plurinacionalidad e interculturalidad.

En síntesis, conforme su vertiente de trabajo (tutelar, normativa y competencial), la jurisdicción constitucional brinda aportes para una práctica interpretación y ejercicio del pluralismo jurídico, derivando en la consolidación del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

Por último, como parte de las recomendaciones, corresponde sugerir que, las experiencias surgidas en la jurisdicción constitucional se compartan con las NyPIOC, para recoger sus percepciones, dudas e interrogantes y, en un futuro, resolver las causas con mayor interacción con la población, que se constituye en la principal beneficiaria del reconocimiento del pluralismo jurídico.

4. Bibliografía

Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009*. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>

Estado Plurinacional de Bolivia. (2010). *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ley N° 027 de 6 de julio de 2010*. Gaceta Oficial de Bolivia. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/descargarPdf/126017>

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2013). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0026/2013 de 4 de enero*. Gaceta Constitucional Plurinacional. <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=14229>

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2014a). *Declaración Constitucional Plurinacional 0001/2014 de 7 de enero*. Gaceta Constitucional Plurinacional. <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=24368>

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2014b). *Declaración Constitucional Plurinacional 0008/2014 de 25 de febrero*. Gaceta Constitucional Plurinacional. <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=24101>

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2014c). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2014 de 25 de febrero*. Gaceta Constitucional Plurinacional. <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/FichaResultado/10557>

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2018). *Declaración Constitucional Plurinacional 0064/2018 de 3 de agosto*. Gaceta Constitucional Plurinacional. [https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/\(S\(0cg3wvcnqo54i5pujbx3twg\)\)/WfrMostrarResolucion.aspx?b=154431](https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/(S(0cg3wvcnqo54i5pujbx3twg))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=154431)

Justicia Nacional y Convencional: El Rol del Juez Boliviano en el Diálogo Interamericano*

1. Introducción

La armonía del ordenamiento jurídico de un determinado país con las diferentes normas convencionales, representa un tema de debate constante entre los juristas. Los problemas más recurrentes en esta temática, surgen cuando los jueces locales, al momento de resolver controversias desde una perspectiva de derechos humanos, deben acudir a los entendimientos jurisprudenciales de instancias supranacionales. La inaplicación de una norma doméstica frente a la preferencia de un entendimiento internacional, es uno de los factores que impulsa la reflexión sobre la influencia de la denominada justicia mundial (con los sistemas universal y regional de derechos humanos) en estrados judiciales de un determinado Estado.

187

La doctrina del Derecho Convencional entiende que los juzgadores nacionales no pueden omitir los estándares internacionales, ya que sus fallos deben responder a la corriente de los derechos humanos, pues con la labor dinámica de este tipo de juezas y jueces que, por ejemplo, respaldan sus resoluciones con jurisprudencia interamericana, existirá mayor compromiso jurídico de implementar un sistema judicial transnacional, evitando así los posibles agravios y eventuales reparaciones al universo de litigantes.

Bajo este fundamento, se analizará la importancia de ejercitarse el control de convencionalidad interno a través de las juezas y los jueces locales, con énfasis, reflexionaremos las formas en que el personal jurisdiccional del Estado boliviano acude a los entendimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); asimismo, serán explicadas las modalidades de diálogo jurisprudencial que

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 13° Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y 72° Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, organizados por la Asociación Mundial de Justicia Constitucional junto a la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

vienen desarrollándose en estrados nacionales, sobre todo, cuando la autoridad judicial emite resoluciones locales sustentadas en estándares internacionales.

Por consiguiente, a partir de este análisis, se dilucidarán las funciones específicas que contempla el Derecho Convencional para aquellas autoridades que imparten justicia nacional, toda vez que, los operadores jurídicos tienden a relacionarse con otros juristas de esferas supranacionales conformándose hasta selectos grupos donde, acudiendo a entendimientos del Derecho Interamericano, han establecido redes de contacto, a fines de protegerse los bienes jurídicos patrios con respaldo de normas pertenecientes a la comunidad mundial.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. La comunicación de la judicatura nacional con los escenarios internacionales

188

Los permanentes contactos, entre los órganos que resuelven conflictos locales con aquellas instancias internacionales encargadas de promocionar los derechos humanos, constituyen nuevos espacios jurídicos supraestatales que, además de aportar al establecimiento de un sistema de super-vigilancia de los Tratados donde se consagran derechos humanos, han acortado las brechas de distancia de las reglas del Derecho Doméstico con los preceptos contenidos en el Derecho Convencional.

La tendencia global del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concibe a los operadores de justicia no como juzgadores locales o supranacionales, sino los cataloga en calidad de agentes jurídicos dado que, el empleo de este término, permite una mayor facilidad para que el personal judicial -de un determinado país- armonice sus decisiones con los entendimientos de otras autoridades jurisdiccionales. De esta manera, surge la posibilidad de entablarse el llamado diálogo, pues el agente jurídico interno no invade las competencias ni atribuciones del agente jurídico transnacional, por el contrario, ambos son capaces de complementarse mutuamente durante la resolución favorable de conflictos que aquejan a la población, evitando así que el Derecho Doméstico se vea opacado por los institutos, órganos, instancias y jurisprudencia del Derecho Internacional (Vivas Barrera & Cubides Cárdenas, 2012).

En materia jurisdiccional, la palabra diálogo tiene diferentes interpretaciones y, con el objetivo de comprender su relevancia, corresponde efectuar una somera explicación. Algunos juristas sostienen que, el diálogo debe entenderse como un proceso, por el que ciertos jueces manifiestan sus pensamientos sobre una determinada manera de resolver las causas puestas a su conocimiento, postura que colectivamente puede enriquecerse con las ideas de otros juzgadores, logrando puntos de acuerdo que favorecen al dictado de un veredicto local.

Principalmente, a este tipo de intercambio judicial suele denominarse diálogo interamericano constructivo ya que, durante la redacción de la sentencia o en las distintas etapas procesales, el juez nacional busca fundamentar -aún más- sus argumentos y convicciones con criterios otorgados por jueces internacionales.

Entonces, con el ingreso de la globalización, la predisposición de solucionar los conflictos de la ciudadanía con el orden jurídico nacional ha dado un giro radical, para plantearse -en su lugar- la aplicación de normativa de derechos humanos, criterio que también es constatado por las altas Cortes y Tribunales de los países de la región.

189

Aunque existen férreos promotores de este enfoque constructivo, donde es permitido entablar encuentros dialógicos de varios juzgadores multinivel, otros autores defienden que las Constituciones se apartan de la jerarquización de derechos, no pudiendo -los jueces locales- sustentar sus decisiones en otras disposiciones jurídicas que las normas internas, pues todos los derechos constitucionalizados, según lo expresado por los propulsores de esta corriente, no tienen categorización ni mucho menos puede considerarse una clasificación superior, tampoco es aceptable que las autoridades jurisdiccionales intenten darle mayor preferencia a un derecho contenido en un Tratado o Convención Internacional porque, de ser así, esta situación conduciría a la primacía de los derechos constitucionales frente a los derechos humanos (Nogueira Alcalá, 2013).

Acorde a esta óptica, que predica la preferencia de lo constitucional interno en contraposición a lo convencional externo, la palabra diálogo jurisdiccional -entre dos jueces- se utiliza cuando un juzgador acepta la preeminencia de otro, derivando en posibles tensiones del Derecho Doméstico con el Derecho Internacional. El intercambio de estándares, el uso de jurisprudencia y demás elementos que

contribuyen a la aplicabilidad del Derecho Convencional, bajo este entendimiento, promueven la desintegración de los sistemas judiciales nacionales, aspecto que ocasionaría el debilitamiento de sus instancias y quebrantaría la imagen de la justicia ante el litigante, siendo este el argumento para que las juezas y los jueces evadan referirse a normas supranacionales en sus fallos locales.

No obstante, una tercera tendencia trata de armonizar los dos anteriores criterios, buscando una solución salomónica que evite confrontaciones. Dicha visión, parte de la premisa de que, efectivamente no existe una jerarquía de derechos fundamentales, por tanto, la Constitución requiere de herramientas útiles para evitar entendimientos contrarios al Derecho Público y el Derecho Internacional, debiendo acudirse a las interpretaciones de los derechos humanos. Por consiguiente, el diálogo entre agentes jurídicos (locales e internacionales) es el instrumento más idóneo, para convertir a la norma convencional y la jurisprudencia supraestatal en soluciones definitivas a las discrepancias de esta temática.

190

Muchos jueces locales adoptan esta apreciación. Los agentes jurídicos nacionales, con el propósito de evitar posteriores reclamaciones por vulneraciones hacia derechos humanos, apoyan sus veredictos en los estándares de protección más altos y, como es conocido, generalmente son los entendimientos internacionales los que contienen preceptos favorables antes que la normativa patria, extremo que repercute en el uso del control difuso de convencionalidad por personal jurisdiccional de un país; además, se propugna que esta herramienta no solamente está destinada a las entidades del sector judicial, sino las propias autoridades administrativas de un gobierno son las que, hoy en día, normalizan su aplicabilidad (Silva Abbot, 2016).

En rigor, para consolidar los lazos comunicacionales entre la judicatura estatal con la jurisdicción supranacional, cada sistema judicial y sus jueces acogen alguna de las tres propuestas doctrinales. En países de América Latina, por ejemplo, gozan de mayor preferencia la primera y la última corriente, dada la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre las decisiones adoptadas por los operadores de justicia local; en este contexto, los constitucionalistas de la región latinoamericana sostienen que, gracias al diálogo implementado en juzgadores de diferentes jurisdicciones o latitudes, ya no puede hablarse de simplemente una Constitución, lo correcto implica referirse a un

nuevo paradigma del modelo constitucional multinivel, donde los agentes jurídicos participan activamente al cumplir un rol fundamental de interpretación de derechos (Silvero Salgueiro, 2014).

Con estas referencias, en aquellos países que cuentan con práctica en el ejercicio difuso de control de convencionalidad (tal es el caso del Estado boliviano), las jueces y los jueces han cambiado la lógica de resolver causas con una postura legal, para emplear una visión constitucional. El estilo de redactar fallos judiciales con una perspectiva transnacional, desemboca en que estos juzgadores sean catalogados como jueces con rostro de derechos humanos, toda vez que, los jueces ordinarios se convierten en jueces garantes de los bienes jurídicos protegidos por la comunidad internacional.

2.2. El modelo constitucional multinivel del Estado Plurinacional de Bolivia

Si bien, académicamente, pueden respetarse los tres enfoques sobre el significado del concepto de diálogo entre juzgadores, lo cierto es que, uno de los elementos más trascendentales en la comunicación de los agentes jurídicos (también llamados internos y externos), es la recepción del Derecho Convencional en el pensamiento de los jueces nacionales.

191

Esto quiere decir que, al momento de examinar la relevancia de los enlaces de comunicación de una judicatura local con los escenarios supranacionales, corresponde responder cuál es el medio jurídico por el que las autoridades del sector judicial de un Estado han aceptado utilizar los estándares internacionales, o de qué manera empiezan a aplicar la norma jurídica supraestatal. A continuación, serán detalladas las tres vías que propiciaron escenarios de diálogo inter-jueces, conforme a la experiencia adquirida por el Estado Plurinacional de Bolivia (Henríquez & Núñez, 2016).

El primer camino que condujo a los operadores de justicia hacia el diálogo con otras instancias transnacionales, constituye el ingreso del Sistema Internacional y Regional de Derechos Humanos. La adopción de países de Latinoamérica de la Convención sobre Derechos Humanos, estuvo marcada por el establecimiento de la Corte IDH y la CIDH, conformándose así los llamados Tribunales Regionales; entonces, los habitantes de los Estados Parte que suscribieron este documento, se encuentran facultados de acudir a los espacios jurisdiccionales

instaurados por el Derecho Convencional para reclamar violaciones a sus derechos humanos y, frente a este panorama, las autoridades estatales deben presentar su defensa.

Bolivia, mediante la Ley N° 1430 de 11 de febrero de 1993, aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; de la misma forma, con los artículos 2 y 3 de la referida Ley, este país andino reconoce la competencia de la CIDH, además de la jurisdicción y competencia de la Corte IDH.

Esta primera vía de implementación de diálogo entre actores jurídicos locales y supranacionales, emerge de la obligación adquirida por los Estados Parte de la Convención, siendo el argumento más resonado para que, tanto autoridades administrativas como personal judicial, reafirmen el compromiso por resolver los asuntos, que sean de su competencia, con los estándares y jurisprudencia desarrollada por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

192

El segundo mecanismo, no emergente de la norma, está referido a la línea jurisprudencial de Cortes y Tribunales, especialmente de la jurisdicción constitucional, que establecieron precedentes respecto a la importancia de aplicar el control de convencionalidad, no sólo por sus propios juzgadores, sino por el personal de la Administración Pública, cuyos actos resultan indispensables para el ejercicio de los derechos de la población; de esta manera, la jurisprudencia es fuente de Derecho, pero también adquiere importancia en la implementación del diálogo, dado que las juezas y los jueces nacionales están sujetos a lo precisado por las más altas instancias que administran justicia en un determinado país.

En el caso boliviano, tanto el extinto Tribunal Constitucional como el ahora Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), han enfatizado la relevancia del control de convencionalidad a través de diversas resoluciones, entre ellas, pueden nombrarse las Sentencias Constitucionales (SC) N° 045/2006-RDI, 0061/2010-R y 0110/2010-R, además de las Sentencias Constitucionales Plurinacionales (SCP) N° 2055/2012, 0084/2017 y 0032/2019, que dejan precedentes para el ingreso del diálogo judicial interno-externo.

Tómese en cuenta que, la Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia, en su artículo 203, determina que las decisiones y sentencias del

TCP son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno, demostrando así que la jurisprudencia boliviana delimitó una ruta jurídica, para que los jueces nacionales entablen un diálogo con los jueces supranacionales. A esta previsión, puede adicionarse el artículo constitucional 256 que, en su párrafo I, impone la aplicación, de manera preferente, de los tratados internacionales ratificados por el Estado boliviano, que declaren derechos más favorables a la Ley Fundamental, con lo que se justifica plenamente la existencia de una Constitución Convencionalizada.

El problema central en este segundo punto de análisis, guarda correspondencia a ciertas interrogantes, por citar, ¿qué debe entenderse como vinculatorio?, ¿qué tipo de resoluciones de instancias supranacionales son vinculantes, o si representan simples recomendaciones generales?, la jurisprudencia emitida por entidades supraestatales ¿debe aplicarse con preferencia a la línea jurisprudencial local?, o ¿cuál es la naturaleza jurídica de las Observaciones Generales de los Comités, de las Opiniones Consultivas y de las Sentencias del Sistema Internacional o Interamericano de Derechos Humanos?. Este debate doctrinal sigue en curso entre agentes jurídicos internos, razón por la que cada judicatura local, en el marco del ejercicio de sus atribuciones, cumple un rol protagónico al momento de forjar lazos dialógicos de las múltiples jurisdicciones.

193

El listado de resoluciones del TCP de Bolivia, ha estimulado el diálogo interamericano y fortalece el papel de los agentes jurídicos locales, siendo la jurisprudencia constitucional un valioso documento de consulta, pero principalmente se constituye en material jurídico, que promueve el acercamiento de los juzgadores nacionales con los juzgadores transnacionales.

El tercer y último mecanismo es el acercamiento de los jueces ordinarios hacia los estándares internacionales por la práctica profesional de los abogados que, prestando asesoramiento jurídico a la población, invocan parámetros convencionales. En la praxis jurídica, el ejercicio de la Abogacía desencadena en que la presentación de memoriales o el desarrollo de las diferentes etapas del procedimiento (constitucional, ordinario o agroambiental) estén fundamentados por la jurisprudencia internacional.

En el cumplimiento diario de las actividades por las autoridades del sector judicial, deben resolverse los conflictos acudiendo a la norma legal y, por consiguiente, a la norma constitucional. Los profesionales del Derecho adquirieron, como práctica recurrente, la redacción de sus escritos con fundamentación jurídica basada en estándares internacionales, aspecto que repercute en que la judicatura nacional también ingrese a resolver las causas con una visión transnacional.

Verbigracia, la promoción del diálogo de jueces locales con los juzgadores supraestatales obedece a la corriente de sustentarse las piezas procesales no solamente con la norma interna, sino que, tanto abogados como juristas bolivianos, citan ampliamente la jurisprudencia interamericana, conminando a los jueces actualizar sus conocimientos de Derecho Convencional para evitar posibles lesiones a los derechos humanos de las partes del proceso.

194

Entonces, el diálogo interamericano ya no se trataría simplemente de acudir a entendimientos de la Corte IDH o de la CIDH, es más bien una manera de transportar a la comunidad jurídica de juzgadores, abogados y universo de litigantes del tradicional Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Penal, Derecho de Familia u otras ramas de Derecho Público a la categoría de Derecho Convencional Civil, Derecho Convencional Laboral, Derecho Convencional Penal, y demás disciplinas con una óptica convencionalizada de las Ciencias Jurídicas.

Tal cual quedó demostrado en estos tres caminos, los agentes jurídicos de Bolivia fomentan el diálogo con otras instancias jurisdiccionales extraterritoriales, transformándose el sistema de justicia boliviano a un sistema de justicia transnacional de derechos humanos, también nombrado sistema convencional de justicia nacional con perspectiva de derechos humanos, que limita las posibles vulneraciones a los sujetos procesales, implementando -para esta finalidad- hasta un mecanismo preventivo de lesiones o medidas de reparación integral (Rivera Santiváñez, 2021).

2.3. La reducción de fronteras jurídicas en la administración de justicia boliviana, a través del proceso local de razonamiento y argumentación

En este apartado, se darán a conocer las fuentes de Derecho que catapultaron el diálogo de los jueces locales con las autoridades judiciales

nacionales, y de éstas con los agentes jurídicos externos, que se hallan representados por el personal jurisdiccional de otros países de la región, así como de las instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El elemento principal del diálogo de los agentes jurídicos internos del Estado boliviano, está representado por el proceso de razonamiento y argumentación. En las diferentes jurisdicciones bolivianas, se ha convertido en práctica constante que, además de citarse las resoluciones de las altas instancias del sector judicial patrio (Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia o Tribunal Agroambiental), los veredictos vengan acompañados de citas textuales de la jurisprudencia interamericana.

De esta manera, corresponde manifestar que los juzgadores nacionales diferencian el Derecho Constitucional, el Derecho Jurisprudencial, el Derecho Convencional y el Derecho Comparado (Santarelli Carrillo & Espósito, 2011).

En el caso del Derecho Constitucional, los juzgadores bolivianos tienen la costumbre de sustentar sus fallos judiciales a partir del bloque de constitucionalidad; vale decir, prima la jerarquización de normas para asumir una postura y resolver el proceso, tomando como referencia los artículos constitucionales y confrontarlos con los artículos de otras normas legales. Ello, produce que las autoridades jurisdiccionales, en un sano ejercicio de interpretación jurídica, respalden sus decisiones con expreso señalamiento de los derechos constitucionales o las leyes de desarrollo constitucional que son aplicables al problema abordado y, por último, recién referirse a las normas emanadas por vía legislativa, que darán la solución definitiva al conflicto originado.

Esta manera de elaborar los fundamentos jurídicos y redactarse las resoluciones en asuntos contenciosos, constituye un paso inicial que impulsa el diálogo multinivel en el país andino, pues el operador de justicia ordinario acude a los entendimientos de las autoridades de la jurisdicción constitucional, promoviendo un acercamiento interno entre los jueces locales. De hecho, con esta conducta asumida por los juristas bolivianos de acudir al bloque de constitucionalidad, se cultivan jueces investidos para el tratamiento de causas en ramas ordinarias, pero que materialmente responden al encargo de respetarse los derechos constitucionales.

Respecto al Derecho Jurisprudencial, cabe destacar la afinidad que los agentes jurídicos bolivianos poseen sobre la jurisprudencia ordinaria, agroambiental y constitucional. En el ejercicio de la abogacía y el desempeño de labores por personal de la judicatura nacional, la regla general está impuesta por enumerar las diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, el Tribunal Supremo de Justicia o el Tribunal Agroambiental que han tratado situaciones jurídicas análogas, solicitando las partes que su conflicto considere lo ya obrado por estos altos Tribunales de Justicia. Con el objetivo de reducirse la interposición de ulteriores recursos, los profesionales juristas elaboran sus veredictos aunados de las líneas jurisprudenciales, siendo éste un mecanismo argumentativo para garantizar un diálogo jurisdiccional boliviano interno, motivado en el proceso de razonamiento judicial.

196

Acoplado al Derecho Jurisprudencial, viene la aplicabilidad de los estándares jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fue normalizado el hecho de plasmar las Sentencias de la Corte IDH en los fallos judiciales bolivianos, empero, la práctica demuestra que la jurisprudencia interamericana suele utilizarse cuando ésta contemple mayores niveles de protección de los derechos humanos, toda vez que el juez boliviano está comprometido con dictar sus decisiones enmarcado en el bloque de constitucional y es, de data reciente, su interés por auxiliarse asimismo por el bloque de convencionalidad.

El Derecho Comparado, acorde a la versión de doctrinarios del Derecho, es de bastante utilidad al momento de interpretar institutos jurídicos. La coyuntura del razonamiento y motivación de los jueces locales obliga a que, en determinados procesos jurisdiccionales donde existan dudas sobre la configuración de ciertos institutos jurídicos, puede acudir a la interpretación efectuada por instancias del Derecho Comparado.

En rigor, los altos Tribunales nacionales tratan de contrastar y darle mayor fuerza a sus resoluciones, añadiendo -sólo a modo de referencias- las decisiones desarrolladas por otras Cortes de la región; esto, no significa que los jueces bolivianos aplican la norma extranjera frente a la norma local, por el contrario, es una manera de entablar un diálogo entre agentes jurídicos regionales que fortalecen los sistemas de justicia en Latinoamérica, destacándose la notable relevancia que gozan las soluciones comparadas al fomentar el diálogo multinacional acorde a un diálogo interregional, dando un salto al empleo de la técnica

de comparación en la esfera del Derecho Doméstico con el Derecho Comunitario, Regional y Convencional.

Señaladas estas apreciaciones, puede concluirse que los agentes jurídicos estatales del país boliviano, promocionan este diálogo interamericano por medio del proceso de razonamiento y argumentación de causas ingresadas a sus despachos, porque han logrado apoyarse en el Derecho Constitucional, el Derecho Jurisprudencial, el Derecho Convencional y el Derecho Comparado, constituyéndose ésta en una herramienta práctica de resolución dialógica de conflictos jurídicos.

2.4. El rol del juez boliviano en el diálogo interamericano

Para finalizar el presente estudio, se explican las modalidades de diálogo asumidos por la judicatura nacional, con la premisa de esclarecerse el rol protagónico que tienen las juezas y los jueces bolivianos sobre esta materia; dicho análisis, consta de cinco mecanismos de diálogo inter-juzgadores multinivel, identificados acorde a la doctrina jurídica (Aguilar Cavallo, 2017) y la praxis jurisdiccional verificada en los estrados judiciales del Estado Plurinacional de Bolivia.

a) Diálogo conforme

Como su propio nombre lo concibe, el diálogo conforme constituye aquel mecanismo por el que el agente jurídico local armoniza el marco normativo nacional, acorde al establecido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El razonamiento jurídico del juzgador estatal, preferentemente tratándose de situaciones que atingen a los derechos humanos, derivan en la interpretación conforme a la Convención.

Esta tipología de diálogo, es empleada por las juezas y los jueces bolivianos, con fines de disminuir las alternativas de que el orden constitucional patrio ingrese en fricción con el marco jurídico internacional. Un ejemplo concreto en el contexto boliviano, recae en la SCP 032/2019 de 9 de julio, resolución del TCP por el que emerge el control de constitucionalidad convencional, posibilitando inaplicar o aplicar con carácter preferente, aquellas disposiciones del Derecho Doméstico que, en un caso concreto, resulten contrarias al parámetro de convencionalidad, en pleno reconocimiento de la supra-constitucionalidad del Derecho Convencional. Bajo este contexto, el diálogo conforme a la Convención le permite al juzgador boliviano apartarse de la norma jurídica patria y de

la propia jurisprudencia trabajada desde sus altos Tribunales, a partir de la práctica del control difuso de convencionalidad.

b) Diálogo constructivo

Las instancias internacionales crean métodos de interpretación de derechos humanos, para el tratamiento de asuntos puestos a su jurisdicción y competencia. En las entidades judiciales de Bolivia, principalmente el TCP, es de suma importancia fundamentar sus decisiones jurisdiccionales por medio de los llamados test de razonabilidad y proporcionalidad, aplicados comúnmente durante el examen de casos sometidos ante la Corte IDH.

En situaciones donde los jueces bolivianos utilizan este tipo de parámetros de interpretación de origen convencional, surge un diálogo constructivo entre el juez local con los agentes jurídicos interamericanos. Según las resoluciones dictadas por el TCP de Bolivia, a estas directrices interpretativas se denominan estándares o parámetros mínimos de protección convencional de los derechos humanos, tal como expresa la propia SCP N° 049/2019 de 12 de septiembre.

198 Otro estilo dialógico que se enmarca en lo constructivo, representa el uso de los métodos de ponderación y subsunción con raíz convencional, habida cuenta de que la propia Corte IDH ha exhortado a los Estados, a través de sus instancias jurisdiccionales, a realizar una adecuada ponderación de ciertos derechos.

c) Diálogo anticipatorio

Se trata de interpretaciones transformadoras, dado que revisten de un carácter innovador y anticipado. Cuando un juez local debe interpretar un derecho humano, que todavía no ha sido objeto de análisis por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se habla de la existencia de un diálogo anticipatorio. Ejemplo claro de este diálogo anticipado, que puede también ser acogido por los agentes jurídicos interamericanos, es la SCP N° 0996/2017-S2 de 25 de septiembre de 2017, fallo constitucional donde fuese analizado el régimen de imprescriptibilidad para la acción penal los delitos de corrupción y, asimismo, efectúa un abordaje convencionalizado de la naturaleza jurídica de su retroactividad.

Las situaciones atípicas de la legislación local que todavía no fueron tratadas en sede interamericana, pero que merecieron tratamiento por

los agentes jurídicos internos se enmarcan en la categoría de diálogo anticipatorio, situación que, en algunos extremos, favorece al justiciable nacional pues se limitarán posibles reclamaciones en instancias internacionales.

d) Diálogo neutralizante

Como quedó manifestado, las tres modalidades de diálogo fueron aplicadas por la judicatura interna boliviana, a través del máximo guardián de la CPE.

Sin embargo las dos últimas maneras de dialogar, entre la jurisdicción patria con la jurisdicción extranjera, son ajenas a las buenas prácticas del ejercicio del control de convencionalidad.

El diálogo neutralizante hace hincapié en una práctica incongruente por la que las juezas y los jueces nacionales tratan de neutralizar a las instancias supraestatales, dado que los operadores aparentan interpretar las normas internacionales y pero acomodan sus razonamientos jurídicos para que parezca que el Derecho Doméstico está ajustado plenamente al Derecho Convencional. Esto, provoca que las resoluciones locales queden solamente justificadas por las normas jurídicas internas y que, supuestamente, siguen la línea jurisprudencial supranacional, pero en realidad no se respeta ningún estándar mínimo proveniente del corpus iuris interamericano, dando como resultado la sumisión del juez externo hacia el agente jurídico interno.

199

e) Diálogo oposición

En idénticas condiciones reprochables que la anterior modalidad, lo propio ocurre con el diálogo de oposición. Es una figura bastante criticada, ya que los jueces -de un determinado Estado- consideran que las interpretaciones efectuadas por los órganos de los Sistemas de Derechos Humanos resultan incorrectas, situación que permitiría a los juzgadores estatales sentenciar con un razonamiento propio nacional y poner esta resolución a disposición de la Corte IDH o la CIDH, para concretarse una especie de diálogo ascendente.

3. Conclusiones y Recomendaciones

Las conclusiones generales de este análisis jurídico, dan cuenta de que Bolivia, a través de sus instancias del sector judicial, ingresó en los márgenes del diálogo jurisdiccional interno y externo. La labor de

la jurisdicción constitucional, por medio de sus resoluciones, son un ejemplo preciso de cómo es el propio juzgador nacional el que debe promocionar espacios de intercambio normativo, jurisprudencial y de norma comparada pues, a partir del enriquecimiento de veredictos judiciales con enfoque de derechos humanos, se evitarán reclamaciones posteriores en instancias internacionales, aspecto que revaloriza el rol protagónico de los agentes jurídicos domésticos en la implementación del control difuso de convencionalidad.

Las recomendaciones para implementar canales de diálogo inter-jueces, van dirigidas en torno a la capacitación en temáticas de derechos humanos.

Los operadores de justicia local, necesitan habilidades jurisprudenciales y, sobre todo, información jurídica que incluya no simplemente la actualización en principios y valores detallados por la Constitución Política del Estado, sino también en los Convenios, Pactos, Tratados Internacionales y todo género de norma del Derecho Convencional que, en conjunto, conforman el bloque de constitucionalidad y dan cabida al

200

4. Bibliografía

Aguilar Cavallo, G. (2017). Justicia constitucional, rol del juez y diálogo jurisdiccional: El caso de Chile. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, 1-36.

Henríquez, M. L., & Núñez, J. I. (2016). El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano? *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 21, 326-339.

Nogueira Alcalá, H. (2013). Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19, 511-553.

Rivera Santiviáñez, J. A. (2021). *La aplicación del control de convencionalidad en Bolivia*. Fundación Observatorio de Derechos Humanos y Justicia. <http://ddhhyjusticia.org/2021/08/24/la-aplicacion-del-control-de-convencionalidad-en-bolivia/>

- Santarelli Carrillo, N., & Espósito, C. (2011). Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios. *Revista Española de Derecho Internacional*, 53, 51-85.
- Silva Abbot, M. (2016). Control de convencionalidad interno y jueces locales: Un planteamiento defectuoso. *Estudios constitucionales*, 14(2), 101-142. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000200004>
- Silvero Salgueiro, J. (2014). *El Diálogo Judicial en América Latina. Bases para un Ius Constitutionale Commune*. Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional Transnacional. IX Encuentro Iberoamericano y VI Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Hermosillo, Sonora, México. <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/nacional/constitucional/Jorge-Silvero-S-Dialogo-Judicial-AL.pdf>
- Vivas Barrera, T. G., & Cubides Cárdenas, J. A. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8(2), 184-204.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA

TÓPICO 4

GÉNERO Y VULNERABILIDAD

Principales Estereotipos de Género en los Derechos Humanos

1. Introducción

La tendencia de impartir justicia con perspectiva de género, todavía está rodeada de conductas que derivan en esquemas de desigualdad. En la medida en que la población litigante acude a estrados jurisdiccionales, las brechas de marginalidad se van acortando; empero, en el juzgamiento con enfoque de género, prevalecen una serie de estereotipos, muchas veces no identificados u omitidos por el operador jurídico.

A partir del presente artículo, en calidad de apoyo a la labor de administrar justicia, son descritos los principales estereotipos de género, a través de una clasificación que agrupa patrones discriminatorios de orden social, económico, cultural y educacional, que influyen en el estatus jurídico de los actores intervinientes del proceso constitucional, ordinario, agroambiental y demás jurisdicciones reconocidas por la Ley Fundamental del Estado boliviano. Gracias al soporte literario y bibliográfico obtenido, intenta aportarse con elementos prácticos y pedagógicos que, por intermedio de la investigación científica desarrollada, guíen al aparato judicial para adoptar decisiones firmes, congruentes y libres de cualquier prejuicio en razón de género.

205

Por ello, al caracterizar un eje transversal en la proyección de veredictos judiciales, la perspectiva de género debe tornarse en un hilo conductor del sector justicia, motivo que justifica la intervención de la jueza o el juez con conocimiento especializado en los estereotipos que, a continuación, son analizados desde una óptica constitucionalizada del Derecho.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Esquemas de desigualdad y estereotipos de género

En la sociedad moderna existen comportamientos patriarcales, como efecto del rol que típicamente solía asociarse a la mujer y el varón. Las causas más frecuentes por las que prevalece un esquema de desigualdad

* Artículo científico, presentado en la Revista Justicia Constitucional y Género N° 2 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, durante la gestión 2022.

de género, están relacionadas con la calidad de educación impartida en el seno familiar.

La educación de los padres hacia los hijos es determinante en la generación de estereotipos, que van desde el tipo de actividades inducidas en los varones y las labores encomendadas a las mujeres (Monreal-Gimeno & Martínez-Ferrer, 2010). Trabajos pagados en montos inferiores, comentarios menospreciando a alguno de los integrantes del núcleo familiar o limitaciones en su cotidiano desenvolvimiento, originan un esquema de desigualdad de género que produce lesiones a los derechos fundamentales de la población.

206

Los esquemas de desigualdad hacen referencia a aquellas manifestaciones de exclusión, con base en la diferencia corporal u otros atributos de la personalidad que establecen una jerarquización en la estructura económica, social, política o cultural (Farah H. & Chambilla Mamani, 2017). Las Ciencias Sociales han tratado de explicar con mayores estudios la desigualdad de género, pero los ejes de fragmentación de la sociedad abarcan otras esferas con similar importancia como la etnia, nacionalidad, condiciones religiosas, grado de instrucción, edad, y demás elementos articuladores en la reducción de la conflictividad.

En mérito a estas afirmaciones, la justicia de género no debe encararse solamente en términos de diferenciar a la mujer o el varón, sino este concepto se encuentra atravesado por un conjunto de relaciones que van conexas e integradas por la familia, el trabajo, el colegio, la iglesia, las costumbres, y otras raíces estructurales de la sociedad. Entonces, al existir esquemas de desigualdad en múltiples áreas, surgen situaciones de inequidad e injusticia, que tienen por resultado los denominados estereotipos de género en temas sociales, culturales, económicos, educativos, religiosos, etc.

Se entiende por estereotipos de género, un conglomerado de características reunidas en una balanza en permanente lucha de apalancar a mujeres o varones, donde resulta determinante la función de los roles de poder asignados a ambos y que suelen implementarse en una determinada sociedad, pudiendo además surgir modos de vida, costumbres e identidades (Farías Muñoz & Cuello Riveros, 2018).

Bajo dicho concepto, subsiste una marcada tipificación de los roles femeninos y masculinos. A la luz del Derecho Constitucional y de la

Constitución Política del Estado (CPE), tanto mujeres como varones gozan de idénticas condiciones en el ejercicio de sus derechos, sin embargo, cuando se trata de acceder al servicio judicial, debe buscarse la integración del enfoque de género.

La coexistencia de estereotipos en el ámbito judicial, ha sido una preocupación de autoridades estatales, ya que se encuentran arraigados en el pensamiento de los juristas (Pacheco Carpio et al., 2014). Para lograr una relación inter-genérica de los actores procesales, en las diferentes ramas jurisdiccionales es frecuente la proyección de protocolos de actuación en materia de género, pero las juezas y los jueces no deben desempeñar sus funciones con criterios anticipados sobre la equidad de las mujeres o los hombres, ni la situación de desventaja de alguno de ellos, tienen que abarcar otra tipología de estereotipos que lo acerquen a la realidad jurídica sobre la que dictaminará.

Las transformaciones de las instituciones creadas para atender las necesidades de la ciudadanía, reafirman el compromiso estatal por ofrecer espacios neutrales entre mujeres y varones. No obstante, las acciones judiciales o las iniciativas jurisdiccionales procuran que el juez obre sin exclusión, sesgos de juzgamiento u otras desigualdades que, más allá de aperturar brechas de marginalidad, conducen a un juicio fuera de los márgenes de género (Vázquez-Cupeiro, 2015).

207

Con estas consideraciones, puede colegirse que los esquemas de desigualdad alcanzan igualmente al sector judicial, debiendo las operadoras y los operadores jurídicos capacitarse en nociones de perspectiva de género, para identificar los principales estereotipos y erradicar los patrones de discriminación. De lo contrario, la justicia social continuará en el discurso general de altas autoridades, dado que los fallos emitidos gozarán de una tendencia de preferencia marcada por un grupo poblacional sobre otro conglomerado ciudadano, afectando también la sensibilidad del litigante que diariamente espera un veredicto justo e imparcial.

2.2. Equidad jurisdiccional y justicia de género

La aplicación de la equidad en esferas jurisdiccionales, permite el uso racional de la potestad de juzgar (Camacho Negrete, 2012).

La imagen de la juzgadora o del juzgador requiere que, al momento de resolver cuestiones legales, las autoridades jurídicas obren conforme a su

conciencia, lo que exige un cambio en la tendencia clásica de considerar a todos los sujetos procesales como iguales ante la ley. Al acudir a la equidad jurisdiccional, los operadores de justicia advertirán que los actores intervinientes del procedimiento (constitucional, ordinario o agroambiental) no gozan de las mismas condiciones, toda vez que para emitirse una decisión, priman rasgos diferenciales fundados en razón de género, nacionalidad, estado emocional, edad u otros elementos en los que se instituyen los esquemas de desigualdad.

Por tanto, los tribunales enmarcados en las reglas de procesamiento, fallan en consideración de los principios constitucionales, siendo uno de ellos el principio constitucional de equidad que, al acudirse a la perspectiva de género, permite veredictos emitidos con un mínimo de racionalidad. En la actividad jurisdiccional, los jueces argumentan y fundamentan conforme a la norma jurídica sustantiva y adjetiva para lograr una decisión justa o racional; sin embargo, la práctica judicial no se circunscribe solamente a la ley, la juzgadora o el juzgador debe respaldarse asimismo de los valores que persigue la sociedad jurídicamente organizada (Rivadavia, 2021).

208 Es decir, la toma de decisiones en ambientes del sector judicial se complejiza con la intervención de factores sociales, económicos, jurídicos, psicológicos, entre otros, que demuestran que los sujetos procesales merecen un tratamiento diferenciado, no por el hecho de que la norma procesal obligue al juez a aplicar el enfoque de género, sino a consecuencia de que la deliberación de asuntos legales tiene un impacto en las estructuras de la sociedad.

Por ejemplo, en casos con relevancia nacional, si el juez dicta en base a la ley y no aprecia los patrones de desigualdad, será objeto de críticas; en cambio, si falla visualizando los derechos humanos de las partes procesales y asegura condiciones mínimas de género, evita posteriores prejuicios emergentes de la comunidad que sigue de cerca la resolución del conflicto. A esto, se denomina equidad judicial pues las instancias estatales, encargadas de impartir dictámenes, logran transverzalizar la perspectiva de género, en todas las áreas del Derecho y dan sendos pasos a la implementación de la justicia social (Taus, 2014).

Al prevalecer desigualdades en diversos ámbitos del conocimiento, los comportamientos de operadores judiciales cobran especial atención, durante el juzgamiento de sectores con grado de vulnerabilidad. El

ejercicio pleno de los derechos humanos, requiere de la aplicación de la justicia social, no obstante, esta premisa de justiciabilidad en favor de sectores vulnerables solamente podrá convertirse en realidad, a través del concepto de equidad jurisdiccional. No significa que los grupos vulnerables reciban un tratamiento judicial con ventaja sobre otros sectores de la sociedad, por el contrario, la justicia de género es una herramienta que democratizará el acceso al servicio jurisdiccional.

Surgen criterios contrapuestos a la perspectiva de género, debido a que se han presentado escenarios en los que la autoridad judicial dicta su fallo con rasgos de activismo en los derechos humanos, siendo esta conducta objeto de reproches; sin embargo, con la justicia de género, el juez cumple el mandato constitucional de dictar sentencias con equidad social, en razón de que los juzgadores son portadores del encargo legal de administrar justicia esforzándose por implementar un Estado de Derecho (Aguilar Cavallo et al., 2015).

Bajo los supuestos en que el juez actúe con base al activismo judicial, no implica que se responsabilice -por esta decisión personal- a la justicia de género, son términos totalmente diferentes. En la medida en que pretenda juzgarse con actitudes de activismo en derechos humanos, el juez podría alterar el sistema judicial, al defender una postura personal por encima de las normas; en cambio, la aplicabilidad del enfoque de género, es un instrumento que democratiza respuestas judiciales para los sectores donde prevalece un esquema de desigualdades de índole cultural, social, política y económica.

209

En la doctrina jurídica formal, los operadores jurídicos suelen discrepar respecto a la aplicación del clásico principio de igualdad ante la ley. El principio constitucional de equidad también está recogido por la Constitución y, en la forma en que dicho valor está contemplado en la resoluciones judiciales, debe coincidir con la igualdad de los sujetos procesales; per se, con fines de brindar mejores condiciones del servicio judicial a las afectadas y los afectados por estereotipos, el juzgador acudirá a las reglas de la justicia de género (Díaz García, 2012).

2.3. Patrones discriminatorios

Dentro del catálogo de derechos fundamentales, se encuentra reconocido el derecho de acceso a la justicia. Existen sectores desfavorecidos o marginados, a quienes es viable considerar la aplicación de reglas en la

perspectiva de género. Para que la jueza o el juez apliquen los elementos del enfoque de género, debe analizarse la subsistencia de patrones discriminatorios, entendidos como los comportamientos por los que -al sujeto procesal o actor del proceso- se le asigna anticipadamente un determinado rol de subordinación (Úngaro, 2017).

Con el propósito de contribuir a la comprensión de los patrones discriminatorios con mayor incidencia en las labores jurisdiccionales, fueron seleccionados tópicos transversales que agrupan una serie de conductas con sesgos de desigualdad. Los obstáculos más frecuentes, que suelen percibirse por las juzgadoras y los juzgadores se desarrollan desde una esfera social, económica, cultural y educacional, dado que la vulneración sistemática de los derechos humanos puede frenarse con estas áreas, donde suelen intervenir las diferentes disciplinas coadyuvantes al ejercicio de la abogacía y el desempeño de funciones en sede judicial.

2.3.1. Patrones discriminatorios de orden social

210

La discriminación social en grupos vulnerables, es una problemática latente en la administración de justicia. Las poblaciones que se encuentran catalogadas como sectores con grados de vulnerabilidad, llevan etiquetas que pueden, por una parte, perjudicarles en la tramitación de causas jurisdiccionales o, por otra, visualizarlos como grupos excluidos beneficiándose de un trato diferenciado (Covarrubias Cuéllar et al., 2018).

Las representaciones de discriminación en la esfera social, no tienen asidero solamente en las condiciones de grupos vulnerables ante la sociedad, más aún, tratan de mostrar al juzgador las condiciones en que factores como la personalidad, la edad, el apoyo asistencial del Estado, la calidad de los servicios judiciales u otros con similares características, coadyuvan o no en la disminución de patrones de discriminación.

El primer patrón discriminatorio de orden social, viene relacionado con la personalidad. Las juezas y los jueces deben interpretar la experiencia vivencial de los actores procesales, cuando justifiquen la aplicación de la perspectiva de género.

Por ejemplo, tratándose de casos de violencia intrafamiliar, ciertas mujeres controlan al agresor y son capaces de despertar un espíritu de resiliencia ante las secuelas del acto violento. Entonces, el operador de

justicia, ante la presentación de denuncias o la tramitación de causas por delitos de violencia familiar, valorará la existencia de mujeres que pudieron afrontar a su pareja agresora, con el solo hecho de denunciarlo en la Fiscalía o la Policía, por lo que el denunciado decide alejarse de la familia o disminuir su conducta agresiva; otras mujeres, también víctimas de violencia, prefieren callar por vergüenza, siendo escasas las posibilidades de actuar con coraje o resiliencia.

Este factor social, demuestra que al constatar la vigencia de escenarios violentos, las juezas y los jueces no pueden otorgar un tratamiento igualitario. En la primera situación, emerge un momento de contención del acto agresivo, situación muy diferente en el segundo ejemplo, ya que la víctima todavía se ve encerrada en un ambiente de posible revictimización o, por el contrario, surgen circunstancias en las que el presunto agresor no tiene un temperamento violento, es la potencial víctima la que recurre a la disputa familiar para sustentar un eventual ataque emocional.

De estas afirmaciones, se desprende que los patrones de la personalidad, como factor de discriminación social, ameritan que los operadores jurídicos desarrollen conocimientos en disciplinas jurídico-sociales (por citar, la Psicología o Psiquiatría) pues, de lo contrario, la aplicación del enfoque de género quedará inmersa solamente a la condiciones de diferencia entre lo femenino y masculino, relegándose el resto de elementos que convergen durante la tramitación de procesos (Machillot, 2017).

211

Un segundo patrón discriminatorio, está referido a la edad. Las juezas y los jueces que optan por el juzgamiento con enfoque de género, actúan con cautela para analizar la variable edad. En determinados escenarios, la juventud constituye un componente desfavorable, porque trata de vinculársela como sinónimo de inexperiencia, lo que deriva en que el aparato judicial desconfie de los testimonios vertidos por adolescentes (Prevert et al., 2012).

En la comisión de delitos, la sociedad estigmatiza a los menores de edad por considerarlos rebeldes, poco precavidos o simplemente se los etiqueta como personas sin experiencia, provocando que la justicia no siente bases sólidas para juzgar en presencia de adolescentes; empero, en el sistema penal juvenil el panorama es totalmente diferente, a consecuencia de las directrices que priman en el juzgamiento de delitos

cometidos por los adolescentes, extremo en los que, por justicia de género y generacional, predomina la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente (Ham Chande & González González, 2008).

No obstante, la edad es un patrón de discriminación bastante invocado en los adultos mayores. La tensión emocional junto a las capacidades desgastadas de un adulto mayor, juegan un rol determinante para ejercitar plenamente sus derechos (Galvis Palacios et al., 2018). El sufrimiento del que resultan víctimas las personas de la tercera edad, inducirán a un proceso judicial con enfoque de género y generacionalidad, dos conceptos que suelen combinarse cuando los patrones discriminatorios de orden social, tienen impacto en el acceso a una resolución judicial.

Un último elemento discriminatorio en el ámbito social, guarda vínculo con la asistencia que prestan las instituciones públicas. El Estado, a través de los niveles de gobierno establecidos en la CPE, debe garantizar la materialización de los derechos fundamentales.

212

Se atisban patrones de discriminación, cuando le es complicado a la población, por ejemplo, ser atendida en un hospital con todas las especialidades frente a una posta sanitaria con servicios sanitarios elementales o, de repente, solicitar auxilio judicial de instancias que simplemente garantizan sus servicios en ciudades capitales y municipios intermedios, porque lastimosamente no cuentan con personal en las provincias.

Esto, reafirma que las propias entidades asistenciales pueden generar marcos de tratamiento diferenciado y, por consiguiente, obligatoriamente dichos factores sociales deben analizarse judicialmente, al momento de dictar una resolución jurisdiccional (Terraza Núñez et al., 2006).

2.3.2. Patrones discriminatorios con matiz económico

Las relaciones de género contemplan estereotipos económicos. Además de las diferencias salariales en el flujo laboral, en temáticas de violencia intrafamiliar resultan notorios los esquemas de desigualdad (Guizardi, 2013).

En espacios violentos, con poderío exclusivo del varón, pueden advertirse condiciones de dependencia económica. Vale decir, los varones dominan a las mujeres al ser ellos responsables de generar los ingresos del hogar, situación demasiado penosa que se agrava con la existencia de hijos. Las mujeres no tienen otra opción que someterse a las órdenes de la pareja,

ya que los gastos de la familia están en manos del varón y asumen un rol de sometimiento; de animarse a abandonar el hogar, las mujeres buscan asilo temporal en familiares, pero los gastos se elevan diariamente, dificultándose que la mujer abandone el domicilio donde sufre violencia.

En algunas ocasiones, los gastos de manutención familiar se comparten, sin embargo, en otras realidades el silencio de las víctimas da a entender que ellas mantienen a toda la familia, inclusive, a su propio agresor. Bajo estos lineamientos, los gastos de pareja y peleas por el dinero dan curso a patrones de discriminación económica, por cuanto, la dependencia monetaria de una mujer favorece totalmente al varón, quien además intimida a la víctima con severos amedrentamientos y actitudes violentas.

En rigor, las relaciones de poder entre el género femenino o masculino, tratándose de delitos de violencia intrafamiliar, están supeditados a los pilares económicos que sostienen el hogar; el varón intenta someter en situación de desventaja a la mujer, cuando advierte que ella no posee una fuente formal laboral o, valiéndose de su imagen varonil agresiva, se convierte en un foco de ociosidad pues las mujeres cargan con todos los gastos de la familia a costa del propio agresor.

213

La atención en instituciones estatales para frenar este patrón discriminatorio, debe mantenerse en los márgenes de brindar un servicio gratuito o aumentarse las probabilidades de asistir sin costos extras a los actores procesales, promoviéndose actitudes positivas en quienes acuden hacia profesionales especializados en búsqueda de asesoramiento social, psicológico y jurídico.

En las relaciones jurídico-laborales, pueden detectarse otra tipología de patrones económicos de discriminación. Por citar, en la constitución o desarrollo de actividades empresariales, no todos los empleadores cuentan con las condiciones necesarias para cumplir sus compromisos con los trabajadores, por lo que en un determinado proceso laboral, habrá que estudiarse los efectos que contrae imponer sanciones ante infracciones sociales por acciones u omisiones del empleador (Bonavitta & De Garay Hernández, 2011).

En rigor, la discriminación económica, no solamente abarca que una determinada persona perciba un menor salario, emergen otras situaciones en las que la dependencia económica al agresor o la falta de

capacidad de pago del empleador, complican el horizonte del juez que dicta la resolución, pudiendo acudir a la equidad jurisdiccional y la justicia de género.

Ambos patrones, muestran que la situación económica atravesada por los actores que intervienen en el procedimiento, reviste de suma importancia en el aparato judicial; de lo contrario, la creencia de juzgar con enfoque de género, se limitará a verificar si alguno de los sujetos procesales presenta una condición de vulnerabilidad, siendo más bien la justicia de género la herramienta útil para garantizar la disminución de esquemas de desigualdad en todos los ámbitos del Derecho.

2.3.3. Patrones discriminatorios de relevancia cultural

Los estereotipos se configuran con base a una determinada identidad cultural. Bolivia, por mandato del artículo constitucional 3, representa un Estado Plurinacional; del mismo modo, se reconoce que, la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

214

De esta forma, la comprensión de las identidades culturales en la justicia boliviana, es un camino marcado por la implementación de la justicia plural. Sin embargo, administrar justicia con enfoque de género, no pasa por conocer las múltiples culturas del país, igualmente requiere profundizar otros patrones discriminatorios arraigados a las costumbres, la religión, y el pensamiento de cada región de un determinado país (Maric Palenque, 2015).

Varios ejemplos pueden compartirse respecto a estereotipos culturales, que son determinantes en la adopción de la justicia de género.

Desde las diferencias en los grupos sociales de un determinado departamento hasta las creencias religiosas que imperan en cada región, son ejemplos concretos de la creación de esquemas de desigualdad, pues un examen judicial exhaustivo exige que las juezas y los jueces comparen las etiquetas que suelen asignarse a determinadas personas, sus modismos populares, incluso, debe obtenerse una imagen fotográfica cultural del trato mismo que se otorga en cada ciudad o departamento (Méndez Moreno et al., 2018).

El ambiente cultural en que se desenvuelve la familia, influye en el surgimiento de patrones discriminatorios y está relacionado a miembros del vecindario, familiares cercanos o colegas de trabajo. Cuán importante es para una mujer, víctima de violencia, contar con apoyo espiritual de una vecina, una familiar o compañera de trabajo. Desahogarse de los problemas en los que se ve inmersa la víctima, requiere del apoyo de personas de su entorno cultural.

Si los actores procesales buscan apoyo en su círculo de amistades, vecinos o familiares, serán altas las probabilidades de contar con influencia cultural, extremo que debe considerar el juzgador al momento de analizar las causas. En temas de violencia, las mujeres prefieren acudir a otras personas cercanas para afianzarse de valentía y obtener un consejo favorable hacia una óptima solución legal; de lo contrario, la víctima prefiere callar, tampoco expresa sus problemas ante el resto de personas que la rodean y opta por mantenerse en el hogar junto a su agresor.

Este tipo de influencia, tiene relación con los factores culturales que desencadenan una serie de premisas, a considerarse en el juzgamiento con perspectiva de género (D'Amore & Díaz, 2020) , asimismo, las ciudades con costumbres familiares de antaño, todavía guardan raíces conservadoras.

215

A pesar de las características patriarcales de la ciudadanía puede que, durante el ejercicio de derechos, la juzgadora o el juzgador no consideren relevantes las costumbres conservadoras de ciertas regiones; empero, los sujetos procesales pueden captar patrones discriminatorios en el pensamiento del juez, cuando las costumbres familiares se impongan en la decisión jurisdiccional.

Finalmente, la religión es un factor cultural de suma importancia en el tratamiento judicial de estereotipos, pues los actores del procedimiento suelen refugiarse en una religión o cobijarse espiritualmente en una determinada postura devota, aspectos significativos a tomarse en cuenta por el operador judicial, quien tampoco puede quedar aislado de las raíces religiosas de las partes (Rabbia, 2020).

Verbigracia, las mujeres víctimas de violencia, al acudir religiosamente a una iglesia o rodearse de personas con pensamiento espiritual, se benefician para adquirir resiliencia; mientras más apego se tenga a

la religión, mayores serán las expectativas de asumir una postura resiliente.

Los componentes religiosos y espirituales, son vitales en el enfoque de género. La felicidad de la pareja, sus hijos o el entorno familiar, dependen -en gran medida- del compromiso espiritual o religioso. Suplicar a un ser supremo le devuelve confianza, personalidad y ganas de superar los traumas, es igualmente una señal de forjar actitudes culturales, dado que existen litigantes que mantienen posturas religiosas y, por tanto, el juzgador debe comprender las reglas espirituales que rigen entre los actores del proceso, con fines de evitar patrones de desigualdad jurisdiccional.

2.3.4. Patrones discriminatorios de característica educacional

Las etiquetas educacionales, por una parte, son conexas al grado de instrucción que adquieren los sujetos procesales y, por otra, tienen relación con los niveles de conocimiento que poseen las partes de un proceso respecto a la finalidad de los servicios judiciales (Muñoz León, 2018).

216

En espacios violentos de orden intrafamiliar, los estudios (a nivel primario, secundario o universitario) de un determinado actor procesal, afectan circunstancialmente; para reducir el trauma o frenar la violencia en el hogar, las partes deben conocer -por lo menos- la normativa vigente, además de ubicar las instancias donde pueden acudir para presentar su denuncia, o quizá gozar de un mínimo de información acerca de los lugares de acogimiento junto a las consecuencias legales que enfrentarían los agresores.

Por tanto, si un actor procesal posee escasa instrucción a nivel educativo, es máxima la probabilidad de estimularse etiquetas en su contra. Las personas con estudios universitarios, tienen mayor posibilidad de frenar a su agresor y comprender la necesidad de alejarse de su pareja; en cambio, las víctimas de violencia sin estudios (ni primarios o secundarios), se ven limitadas de adquirir respuestas judiciales favorables, porque deciden someterse a su agresor y vivir en un ambiente violento (Villanueva Flores, 2021).

El acudir a los servicios judiciales, es un factor decisivo para disminuir los patrones de discriminación y, en especial, al solicitarse atención

pública en sectores judiciales, pueden evitarse esquemas de desigualdad de los sujetos procesales.

Existen beneficios a partir de la aplicación de la justicia de género, cuando se solicita asesoramiento integrado (jurídico, social y psicológico) con la participación de profesionales expertos en los servicios judiciales o extrajudiciales.

Visitar a los funcionarios de estas instituciones, ya constituye una forma de reducir patrones de discriminación. Cuando el actor procesal recibe asistencia social de los servicios judiciales, goza de una protección reforzada y que le impulsa a forjar una esperanza de pronta solución a sus problemas jurisdiccionales, dado que la conflictividad social depende de la calidad de justicia temprana ofrecida por el Estado o, más propiamente, de las acciones jurídicas asumidas por las instancias que imparten justicia o coadyuvan en la materialización de los derechos de la población (Arena, 2016).

3. Conclusiones y Recomendaciones

Son recurrentes las voces que demandan la aplicación de la perspectiva de género, al interior de la administración de justicia. Más allá de las consecuencias y efectos de juzgar con enfoque de género, las juezas y los jueces deben adquirir habilidades para identificar esquemas de desigualdad y reconocer situaciones donde se presentan estereotipos.

Durante el desempeño de funciones judiciales, los operadores jurídicos tendrán que discernir una serie de etiquetas de género, empero, en las labores jurisdiccionales no solamente se abordan cuestionamientos sobre el rol femenino y masculino, tampoco implica que se preste un trato diferenciado a grupos vulnerables.

En realidad, subsiste una clasificación de patrones de discriminación de índole social, con naturaleza económica, de incidencia cultural así como en la esfera educativa, por lo que la aplicación de herramientas de la perspectiva de género, es una tarea integral a otras disciplinas e integrada a múltiples factores, que conducen a un juzgamiento libre de prejuicios o sin sesgos en los estereotipos desarrollados.

A través de la denominada equidad jurisdiccional, pretende reducirse los principales estereotipos de género en la impartición de justicia, toda vez que, en el momento en que se opte por los lineamientos de género

o resulten empleados criterios de generacionalidad, identificando plenamente otras etiquetas que no están vinculadas exclusivamente al sexo, las autoridades judiciales dictarán sus sentencias desde una óptica constitucionalizada del Derecho.

4. Bibliografía

Aguilar Cavallo, G., Gajardo, B., & León, A. P. (2015). Equidad, inclusión social y democracia: Una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial. *Estudios constitucionales*, 13(1), 373-398. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000100011>

Arena, F. J. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), 51-75. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003>

Bonavitta, P., & De Garay Hernández, J. (2011). De estereotipos, violencia y sexismo: La construcción de las mujeres en los medios mexicanos y argentinos *. *Anagramas -Rumbos y sentidos de la comunicación-*, 9(18), 15-29.

218 Camacho Negrete, R. A. (2012). Jurisdicción de Equidad. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 13, 171-176.

Covarrubias Cuéllar, K. Y., Martínez-Guzmán, A., Molina Rodríguez, N. E., Covarrubias Cuéllar, K. Y., Martínez-Guzmán, A., & Molina Rodríguez, N. E. (2018). Las representaciones sociales de la discriminación de doce organizaciones sociales (grupos vulnerables) del estado de Colima: Necesidades y propuestas de acción. *Culturales*, 6. <https://doi.org/10.22234/recu.20180601.e377>

D'Amore, L., & Díaz, M. E. (2020). Interculturalidad y estereotipos sociales en las escuelas rurales de la provincia de Catamarca. *Praxis*, 16(1), 85-96. <https://doi.org/10.21676/23897856.3243>

Díaz García, I. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. *Ius et Praxis*, 18(2), 33-76. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000200003>

Farah H., I., & Chambilla Mamani, B. (Eds.). (2017). *Nuevas problemáticas de género y desigualdad en América Latina y el Caribe* (Primera Edición). CLACSO. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/>

se/20170313031536/NuevasProblematicasDeGeneroyDesigualdad.pdf

- Fariás Muñoz, L., & Cuello Riveros, V. (2018). Percepción y autopercepción de los estereotipos de género en estudiantes universitarios de la región de Valparaíso a través de la publicidad. *Revista de Comunicación, 17*(1), 155-165.
- Galvis Palacios, L. F., López-Díaz, L., Velásquez G, V. F., Galvis Palacios, L. F., López-Díaz, L., & Velásquez G, V. F. (2018). Patrones culturales de cuidado familiar al adulto mayor en condición de discapacidad y pobreza. *Index de Enfermería, 27*(3), 170-174.
- Guizardi, M. L. (2013). Estereotipos, identidades, y nichos económicos de las migrantes brasileñas en Madrid. *Estudios Feministas, 21*(1), 167-190.
- Ham Chande, R., & González González, C. A. (2008). Discriminación en las edades avanzadas en México. *Papeles de población, 14*(55), 35-58.
- Machillot, D. (2017). Normas sociales, estereotipos, discriminación y violencia entre pares: El caso de una secundaria en Jalisco. *Revista mexicana de investigación educativa, 22*(72), 209-227.
- Maric Palenque, M. L. (2015). Los estereotipos en la construcción de la Integración Latinoamericana. *Revista de Investigacion Psicologica, 14*, 9-17.
- Méndez Moreno, J. P., Rico Bovio, A., Méndez Moreno, J. P., & Rico Bovio, A. (2018). Educación, cultura, estereotipos, cuerpo, género y diferencias sociales en la fotografía de moda. *IE Revista de investigación educativa de la REDIECH, 9*(17), 165-178.
- Monreal-Gimeno, C., & Martínez-Ferrer, B. (2010). Esquemas de género y desigualdades sociales. *Intervención social y género, 73-96*.
- Muñoz León, F. (2018). La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación. *Revista de derecho (Valdivia), 31*(2), 175-192. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000200175>

- Pacheco Carpio, C. R., Cabrera Albert, J. S., Mazón Hernández, M., González López, I., & Bosque Cruz, M. (2014). Estereotipos de género sexistas. Un estudio en jóvenes universitarios cubanos de medicina. *Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río*, 18(5), 863-877.
- Prevert, A., Navarro Carrascal, O., & Bogalska-Martin, E. (2012). La discriminación social desde una perspectiva psicosociológica. *Revista de Psicología Universidad de Antioquia*, 4(1), 7-20.
- Rabbia, H. H. (2020). Otredad, diversidad religiosa y prejuicios en las interacciones cotidianas de evangélicos/as de Córdoba, Argentina. *Sociologías*, 22, 36-63. <https://doi.org/10.1590/15174522-98898>
- Rivadavia, V. (2021). El contexto de la decisión judicial y su especial importancia a la hora de fallar por equidad. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, 23, 142-153. <https://doi.org/10.22235/rd23.2543>
- Taus, P. A. (2014). La igualdad de género y el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia en la región dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista IUS*, 8(34), 21-41.
- Terraza Núñez, R., Vargas Lorenzo, I., & Vázquez Navarrete, M. L. (2006). La coordinación entre niveles asistenciales: Una sistematización de sus instrumentos y medidas. *Gaceta Sanitaria*, 20(6), 485-495.
- Úngaro, M. (2017). Justicia de género: Autonomía feminista frente a la violencia machista e institucional. *Revista Derechos en Acción*, no. 4. <https://doi.org/10.24215/25251678e079>
- Vázquez-Cupeiro, S. (2015). Ciencia, estereotipos y género: Una revisión de los marcos explicativos. *Convergencia*, 22(68), 177-202.
- Villanueva Flores, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. *Derecho PUCP*, 86, 363-392. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011>

La Victimología y Violencia Feminicida, Vistas desde un Paradigma Judicial y una Óptica Constitucional

Resumen

La Victimología y la Violencia Feminicida representan dos figuras del Derecho Penal y Procesal Penal, que evolucionan con los nuevos paradigmas de la Ciencia Constitucional. A partir del presente artículo, se dilucidará la naturaleza de ambos institutos y su relacionamiento con otras disciplinas conexas a la impartición de justicia, derivando también en un estudio teórico-dogmático sobre las repercusiones que trajo consigo el tratamiento jurídico de las víctimas de feminicidios, siendo ésta una de las corrientes más influyentes del Siglo XXI para la construcción de una política criminal contemporánea.

Abstract

Victimology and Femicide Violence are two figures of Criminal and Procedure Law, which have evolved with the new paradigms of the Constitutionalism. From this article, the nature of both figures and their relationship with other disciplines related to the justice administration will be elucidated, also leading to a theoretical-dogmatic study on the repercussions that the legal treatment of victims of femicide violence brought with it, as being one of the most influential currents of the 21st century for the construction of a contemporary criminal policy.

221

1. Introducción

Reflexionar sobre el feminicidio nos traslada al campo normativo-penal, jurisdiccional e interdisciplinario, aspecto que resulta definitivo para que las Ciencias Jurídicas no se enfoquen en la estricta prevención o juzgamiento de este delito, sino concurren factores determinantes en el tratamiento de la víctima de Violencia Feminicida dado que, la

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 8 de marzo de 2022, durante el "Segundo Simposio Internacional de Género, Reflexiones Académicas y Jurisprudenciales: La Transversalidad de la Perspectiva de Género en los Sistemas de Justicia - Buenas Prácticas", organizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia junto al Comité de Género del Órgano Judicial y TCP.

criminalidad cometida contra las mujeres arroja cifras alarmantes en los sistemas judiciales regionales o mundiales.

Jurídicamente, la problemática del feminicidio intenta abordarse desde la participación del denunciado, imputado o acusado hasta la condena que cumple el privado de libertad, siendo lo indispensable investigar el delito de feminicidio y sancionarse al culpable de su comisión pues, erróneamente, se entiende que este problema delictivo puede reducirse mediante la masiva aprobación de leyes o normas, descuidando otros elementos sociales, psicológicos, culturales, económicos o médicos que son imprescindibles en el momento de abordar la Violencia Feminicida.

El análisis de la víctima fue descuidado, toda vez que la Criminología y la Victimología priorizaron el estudio del comportamiento del posible delincuente, ya que la tendencia jurídica consideraba que la víctima de un delito no aporta en la investigación del hecho. Los modelos teóricos de la moderna Victimología, cambiaron rotundamente de paradigma durante el VII Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y de la Conferencia Mundial de la Mujer, celebrados en Milán (Italia) del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1986.

222

La temática quinta del Congreso, recayó sobre la situación de la mujer en calidad de víctima de delitos, logrando que los partícipes comprendan tópicos urgentes de atención judicial, por ejemplo, los tipos de violencia cometidos contra las mujeres, los factores que contribuyen a su victimación, la reparación y asistencia, entre otras ramas relacionadas al apoyo que la Victimología debía brindar, tanto a la víctima como a los funcionarios que coadyuvan en la impartición de justicia.

Empero, los graves delitos que atemorizaban a las mujeres en el plano internacional, determinaron que el abordaje victimológico del delincuente quede relegado, surgiendo una tendencia de colaborar a la víctima de los delitos, en especial a las mujeres, a partir de una concepción jurídico-constitucional, a lo que se sumó posteriormente la importancia de los derechos humanos y la aplicación de la perspectiva de género en la labor jurisdiccional, además del auxilio interdisciplinario de nuevas ramas de la Victimología.

Con estas apreciaciones, será explicada la relación de la Victimología y Violencia Feminicida, en una primera parte con una visión legal, conforme las actuales corrientes de protección constitucional y de

reparación integral a las víctimas de los delitos de feminicidio, junto a lo establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En un segundo acápite, se estudia la relevancia de la Victimología en el juzgamiento de delitos de feminicidio, donde la víctima o sus familiares merecen un tratamiento jurisdiccional cauteloso que evite posibles escenarios desfavorables en instancias fiscales, administrativas o judiciales, debido a que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, unilateralmente, han ubicado a la víctima en una posición marginal, dando mayor cobertura al autor de los delitos, es decir, una situación de desventaja en la que predominaba el infractor durante el procedimiento penal. Entonces, la participación pasiva de la víctima en el juicio penal y con un comportamiento activo en el proceso tutelar, dan como resultado el estudio de la Victimología y la Violencia Feminicida desde un paradigma judicial y una óptica constitucional.

Finalmente, cuando se hace referencia al auxilio de ramas interdisciplinarias en la atención de víctimas de Violencia Feminicida, es necesario explicarse las disciplinas de orden legal que coadyuvan al juzgador en el entendimiento de casos de feminicidio.

El sistema judicial boliviano, a través de diversas medidas de orden institucional, ha implementado el concepto de género, pero priorizándolo en una esfera jurídica.

El aparato jurisdiccional boliviano y, principalmente, la administración judicial con enfoque de género, requieren apoyo del Trabajo Social, de la Psicología y de la Sociología, entre otras Ciencias Sociales o de la propia Medicina, que permiten a las juezas y los jueces en materia penal o de otras disciplinas jurídicas, el entendimiento integral e integrado de conceptos clave de la Victimología y otorga pautas específicas para garantizar la aplicación real del concepto de justicia ante casos de Violencia Feminicida.

Por ello, será expresada la forma en que las ramas conexas al juzgamiento penal de delitos de feminicidio, deben aportar en la tramitación de causas y colaborar con el operador de justicia; del mismo modo, se explica la manera en que puede acudir judicialmente a las disciplinas multidisciplinarias de atención al justiciable. Así, académicamente se coadyuvará en la reducción de los niveles de delitos de feminicidio, disminuyéndose las cifras de procesos penales por Violencia Feminicida.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Victimología, feminicidio y Constitución

Al momento de estudiar la trilogía de la Victimología, el delito de Violencia Feminicida y la Constitución, debe partirse señalando la existencia de una relación indisoluble entre la víctima y el imputado o acusado por la comisión del delito.

Es lógico que la Victimología, como una disciplina innovadora de las Ciencias Penales, tendría que privilegiar a la víctima, buscando mayores alternativas en su amparo pues, tras el hecho delictivo, toda persona es propensa a sufrir traumas y secuelas que le quedan marcadas en su vida. No obstante, los sistemas penales, utilizando las herramientas que proporciona la Victimología, concentró su interés en capturar, procesar, sentenciar, encarcelar y rehabilitar a quienes cometen delitos, descuidando la atención prioritaria de las víctimas (Revista Nos, 2007).

224

Esta tendencia del Derecho Penal, ocasionaba que -hasta hace poco- las víctimas (en casos de tentativa de feminicidio) o su entorno familiar cercano (para escenarios en los que se consumaba el delito), sean considerados solamente sujetos pasivos y que, al ser titulares de un bien jurídico protegido, merezcan la mera protección del Estado sin preverse la reivindicación de su calidad de víctimas, extremo que ocasionaba un severo perjuicio, sobre todo a las mujeres. Sin embargo, con la irradiación del Derecho Constitucional al resto de disciplinas jurídicas, existe un cambio de paradigma donde la víctima adquiere derechos con sus correspondientes garantías, evitándose mayores abusos contra ellas.

Siguiendo esta corriente, la Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia, en su artículo 113, parágrafo I, prevé que:

La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna (Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, p. 32).

Con este fundamento de la Norma Suprema, en el país boliviano y otras legislaciones de la región, se justificaría la independencia de la Victimología del Derecho Penal, emergiendo en su lugar el Derecho Victimal, una nueva disciplina por la que no solamente el Estado adquiere la calidad de principal afectado de los delitos, sino es la

colectividad de víctimas las que requieren una mejor posición jurídica, reconociéndoseles una serie de derechos y garantías, por ello:

(...) la víctima adquiere tal importancia, pues sus derechos deben ser atendidos por el Estado, previéndose la reparación del daño, por parte del criminal, o bien, del Estado mismo; incluso, extiende su tutela a la prevención del delito y la protección de la víctima (Abreu y Abreu, 2009, p. 113).

Lo propio sucedió con el feminicidio. En un primer momento histórico, los sistemas penales confundieron el feminicidio como una agravante de homicidio, inclusive, su tipo penal tuvo que ser objeto de explicación constante entre juzgadores o fiscales reticentes a utilizar este término, esencialmente en el momento de adecuar los actos delictivos cometidos contra las mujeres al delito de feminicidio (Prieto Moreno & González Chacón, 2019).

La Constitución boliviana, mediante su artículo 15, parágrafo II, sienta las bases para criminalizar los hechos delincuenciales con resultados feminicidas; por este motivo, a todas las personas, en particular a las mujeres, se les reconoce el derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

En la citada prescripción constitucional, se respalda también la Ley N° 348, Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia que, en su artículo 7, numeral 2, introduce el concepto de Violencia Feminicida, con el siguiente tenor:

Es la acción de extrema violencia que viola el derecho fundamental a la vida y causa la muerte de la mujer por el hecho de serlo (Estado Plurinacional de Bolivia, 2013, p. 5).

Con la descripción prevista por el legislador boliviano, se concluye que la visualización de las víctimas de Violencia Feminicida no debe confundirse con la reconstrucción escueta de los hechos y la correspondiente sanción del feminicida, más al contrario, exige que las autoridades administren justicia logrando la eliminación del esquema de desigualdad y desventaja de las mujeres, en específico, porque el feminicidio tiene como consecuencia el asesinato misógino, brutal y hasta criminal de mujeres por parte de los hombres.

Los feminicidios cometidos por los varones, tendrían por fundamento el sometimiento de la mujer, derivando -este delito- de escenarios previos de violencia intrafamiliar. Dichos criterios, dan como respuesta que exista una elevada tasa de denuncias y casos por delitos de violencia intrafamiliar, pero reducidas sentencias condenatorias en contra de los agresores, lo que limita las alternativas de combatir el feminicidio. Los datos impresionantes de actos de violencia cometidos en el hogar, son la noticia diaria en los medios estatales y privados del país, representando uno de los problemas que más afecta a la población en general y a las familias bolivianas.

Inclusive, en plena pandemia los casos de feminicidios aumentaron. Todos los días se escucha por los medios de comunicación que, los porcentajes son alarmantes y reflejan causas culturales, sociales, de relaciones intrafamiliares, casos psicológicos, y hasta de salud. Esta información muestra que, la violencia doméstica o intrafamiliar constituye una ardua tarea para las instituciones involucradas en la ejecución de políticas públicas de reducción de casos de violencia, igualmente representa un gran reto en las autoridades que están a cargo de los procesos judiciales por feminicidio.

226

Cabe añadir aún los hechos y noticias que quedan fuera de registro por la ignorancia, miedo o poco acceso de las víctimas a la justicia, lo que deja un vacío de información, aunque no de presencia real de la Violencia Femenicida.

Bajo estos argumentos, el Derecho Penal y la Victimología fueron desplazados por la corriente moderna del Derecho Constitucional, instituyendo derechos y garantías particulares en favor de las víctimas; de esta forma, surgió el Derecho Victimal con la premisa de lograr mecanismos de atención y recuperación de las personas afectadas por delitos o la de sus familiares cercanos. Aunque los postulados del Derecho Victimal todavía se encuentran en construcción, puede afirmarse que, gracias a esta reciente disciplina jurídica, las actuaciones de las servidoras y los servidores públicos deben ceñirse a lo dispuesto por la Constitución y todo género de norma infra-constitucional, con las que se ejercerán los derechos fundamentales de las víctimas y serán activadas sus respectivas garantías jurisdiccionales.

En suma, los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado de Bolivia u otros textos constitucionales de los países de la región,

representan una armonización del Derecho Interno con el Derecho Convencional, fortaleciendo la preferencia de los Tratados y Convenios Internacionales con protección específica de las víctimas, más aún, aquellos instrumentos internacionales que contienen un régimen de amparo favorable hacia los derechos de las mujeres.

Por último, la teoría garantista del Derecho Victimal, considera que los derechos constitucionales de las víctimas de violencia guardan relación con diversos derechos fundamentales (Campos, 2011), entre ellos, corresponde destacarse los siguientes:

- ▶ **Derecho de acceso a una justicia pronta y oportuna:** Criterio adoptado también por la CPE de Bolivia, a través de su artículo 114, parágrafo II, donde se establece que el Estado es garante del derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones. Dicho derecho, comprende la satisfacción de las necesidades de la víctima, valorando igualmente su grado de vulnerabilidad, que puede derivar en una atención especializada.
- ▶ **Derecho a la atención digna:** Conforme precisa el artículo constitucional 22, la dignidad y la libertad de la persona son inviolables, respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado. Las autoridades públicas y de cualquier instancia particular, no pueden actuar sin la debida diligencia, dado que el sufrimiento de las víctimas demanda de actitudes probas, evitándose conductas re-victimizantes.
- ▶ **Derecho a la reparación del daño:** Tal cual fuera explicado, es el artículo 113, parágrafo I, el que reconoce el derecho al resarcimiento integral por daño causado, siendo éste uno de los puntos más importantes para que el juzgamiento del delito de violencia no concluya con la sanción del culpable, sino que los perjuicios ocasionados derivan en un régimen de reparación. El derecho a la reparación del daño, encuentra asimismo respaldo en el artículo 110, parágrafo II, de la Norma Suprema, dado que la vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales.
- ▶ **Derecho a la seguridad y el auxilio:** El artículo 9, numeral 2, de la Ley Fundamental establece, como uno de los fines y funciones

esenciales del Estado, garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas. Por ello, se han diseñado medidas de protección en beneficio de quienes sufren algún tipo de violencia, según lo establece el propio artículo 32 de la Ley N° 348, y cuyo objeto se traduce en interrumpir e impedir un hecho de violencia contra las mujeres, o garantizar, en caso de que éste se haya consumado, que se realice la investigación, procesamiento y sanción correspondiente.

- ▶ **Derecho a la orientación e información:** Consagrado en el artículo 119, parágrafo I, de la CPE y que, en su tenor literal, reconoce que las partes en conflicto gozan de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, aspecto que justifica la intervención constante del Ministerio Público y la participación de todas las instancias receptoras de denuncias, por ejemplo, los Servicios Legales Integrales (SLIM), las Defensorías de la Niñez y Adolescencia (DNA), los Servicios Integrales de Justicia Plurinacional (SIJPLU), el Servicio Plurinacional de Asistencia a la Víctima (SEPDAVI), u otras entidades del sector público o de orden privado que tengan por misión institucional coadyuvar a las víctimas, para el presente escenario, nos referimos a las personas afectadas por delitos de feminicidio.

228

2.2. Violencia Feminicida y Derechos Humanos de las Mujeres

Es recurrente que al momento de estudiar jurídicamente la Violencia Feminicida, se haga referencia al marco internacional de protección de las mujeres, siendo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) el instrumento jurídico supranacional que prohíbe la violencia en razón de género; asimismo, las recomendaciones de la CEDAW enfatizan la necesidad de prevenir, atender y sancionar la Violencia Feminicida perpetrada contra las mujeres, sus causas o consecuencias. Del mismo modo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como la Convención de Belém do Pará, constituye la herramienta normativa que condena la Violencia Feminicida o toda forma de violencia padecida por las mujeres.

Entonces, ambos documentos del Derecho Internacional establecen las obligaciones del Estado boliviano u otros Estados parte, con la finalidad de prevenir y erradicar la violencia perpetrada sobre la mujer,

asegurándole el ejercicio pleno de sus derechos ante la sociedad (ONU Mujeres, 2020).

Para los casos en los que acontezca el delito de Violencia Feminicida, más allá de acudirse a las prescripciones de la CEDAW o la Convención de Belém do Pará, es de suma relevancia utilizar el Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), que brinda respuestas adecuadas durante la investigación y persecución de delitos con resultados feminicidas, a partir de una perspectiva de género.

Bajo este contexto, la aplicación de la Victimología debe sujetarse a las normas y los estándares internacionales o regionales; por ello, durante el tratamiento de la Violencia Feminicida en sede administrativa y jurisdiccional, el referido Protocolo sirve de guía para abordar multidisciplinariamente este delito, toda vez que está destinado a las servidoras y los servidores públicos de las diferentes instancias estatales:

Su principal objetivo es proporcionar orientaciones y líneas de actuación para mejorar la práctica de los/as operadores/as de justicia, expertos/as forenses y cualquier personal especializado, ya sea que intervengan en la escena del crimen, en el laboratorio forense, en los interrogatorios a testigos y presuntos responsables, en el análisis del caso, en la formulación de la acusación o frente a los tribunales de justicia (OACNUDH & ONU Mujeres, 2014, p. 13).

229

Este documento de consulta, intenta colaborar con el abordaje multidisciplinario del feminicidio, debiendo las autoridades judiciales auxiliarse de otras ramas relacionadas a la Victimología, como la Medicina, el Trabajo Social, la Psicología, y demás disciplinas que permiten la investigación penal de dicho delito. Bajo este contexto, el referido Protocolo constituye un elemento jurídico, por el que el Derecho Victimal ayuda a determinar igualmente el nivel de peligro que una mujer maltratada tiene de ser asesinada por su pareja, lo que responde a uno de los problemas más recurrentes de la sociedad boliviana, donde la agresión se encuentra normalizada y es el ambiente intrafamiliar en el que surgen conductas feminicidas (Cruz Guisbert, 2019).

Son los reportes diarios de la prensa nacional y de los países latinos, los que evidencian que el juzgamiento del feminicidio requiere de la

adopción de una justicia libre de patrones discriminatorios. Así pues, para la erradicación de la Violencia Femicida, el Derecho Victimal acoge dos categorías esenciales, por una parte, el enfoque de derechos humanos y, por otra, la perspectiva de género.

Los derechos humanos adquieren un rol protagónico ante la ola de feminicidios, pues con el desarrollo y evolución de los derechos de las mujeres, los Estados serán los responsables de mejorar sus políticas públicas de protección respecto a este grupo social. Por tanto, en la medida en que los derechos humanos evolucionan en su ejercicio, se buscan formas jurídicas con la finalidad de evitar la desigualdad y discriminación, pero también se procurará que, la violación de los derechos humanos de las víctimas de feminicidio, no queden en la impunidad. Lo propio sucede con la perspectiva de género; es una herramienta jurisdiccional, que otorga respuestas para erradicar las brechas de desigualdad y refleja un mecanismo destinado a combatir la violencia y discriminación que diariamente afecta a mujeres, niñas, niños y adolescentes.

230

El Derecho Victimal sostiene que la preparación y capacitación del aparato público sobre los conceptos de derechos humanos y perspectiva de género, es clave en el acceso a la justicia por parte de las víctimas (directas e indirectas) de los feminicidios:

Para replantear la forma más adecuada de combatir la violencia femicida, es indispensable incorporar el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género a toda estrategia, medida, programa, plan y política pública sobre la materia, a efecto de asegurar un análisis centrado en las víctimas, en las brechas de desigualdad entre mujeres y hombres que prevalecen en nuestra sociedad, y las obligaciones constitucionales, convencionales y legales que deben cumplir las autoridades del Estado para su protección y cumplimiento (Eslava Pérez, 2021).

Por consiguiente, la más severa y grave violación a los derechos humanos de las mujeres suele asociársela al delito de feminicidio o tentativa de feminicidio, debiendo -su juzgamiento- generar espacios de protección jurisdiccional a las potenciales víctimas o sus familiares, ya que la eliminación de estas conductas ante la sociedad requieren la atención permanente del aparato fiscal y judicial, acudiéndose a los parámetros o directrices que impone la perspectiva de género.

2.3. La relevancia de la Victimología en el juzgamiento de delitos de feminicidio, a partir de la perspectiva de género

Para combatir la Violencia Feminicida, en la actividad jurisdiccional fueron implementadas políticas institucionales sobre perspectiva de género, y que fortalecen el sistema de justicia boliviana.

Un balance de las tareas estatales, que motivan la igualdad real de oportunidades o de trato y el pleno ejercicio de derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, juntamente a los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos, refleja la necesidad de utilizar la Victimología y conocer los factores que conducen a la comisión del delito de feminicidio, siendo necesario que las instituciones del sector justicia, en particular las juezas y los jueces, procedan a la protección de los derechos concernientes a las mujeres empleando la perspectiva de género.

Las acciones asumidas por el aparato judicial para la disminución de delitos de Violencia Feminicida, también requieren de estrategias de intervención multidisciplinaria, que develen los problemas estructurales del delito de feminicidio y trazarse objetivos a fines de erradicar toda forma de discriminación, una meta institucional a materializarse con las ramas jurídicas integrales, diseñadas con enfoque inclusivo hacia los intereses de las mujeres y de suma utilidad en otros sectores vulnerables, dado que el eje de género transversa a todas las poblaciones.

Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, dan cabida al Estado boliviano para que, acudiendo a las instancias judiciales, se garanticen condiciones de igualdad y acceso a la justicia de las víctimas de actos violentos, disminuyéndose las brechas diferenciales entre las mujeres y los varones.

La promoción de políticas judiciales en género, además de orientarse hacia grupos en condición de vulnerabilidad, exige procesos de capacitación y socialización respecto a las esferas jurídicas, económicas, sociales, culturales u otras dimensiones prioritarias en la construcción de relaciones equitativas, y con mayores oportunidades en el ejercicio de sus derechos. Es precisamente el carácter interdisciplinario del Derecho Victimal, donde se sustenta que la Victimología, desde una perspectiva judicial de género, busca auxilio de otras ramas con directa relación con el tratamiento de víctimas de Violencia Feminicida.

La cuestión igualitaria y el enfoque de equidad, no quedan al margen del diálogo constitucional, sino guían la implementación de modelos de administración de justicia en los que, por el cumplimiento de recomendaciones sobre derechos humanos, se proceda al juzgamiento de hechos delictivos feminicidas con criterios de género, elementos de generacionalidad y enfoque interseccional; es más, en el marco de las políticas públicas implementadas en favor de la dignidad humana, que representa un derecho constitucional de las víctimas, el transcurrir del tiempo resulta determinante para que estos conceptos adquieran distintos significados.

232 No obstante, la condición jurídica de las mujeres ante la ola de feminicidios, trasunta el plano del reconocimiento específico por la legislación penal. Al ser insuficiente la aprobación de normas (nacionales e internacionales) o de realizarse proclamas públicas sin el compromiso de mejorarse los niveles de protección de sus derechos, visibilizarlas dependerá también del trabajo sostenido por juristas que, apoyados en el discurso constitucional de doctrinarios, facilitan el acercamiento de la Ley Fundamental al justiciable. Por estas razones, las juzgadoras y los juzgadores acuden a ramas jurídicas interdisciplinarias al Derecho Victimal, con énfasis, buscando la reducción de la Violencia Feminicida mediante la aplicación de la justicia de género.

2.3.1. El auxilio multidisciplinario, desde un paradigma judicial de protección a la víctima del delito de feminicidio

Las respuestas judiciales no deben producir demora, sino tienen que evitarse consecuencias irreparables, muy propensas a lesionar los derechos de las personas que acuden a estrados judiciales, en específico, las víctimas o potenciales víctimas del feminicidio. Entonces, se supone que quienes fungen como operadores de justicia, al momento de resolver controversias legales que derivan de delitos de Violencia Feminicida, deben poseer idoneidad técnico-jurídica, pues la interpretación de la Ley no garantiza un juzgamiento imparcial, habrá que acudir a gabinetes de colaboración extrajudicial, donde existan profesionales en Trabajo Social, Psicología, Sociología, Medicina, Psiquiatría, u otras ramas con estrecha relación hacia el Derecho Victimal.

Bajo este contexto, el tratamiento judicial de la población afectada por delitos de feminicidio y que acude a estrados jurisdiccionales no es una

tarea aislada, requiere del abordaje de otros profesionales que orientan la labor de impartir justicia.

Este representa el fundamento por el que se constituyen equipos multidisciplinarios y, ante hechos delincuenciales, prestan auxilio al juzgador. Aunque las juezas o los jueces pretendan acudir a la perspectiva de género con un enfoque netamente legalista, deben ordenar medidas de intervención multidisciplinaria, donde los juristas catalogados como meros directores del proceso adquieran habilidades y conocimiento especializado en otras esferas determinantes al momento de elaborar una resolución judicial que resuelvan conflictos feminicidas (Brest, 2021).

Por esta razón, varias jurisdicciones -incluida la boliviana- optan por la constitución de equipos de auxilio multidisciplinario, mediante personal designado con la finalidad de adoptar acciones favorables hacia la víctima, recabar evidencias de la comisión del delito y desempeñar las funciones jurisdiccionales en pleno apego a la justicia de género.

Se consideran equipos de apoyo legal, a aquellos que otorgan auxilio a los juzgadores concediendo elementos probatorios que le doten de información prudente, oportuna e integral a través de informes sociales, médicos, psicológicos, entre otro tipo de diagnósticos, relevantes en el juzgamiento de la Violencia Feminicida.

233

Dependiendo de la materia jurídica o especialidad legal a la que el operador de justicia acuda en delitos con resultado feminicida, existen una serie de protocolos, guías, manuales u otros instrumentos que el juzgador debe analizar para que los informes o diagnósticos constituyan una verdadera convicción en la autoridad judicial y ésta, sin vicios en su sana crítica, dictamine una resolución con perspectiva de género, toda vez que la interpretación de la Ley no está aislada de otras disciplinas sociales, ni puede quedarse fuera de los estándares del auxilio de las ramas inter y multidisciplinarias (Marcón, 2011).

Con las consideraciones expuestas, puede concluirse que, el acto de juzgar las conductas feminicidas no está desvinculado de otras disciplinas, pero tampoco subsiste una imposición del tratamiento interdisciplinario. En la medida en que la jueza o el juez ha de buscar mayores indicios que le permitan juzgar -los delitos de Violencia Feminicida- con perspectiva de género, está habilitada y habilitado a profundizar sus conocimientos con

otras áreas del conocimiento, por ejemplo, es oportuno solicitar peritajes de profesionales en Trabajo Social, Psicología, Sociología, Medicina, etc.

En síntesis, el derecho constitucional al acceso a la justicia de las víctimas, con carácter de prontitud y celeridad, exige que el aparato judicial brinde una asistencia jurídica integral o integrada de las denominadas ramas auxiliares de orden extrajudicial que, por criterios de especialización, se encuentra bifurcado en disciplinas jurídicas conexas a la potestad de impartir justicia de género en temas de violencia intrafamiliar o con resultados feminicidas.

2.4. La atención interdisciplinaria de potenciales víctimas de delitos de Violencia Feminicida o su entorno familiar

En reiteradas ocasiones, suele manifestarse que el Derecho tiene un carácter autónomo, es más, hay quienes sostenían que las Ciencias Jurídicas no requieren del entendimiento de otras ramas para comprenderlas cabalmente. Cuando el juzgador quiere aplicar el Derecho Victimal ante situaciones feminicidas puestas a su conocimiento, requiere de otras disciplinas sociales, económicas, médicas, tecnológicas u otras áreas del conocimiento humano.

234

Para la valoración jurídica en temas de feminicidio, la jueza o el juez debe comprender que el ejercicio de la Abogacía tiene como efecto la formación interdisciplinaria del abogado. Por consiguiente, se consideran ramas jurídicas integrales al juzgamiento de la Violencia Feminicida, a aquellas materias que conceden al funcionario judicial una formación integrada, de tal forma que, al aplicar la Ley, pueda atender cada causa prestando atención al resto de ramas, que tengan por objeto el estudio del comportamiento criminal de los individuos (Cabieses Crovetto, 2011).

A continuación, se analizarán las principales ramas jurídicas integrales que apoyan al entendimiento y aplicación de la Victimología o Derecho Victimal y la Violencia Feminicida en estrados jurisdiccionales. Con este propósito, no solamente se considerará como víctimas de este delito a las personas que perdieron la vida, sino a las potenciales víctimas que sufren agresiones en sus hogares y que pueden derivar en actos de feminicidios, así como a su entorno familiar cercano.

2.4.1. Medicina Legal

Aunque suele utilizarse con mayor énfasis en procesos jurisdiccionales de índole penal, la Medicina Legal tiene vínculo con la protección de los derechos humanos de posibles víctimas de Violencia Feminicida.

El juzgador puede solicitar apoyo de un Médico Legal que le comunicará, a través de un dictamen o un estudio de evaluación médica, las condiciones en las que se halla la víctima de violencia intrafamiliar.

El juez, al igual que la relación imperante entre el médico-paciente, está obligado a conocer aspectos trascendentales en la intervención del médico forense sobre la víctima, el denunciado, el imputado, el acusado, u otros actores del proceso penal, dado que el enfoque de género queda minimizado cuando el juzgador omite indagar respecto al consentimiento informado, o la forma en que se materializa el derecho al tratamiento en las clínicas, debiendo precautelar que el expediente médico no contravenga los componentes básicos del ejercicio de la Medicina (García-Garduza, 2014).

Al otorgarse los cánones de la perspectiva de género en la tramitación de causas de feminicidio, el juzgador se auxilia de la Medicina Legal para evitar que se lesionen derechos de las mujeres, siendo obligatorio que la Medicina esté ajustada a la Ley.

De esta forma, en temáticas de violencia intrafamiliar y en sus diferentes modalidades, actitudes que quebrantan la integridad física de las personas, o que tengan por resultado menoscabar sus condiciones físicas y de la salud, la jueza o el juez deben considerar que los conocimientos médicos -con relevancia jurídica- sean aplicados a las necesidades de la justicia de género. Sin embargo, no significa que los operadores de justicia utilicen la investigación médico-judicial solamente a efectos de verificar la autenticidad de las lesiones que sufre la víctima o su muerte, sino adecuar la Medicina al contexto jurídico, cuyos aportes valiosos permitirán sustentar todas las actividades judiciales (Muñoz P. et al., 2015).

235

El trabajo pericial desempeñado por los profesionales médicos, debe ejercitarse desde una óptica de respeto de los derechos fundamentales de las mujeres; así, cuando se examinen las evaluaciones médicas y otras labores que competen a la Medicina Legal, se obtendrán importantes hallazgos que darán cuenta que las pericias efectuadas no corrompen el procedimiento jurisdiccional.

La Medicina Legal se constituye, por consiguiente, en una herramienta muy útil para la administración de justicia en temas de Violencia Femenicida. Más allá de esclarecer la verdad histórica de los hechos,

este conocimiento científico especializado coadyuvará al juzgador en la aplicabilidad del enfoque de género, ilustrando con mayor amplitud los conocimientos generales en Medicina de las juezas y los jueces, dotándoles de convicción al momento de dirigir las diferentes etapas del proceso por feminicidio (Corrales, 2006).

De las apreciaciones anteriores, se concluye que el Médico Legal actúa enmarcado en las normas y procedimientos médicos; no obstante, en la justicia de género son los juzgadores quienes acuden a esta rama jurídica integral, con la finalidad de que los protocolos aplicados se ejecuten técnicamente y sin afectar los derechos de las víctimas de Violencia Feminicida.

2.4.2. Trabajo Social Judicial

236

Dentro de las categorías de las ramas jurídicas integrales, también se halla el Trabajo Social. Con la premisa de explicar el rol del Trabajo Social en la impartición de justicia por delitos de Violencia Feminicida, procederá a explicarse el nexo que prevalece de ésta disciplina con diferentes procesos, donde es viable optar por el enfoque de género. En términos generales, los elementos del Trabajo Social Judicial pueden practicarse por los profesionales del Derecho, cuando existan situaciones jurídicas que ameriten el acercamiento de lo legal con lo social.

Ante espacios violentos, el Trabajo Social permite que la colectividad sufrida por actos violentos, afronte con resiliencia los escenarios traumáticos, debiendo también conocerse los factores que inducen su espíritu resiliente. Por ejemplo, en procesos penales con resultados feminicidas, el juzgador tiene por premisa inicial conocer los componentes (sociales, educativos, culturales, económicos, y otros) que impulsaron a la víctima a interponer su denuncia.

Así pues, el Trabajo Social Judicial auxilia al operador jurídico para definir las causas que inciden en, por ejemplo, depender económicamente del agresor, contar con poco grado de instrucción que deriva en el escaso conocimiento de la Ley, haber visitado una casa de acogida, entre diferentes motivos por los que haya decidido abandonar al actor perpetrador del delito de violencia intrafamiliar.

Con la premisa final de articular todas las piezas jurisdiccionales en su sana crítica, quien imparte justicia -en delitos feminicidas- valorará

el abordaje efectuado con el Trabajo Social Judicial y elaborará un veredicto con enfoque de género.

El campo judicial reconoce a las víctimas de violencia como meros sujetos procesales, a quienes se le brinda protección estatal; en cambio, el Trabajo Social Judicial los concibe en calidad de agentes que promueven un cambio social pues, a través de su comportamiento humano, puede indagarse cómo interactúan con el resto de la población y, determinarse si esta interacción sobrepasa o no los principios de derechos humanos (Gómez & Esteban, 2015).

Con estas premisas, debe enfocarse el personal que dirige el aparato judicial, asegurando que los instrumentos de los que se vale el Trabajo Social Judicial eviten la re-victimización, conociéndose además las causas que despiertan una conducta resiliente e interactuarse con víctimas que adquieren el estatus de agentes sociales.

El Trabajo Social Judicial influye en el modelo de justicia, razón por la que, si se desea una justicia restaurativa, el Trabajo Social es más que una disciplina, sino se funda en el acercamiento de lo jurídico hacia lo social, entendiendo que el Estado Constitucional de Derecho representa una sociedad jurídicamente organizada para la vigencia de los derechos fundamentales.

237

El Trabajo Social ayuda a las juezas o los jueces en el juzgamiento ordinario, constitucional, agroambiental, y del resto de jurisdicciones admitidas por la Norma Suprema, con una visión social y de restauración de derechos de los grupos vulnerables.

Por las razones expuestas, u otras que son parte del concepto de justicia social, la presencia de los profesionales en Trabajo Social durante la comprensión del delito de feminicidio, cuando menos mediante los informes periciales emitidos, exhortan a que los operadores judiciales establezcan criterios jurídicos en sus sentencias basándose en los focos de intervención del Trabajo Social Judicial, una herramienta al servicio de la justicia y, por consiguiente, de auxilio hacia la sociedad.

2.4.3. Psicología Jurídica

Los fallos judiciales -ante hechos por Violencia Feminicida- no pueden presentar incongruencias, ni tampoco admiten errores en los fundamentos jurídicos que los sostienen. Desde el momento en que la Psicología empezó a prestar atención en la administración de justicia,

las pericias ordenadas por el juez revistieron de menores debilidades en su impugnación (Bianchi, 2019).

La Psicología Jurídica puede concebirse como la disciplina específica de la Psicología, que auxilia a los actores intervinientes en el juzgamiento, desarrollando informes, pericias y toda herramienta que permita el discernimiento cabal de los hechos y dirimir el conflicto jurídico en condiciones de igualdad, equidad e integralidad. Por este motivo, la Psicología Jurídica forma parte de las ramas jurídicas integrales que no hace más que asegurar el dictado de una sentencia definitiva, con un enfoque de experticia psicológica.

El peritaje psicológico, en temas de violencia, debe ser emitido con base a criterios de la Ciencia Social. La estimación del daño psicológico a las víctimas de Violencia Femenicida, está vinculada a la aplicación de estándares de género; por ello, el manejo de terminología psicológica en estrados jurisdiccionales, ofrece una actuación interdisciplinaria con el propósito de revelar los medios que impulsan la adopción de una determinada conducta humana.

238

La aplicación de pruebas psicológicas es un elemento del proceso por el delito de feminicidio. El sistema de justicia no está enfocado en diagnósticos periciales solamente; es el juez quien, en el marco de sus atribuciones, debe incursionar en la Psicología Jurídica y direccionar sus elementos en los procesos penales, conociendo las secuelas físicas o psíquicas en la comisión de delitos de Violencia Femenicida, u otra tipología de procedimientos en los que pueda valorarse el comportamiento del feminicida o la propia víctima (Morales Quintero & García López, 2010).

Estos, son algunos de los muchos ejemplos donde la Psicología Jurídica ha despertado el interés de los juristas en temas de feminicidio. Los modelos teórico-psicológicos tienen un punto de enlace con la Ciencia del Derecho; aunque los profesionales en Psicología pretendan compartir su experticia con los juzgadores, estos últimos tienen -por obligatoriedad- que emitir una decisión jurisdiccional revestida de los componentes de la Psicología Jurídica.

Ramas accesorias, tales como la Victimología, Criminología o la Psiquiatría, no resultarán comprendidas por los jueces, de menospreciarse la Psicología Jurídica. En países de América Latina,

amerita que el equipo jurisdiccional esté integrado por un profesional en Psicología; el reto constituye que las juezas y los jueces que, independientemente de contar o no con un asesoramiento psicológico, sean capaces de comprender las raíces del comportamiento humano en los delitos de feminicidio, toda vez que existen jurisdicciones donde el personal judicial acaba en un secretario o notificador, careciendo de expertos en materia psicológica.

Un último eslabón en la Psicología es la reparación integral del daño de la víctima. De la preparación en temas relativos a la Psicología Jurídica, podrá garantizarse que los daños causados hacia los familiares de las víctimas o ellas ante tentativas de feminicidio, sean reparados en los términos que encomienda la Constitución boliviana, pues de lo contrario el discurso de la justicia de género será limitado a equilibrar el procedimiento y evitar discriminaciones, más no preverse escenarios de resarcimiento de los daños ocasionados, producto de la lesión a los derechos constitucionales, derechos fundamentales o derechos humanos.

2.4.4. Psiquiatría Forense

A diferencia de la Psicología Jurídica, que tiene afinidad sobre las consecuencias legales que puede acarrear el comportamiento humano, la Psiquiatría Forense orienta su estudio en los trastornos mentales u otras patologías que afectan la normal conducta de la población (Castillo Ramírez, 1999). 239

Responder a las interrogantes de las autoridades judiciales, con relación a la capacidad mental del individuo que participa de un proceso penal por feminicidio, es la tarea primordial de la Psiquiatría Forense que, desde un enfoque de género, apoya a la consolidación de la justicia plural, más aún en el aparato judicial boliviano.

Aunque existen numerosos estudios que la ubican en el campo de la Medicina o la Psicología, lo cierto es que la Psiquiatría guarda afinidad con la Ciencia del Derecho y la administración de justicia, desde tiempos en que el juzgador debe auxiliarse de esta rama jurídica integral.

La comisión de un delito de feminicidio o las causas que lo promueven, son motivo de análisis por las juezas y los jueces. No obstante, cuando se distorsiona el comportamiento de una persona tranquila en un temperamento completamente agresivo, es oportuno que los juzgadores

adopten medidas de orden jurídico para valorar psiquiátricamente a los feminicidas.

Descifrando la capacidad psíquica del individuo feminicida, el juez está en las posibilidades de emitir una resolución objetiva y concreta. Los prejuicios que todavía invaden a la sociedad boliviana respecto a la labor de los profesionales psiquiatras, trasuntan en la importancia que el aparato judicial contemple en la Psiquiatría Forense.

Para despertar una opinión objetiva de quienes imparten justicia en escenarios violentos, no basta con el criterio especializado de otro profesional, sino las alteraciones psíquicas de los actores procesales (como es el caso de los feminicidas y las víctimas) van relacionados con la experiencia que adquiera el juzgador en áreas psiquiátricas.

Cuando la justicia debe conocer el estado mental de los sujetos procesales de delitos de feminicidio (víctima y acusado), la mejor herramienta que utiliza la juzgadora o el juzgador representa la Psiquiatría Forense, lo que deriva en fallos judiciales sin interpretaciones judiciales erradas o se limitan conductas de la población que se apresta en instalaciones de la judicatura ordinaria, constitucional o agroambiental, entre otras, exigiendo una determinada resolución en contra de los feminicidas (Óscar Folino, 2005).

240

2.4.5. Sociología Jurídica

Hacer hincapié en la funcionalidad de la Sociología Jurídica, aplicada a la impartición de justicia por delitos de Violencia Feminicida, permite al juzgador, por una parte, comprender la vida que diariamente deben afrontar los ciudadanos que acuden a los estrados judiciales junto a sus necesidades y, por otra, conocer si las normas jurídicas resultan inclusivas o deben adoptarse políticas judiciales que, en lugar de decisiones uniformes, se asuman acciones que conduzcan a la conversión de la justicia de una actividad estatal a un servicio, como el resto de los que se ofrecen a la población (Gerlero & Roldán, 2013).

En temas de feminicidio, la Sociología Jurídica rescata la legitimación social y posibilita que las decisiones adoptadas se legitimen. En un ejemplo concreto, puede que la legislación penal prevea el juzgamiento del feminicida y la protección de la víctima, pero la Sociología Jurídica garantizará la democratización de la justicia; esto, quiere decir que, los colectivos en situación de desventaja no sean sometidos a condiciones

arbitrarias, sino el juzgador analizará el contexto y permitirá su inclusión social.

Con estas consideraciones, puede colegirse que la Sociología Jurídica produce una visión social que legitima la resolución judicial. Los juzgadores confirman sus convicciones por intermedio de la decisión jurisdiccional, que devuelve la paz en las relaciones sociales, siendo la Sociología Jurídica la que permite la legitimación de la actividad judicial.

Lo expresado, es de capital importancia en la esfera del Derecho Victimal. Las actuaciones del juzgador a lo largo de las etapas procesales han de contemplar el prisma de la Sociología Jurídica, de tal forma que, lo humano-social sea garante del respeto de los derechos fundamentales de las víctimas, toda vez que los mecanismos procesales en los que se aplica la perspectiva de género, tiene como fundamento la Sociología Procesal (Calvinho, 2009).

3. Conclusiones y Recomendaciones

La relación de la Victimología con la Violencia Feminicida, da cuenta del surgimiento del Derecho Victimal, por el que las víctimas adquieren derechos fundamentales y se les reconoce garantías jurisdiccionales. Para este objetivo, tanto el Derecho Doméstico como el Derecho Internacional, tratan de proteger a las víctimas de la Violencia Feminicida y sus familiares cercanos, acudiendo a las normas jurídicas de derechos humanos y las directrices de aplicabilidad de la perspectiva de género.

La capacidad de resolución de los feminicidios en vía judicial, no es una tarea exclusiva del Derecho. A través de las disciplinas con relación al campo jurisdiccional, la jueza o el juez que requiera el auxilio de ramas jurídicas integrales, entre ellas, la Medicina Legal, el Trabajo Social Judicial, la Psicología Jurídica, la Psiquiatría Forense y la Sociología Jurídica, puede dictar resoluciones judiciales con perspectiva de género.

La práctica jurisdiccional en situaciones de Violencia Feminicida no está aislada de otras disciplinas, pues obtener convicción en contextos de género y temas de feminicidio, exige que la formación jurídica se complemente con los conocimientos especializados en situaciones de tratamiento médico, intervención social, entendimiento del

comportamiento y discernimiento mental, para -en una última instancia- recibir la legitimación social del conglomerado poblacional.

El rol protagónico del juez ante actos violentos, no es una actividad jurídica exclusiva, exige del auxilio multidisciplinario y que, durante la tramitación de causas con incidencia feminicida, deriven en la aplicabilidad del enfoque de género.

4. Bibliografía

Abreu y Abreu, J. C. (2009). La victimología a la luz de los derechos humanos. *Prolegómenos*, 12(23), 99-111. <https://doi.org/10.18359/prole.2498>

Bianchi, J. (2019). La psicología jurídica como coadyuvante de la justicia. *Idealex*. <https://idealex.press/psicologia-juridica-como-coadyuvante-de-justicia/>

Brest, I. D. (2021). *Doctrina Sistemas interdisciplinarios para los procesos de familia—Microjuris Argentina al Día*. Al Día. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/02/17/doctrina-sistemas-interdisciplinarios-para-los-procesos-de-familia/>

242

Cabieses Crovetto, G. (2011). El Carácter Interdisciplinario del Derecho y la Utilidad de la Economía en su Estudio. *Revista de Derecho Themis*, 62, 11-25.

Calvinho, G. (2009). Enfoque Sociológico del Proceso Jurisdiccional. *Saber, Ciencia y Libertad*, 121-142.

Campos, C. R. (2011). El Derecho Victimal: Una nueva rama del Derecho en el sistema jurídico mexicano. *Anales de Derecho*, 29, 161-176.

Castillo Ramírez, S. (1999). Importancia de la psiquiatría forense en el proceso penal. *Medicina Legal de Costa Rica*, 16(1-2), 14-21.

Corrales, E. R. (2006). El Aporte de la Medicina Forense al Derecho Costarricense. 23, 2, 15.

Cruz Guisbert, J. R. (2019). Factores frecuentes del Femicidio en Bolivia. *Revista Médica La Paz*, 25(2), 42-46.

Eslava Pérez, I. (2021). Violencia feminicida, máxima expresión de la violencia de género. Violación grave a derechos humanos. *Perseo - PUDH UNAM*. <http://www.pudh.unam.mx/perseo/>

violencia-feminicida-maxima-expresion-de-la-violencia-de-genero-violacion-grave-a-derechos-humanos/

Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado*. Gaceta Oficial de Bolivia.

Estado Plurinacional de Bolivia. (2013). *Ley N° 348, Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia*. Gaceta Oficial de Bolivia.

García-Garduza, I. (2014). Importancia de la Medicina Legal en la práctica médica. *Revista de la Facultad de Medicina (México)*, 57(5), 20-31.

Gerlero, M., & Roldán, N. (2013). *Sociología jurídica y democratización del Poder Judicial*. 15. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/6225/gerleroroldanponmesa11.pdf

Gómez, F. G., & Esteban, R. S. (2015). Nuevas tareas, nuevos lugares del trabajo social judicial en España. *Serviço Social & Sociedade*, 125-142. <https://doi.org/10.1590/0101-6628.016>

Marcón, O. A. (2011). *SAIJ- Derecho interdisciplinario de menores: Elementos para la elaboración de un enfoque procesal unificado a partir del análisis crítico de la interdisciplina en la justicia de menores*. <http://www.saij.gov.ar/osvaldo-agustin-marcon-derecho-interdisciplinario-menores-elementos-para-elaboracion-enfoque-procesal-unificado-partir-analisis-critico-interdisciplina-justicia-menores-dacf010076-2001/123456789-0abc-defg6700-10fcanirtcod?q=%20%20autor%3AOsvaldo%20AND%20autor%3AAgustin%20AND%20autor%3AMarcon&o=15&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=24>

Morales Quintero, L. A., & García López, E. (2010). Psicología Jurídica: Quehacer y desarrollo. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 6(2), 237-256.

Muñoz P., L. E., Támara P., L. M., Sánchez C., Ó. A., Fontanilla D., G. A., Castellanos M., C. A., Dueñas M., L., Gil M., D. F., Afifi, L. M., Peña R., N. F., & Castellanos M., Ú. F. (2015). Aportes de la clínica forense para conceptualizar en materia probatoria sobre el riesgo para la vida en el delito de tentativa de homicidio en Colombia. *Derecho Penal*

y *Criminología*, 36(101), 181-202. <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n101.07>

OACNUDH, & ONU Mujeres. (2014). *Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Diseños e Impresiones Jeicos, S.A., Panamá. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2014/Modelo%20de%20protocolo.pdf>

ONU Mujeres. (2020). *Violencia Feminicida en México: Aproximaciones y Tendencias*. ONU Mujeres México. https://mexico.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Mexico/Documentos/Publicaciones/2020/Diciembre%202020/ViolenciaFeminicidaMX_.pdf

Óscar Folino, J. (2005). Una Subespecialización Psiquiátrica: La Psiquiatría Forense. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 34, 129-148.

244

Prieto Moreno, J. C., & González Chacón, Y. O. (2019). Femicidio y Derecho Penal: Herramientas para su mejor aplicación. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 12(1). <https://doi.org/10.22335/rlct.v3i2.162>

Revista Nos. (2007). *Victimología y Criminología del Femicidio*. <https://www.revistanos.cl/victimologia-y-criminologia-del-femicidio/>, <https://www.revistanos.cl/victimologia-y-criminologia-del-femicidio/>

Derechos de las Niñas y los Niños en la Situación Pandémica

Resumen

A partir del contexto situacional y jurídico ocasionado por la pandemia, pudieron advertirse distintas afectaciones en los derechos de la niñez, generándose una serie de interrogantes con relación a los mecanismos que deben adoptarse, a fines de impedir conflictos en su desarrollo integral. El presente artículo científico, brinda especial atención en cinco ejes problemáticos que desemboca la protección de los derechos de las niñas y los niños derivados de las restricciones de la emergencia causada por el coronavirus, principalmente, se abordan las consecuencias jurídicas del maltrato y violencia por confinamiento domiciliario, la relevancia legal de la salud, atención médica y alimentación en etapa pandémica, la calidad educativa y trabajo infantil en tiempos de Covid-19, los efectos del repliegue de espacios públicos durante la crisis sanitaria, así como las directrices de la administración de justicia en menores y cuarentena; dicho análisis conduce a la definición de medidas institucionales y estrategias estatales dirigidas a aminorar posibles lesiones emergentes de las restricciones o limitaciones a sus derechos, por cuanto, los impactos familiares, sanitarios, educativos, recreativos, judiciales y sociales pueden ser adversos a la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente.

245

Abstract

Based on the situational and legal context caused by the pandemic, different effects on children's rights could be noticed, generating a series of questions regarding the mechanisms that should be adopted in order to prevent conflicts in their integral development. This scientific article, provides special attention to five problematic axes that lead to the protection of the rights of the child during the restrictions of the emergency caused by the coronavirus, mainly, the legal consequences of abuse and violence due to confinement are addressed, the legal relevance of health, medical care and food in a pandemic stage, the educational quality and child labor in times of Covid-19, the effects of the withdrawal of public spaces during the health crisis, as well as the guidelines for the administration of justice in minors and quarantine; This analysis leads

* Artículo científico, presentado en la Revista de Estudios Constitucionales N° 3 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, durante la gestión 2021.

to the definition of institutional measures and state strategies aimed at reducing possible injuries arising from the restrictions or limitations to their rights, since the family, health, educational, recreational, judicial and social impacts may be adverse to the priority of the best interests of the girl, boy and adolescent.

Palabras Clave

Derechos humanos; derechos de las niñas y los niños; limitación y restricción de derechos de la niñez; medidas para disminuir los riesgos en derechos de los infantes; prioridad del interés superior.

Keywords

Human rights; children rights; limitation and restriction of children's rights; measures to reduce the risks to children's rights; best interests priority.

1. Introducción

Las diferentes regiones del mundo asumieron medidas reservadas a controlar el contagio masivo de la pandemia ocasionada por el Covid-19, varias de ellas tuvieron como resultado la limitación y restricción de derechos. Evitar la dispersión del coronavirus condujo, por una parte, a declarar estados de emergencia en los países (acompañadas de cuarentenas, cierre de fronteras u otros mecanismos de aislamiento social) y, por otra, emergieron pronunciamientos de los órganos integrantes de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, efectuando recomendaciones específicas a los Estados.

La Constitución Política del Estado (CPE) en su artículo (art.) 410.II, establece que: “(...) *El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*”; a cuyo efecto, si bien la Norma Suprema no menciona individualmente cuáles integran esos tratados, se entiende que comprende a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹, a lo que se agrega que la propia Constitución dedica específicamente una sección a los derechos de la niñez, adolescencia y juventud², así como tres artículos -en otras secciones- que remiten al principio del interés superior del niño³ y a su derecho a la educación⁴.

1 Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York. 20 de noviembre de 1989. *Treaty Series*, vol. 1577, p. 3, ratificada mediante Ley N° 1152 de mayo de 1990.

2 Sección V, arts. 58 a 61 de la CPE.

3 Art. 65 de la CPE.

4 Arts. 82 y 85 de la CPE.

En ese razonamiento, la Convención sobre los Derechos del Niño, norma internacional que fue ratificada por el Estado Plurinacional de Bolivia, es un instrumento que contribuye a la realización de acciones de sensibilización, capacitación e incidencia política en defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia. El citado tratado internacional que recoge los derechos de la niñez, es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como agentes sociales y titulares activos de sus propios derechos; además, su aplicación es obligación de los gobiernos que lo ratificaron, pero también define las obligaciones y responsabilidades de padres, madres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y de las propias niñas y niños. Por su parte, en el año 2014, Bolivia sancionó el Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA) -Ley 548 de 17 de julio de 2014-, dividido en tres libros, comprendiendo tanto los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, como los mecanismos de protección de sus derechos y de las reglas del sistema penal para los adolescentes.

1.1. Metodología y Técnicas

La redacción del artículo científico demandó la utilización del método bibliográfico (contextualización de afectación de derechos de las niñas y los niños), el método exegético (interpretación de la norma jurídica) y el método jurisprudencial (jurisprudencia aplicable).

247

Fueron empleadas las técnicas de fichaje bibliográfico, ficha de interpretación exegética y ficha de sistematización jurisprudencial, derivando en la obtención de los resultados y discusión detallados en los párrafos que siguen.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Afectación de derechos de las niñas y niños por época de pandemia

2.1.1. Maltrato y violencia por confinamiento domiciliario

Tratándose de los derechos de las niñas y los niños, existen distintas formas de afectación (directa e indirecta) provocadas por la pandemia. En el plano jurídico-internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño recoge principios destinados a garantizar el bienestar y desarrollo de la infancia, en particular, su art. 19 establece la obligatoriedad estatal de precautelar y proteger a la niñez frente a los malos tratos. El confinamiento domiciliario de niñas y niños, fue detonante para incrementarse los índices de abuso psicológico y violencia intrafamiliar,

una realidad marcada por actos agresivos perpetrados en contra de los integrantes de la familia, que originó una ola de denuncias por delitos de infanticidio y feminicidio (Álvarez Zarzuelo, 2020); el prolongado aislamiento del sector de la niñez en sus hogares, repercutió en situaciones de abuso sexual, toda vez que los propios agresores, impulsados por la inestabilidad económica e incertidumbre de convivencia familiar, provocaron lesiones de gravedad entre las niñas y niños.

Los abusos sexuales infantiles, tuvieron como origen también la interacción frecuente de niños en redes sociales y su incursión obligatoria por el mundo digital; delincuentes sexuales aprovecharon la oportunidad para inducir a niñas y niños en la divulgación o envío de imágenes y videos con contenido ilícito, afectándose su derecho a la intimidad a consecuencia del acoso cibernético (Rachidi, 2021). A esto se añade que, la presión familiar y urgencia de atención sanitaria de enfermedades de base, incitaron actividades delictuosas de oferta y demanda de supuestas pruebas rápidas o vacunas, valiéndose grupos organizados de identificar sectores potencialmente vulnerables (niñez, adultos mayores y personas con discapacidad) para perpetrarse estafas con la venta de productos falsos o la comisión de otros delitos que concluyeron en el abuso de confianza.

248

Al respecto, en el art. 5 de la CDN, se reconoce los derechos y deberes de padres y tutores, pues están en la primera línea en cuanto a la niñez, asumiendo el Estado el compromiso de protegerla y cuidarla. Dicho artículo contempla, como parte de la responsabilidad de los miembros de la familia o la comunidad, lograr que el niño conozca y ejerza sus derechos, tarea de trascendental importancia no sólo para la niñez sino para toda la sociedad. La familia es una institución en crisis, debido a problemas del pasado y todavía vigentes (violencia intrafamiliar, irresponsabilidad materna o paterna) y del presente (migración, crimen organizado, violencia generalizada), situación acrecentada por la pandemia del Covid-19. Asimismo, del art. 19 de la CDN, se colige que, los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, con la finalidad de establecer medidas de protección

eficaces para la asistencia necesaria al niño o niña y a quienes cuidan de ellos, a efecto de prevenir todo tipo de violencia.

En el caso boliviano, el Estado debe procurar la creación de políticas de prevención y sanción contra la violencia hacia los niños (art. 61 de la CPE), además de cuidar la integridad sexual de las niñas y los niños (art. 15 de la CPE); el Código Niña, Niño y Adolescente, dedica toda una sección al derecho a la integridad personal y protección contra la violencia de este sector poblacional, estableciendo que el derecho al buen trato comprende una crianza y educación no violenta, basada en el respeto recíproco y la solidaridad, prohibiéndose cualquier tipo de castigo físico, violento o humillante, imponiéndose a quienes intervienen en la crianza y educación de los niños y niñas el deber de emplear métodos no violentos (art. 146 del CNNA). De manera coherente, se encuentra expresamente prohibida la imposición de sanciones corporales en la escuela (art. 117, inc. d del CNNA) y se establece un mecanismo de protección contra la violencia en el sistema educativo (art. 150 del CNNA), que comprende la violencia entre pares, la violencia verbal, la violencia cibernética, violencia en razón de género y situación económica, así como la discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Sentencia *Fornerón e hija Vs. Argentina*, de 27 de abril de 2012, párrafo 119⁵, considera que el derecho del menor a vivir con su familia biológica constituye un estándar normativo convencional. De la misma forma, la Corte IDH en el Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia* precisa la relación intrínseca del derecho de los menores y el derecho a la protección de la familia⁶ y en el Caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párrafo 414, determina que: “...*el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. (...) la*

5 “(...) el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos...”.

6 “(...) en lo que se refiere al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recuerda la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. En ese sentido, el Tribunal ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar de protección de las niñas y los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar...”.

separación de las niñas o los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión. Lo anterior se debe a que [e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas...”.

La Corte IDH, con relación al derecho a la familia, ha manifestado la importancia del derecho de los niños a vivir con su familia, empero, también señaló que es posible la separación cuando está justificada por el interés del niño, destacando los *travaux préparatoires* de la CDN, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, afirmación respaldada en la Opinión Consultiva (OC) sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafos 71, 73, 75 y 77⁷.

A la luz de estos estándares internacionales, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) en la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0363/2019-S3 de 29 de julio, ha destacado el derecho a la familia que gozan las niñas niños y adolescentes, sin embargo, igualmente explica que, en casos en los que sea mejor para el interés superior de la niña, niño o adolescentes y en defensa de sus derechos, éstos sean separados de su núcleo familiar.

250

7 OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafos 71, 73, 75 y 77, donde indicó que: “...71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

73. Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que: ‘(...) cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro’.

75. Esta Corte destaca los *travaux préparatoires* de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46).

77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal...”.

Esta Sentencia, concretamente, revisó el caso de una niña que era víctima de violencia sexual por su tío materno, e indicó: **a)** Cualquier persona al tomar conocimiento de un acto de violencia sexual contra una niña, niño o adolescente, debe hacer la denuncia ante el Ministerio Público, la Fuerza Especial de Lucha Contra la Violencia (FELCV), el Servicio Legal Integral Municipal (SLIM), Defensoría de la Niñez y Adolescencia, Servicio Plurinacional de Asistencia a la Víctima (SEPDAVI), debiendo estas instituciones de inmediato brindar la atención física y emocional prioritaria; en caso de que exista extrema necesidad y por ser mejor para el interés superior de la niña, niño o adolescente, dichas instancias podrán disponer su acogimiento circunstancial en un centro de acogida transitorio, debiendo poner en conocimiento de esta situación dentro de las veinticuatro horas a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia así como al juez o jueza de la niñez y adolescencia; **b)** En caso de que estas medidas no hayan sido asumidas por las instancias pertinentes y durante la tramitación del proceso penal, el juez de instrucción penal o el tribunal de sentencia, por ser conveniente al interés superior del niño y por la necesidad, podrá disponer como medida de protección el acogimiento circunstancial o la fijación provisional de la guarda, así como la imposición de terapias psicológicas para la niña, niño o adolescente víctima de violencia sexual, debiendo poner en conocimiento esta decisión en el plazo de veinticuatro horas, a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, quien deberá proceder conforme a normativa informando a la jueza o juez de la niñez y adolescencia.

251

Este precedente constitucional resulta plenamente aplicable en tiempos de Covid-19 y Pos Covid, dado que, como se expresó, el confinamiento ha acrecentado la violencia contra las niñas, niños y adolescentes, siendo un deber de todas y todos denunciar ese hecho de violencia infantil y en caso de ser necesario separarlos de su núcleo familiar, conforme el principio del interés superior y buscando respuestas más adecuadas para su desarrollo integral o menos lesivas de sus derechos.

2.1.2. Salud, atención médica y alimentación en etapa pandémica

El art. 24 de la CDN instituye el derecho de las niñas y niños para disfrutar del más alto nivel posible de salud y gozar de un acceso a servicios médicos y de rehabilitación. Durante la cuarentena, la limitación del derecho a la salud en la niñez estuvo caracterizada por la saturación de los servicios médicos que, como principal inquietud, priorizó la vigilancia y cuidado de la población afectada por la pandemia. Ante

eventuales escenarios de seguimiento a su crecimiento, desarrollo y bienestar, los niños se vieron imposibilitados de revisiones periódicas; el temor de los padres por contraer el Covid-19 o arriesgar a sus hijos a espacios hospitalarios carentes de distanciamiento social, indujo la falta de acceso a los servicios sanitarios.

Naturalmente, la tecnología en el campo de la salud trajo consigo la adopción de visitas virtuales a profesionales, sin embargo, no todos los estratos sociales son pasibles de lograr una cita médica; en otros casos, se abandonaron los tratamientos necesarios en la atención (mensual o trimestral) de niños, el principal efecto negativo recayó en la inyección de vacunas, exponiéndose la niñez a contraer enfermedades como el sarampión, tétanos, fiebre amarilla u otras infecciones (Pearl Ben-Joseph, 2020).

252

La fragilidad de los sistemas de salud en época pandémica, aunado a la poca provisión de víveres en mercados o centros de abasto, ocasionaron inconvenientes relacionados al consumo de comestibles no recomendables en niños y niñas o la adquisición de alimentos dañinos para este sector. Otro dilema detectado en temas salubres, implicó las dificultades de otorgarse la lactancia materna y afectación de prácticas de alimentación naturales y que fuesen restringidas por los rumores negativos del coronavirus, aunque hasta la fecha no se haya detectado el virus activo en la leche de ninguna madre con sospecha o confirmación de Covid-19. Peores escenarios contrajeron los embarazos, per se, los derechos laborales y sociales de las mujeres gestantes sobrellevaron vulneraciones, desde la concepción del niño hasta el momento mismo de su parto (Instituto Nacional de Salud Pública, 2020).

En definitiva, fueron detonantes en la salud emocional de las niñas y los niños, aspectos concernientes al estrés acumulado en sus hogares, afectaciones a la economía y el presupuesto familiar, cambios en la rutina diaria y la pérdida del empleo de algún miembro de la familia; a partir de estas variantes en la vida cotidiana de las niñas y niños, primaron actividades de pasatiempo que se contraponen a la enseñanza educativa o actividad física como factores condicionantes de los derechos de acceso a la educación y al deporte.

En síntesis, los derechos de las niñas y los niños se afectaron por la falta de acceso a la atención médica, provisión de vacunas o medicaciones específicas que deben aplicarse conforme a un calendario de vacunación,

a lo que se suma las problemáticas emergentes en la nutrición y alimentación de infantes.

Jurídicamente, el art. 6 de la CDN, precisa el derecho intrínseco a la vida de todo niño y niña, debiendo los Estados garantizar -en la máxima medida posible- la supervivencia y el desarrollo de los mismos, entendiéndose que las niñas y los niños no sólo tienen derecho a vivir sino a sobrevivir y a vivir dignamente, es decir, en condiciones que le permitan su desarrollo pleno como ser humano. El derecho a la vida va más allá del derecho de nacer, que es parte del proceso de cualquier ser vivo que nace, crece, se reproduce y muere. El derecho a la vida requiere que el Estado la respete e impulse medidas positivas para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida. A este tenor, el art. 24 de la CDN, regula el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, asegurándose que los Estados Partes de la Convención se esfuercen porque ningún niño o niña sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios, entendiéndose que no sólo abarca a la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia o potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro de alimentos sanos, una nutrición apropiada, una vivienda, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, y la participación de la población en la adopción de decisiones sobre la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

Tanto en el caso de las niñas y los niños como de los adolescentes, los servicios de salud deben contemplar las siguientes características: **a)** Disponibilidad, por cuanto, la atención primaria de salud debe incluir servicios adecuados a sus necesidades, concediendo especial atención a la salud sexual y reproductiva y a la salud mental; **b)** Accesibilidad, pues deben conocerse las instalaciones, bienes y servicios de salud y ser de fácil acceso (económica, física y socialmente); **c)** Aceptabilidad ya que, además de respetar plenamente las disposiciones y principios de la Convención, todas las instalaciones, bienes y servicios sanitarios deben respetar los valores culturales, las diferencias entre los géneros, la ética médica y ser aceptables tanto para la niñez como para las comunidades en que viven; y, **d)** Calidad, porque los servicios y los

bienes de salud deben ser científica y médicamente adecuados, siendo necesario personal capacitado para cuidarlos, instalaciones adecuadas y métodos científicamente aceptados. Tanto la niñez como la adolescencia, afrontan en el mundo situaciones que vulneran el derecho a la salud, por lo que los Estados tendrán siempre plenamente en cuenta estos principios, tomando todo tipo de medidas adecuadas de orden legislativo, administrativo o de otra índole para dar cumplimiento y supervisar los derechos de las niñas y los niños a un sistema de salud y un desarrollo integral.

Tratándose de territorio nacional, el Estado boliviano, en todos sus niveles, protege el derecho a la salud, además de garantizar su acceso en todos la niñez (art. 9, 18, 35 y ss. de la CPE); a partir de ello, dentro de las políticas estatales se establece la gratuidad en los servicios de salud para las niñas y niños (art. 18 del CNNA), tanto para la prevención como para su tratamiento y rehabilitación; sin embargo, existe un vacío respecto al acceso a la medicación, más aún, en este tiempo de pandemia donde se acrecentó la vulnerabilidad de este sector al no poder acceder a centros médicos, menos a vacunas que requieren para evitar contraer ciertas enfermedades.

254

La Corte IDH en la Sentencia del Caso, *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*, de 20 de noviembre de 2013, párrafo 330, ha expresado la responsabilidad del Estado por no proporcionar servicios básicos esenciales y el acceso a la atención de salud de niños de comunidades indígenas en situación de especial vulnerabilidad, determinando su responsabilidad estatal.

En igual sentido con relación a las vacunas, la Corte IDH, en el Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 259, señaló que: “... el Tribunal reitera sus consideraciones anteriores con respecto al acceso al agua, la alimentación, salud y acceso a la educación de los miembros de la Comunidad...”.

El TCP, del mismo modo, ha pronunciado Sentencias relacionadas al derecho a la salud de las niñas, niños y adolescentes, por ejemplo: **1)** En la SCP 0742/2019-S4 de 5 de septiembre, indicó que el director del Hospital no puede impedir la salida de la paciente adolescente y de su hijo recién nacido por falta de regularización en los trámites administrativos del

Seguro Integral de Salud (SIS); **2)** La SCP 1892/2012 de 12 de octubre, con relación a la labor de los seguros delegados de salud, precisó que éstos están obligados a cumplir las resoluciones administrativas emitidas por el Instituto Nacional de Seguros de Salud (INASES) que instruyen la compra de fármacos, con mayor razón si se trata de pacientes niñas, niños y adolescentes, dada su protección reforzada; y, **3)** Finalmente, señaló que no puede privarse la salida de una niña, niño adolescente de un centro de salud por falta de pago.

Como se refirió, el derecho a la salud fue severamente afectado por la pandemia, no obstante, sigue siendo un deber del Estado su precautela; además, desde el TCP, se dictaron Sentencias que lo desarrollan en casos concretos.

2.1.3. La calidad educativa y trabajo infantil en tiempos de Covid-19

Por mandato de los artículos (arts.) 28 y 29 de la CDN, es reconocido el derecho a la educación en la niñez, debiendo los Estados garantizar -progresivamente- su ejercicio en condiciones de igualdad de oportunidades; para esta finalidad, la educación en niñas y niños, según señala la propia Convención, debe inculcarse a través del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el cuidado y protección del medio ambiente. Uno de los principales derechos lesionados como efecto directo de la pandemia, constituye el acceso a los centros de aprendizaje escolar y colegial, cuyo objeto representa la materialización del derecho a la educación en todos sus niveles.

255

Las brechas de desigualdad entre familias impactaron, de forma negativa, en la calidad de enseñanza adoptada por los sistemas educativos. En muchos hogares, las niñas y los niños sufrieron una progresiva interrupción en su formación inicial y primaria, impedimento agravado por una precaria instrucción virtualizada que difería de la modalidad presencial; si bien, en diferentes países, se optó por la educación en línea, fue forzoso el requerimiento de otro derecho conexo (acceso a internet), ausente para las familias con dificultades económicas, producto de la crisis sanitaria ocasionada durante la pandemia o, en peores situaciones, tratándose de municipios donde es complicada la divulgación masiva de materiales educativos y puntos de conexión a la tecnología o sus herramientas (Save The Children, 2020).

Aunque se prevean canales de comunicación de educadores o profesores con las niñas y los niños, el apoyo de los padres se convierte en un elemento relevante en el derecho a la educación; empero, las exigencias del hogar, desembocaron en que los progenitores dejen sus domicilios en búsqueda del sustento económico diario y, ciertamente, abandonen a sus hijos en una total incertidumbre, problema agudizado por el mínimo interés gubernamental de diseñar programas graduales de reapertura de centros educativos con medidas concretas de bioseguridad y que reduzcan las probabilidades de deserción escolar.

256

Ahora bien, la pérdida de ingresos presionó a la niñez, especialmente quienes pasaron a la etapa de adolescencia, a descuidar sus estudios por los gastos ocasionados del acceso a internet o prefirieron desertar de la enseñanza recibida en colegios o escuelas, con miras de ingresar a un mercado laboral informal. La falta de conectividad, carencia de dispositivos o ambientes propicios de enseñanza, detonaron en el trabajo infantil y que fuera desempeñado en ínfimos escenarios de extrema pobreza. El bienestar de la niñez y adolescencia quedó invisibilizado en la etapa de confinamiento, peor panorama presentaron las zonas rurales o municipios periurbanos, por cuanto, las niñas y los niños optaron por el trabajo informal para suplir a sus padres quienes fueran despedidos, complementar los bajos ingresos obtenidos por ellos o sustituyendo la mano de obra asalariada en negocios o cumpliendo actividades familiares en el campo (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) & Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2020).

En el plano legal, el art. 28 de la CDN, reconoce el derecho de la niñez a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, debiendo fomentar el desarrollo de dicho derecho, en sus distintas formas, para que todas las niñas y los niños dispongan de ella y tengan acceso educativo; en todo caso, los Estados deben adoptar todas las medidas posibles y adecuadas para velar por el acceso a la educación, evitándose el acrecentamiento de las brechas educacionales, además de respetar la identidad cultural, idioma y valores de las niñas y los niños.

Con dicho antecedente, los propósitos de la educación se traducen en promover, apoyar y proteger la dignidad humana innata a toda niña y niño. La educación debe reflejar los derechos y la dignidad inherente del niño, le sea favorable y lo habilite, y subraya la necesidad de que los procesos educativos se basen en los mismos principios enunciados

en la Convención. La educación debe preparar a la niñez para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan valores de derechos humanos adecuados.

El objetivo, es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto, la educación es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten a la niña o al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad.

Por consiguiente, el Estado boliviano debe priorizar y garantizar el acceso a la educación en todos los niveles (art. 9 y 17 de la CPE); más aún, cuando la educación se constituye en una función suprema y de primera responsabilidad financiera del Estado, que tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla (art. 77 y ss. de la CPE). Todo ello, surge con el afán de que los Estados protejan al niño y niña contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, adoptando medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales (art. 32 de la CDN).

257

Sobre el derecho a la educación, la Corte IDH en la citada Opinión Consultiva 0C-17/02 de 28 de agosto de 2002, párrafo 84, establece que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el art. 19 de la CADH, figura de manera destacada el derecho a la educación. La Corte IDH, en el Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, señala que, para garantizar el derecho a la educación, debe velarse para que, en todos los niveles educativos, se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: **i)** disponibilidad, **ii)** accesibilidad, **iii)** aceptabilidad y **iv)** adaptabilidad.

A la luz de los estándares internacionales, el TCP en la SCP 0781/2019-S3 de 21 de octubre, ha sistematizado refiriéndose al núcleo esencial del derecho a la educación, señalando que el mismo está conformado por el derecho a acceder al sistema educativo, el derecho a recibir educación y permanecer en el sistema educativo, derechos que conllevan consigo

deberes para el Estado en todos sus niveles, sobre todo en su obligación de garantizar el acceso al sistema educativo y la sociedad en general. Los padres de familia, guardadores y tutores, también juegan un papel muy importante, pues tienen que garantizar la permanencia en el sistema educativo, debiendo asistir e involucrarse en el proceso de aprendizaje de sus hijos.

Con relación al derecho a la familia, vinculado concretamente con la asistencia familiar, la jurisprudencia del TCP, a través de la SCP 0657/2018-S2 de 15 de octubre, ha sido enfática en señalar que el pago oportuno está vinculado al interés superior del niño. Es más, en la SCP 0471/2015-S2 de 7 de mayo, indicó que existe vulneración de derechos cuando el empleador desconoce el pago de asignaciones familiares de subsidio prenatal, posnatal y lactancia a la mujer embarazada en discriminación por su estado civil y situación de embarazo, señalando que no podía reclamar esos derechos por no estar casada, lesionando derechos también del niño. Los mencionados precedentes marcan la línea de protección y tutela del derecho a la alimentación que embarga a todas las niñas, niños y adolescentes.

258 Así pues, es ampuloso el catálogo de instrumentos internacionales que refieren apartados específicos respecto del derecho a la educación; sin embargo, producto de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid-19, ingresan en palestra de discusión las medidas (legales, sociales, económicas, pedagógicas, tecnológicas u otras) a asumirse para garantizar la continuidad educativa; es decir, a merced del encargo estatal, el derecho a la educación representa una obligación. Pero, la configuración constitucional no puede verse afectada por la pandemia, serán acciones gubernamentales y estrategias públicas las que asumirá el Estado a efectos de paliar la emergencia sanitaria y, en rigor, gestionar la continuidad del proceso de enseñanza-aprendizaje, una dimensión específica del derecho a la educación, emergente en tiempos de crisis (Renna Gallano, 2020).

Por lo expuesto, el nexo causal entre ambos derechos (acceso a internet y educación) tendrá, como consecuencia constitucional, la inmediata implementación de políticas estatales, orientadas a favorecer la continuidad educativa en época de pandemia. Sobre el particular, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), difundió en una publicación denominada “Más sobre la respuesta educativa Covid-19”, una serie de críticas a la falta

de acceso a internet y, por tanto, limitantes del derecho a la educación a disminuirse con desafíos de mejora gubernamental, tendientes a la virtualización educativa y reducción de desigualdades (UNESCO, 2020).

Ergo, si de hecho la carencia de infraestructura educativa es un problema diario en las aulas escolares, la insuficiencia de acceso a internet es aún mayor, puesto que conlleva el reclamo de otro derecho conexo, cual es la electricidad. La difícil triada de derechos, acompleja la continuidad de los procesos educativos; por una parte, las redes de electricidad e internet están ausentes en municipios y, por otra, no existe instrucción en maestros o alumnos para virtualizar toda la enseñanza.

Jurídicamente, con la cuarentena o confinamiento, los países adoptaron medidas de contención del Covid-19 y, en el campo educacional, determinaron que el distanciamiento social no opera en la consigna del retorno presencial a las unidades educativas; no obstante, la regulación legal de la enseñanza virtual estuvo desprovista, tanto de parámetros en la cobertura, como de limitaciones en la propiedad individual, respecto a la adquisición de modernos equipos de computación.

Aunque se abaraten los costos de acceso a internet, considerándolo a título de derechos humanos, el componente educativo también requiere de factores eléctricos, pudiendo impulsar los Estados una leve subvención de energía eléctrica, pues las escuelas y colegios cerrados no erogan gastos al presupuesto estatal.

259

Como conclusión, se colige que el acceso a internet y educación garantizan, a consecuencia del Covid-19, la continuidad educativa, sin embargo, las desigualdades quedarán marcadas mientras los Estados no dirijan acciones, estrategias y metas institucionales de optimización de derechos conexos, tal es el caso de mínima reducción de tarifas eléctricas o de promoción de acceso a créditos, bajo la consigna de beneficiar al ciudadano de un equipo de computación. Las medidas normativas sugeridas, reflejan las tendencias constitucionales en materia educativa y virtual, que trajo consigo el Covid-19.

2.1.4. Repliegue de espacios públicos durante la crisis sanitaria

En estricta sujeción al art. 31 de la CDN, el descanso y el esparcimiento representan un derecho materializado en la recreación de la niñez; es decir, mediante el Derecho Convencional se promocionan actividades artísticas o culturales, como medios de distracción que generan una

dimensión fundamental y vital del placer en la infancia (PÓLEMO, 2020). El interés superior de la niña, niño y adolescente exige que, las restricciones a este derecho sean compensadas con otros mecanismos de fomento al juego y recreación, en particular, es deber estatal precautelar un desarrollo integral de niñas y niños en mayor situación de vulnerabilidad, por ejemplo, habrá que enfocarse la vigilancia en quienes viven en extrema pobreza o poseen capacidades diferentes.

No puede desconocerse el derecho al juego y la distracción en tiempos de pandemia, las autoridades gubernamentales tienen que buscar soluciones recreativas para garantizar su pleno ejercicio. A pesar de enlistarse numerosas actividades seguras al aire libre, el rol estatal de bioseguridad en parques, plazas, plazuelas u otros lugares de esparcimiento lastimosamente ha sido descuidado; devolver el espacio público a la infancia, es una tarea pendiente también de los padres, pues darle cabida a las niñas y niños incumbe acompañarlos en salidas seguras, higiénicas y con las buenas prácticas que demanda. Organismos como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) o la Organización Mundial de la Salud (OMS), recomendaron el uso de espacios exteriores, toda vez que no caracterizan zonas de alto riesgo y resulta minoritario el peligro de contagio en escenarios al aire libre.

260

Los parques infantiles, en los que se haya implementado las debidas medidas de bioseguridad, permiten que el derecho a la recreación y distracción no se vea limitado, especialmente, en familias que viven en zonas alejadas, en casas desprovistas de jardín o con escasa ventilación (Ciudades Amigas de la Infancia, 2021).

Muchos progenitores prefirieron la presencia de niñas y niños en los domicilios, restringiéndose sus salidas a casos de extrema emergencia. Lamentablemente, el sector educativo evitó emprender novedosas actividades recreativas en casa, lectura de textos relevantes que bien podían aprovecharse durante la cuarentena o fomentar juegos largamente postergados en la niñez; en algunos casos, el aislamiento infantil produjo resultados devastadores en la autoestima de las niñas y niños, una abrupta manifestación de la restricción a la recreación originaron sentimientos de desesperación, tristeza o desolación por la falta de comunicación y convivencia familiar de hijos con los padres.

El camino de retorno a la normalidad, exige que el derecho al juego y recreación en la niñez esté asociado a proyectos y actividades programados de forma segura y que garanticen el respeto al principio constitucional del interés superior de la niña, niño y adolescente; el bienestar infantil, no solamente implica la reapertura de parques

o plazas, debe fortalecerse la autoestima en las niñas y los niños y afianzarse el lazo comunicacional con sus padres.

De esta forma, el art. 31 de la CDN, señala que los Estados reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes, reconociendo las características propias de la infancia, puesto que refleja una etapa de la vida de los niños y niñas en la que deben dedicarse a la formación, pero también al gozo, en lo que el espacio público tiene un rol importante; la previsión convencional es concordante con el art. 121 del CNNA, cual determina que el Estado debe garantizar el derecho a la recreación, esparcimiento, deporte y juego en espacios públicos de las niñas y niños, en coherencia con los arts. 104 y 105 de la CPE.

La Corte IDH en el citado Caso *Fornerón e hija Vs. Argentina*, se pronunció sobre el derecho a la identidad; empero, también ha hecho referencia a las relaciones familiares, en el párrafo 123: “(...) *la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que ‘[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas’. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez...*”.

Dicha línea jurisprudencial, cobra una importancia singular para el fortalecimiento de la familia y la concreción de las interrelaciones.

2.1.5. Administración de justicia en menores y cuarentena

El art. 18 de la CDN instituye la responsabilidad primordial de crianza y desarrollo por los padres y madres que, en los hechos, significa el cumplimiento en la asistencia familiar. La recesión económica provino en que las personas obligadas soliciten una disminución en el monto fijado por la asistencia familiar o, en algunos casos, cierta prórroga

en los plazos de pagos; empero, las niñas y los niños cuyos padres o madres efectuaron el depósito, se vieron privados de este derecho a consecuencia del cierre temporal de las instalaciones judiciales, motivo que justificó la apertura excepcional de ventanillas de atención de depósitos y restitución de asistencia familiar, pues la administración de justicia procura el respeto de los derechos de la niñez para facilitar una tramitación, en respuesta al clamor ciudadano.

A esta falencia, se adiciona la afectación al régimen de visitas, por cuanto, disminuyeron los encuentros o contacto permanente entre padres e hijos, impidiéndose el correspondiente desarrollo afectivo, emocional y físico de las niñas y los niños; las restricciones de movilidad obligaron a modificarse las rutinas de visitas programadas y, en ciertas ocasiones, con críticos contextos o nefatos resultados para el bienestar infantil (Legálitas, 2020).

262

Respecto a las niñas y niños que se encuentran en centros penitenciarios al cuidado de personas privadas de libertad o detenidos con sus padres, se acompleja el panorama; la sobrepoblación carcelaria incide en un precario acceso a la salubridad u otras repercusiones adversas a su bienestar. Entonces, la política carcelaria en tiempos de pandemia no priorizó el cuidado y protección de la niñez, toda vez que fueron expuestos con el resto de población privada de libertad o no se asumieron medidas tendientes a evitar riesgos de contagio masivo; dicha previsión, se encuentra respaldada por el art. 37 de la CDN, cuyo tenor literal impone el trato humano que deben recibir las niñas y los niños en centros penitenciarios (Alianza para la Protección de la Niñez en la Acción Humanitaria & UNICEF, 2020).

Por último, la atención jurídica especializada desplegada en favor de la niñez tuvo reparos; el art. 40 de la CDN, contiene disposiciones referidas al derecho que gozan las niñas y los niños de beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo, inclusive, de disponer una asistencia jurídica oportuna o de otra asistencia adecuada. En los hechos, las instituciones de servicio judicial o extrajudicial, a pesar de aunar esfuerzos, no pudieron abastecerse en la atención de casos particulares, pues las restricciones impuestas por los Estados llevaron a un retraso en la denuncia o la revictimización de menores; sin embargo, personal profesional con el firme compromiso por los derechos de la niñez, tuvieron como iniciativa la creación de redes de abogados voluntarios que brindaron asesoría y orientación jurídica gratuita en plena época

de confinamiento, un logro plausible que merece destacarse ante la sobrecarga laboral de los servicios públicos creados en beneficio de la niñez.

Corresponde manifestarse que, todas las acciones que conciernen a los niños, niñas y adolescentes deben cumplirse en aras de su interés superior, convertido en el fundamento principal de la Convención de los Derechos del Niño (art. 3). En este marco se establece, por un lado, que las niñas, niños y adolescentes, son seres humanos competentes, con derecho a ejercer influencia sobre los asuntos que afectan su vida y, por otro, se reconoce que viven en condiciones de permanente vulnerabilidad de sus derechos, por lo que necesitan de apoyo y protección especial. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes es la primacía de sus derechos y ejercicio sobre todas las cosas. Esto, incluye las acciones tomadas por el Estado, las autoridades y cualquier institución privada, es más, debe garantizarse que los gobiernos y los órganos decisorios, consideren el interés superior de los niños, niñas y adolescentes antes de adoptar acciones que los afecten. Las niñas, niños y adolescentes serán tomados en cuenta como sujetos de derechos y, de manera prioritaria, deben asignarse recursos para generar políticas públicas sostenibles a su favor, como señala la Convención.

263

Por ello, el principio del interés superior cumple un papel regulador de la normativa de sus derechos y se funda básicamente en la dignidad del ser humano, siendo una necesidad imprescindible el desarrollo integral de la niñez. Es así que, el art. 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, reconoce que: “...*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño...*”; en ese sentido, la protección del interés superior de la niña y del niño, debe ser reforzada por todas y cada una de las instituciones públicas y privadas en los diferentes ámbitos de la sociedad.

En rigor, la CPE en su art. 60 regula el alcance del principio de interés superior de la niña y el niño, estableciendo la: **a)** Preeminencia de sus derechos; **b)** Primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia; **c)** Prioridad en la atención de los servicios públicos y privados; y, **d)** Acceso a una administración de justicia pronta oportuna

y con asistencia de personal especializado. De esta manera, el Estado todos sus niveles, tiene el deber de otorgar una protección reforzada en los derechos de la niñez, a efecto de que toda la sociedad en su conjunto -a través de las instituciones públicas o privadas- den una pronta y oportuna asistencia a la protección de este sector vulnerable de la población.

La Corte IDH, en el Caso *Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2020, manifestó la relevancia de la adopción de medidas de protección para niñas y niños, a partir del tenor literal del párrafo 114, : *“...La Corte ha indicado que los Estados, en virtud de ello, [...] se obliga[n] a promover las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña y del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad en consideración a su condición especial de vulnerabilidad. La Corte ha establecido que las niñas y los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. Asimismo, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos de la niña y del niño...”*.

264

La jurisdicción constitucional boliviana, en la SCP 0821/2019-S3, ha explicado que los tribunales y autoridades jurisdiccionales deben asumir los principios de interés superior y prioridad absoluta, como línea de acción a tiempo de resolver asuntos, trámites y requerimientos relacionados a la niñez y adolescencia, más aún en los casos en los que se encuentran comprometida la libertad; asimismo, en mérito a la SCP 0363/2019-S3 de 29 de julio, las niñas, niños y adolescentes gozan de especial protección y atención de sus derechos, mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, las familias y la sociedad, teniendo que asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, ser atendidos con preferencia en centros de salud, en la escuela, las entidades judiciales, la Policía Boliviana, entre otros.

2.2. Medidas para disminuir los riesgos en la afectación de derechos de las niñas y los niños

Como corolario del análisis jurídico y jurisprudencial, se enuncian una serie de medidas destinadas a mitigar los efectos negativos emergentes de las restricciones y limitaciones a los derechos de las niñas y los niños.

Para combatir jurídicamente la agresión, maltrato y todo tipo de acto violento contra la niñez, es preciso implementar una cultura de denuncia; por temor o miedo, las madres o sus hijos prefieren callar o mantenerse al margen de interponer una denuncia penal. La actuación de los servicios judiciales y extrajudiciales es indispensable, a través de un trabajo conjunto con redes de prevención de violencia contra la niñez, motivándose la denuncia inmediata en delitos de violencia intrafamiliar; a este fin, también las Casas de Acogida u otros centros de refugio temporal con similares características, tienen el desafío de adecuar sus servicios y rutas de atención en casos en los que se existan potenciales menores de edad o que soliciten acogimiento provisional.

Desde el ámbito de la salud, es compromiso estatal asegurarse el calendario de vacunas en las niñas y los niños, asimismo, habrá que trabajarse sobre estrategias para reducir el riesgo de enfermedades infecciosas como el sarampión, tétanos, entre otras. La continuidad en tratamientos, el acceso a la medicación, formas de garantizarse las revisiones mensuales o terapias a las que asiste la niñez, se convierten en tareas jurídicas de prioritaria ejecución en las autoridades llamadas por ley, para el ejercicio del derecho a la salud y la salubridad pública de las niñas y los niños. La lactancia, alimentación y nutrición tampoco pueden descuidarse; además del soporte económico de los padres, pueden adoptarse medidas institucionales de abastecimiento de productos de la canasta familiar, en hogares de extrema pobreza o situación de vulnerabilidad.

Para el campo educativo, el derecho de acceso a internet es un factor potencial, sin embargo, más allá de la política legislativa o gubernamental que pueda proyectarse, resulta primordial que el sector educativo incluya contenidos pedagógicos referidos a mecanismos de contención emocional y autocuidados, toda vez que, para enfrentarse a futuras situaciones de emergencia, las niñas y los niños deben adquirir un espíritu de resiliencia.

Respecto al retorno presencial de clases, las autoridades serán garantes de las condiciones sanitarias y de infraestructura en escuelas o colegios, debiendo abastecerse de los servicios higiénicos, de agua e insumos de aseo.

En el marco del derecho a la recreación, para sectores poblacionales que no pueden acceder a un espacio público de esparcimiento, deben

plantearse respuestas estatales alternativas y soluciones creativas; especialmente, en quienes -por diferentes factores justificados- resulte complejo trasladarse hasta lugares públicos, el Estado procurará la implementación de actividades culturales y artísticas mediante la televisión, la radio y en línea. Empero, en familias que tengan la posibilidad de movilizarse, es preciso diseñarse protocolos de retorno seguro a parques, plazas y plazuelas; los planes de retorno seguro y cumplimiento de normas sanitarias, son un ámbito de competencias de los municipios, motivo que exige integrarse material visual con temáticas de prevención del contagio y, por supuesto, la apertura gradual de los centros recreacionales estará munida de difusión de los derechos de la niñez y socialización de las obligaciones de los padres frente a sus hijas e hijos.

Por último, la administración de justicia tiene por reto contemplar criterios de perspectiva de género, generacional y enfoque interseccional, cuando conozca la vulneración o potenciales afectaciones a los derechos de la niñez. La promoción de derechos, en un lenguaje sencillo y accesible, garantizará a las niñas y los niños un desarrollo integral que, por efecto de la pandemia, pudo repercutir en la transgresión de otros derechos conexos.

266

3. Conclusiones y Recomendaciones

Del análisis jurídico-científico desarrollado, puede concluirse el surgimiento de conductas personales de padres y decisiones estatales que producen afectaciones a los derechos de las niñas y los niños; las lesiones en los entornos de menores y que ocurren con frecuencia en etapa de pandemia están asociadas al maltrato intrafamiliar, abandono en tratamientos médicos o atención en centros hospitalarios, escases de acceso a la educación virtual, incremento del trabajo infantil, restricciones del derecho al juego y recreación, además de problemas relacionados a las situaciones favorables de padres para afrontar obligaciones ante instancias judiciales o sus precarias condiciones de hacinamiento en centros penitenciarios. Las probabilidades de lesionar la prioridad del interés superior de la niñez, crecen desproporcionalmente cuando las instancias estatales y gubernamentales descuidan los mecanismos de contención sobre las conculcaciones en este grupo poblacional vulnerable.

La configuración jurídica e interpretación de los derechos de las niñas y los niños en tiempos de pandemia, está condicionada a un marco jurídico nacional o internacional acompañado de jurisprudencia constitucional e interamericana que coadyuvan la labor jurisdiccional, pues se conciben como herramientas argumentativas en el desempeño de atribuciones conferidas a la administración de justicia o, en el Estado Constitucional de Derecho, representan pilares esenciales en la generación de estrategias reductoras de violaciones a sus correspondientes garantías.

El diálogo sostenido y permanente entre los sectores de la sociedad y entidades involucradas en la tutela de derechos en la niñez representa la mayor recomendación, toda vez que los espacios de intercambio de percepciones (legales, sociales, psicológicos, culturales, y demás áreas de intervención en la infancia) marcan soluciones multidisciplinarias a la crisis sanitaria emergente del Covid-19.

4. Bibliografía

Alianza para la Protección de la Niñez en la Acción Humanitaria, & UNICEF. (2020). *Covid -19 y Niños y Niñas Privados de Libertad*. UNICEF. https://alliancecpha.org/en/system/tdf/library/attachments/interagency_covid19_and_children_deprived_of_their_liberty_sp.pdf?file=1&type=node&id=37911

267

Álvarez Zarzuelo, M. (2020). El confinamiento de niñas y niños en España en 2020 por la crisis del COVID-19: Propuestas desde la Educación Social Escolar para la vuelta al centro escolar. *RES, Revista de Educación Social*, 30. https://eduso.net/res/wp-content/uploads/2020/06/confinamiento_res_30.pdf

Ciudades Amigas de la Infancia. (2021, enero 21). Patios al aire libre: Así pueden ayudar durante la pandemia (y después). *UNICEF*. <https://ciudadesamigas.org/patios-al-aire-libre-pandemia/>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), & Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2020). *La pandemia por el COVID-19 podría incrementar el trabajo infantil en América Latina y el Caribe. Nota Técnica No.1*. CEPAL. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45679/1/NotaTecnica1OIT-CEPAL_es.pdf

- Instituto Nacional de Salud Pública. (2020). *Encuesta de Salud y Nutrición en niñas y niños menores de 12 años durante la pandemia por Covid-19*. Instituto Nacional de Salud Pública. <https://www.insp.mx/micrositio-covid-19/encuesta-de-salud-y-nutricion-en-ninas-y-ninos-menores-de-12-anos-durante-la-pandemia-por-covid-19>
- Legálitas. (2020). *Régimen de visitas, pensiones de alimentos, custodias compartidas: Lo que deben saber los padres separados durante la segunda ola de coronavirus*. LEGÁLITAS.COM. <https://www.legalitas.com/actualidad/coronavirus-padres-separados>
- Pearl Ben-Joseph, E. (2020). *Coronavirus (COVID-19): Los niños y sus cuidados médicos durante la pandemia (para Padres)—Nemours KidsHealth*. <https://kidshealth.org/es/parents/coronavirus-checkups-esp.html>
- PÓLEAMOS. (2020, junio 4). El derecho a la recreación de los niños frente al COVID-19. *Pólemos*. <https://polemos.pe/el-derecho-a-la-recreacion-de-los-ninos-frente-al-covid-19/>
- Rachidi, E. / I. (2021, febrero 16). *El confinamiento dispara los delitos de abuso a menores en la red*. *elperiodico*. <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210216/sexual-infantil-red-pandemias-abuso-11524023>
- Renna Gallano, H. (2020). *El derecho a la educación en tiempos de crisis: Alternativas para la continuidad educativa: Sistematización de estrategias y respuestas públicas en América latina y el Caribe ante el cierre de escuelas por la pandemia del COVID-19*. UAR-UNEM-Clúster Educación. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/El%20derecho%20a%20la%20educaci%C3%B3n%20en%20tiempos%20de%20crisis%20-%20alternativas%20para%20la%20continuidad%20educativa.pdf>
- Save The Children. (2020). *Salud, Aprendizaje, Derechos y Protección de los Niños durante la Pandemia del Covid-19: Un estudio de investigación global*. Save The Children. https://resourcecentre.savethechildren.net/node/18481/pdf/informe_sobre_estudio_global_de_covid_19_0.pdf
- UNESCO. (2020). *Más sobre la respuesta educativa COVID-19*. UNESCO. <https://es.unesco.org/node/320395>

Jurisprudencia Constitucional y Convencional en el Marco de los Principios de Progresividad, Prohibición de Regresividad y sobre Protección de los Derechos de las y los Adolescentes en el Sistema Penal Boliviano*

Resumen

Dentro de las categorías del Derecho Penal, emerge la condición de aplicabilidad de normas jurídicas al grupo poblacional que se halla inmerso en la etapa de la adolescencia. Las infracciones cometidas por menores de edad contra bienes jurídicos tutelados, quedan sujetas a ciertas directrices provenientes de la jurisprudencia constitucional y convencional, dado que la situación de los jóvenes infractores de la ley, exigen un estudio integral respecto a los puntos más conflictivos de la justicia penal juvenil. A partir del presente artículo, se exponen los principios de progresividad, prohibición de regresividad y sobre protección de los derechos de las y los adolescentes, con énfasis desde la realidad jurídica que refleja el sistema penal boliviano.

269

Abstract

Within the categories of Criminal Law, the condition of applicability of legal norms to the population group that is immersed in the stage of adolescence emerges. Infractions committed by minors against protected legal rights are subject to certain guidelines from constitutional and conventional jurisprudence, given that the situation of young offenders of the law requires a comprehensive study regarding the most conflictive points of justice. juvenile penal. Starting from this article, the principles of progressivity, prohibition of regressivity and protection of the rights

* Artículo académico, elaborado con motivo de la ponencia presentada el 9 de noviembre de 2021, durante el II Congreso Internacional sobre el Sistema Penal para Adolescentes y Justicia Restaurativa, organizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia junto al Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional.

of adolescents are exposed, with emphasis from the legal reality that reflects the Bolivian penal system.

Palabras Clave

Adolescentes en conflicto con la ley; progresividad; prohibición de regresividad; protección de los derechos de las y los adolescentes; y, sistema penal juvenil.

Keywords

Adolescents in conflict with the law; progressiveness; prohibition of regressivity; protection of the rights of adolescents; and the juvenile penal system.

1. Introducción

270

El tratamiento jurídico de los delitos cometidos por adolescentes y las herramientas de la justicia restaurativa, han inducido procesos de reforma legislativa en diferentes países de América Latina. La capacitación técnica en la intervención hacia menores de edad, sumado al régimen legal de la responsabilidad penal de adolescentes, constituyen mecanismos tutelares que promueven la aplicabilidad de las reglas mínimas del Derecho Penal, aspecto trascendental para que los derechos no resulten trastocados, ni tampoco se lesionen las garantías reconocidas en favor de la población inmersa en las etapas de la infancia o adolescencia.

Por razones constitucionales y jurisprudenciales, los ordenamientos jurídicos de la región latinoamericana instauraron un sistema penal diferenciado para menores en conflicto con la ley, estableciendo pautas especiales (sustantivas, procesales y de ejecución de penas) a las normas reconocidas hacia los adultos infractores.

Los Estados, a través de políticas gubernamentales asumidas sobre el sector infanto-adolescente, tratan de implementar acciones contra la llamada delincuencia juvenil; sin embargo, en la formulación de una política criminal, los países deben identificar medidas de desjudicialización en el sistema penal de adolescentes y adoptar la justicia restaurativa, pues los problemas más próximos a la inimputabilidad penal u otros conceptos asociados a la infracción de leyes cometidas por menores de edad, permitirán el surgimiento de un sistema penal exclusivo para adolescentes.

Con el objetivo de orientar la formulación de estrategias jurídicas, dirigidas a la protección y la garantía de los derechos (constitucionales y convencionales) de las personas adolescentes involucradas en conflictos penales, se puntualizarán las principales líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, en su calidad de máximo guardián e intérprete de la Constitución Política del Estado (CPE).

Asimismo, al consagrarse la justicia penal juvenil junto a la justicia restaurativa en distintos instrumentos internacionales, procederá un detalle de los aportes provenientes de la jurisprudencia convencional, asumida con motivo de implementarse una administración de justicia especializada para adolescentes en conflicto con la ley penal, y cuyas bases emergen de los entendimientos cotejados por entidades supranacionales.

1.1. Materiales y Métodos

Con relación a la metodología adoptada, fue empleado el método jurisprudencial recurriendo a las Sentencias Constitucionales Plurinacionales (SCP) del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, así como los aportes de la jurisprudencia labrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de fichas de sistematización jurisprudencial, se identificaron elementos jurídicos que facilitan la comprensión de conceptos relativos al sistema penal juvenil, tales como adolescentes en conflicto con la ley, progresividad, prohibición de regresividad, protección de los derechos de las y los adolescentes, entre otros.

2. Análisis y Desarrollo

2.1. Jurisprudencia constitucional

Para abordar la temática de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en torno a los casos que involucran adolescentes en conflicto con la ley, se realizará una división en tres esferas:

- ▶ La jurisprudencia constitucional que elimina las auto-restricciones del Tribunal Constitucional Plurinacional.
- ▶ El control tutelar de constitucionalidad en los casos de adolescentes en conflicto con la ley; y,

- ▶ Las medidas de reparación.

2.1.1. Eliminación de las auto-restricciones del Tribunal Constitucional Plurinacional

a) Excepción a la subsidiariedad en acciones tutelares

- ▶ Tratándose de procesos penales en los que se encuentren involucrados menores adolescentes, se hace abstracción de la subsidiariedad excepcional de la acción de libertad; cuya interposición se la puede efectuar de manera directa ante la jurisdicción constitucional (SCP 0546/2012 de 9 de julio).
- ▶ En acciones de amparo constitucional, en virtud a la protección reforzada que merecen los adolescentes, debe hacerse abstracción a la subsidiariedad en acciones de amparo constitucional, por lo que, los jueces de garantías, los vocales constitucionales y el Tribunal Constitucional Plurinacional no pueden denegar esta acción tutelar, por ninguna causal de subsidiariedad (SCP 0088/2021-S3 de 20 de abril).

272

b) Acción de libertad innovativa

- ▶ En los casos de adolescentes en conflicto con la ley, los jueces o tribunales de garantías, vocales constitucionales y el Tribunal Constitucional Plurinacional deben aplicar la acción de libertad innovativa, cual establece que la acción de libertad no se limita a la recuperación del derecho de circulación o locomoción afectados, sino es un mecanismo procesal que permite al juez constitucional, asumir un rol garantista en la protección del derecho a la libertad personal, que no termina con lograr el cese del hecho vulnerador o acto lesivo, pues va más allá en su intención de advertir a la colectividad, a los servidores públicos y/o personas particulares, sobre qué conductas son absolutamente reñidas y contrarias al orden constitucional y generan responsabilidad (SCP 0821/2019-S3 de 15 de noviembre).

2.1.2. Control tutelar de constitucionalidad en los casos de adolescentes en conflicto con la ley

a) Principio de interés superior del niño

- ▶ Toda decisión o determinación que involucre derechos fundamentales o garantías constitucionales de las niñas, niños

y adolescentes debe estar motivada, justificada y explicada, señalando explícitamente todas las circunstancias que se han considerado o los elementos que se han ponderado para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, y en caso fuere contrario a dicho interés, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior de este grupo fue una consideración primordial, a pesar del resultado (SCP 0119/2019-S1 de 10 de abril).

- ▶ Los tribunales y autoridades jurisdiccionales deben asumir los principios de interés superior y prioridad absoluta, como línea de acción a tiempo de resolver asuntos, trámites y requerimientos relacionados a la niñez y adolescencia, más aún en los casos en los que se encuentra comprometida la libertad (SCP 0821/2019-S3 de 15 de noviembre).

b) La responsabilidad penal del adolescente en el sistema penal: Carácter excepcional de la medida cautelar de detención preventiva

- ▶ La detención preventiva en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley, debe ser aplicada de manera **estrictamente excepcional y como último recurso**, así lo han establecido los arts. 23.I, II y III de la CPE y 262.I inc. q) del Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA), además, se encuentra consagrado en la Regla 13.1 de las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores), la Regla 17 de las Reglas de la Habana (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad) y el art. 7 del Código de Procedimiento Penal (CPP).

273

De este marco normativo, se advierte que para la imposición de las medidas cautelares o privación de libertad, las autoridades judiciales deberán tomar en cuenta ciertas condiciones como legalidad, no regresividad, *pro homine*, especialización, la inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, excepcionalidad de la privación de libertad, debido proceso, justicia restaurativa¹ y confidencialidad (SCP 0585/2019-S3 de 11 de septiembre).

¹ Art. 40 del Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

- ▶ En este entendido, cuando los jueces analizan la imposición de medidas cautelares a los adolescentes en conflicto, deben realizar una fundamentación y motivación de su decisión, a partir de los enfoques generacional y restaurativo y la excepcionalidad de la privación de la libertad, que son centrales en la aplicación de medidas cautelares a los adolescentes en conflicto con la ley (SCP 0585/2019-S3 de 11 de septiembre).

c) Enfoque generacional y restaurativo en el caso de los adolescentes

- ▶ Los jueces ordinarios, cuando sustancian procesos con adolescentes en conflicto con la ley, deben acudir a los enfoques generacional y restaurativo que les impele a aplicar un modelo garantista de responsabilidad, considerando que la privación de libertad y la detención preventiva han de considerarse medidas excepcionales, de última ratio y por el periodo mínimo necesario, por lo que, éstos deben ser tratados de manera diferente a los adultos y, sobre todo, por las instancias judiciales y específicas cuyos objetivos son la reintegración y reparación (SCP 0585/2019-S3 de 11 de septiembre).

274

d) Aspectos generales en los procesos contra adolescentes en conflicto con la ley

- ▶ Cuando no se puede acreditar que se trate de un aprehendido menor de edad, debe presumirse su minoridad mientras no se demuestre lo contrario (SCP 0546/2012 de 9 de julio).
- ▶ Debe primar la reserva y resguardo de la identidad de las niñas, niños y adolescentes en cualquier tipo de proceso (SCP 0557/2018-S2 de 25 de septiembre).

e) Celeridad en la sustanciación de las resoluciones que involucran a adolescentes en conflicto con la ley

- ▶ Se vulnera los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley, cuando los jueces mantienen su detención preventiva excediendo el plazo de cuarenta y cinco días establecido para este grupo de atención prioritaria (SCP 0937/2013-L de 26 de agosto).
- ▶ Se vulnera el derecho a la libertad de los adolescentes en conflicto con la ley, cuando la o el fiscal no comunica la aprehensión del

adolescente al juez cautelar, para que ejerza control jurisdiccional en el plazo establecido por la norma (SCP 1431/2014 de 30 de junio).

- ▶ Los jueces vulneran el derecho a la libertad y a la celeridad, cuando fijan día y hora de audiencia de solicitud de cesación a la detención preventiva después de catorce días computables desde la solicitud, incumpliendo su deber de celeridad procesal, cuando deben señalar la audiencia en el plazo máximo de tres días, más aún cuando se trata de un menor de edad (SCP 2561/2012 de 21 de diciembre).
- ▶ Se vulnera el principio de celeridad procesal vinculado a la libertad, cuando los jueces fuera de un plazo razonable señalan audiencias para la suspensión condicional del proceso, sin considerar que la indebida dilación procesal afecta el derecho a la libertad de los adolescentes en conflicto con la ley (SCP 0181/2014-S1 de 19 de diciembre).

f) Sobre las condiciones de reclusión de los adolescentes en conflicto con la ley

- ▶ Los centros que acogen a niños, niñas y adolescentes, deben brindarles el mayor nivel de seguridad personal que no impliquen ningún peligro para su salud e integridad física, con instalaciones que permitan contar con ambientes en los que puedan estar con sus familiares, brindar los servicios higiénicos adecuados, contar con el personal apropiado interdisciplinario (educadores, psicólogos, psiquiatras, médicos, etcétera) y capacitado en el trato de menores, pues no se debe olvidar que los menores siguen gozando de todos los derechos que le reconoce la Norma Suprema, como la legislación especial que protege su niñez y adolescencia (SCP 0680/2014 de 8 de abril).
- ▶ Debe existir una separación total en razón del sexo de los internos y no se limite a una separación de dormitorios, otorgarles espacios recreacionales o esparcimiento, habilitarles una oficina en la que puedan de manera abierta expresar sus quejas, inconvenientes que tuvieran con el personal u otros internos, sugerencias, etcétera (SCP 0680/2014 de 8 de abril).
- ▶ Los jueces, cuando disponen la detención preventiva, deben remitir a los detenidos a centros donde exista separación entre

detenidos preventivos, acogidos o con sentencia. Asimismo, se vulnera los derechos de un adolescente con detención preventiva, cuando se los envía a un Centro donde existen adolescentes con sentencia (SCP 0680/2014 de 8 de abril).

2.1.3. Medidas de reparación

- ▶ El TCP, exhortó a la Gobernación Departamental de Cochabamba, a adecuar inmediatamente el Centro de Adolescentes a los estándares mínimos para la permanencia de acogidos y detenidos preventivos e infractores, los cuales deben necesariamente encontrarse clasificados y separados o la creación de nuevos centros a dicho fin (SCP 0680/2014 de 8 abril).

2.2. Jurisprudencia convencional

276

Los Estados tienen obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, que surgen de los tratados internacionales que fueron ratificados por sus gobiernos. En este sentido, Bolivia es parte de los principales instrumentos de derechos humanos, a saber, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra ampliamente reconocido que el Estado debe contar con un sistema excepcional y especializado de justicia juvenil², precisamente con el objeto de tener en consideración toda la protección otorgada por la Convención sobre los Derechos del Niño y el *corpus juris* internacional de los derechos humanos de los niños.

El modelo de protección integral, constituye el principal punto de partida para un análisis holístico de los derechos humanos de los niños y niñas en conflicto con la ley, esta doctrina reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y no sólo objetos de protección³; asimismo, los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben evaluarse: (i) el interés superior del niño, (ii) el derecho

2 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

3 CIDH. Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011. Párr. 12.

a ser escuchado y a participar, (iii) la no discriminación y (iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo⁴.

En rigor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) determinó, en su Opinión Consultiva N° 17 sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, que “es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto”⁵; ello, cobra sentido precisamente en el marco del proceso penal juvenil, porque lo contrario, es decir, la inexistencia de un sistema especializado, desconocería un marco nacional e internacional de protección de los niños y niñas, generando un grave perjuicio a ellos mismos.

En práctica respecto a casos relacionados con derechos humanos de las niñas y los niños, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han establecido que el llamado “corpus juris de protección internacional de protección de los niños”⁶ comprende el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), todas las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, junto a las Reglas de Beijing sobre la Administración de Justicia de Menores, las Reglas de la Habana sobre la protección de menores privados de la libertad y las Directrices de Riad sobre la Prevención de la Delincuencia Juvenil, entre otros instrumentos internacionales.

277

El punto de referencia para el establecimiento de los derechos de los niños en conflicto con la ley y las obligaciones del Estado respecto del sistema de justicia juvenil, es el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho de todo niño o niña acusado o declarado de haber infringido las leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y respeto de los derechos humanos de terceros, así como a tener en cuenta la reintegración del niño y que asuma una función constructiva en la sociedad.

Por consiguiente, conforme lo ha establecido la Corte IDH en el caso “Niños de la Calle vs. Guatemala”, el objeto del sistema de justicia juvenil

4 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 152.

5 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 96.

6 Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194; y, CIDH. Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011. Párr. 18.

está orientado a garantizar el bienestar de los delincuentes juveniles y procurar su rehabilitación.

Al respecto, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado debe evaluarse de forma rigurosa y regirse por el principio del interés superior del niño.

Así, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o Reglas de Beijing, establecen que las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible y que la respuesta que se dé al delito sea siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad (Regla 17).

Adicional a las garantías mínimas de debido proceso en materia penal, se suman o son de particular importancia determinados principios que deben tener una atención especial por el Estado, estos son:

- ▶ El **principio de legalidad**, conforme el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que para aplicar el sistema de justicia juvenil se debe requerir que el niño esté comprendido entre la edad mínima para infringir las leyes penales y ser menor de dieciocho años. Al respecto, la CIDH en su informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas ha señalado que los Estados deben tener particular atención de no someter al sistema de justicia penal juvenil, por su mera condición social o económica y sin infringir un hecho tipificado en la ley, a niños y niñas en situación de pobreza y abandono, a los que presentan insuficiencias educativas o de comportamiento.
- ▶ El **principio de excepcionalidad** en justicia penal juvenil se refiere la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, así como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización⁷, precisamente en atención a dos razones: el principio de última ratio de la privación de libertad como ejercicio del poder punitivo del Estado, y el tratarse de un grupo que requiere atención en razón a su vulnerabilidad.

- ▶ Respecto al **principio de especialización**, la Corte IDH en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, ha establecido que los que ejerzan facultades en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños, deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil, para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales⁸. Sobre este principio, cabe señalar también lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 12 sobre el derecho a ser escuchado, donde señaló que el entorno de los niños debe ser amigable, adaptado a su edad y madurez, es decir, no intimidatorio, hostil o insensible. Asimismo, el entorno debe ser adaptado a las necesidades de los niños, teniendo en cuenta la capacitación adecuada del personal y considerando, entre otras cosas, la vestimenta de los jueces y abogados y medidas de protección visual.

En suma, el resguardar la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema de justicia juvenil, sin embargo, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, el Estado debe cumplir sus obligaciones internacionales de respeto y garantía, con base en los principios de la justicia juvenil y las disposiciones consagradas en el *corpus juris* de los derechos del niño, en particular el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De esta forma, todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe recibir siempre un trato acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor.

Lo anterior, será posible en tanto se tenga una debida consideración de la prevención de la delincuencia juvenil basada en el pleno goce de los derechos de los niños y las niñas, precisamente porque los programas de tratamiento basados en la familia, diseñados para introducir cambios positivos en aspectos de los diversos sistemas sociales (hogar, escuela,

8 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 211.

comunidad, relaciones entre iguales) contribuyen a reducir el riesgo de que éstos entren en los sistemas de justicia juvenil.

Se debe brindar apoyo a los niños en situación de riesgo, especialmente a los que dejan de asistir a la escuela o son excluidos socialmente. Para esto, como lo recomienda el Comité, resulta preciso utilizar el apoyo de grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares y la participación activa de los padres, orientados a la respuesta de necesidades, inquietudes específicas y problemas de las niñas y niños en situación de riesgo de entrar en contacto con la delincuencia juvenil⁹.

3. Conclusiones y Recomendaciones

El padecimiento de tratos violentos y demás conductas degradantes, cometidos contra la niñez y adolescencia inmersas en procesos penales, pueden paliarse a través de la denominada justicia restaurativa, un instrumento que restablece una sociedad pacífica y democrática. La aplicabilidad de esta herramienta jurídico-jurisprudencial en el sistema judicial penal, permite la implementación de valores fundamentales en los adolescentes infractores de la ley, en cuyo marco es también posible reforzar la cultura de paz, en las distintas etapas procesales donde intervengan menores de edad.

280

Con la premisa de restituir la armonía social, la justicia restaurativa complementa el típico juzgamiento penal y la imposición formal de la pena, mediante otros mecanismos eficaces alternativos al clásico procesamiento criminal de corte ritualista; entre estas herramientas restaurativas, destacan la reconciliación de los sujetos procesales, la reparación del daño ocasionado a la víctima u otros elementos diseñados para proteger el interés superior de las niñas, los niños o adolescentes a lo largo del proceso penal, tanto en el resguardo de la niñez que adquiere la calidad de víctima como de aquellos jóvenes responsables de la infracción.

El tratamiento jurídico de la justicia restaurativa, acompañada de la protección de los derechos de las y los adolescentes en el sistema penal, se enmarcan en las líneas jurisprudenciales emanadas de la jurisdicción constitucional boliviana y las provenientes de instancias convencionales. Más allá de las medidas legislativas, adoptadas por los

⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. CRC/C/GC/24. 18 de septiembre de 2019, párr. 9.

países a fin de garantizar el bienestar de la niñez o adolescencia afectada por la comisión de un delito, deben formularse estrategias jurídicas que se asuman por los agentes jurídicos del proceso penal juvenil (fiscales, abogados, juzgadores u otros actores procesales) a efectos de promocionar un trato digno, de forma que las decisiones jurisdiccionales impuestas guarden proporción con la justicia restaurativa, condición especial que permite adecuar las circunstancias que motivaron el hecho delictivo con la infracción cometida por los menores de edad.

A pesar de la vigencia de una serie de Tratados y Convenios Internacionales regulatorios sobre la reparación en el ámbito de la justicia juvenil, es perentorio acudir a los entendimientos jurisprudenciales, situación por la que se justifica que, el operador de justicia penal y restantes involucrados en el proceso criminal, adopten el concepto de resocialización del menor infractor, despojándose de los tradicionales pensamientos en los que la disminución de delitos cometidos por la juventud, se solucionaría -supuestamente- endureciendo las penas.

En síntesis, la justicia restaurativa garantiza la reinserción de los jóvenes infractores penales y disminuye los índices de criminalidad juvenil, toda vez que, representa una herramienta para brindar soluciones a la conducta delictiva y contiene una respuesta de índole restaurativa al conflicto penal; asimismo, con la aplicabilidad de esta figura jurídica, se transforma el concepto clásico del proceso penal, de una mera imposición de la sanción por el juzgador hacia un sistema de reparación integral del daño causado a las víctimas (menores de edad), siendo de capital importancia en la pacificación de las relaciones sociales afectadas ante delitos perpetrados por la juventud.

281

4. Bibliografía

CIDH. Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. CRC/C/GC/24. 18 de septiembre de 2019.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194; y, CIDH. Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011.

Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.





PAUL FRANCO ZAMORA
PRESIDENTE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL