



# Revista Jurídica Derecho

Universidad Mayor de San Andrés

Carrera de Derecho

9

ISSN: 2413-2810



Carnaval de Oruro: Todo lo que debes saber [en línea]:  
<https://www.denomades.com/blog/carnaval-de-oruro-todo-lo-que-debes-saber> [consulta: 27/11/2018]

[www.instituto-derecho-umsa.edu.bo](http://www.instituto-derecho-umsa.edu.bo)

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

## Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis

Revista Jurídica Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis	La Paz Bolivia	Volumen 7	Número 9	Revista Jurídica Derecho UMSA	Julio Diciembre	2018	ISSN 2413-2810	Páginas 1-192	300 ejemplares
--	-------------------	--------------	-------------	-------------------------------------	--------------------	------	-------------------	------------------	-------------------

Revista Jurídica  
Derecho

ISSN 2413 – 2810





INSTITUTO DE INVESTIGACIONES, SEMINARIOS Y TESIS

**REVISTA JURÍDICA DERECHO**

**VOLUMEN 7 - N° 9**

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA

REVISTA JURÍDICA DERECHO  
ISSN 2413 – 2810  
ISBN 978-99974-56-29-8

REVISTA JURÍDICA DERECHO  
Publicación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis  
UMSA – BOLIVIA

Depósito Legal: 4-3-14-16 PO

Periodicidad: Semestral  
Volumen 7

Revista Jurídica N° 9  
Julio – Diciembre de 2018

Impresión y Diseño  
Servicios Gráficos “Gráfica Singular”

La Paz – Bolivia

**DISTRIBUCIÓN GRATUITA  
PROHIBIDA SU VENTA**

DIRECCIÓN:

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS  
- UMSA

CARRERA DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES,  
SEMINARIOS Y TESIS

Calle Loayza (entre Obispo Cárdenas y  
Juan de la Riva) 4to. Piso de la Carrera  
de Derecho

Teléfonos: 591-2-2204280

591-2-2204218

Interno 146

correo:  
revistajuridicaderecho@gmail.com

Casilla de Correos: N° 6042

Fax: 591 - 2 2357515

LA PAZ - BOLIVIA

## **Universidad Mayor de San Andrés Higher University of San Andres**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Derecho

Faculty of Law and Political Science

The Law Department

Revista Jurídica Derecho. Publicación del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis

ISSN: 2413 – 2810/Vol. 7 Nº 9 Julio – Diciembre de 2018

Periodicidad: Semestral

Law Journal

Publication of the Institute for Research and Seminars

ISSN: 2413 - 2810

No. 9. July - December 2018

EDITOR: Dra. Karina Medinaceli Díaz, PhD.

Directora a.i. Instituto de Investigaciones,

Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho

Universidad Mayor de San Andrés UMSA

Director of the Institute For Research and Seminars

The Law Department

Higher University of San Andres

karina.medinaceli@gmail.com

CO-EDITOR: Dr. Miguel Angel Zapata Rea

Instituto de Investigaciones,

Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho

Universidad Mayor de San Andrés UMSA

Institute For Research and Seminars

The Law Department

Higher University of San Andres

zrmiguel301@gmail.com

CO-EDITOR: Dra. Zulma Katerin Torrez Villanueva

Instituto de Investigaciones,

Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho

Universidad mayor de San Andres UMSA

Institute For Research and Seminars

The Law Department

Higher University of San Andres

zulmitakaterin@gmail.com

## **Comité Editorial Editorial Staff**

Dra. Karina Ingrid Medinaceli Díaz, PhD.  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

Dr. Osmar Sotomayor Terceros, PhD.  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

Dr. Farit Rojas Tudela, PhD.  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

MSc. Jorge Omar Mostajo Barrios  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

MSc. Mauricio Ernesto Farfán Espinoza  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

MSc. Boris Wilson Arias López  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

## **Comité Científico Scientific Staff**

Dr. Fernando Carbajo Cascón, PhD.  
Universidad de Salamanca  
University of Salamanca

Dr. Faustino José Martínez Martínez, PhD.  
Universidad Complutense de Madrid  
Complutense University of Madrid

Dr. Roberto Viciano Pastor, PhD.  
Universidad de Valencia  
University of Valencia

Dr. Rubén Martínez Dalmau, PhD.  
Universidad de Valencia  
University of Valencia

Dra. Silvia Bagni, PhD.  
Universidad de Bolonia  
University of Bolonia

Dr. Ricardo David Rabinovich Berkman, PhD.  
Universidad de Buenos Aires  
University of Buenos Aires

Dr. Eric Tremolada Álvarez, PhD.  
Universidad Externado de Colombia  
Externship University of Colombia

Dr. Bernardo Vela Orbegozo, PhD.  
Universidad Externado de Colombia  
Externship University of Colombia

Dra. Judith Josefina Hernandez García  
Universidad de la Costa,  
Comité Científico

Dr. Omar Huertas Díaz, PhD.  
Universidad Nacional de Colombia  
National University of Colombia

Dr. Camilo Alberto Borrero García, PhD.  
Universidad Nacional de Colombia  
National University of Colombia

Dr. Carlos Manuel Villabella Armengol, PhD.  
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla  
Institute of Legal Sciences of Puebla

Dr. César Montaña Galarza  
Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador)  
Simón Bolívar Andean University

Dr. José A. Nuñez Ochoa  
Universidad Anáhuac México  
University Anáhuac México

Dr. Fernando Edgar Nuñez Jiménez, PhD.  
Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra  
University of Santa Cruz

Dr. Carlos Borth Irahola, PhD.  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

## **Comité de Pares Evaluadores Evaluator Committee**

Dr. Martín Gonzales Orus, PhD.  
Universidad de Salamanca  
University of Salamanca

Dra. Carolina Restrepo Munera, PhD.  
Universidad UNAULA, Medellín  
University of Medellín UNAULA

Dr. Iván Lázaro Sánchez, PhD.  
Federación Mexicana de Colegios de Abogados, A.C. IJyC  
Mexican Federation of Bar Associations, A.C. IJyC

Dr. Luciano Damián Laisé, PhD.  
Universidad de La Sabana, Colombia  
University of Colombia

Dr. Fernando Eduardo Miranda Mendoza, PhD  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

MSc. Christian Benítez Núñez  
Universidad Autónoma del Estado de Morelos  
Autonomous University of State of Morelos

MSc. Edgar Athzel Carmona Arias  
Universidad Autónoma del Estado de Morelos  
Autonomous University of State of Morelos

MSc. Filiberto Eduardo R. Manrique Molina  
Universidad Autónoma del Estado de Morelos  
Autonomous University of State of Morelos

MSc. Emilio Barea Medrano  
Universidad Católica Boliviana San Pablo  
San Pablo Bolivian Catholic University

MSc. Leonardo Villafuerte Philippsborn  
Universidad Católica Boliviana San Pablo  
San Pablo Bolivian Catholic University

MSc. Ivette Brenda Miranda Parra  
Universidad Católica Boliviana San Pablo  
San Pablo Bolivian Catholic University

Dr. Luis Gonzalo Inarra Zeballos  
Universidad Mayor de San Simón  
Higher University of San Simón

Dra. Kathia Zamora  
Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca  
San Francisco Xavier University of Chuquisaca

MSc. Diana Borelli Geldrez  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

MSc. Javier Quenta Fernández  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

MSc. Martin Mercado Vásquez  
Universidad Mayor de San Andrés  
Higher University of San Andrés

Dr. Carlos Ricardo Crespo Torrico,  
Universidad Católica Boliviana San Pablo  
San Pablo Bolivian Catholic University

8

## **Comité Redacción Editorial Staff**

Dr. Miguel Angel Zapata Rea  
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho  
Institute of Investigations, Seminars and Thesis of Law Department

Dra. Zulma Torrez Villanueva  
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho  
Institute of Investigations, Seminars and Thesis of Law Department

Karina Yurisan Rendón Bueno  
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho  
Institute of Investigations, Seminars and Thesis of Law Department

## **Traducción**

Lic. Paola Andrea Rios Calabi  
Licenciada en Idiomas  
Universidad Autónoma Juan Misael Saracho

**Autores:**

<p>Edgar Gabriel Ávila Verdín                  DOCENTE INVESTIGADOR                  UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NAYARIT</p> <p>Nicté Rosas Topete                  COORDINADORA DEL CUERPO ACADÉMICO                  “GOBIERNO, MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO,                  PERFIL PRODEP</p> <p>Isma Sandoval Galaviz                  DOCENTE-INVESTIGADOR                  UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT</p>	<p>LOS INDÍGENAS EN NAYARIT, EL ANDAMIAJE                  JURÍDICO DE SU PATRIMONIO INMATERIAL</p>
<p>Silvia Bagni                  PROFESORA INVESTIGADORA EN DERECHO                  PUBLICO COMPARADO                  UNIVERSIDAD DE BOLONIA ITALIA</p>	<p>LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA                  JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA</p>
<p>Rosa Guadalupe Gomez Bustillo                  DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA                  BOLIVARIANA SECCIONAL MONTERIA                  COLOMBIA</p>	<p>PANORAMA DEL DERECHO LABORAL EN MEXICO</p>
<p>Eliceo Muñoz Mena                  PROFESOR DE DERECHO EN LA FACULTAD DE                  DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE                  CHIAPAS MEXICO</p>	<p>LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA                  UNA FALACIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO</p>
<p>Farit Rojas Tudela                  DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO                  UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES</p>	<p>LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE APLICABILIDAD                  DIRECTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA                  CONSTITUCIÓN BOLIVIANA</p>
<p>Jorge Omar Mostajo Barrios                  DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO                  UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES</p>	<p>EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE                  CONDICIONADO</p>
<p>Mario Galindo Soza                  COORDINADOR DOCTORADOS DE LA FACULTAD                  DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS                  UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES</p>	<p>LA PIRÁMIDE DE Kelsen O JERARQUÍA                  NORMATIVA EN LA NUEVA CPE Y EL NUEVO                  DERECHO AUTONÓMICO</p>
<p>Carlos Adán Gallardo Rivas                  DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO                  UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES                  Lindsay Denise Villanueva Vacaflor                  MAESTRANTE EN DERECHO CONSTITUCIONAL</p>	<p>MODELIZACIÓN MATEMÁTICA DE LO JURÍDICO EN                  BOLIVIA</p>
<p>Lenny Roxana Cáceres Frías                  DOCTORANTE DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y                  ADMINISTRATIVO</p>	<p>GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE                  INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA                  PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA                  APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO                  PRIVADAS EN BOLIVIA</p>

Los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen el criterio del Instituto de Investigaciones y Seminarios ni de la Carrera de Derecho.

Los documentos de esta publicación no pueden ser reproducidos total ni parcialmente.

The articles are the sole responsibility of the authors and do not necessarily represent the official view of the Institute for Research and Seminars and the Department of Law.

The documents of this publication cannot be reproduced, neither totally nor partially.



## Contenido

Editorial .....	13
<b>LOS INDÍGENAS EN NAYARIT, EL ANDAMIAJE JURÍDICO DE SU PATRIMONIO INMATERIAL</b>	
Edgar Gabriel Ávila Verdín	
Nicté Rosas Topete	
Isma Sandoval Galaviz .....	15
<b>LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA</b>	
Silvia Bagni.....	33
<b>PANORAMA DEL DERECHO LABORAL EN MEXICO</b>	
ROSA GUADALUPE GOMEZ BUSTILLO .....	54
<b>LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA UNA FALACIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO</b>	
Eliceo Muñoz Mena.....	73
<b>LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE APLICABILIDAD DIRECTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA</b>	
Farit Rojas Tudela .....	93
<b>EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO</b>	
Jorge Omar Mostajo Barrios.....	114
<b>LA PIRÁMIDE DE KELSEN O JERARQUÍA NORMATIVA EN LA NUEVA CPE Y EL NUEVO DERECHO AUTONÓMICO</b>	
Mario Galindo Soza .....	126
<b>MODELIZACIÓN MATEMÁTICA DE LO JURÍDICO EN BOLIVIA</b>	
Carlos Adán Gallardo Rivas	
Lindsay Denise Villanueva Vacafior.....	149
<b>GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA</b>	
Lenny Roxana Cáceres Frías.....	164



## EDITORIAL

La Revista Jurídica Derecho del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, fue creada con el fin de fomentar la discusión científica del Derecho en la comunidad académica jurídica. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica Derecho se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes Scielo (Scientific Electronic Library Online), Latindex (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal) y Revistas Bolivianas, es la única publicación jurídica a nivel nacional que se encuentra indexada en Scielo Bolivia.

La presente edición cuenta con nueve (9) artículos, el trabajo titulado “LOS INDÍGENAS EN NAYARIT, EL ANDAMIAJE JURÍDICO DE SU PATRIMONIO INMATERIAL” establece que la obligatoriedad del Estado mexicano para proteger el patrimonio inmaterial indígena se encuentra tipificado en su Constitución; sin embargo, en ocasiones las prácticas desleales como la piratería entre otras, ocasionan violaciones a su derecho moral y patrimonial. El estudio está diseñado mediante una investigación documental de la normatividad vigente dentro del ámbito local, nacional, y de tratados internacionales; además, por un método analítico de las principales normas jurídicas que inciden dentro de la temática. Las conclusiones muestran la urgencia de modificar la ley de cultura indígena como respuesta garante hacia una protección efectiva del conocimiento y expresiones de las etnias en Nayarit, se coincide en el establecimiento o reestructuración de instituciones locales que cumplan con la función de proteger la propiedad intelectual indígena.

El artículo “LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA” señala que la naturaleza ha sido, por largo tiempo, una voz no escuchada por el derecho. Sin embargo, desde los Setenta del siglo pasado, la comunidad internacional ha empezado a cambiar de mentalidad y considerar el ambiente como un objeto de interés jurídico. La crisis ambiental que está amenazando el planeta, nuestra Casa común, y nuevos enfoques epistemológicos basados en la earth jurisprudence, han favorecido la emergencia del concepto de “derechos de la Naturaleza”. A nivel constitucional, han sido reconocidos en la Constitución de Ecuador en 2008. Además, muchos otros Países han aprobado leyes que atribuyen personalidad jurídica a ríos, glaciares, animales, etc. El artículo compara la reciente jurisprudencia colombiana e indiana que ha reconocido componentes naturales como sujetos de derechos.

El trabajo titulado “PANORAMA DEL DERECHO LABORAL EN MÉXICO” analiza la evolución del derecho laboral desde la época de la colonia hasta hoy en día así como la transformación del marco jurídico que regula esta materia y su influencia en la impartición de justicia, obteniéndose una conclusión del porqué esta rama jurídica es tan dinámica y cambiante.

Otro artículo publicado es el titulado “LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA UNA FALACIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO”, el acceso a la justicia implica el derecho que tienen las personas del estado mexicano para acudir ante los tribunales y se les administre justicia; si bien es cierto, se encuentran debidamente reconocidas y tuteladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte; en la práctica dista su materialización, en favor de quienes reclaman el acceso a la justicia, lo que conlleva una flagrante violación a sus derechos humanos, al incumplirse las garantías en referencia, por parte de las autoridades mexicanas. Tópicos que abordaremos en el presente ensayo.

En el siguiente artículo “LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE APLICABILIDAD DIRECTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA” se desarrolla un análisis

de la garantía de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en el contexto de la doctrina constitucional sobre el tema. Se revisa la tradición constitucional sobre la materia y la voluntad constituyente que posibilita su interpretación conforme a lo establecido en el artículo 196 (parágrafo II) que privilegia la interpretación del Tribunal Constitucional a partir de los documentos, actas y resoluciones del constituyente.

El artículo “EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO presenta los principales aspectos sobre el error de prohibición culturalmente condicionado recogiendo las posturas de los principales autores sobre el tema, además de analizar sus antecedentes, conceptualización, ubicación, clasificación y regulación actual.

El trabajo titulado “LA PIRÁMIDE DE KELSEN O JERARQUÍA NORMATIVA EN LA NUEVA CPE Y EL NUEVO DERECHO AUTONÓMICO expresa la prelación de normas, que debe respetarse, para fines de sometimiento de normas de inferior alcance o referencia, con normas más generales o de carácter más amplio. En el caso boliviano, desde la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado, del 2009, se tiene una equivalencia normativa, entre los distintos tipos de Autonomías, que tiene cualidad legislativa, que son la Autonomía Departamental, la Municipal y la Indígena originario campesina. Por tanto, se debate si la pirámide de Kelsen o jerarquía normativa sigue vigente en el caso boliviano, o se debe adecuar a esta nueva realidad constitucional.

El artículo “MODELIZACIÓN MATEMÁTICA DE LO JURÍDICO EN BOLIVIA” señala que la construcción de modelos matemáticos en el ámbito jurídico es casi inexistente, de la revisión documental de los últimos 20 años se encontró tan solo un artículo, titulado “Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal”. El desarrollo del modelo es de autoría de Rafael Torrez Valdivia y en ella se explicita un conjunto de variables y momentos flujo-temporales interconectados, orientados a medir el grado de efectividad de las políticas criminales.

Por último, el artículo “GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA” se encuentra orientado a realizar un análisis del marco constitucional y legal actual en Bolivia,, en lo referido a las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta y sus características principales, con el propósito de iniciar la discusión respecto a la aplicación de las asociaciones público privadas, categoría emergente en el derecho administrativo para el financiamiento y ejecución de proyectos de interés público. De igual manera, se establecen las características principales de las asociaciones público privadas y se la diferencia de otros conceptos similares, con el propósito de identificar la viabilidad de su aplicación en Bolivia.

La Paz, Diciembre de 2018

Dra. Karina Medinaceli Díaz, PhD.

EDITORA REVISTA JURÍDICA DERECHO

# LOS INDÍGENAS EN NAYARIT, EL ANDAMIAJE JURÍDICO DE SU PATRIMONIO INMATERIAL

## INDIGENOUS IN NAYARIT, THE LEGAL FRAMEWORK OF THEIR INTANGIBLE HERITAGE

*Edgar Gabriel Ávila Verdín\**

*Nicté Rosas Topete \*\**

*Isma Sandoval Galaviz\*\*\**

Presentado: 04 de septiembre de 2018. Aceptado: 18 de noviembre de 2018

### RESUMEN:

La obligatoriedad del Estado mexicano para proteger el patrimonio inmaterial indígena se encuentra tipificado en su Constitución; sin embargo, en ocasiones las prácticas desleales como la piratería entre otras, ocasionan violaciones a su derecho moral y patrimonial. El estudio está diseñado mediante una investigación documental de la normatividad vigente dentro del ámbito local, nacional, y de tratados internacionales; además, por un método analítico de las principales normas jurídicas que inciden dentro de la temática. Las conclusiones muestran la urgencia de modificar la ley de cultura indígena como respuesta garante hacia una protección efectiva del conocimiento y expresiones de las etnias en Nayarit, se coincide en el establecimiento o reestructuración de instituciones locales que cumplan con la función de proteger la propiedad intelectual indígena.

**PALABRAS CLAVES:** Patrimonio Inmaterial, Indígenas, Legislación, Instituciones.

### ABSTRACT:

The obligation of the Mexican State to protect the intangible heritage of indigenous people is typified in the Constitution; however, unfair practices such as piracy among others, cause violations of its moral and economic rights. The present study is designed by a documentary investigation of the current regulations within the local, national, and international treaties, also by an analytical method of the main legal norms which impinge in the topic. The findings show the urgency of modify the law of indigenous culture of the state as guarantor response to effective protection of knowledge and expressions of ethnic groups in Nayarit, it is agreed the establishment or restructuring local institutions that fully comply the function to protect the indigenous intellectual property.

**KEYWORDS:** Intangible Heritage, Indigenous, Legislation, Institutions.

\*Candidato a Doctor en Derecho. Docente- Investigador de la Unidad Académica de Derecho perteneciente a la Universidad Autónoma de Nayarit, Integrante del Cuerpo Académico Gobierno Medio Ambiente y Desarrollo, Perfil PRODEP. - edgaravilav1@hotmail.com

\*\*Maestra y Candidata a Doctora en Educación y Tecnología Educativa, coordinadora del Cuerpo Académico "Gobierno, Medio Ambiente y Desarrollo, perfil PRODEP, publicaciones sobre medio ambiente, educación, administración pública. - nicté.uan@gmail.com

\*\*\*Candidata a Doctor en Derecho, Docente-Investigador de la Unidad Académica del Norte perteneciente a la Universidad Autónoma de Nayarit, integrante del Cuerpo Académico Gobierno, Medio Ambiente y Desarrollo, perfil PRODEP. - ismasangal@yahoo.com.mx

## 1. Introducción

Dentro de las múltiples formas de expresiones y conocimientos tradicionales al interior de las etnias que integran el planeta y en especial el territorio mexicano, existen diversas problemáticas especialmente en el ámbito de la protección de su patrimonio inmaterial que en ocasiones sufren vulneraciones por diversos actores principalmente económicos.

Desde tiempo atrás, los pueblos indígenas han transitado por abusos con relación a su cultura en todos sus ámbitos, iniciando desde el periodo de colonización, en la actualidad el podereconómico ha influido en cierta medida generando prácticas que de alguna forma pueden perjudicar a dichas culturas ancestrales considerando en cierta medida que sus conocimientos, artesanías y demás capital intelectual, es una forma de obtención de recursos para su manutención.

En este contexto, el campo de la propiedad intelectual debe ser una respuesta efectiva para los pueblos originarios, dicha disciplina alrededor del mundo y de su historia ha sufrido grandes modificaciones; sin embargo, en el caso de las etnias indígenas existen serios problemas al respecto, actualmente se considera que aún no es óptima en la protección de distintas expresiones culturales y conocimientos tradicionales.

Eventualmente se han construido transgresiones generadas dentro del campo de la normatividad jurídica en la protección de activos intangibles indígenas, las mencionadas violaciones no solo se generan en este rubro en específico; la piratería por otro lado, es un problema mayúsculo que invade constantemente las ideas protegidas afectando de forma directa e indirecta no solo a pueblos originarios, sino que daña de igual forma a variados sectores productivos incluyendo directa o indirectamente al mismo Estado al no percibir contribuciones por este concepto.

En el caso específico de México, se considera un país con diversas etnias indígenas, lo anterior se fundamenta debido a que cuenta con 69 lenguas nacionales 68 indígenas y el español, por lo que se encuentra entre las primeras 10 naciones con más lenguas originarias y ocupa el segundo lugar con esta característica en América Latina, después de Brasil (Secretaría de Cultura de México, 2018). Con relación a lo anterior, los distintos grupos poseen múltiples conocimientos sobre la biodiversidad de sus territorios y la utilizan con distintos fines; sin embargo, se han dado situaciones de extracción ilegal de estos recursos, lo cual se conoce como biopiratería (Enciso, 2007). Lo anterior, solo muestra una proporción de las problemáticas a la que se enfrentan las etnias

en general al ser su patrimonio inmaterial literalmente en diversas ocasiones saqueado en distintas formas.

La investigación se centra dentro del Estado de Nayarit y tiene como objetivo, el estudio del andamiaje jurídico de los pueblos que integran dicho territorio con relación al derecho de protección sobre sus riquezas intelectuales; en consecuencia, se enlistan una serie de justificaciones y resultados que hacen pertinente el presente artículo.

## **2. Metodología y Técnicas**

El estudio que se presenta, es una investigación documental concerniente en diversas fuentes bibliográficas que tiene relación con la normatividad que regula el patrimonio inmaterial indígena, y con la legislación respectiva aplicada en el territorio de Nayarit México; se empleó el método analítico, lo anterior debido a que se considera viable para la investigación. En este mismo sentido, se examinó una serie de estatutos que tienen concordancia directa con el objeto de estudio, desde tratados e información internacional así como la misma normatividad nacional y local entre otros documentos; la técnica utilizada, es la conocida como análisis de contenido, en este contexto fue necesario una desmembración del articulado que

conforma la legislación que impacta directamente con el tema descrito principalmente.

## **3. Desarrollo**

Una de las principales problemáticas que enfrentan las etnias en las distintas naciones alrededor del orbe, es el insuficiente conocimiento que existe en esta temática de la propiedad intelectual con respecto a la protección de sus artesanías, obras, remedios tradicionales y expresiones culturales como parte de su patrimonio inmaterial; lo precedente causa irremediamente pérdida de su identidad cultural, como consecuencia:

En el terreno de los reclamos sobre la propiedad intelectual organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales como Naciones Unidas, acompañan las demandas indígenas estipuladas como derechos al patrimonio cultural y natural. Los reclamos abarcan desde el patentamiento de plantas sagradas y de buena parte de la medicina tradicional realizada por las multinacionales, o el uso cada vez más frecuente de motivos étnicos en las pasarelas de la moda que ostentan marcas ajenas a quienes les dieron origen, hasta la acción de particulares e instituciones que escriben, graban y venden con fines comerciales cantos, leyendas y cuentos tradicionales, sin importar cómo

estos usos mercantilizados afectan y violan derechos fundamentales reconocidos (Bayardo & Spadafora, 2000).

En ocasiones el abuso que se comete hacia los indígenas por la incipiente protección de sus distintas vertientes del patrimonio inmaterial es preocupante, como lo menciona Bayardo y Spadafora: el uso comercial de productos tradicionales para beneficio de entes económicos en ocasiones refugiados en la obscuridad de las leyes, tiene el otorgamiento de derechos privados sobre bienes existentes en la naturaleza mediante el régimen de “patentes”, derechos que por otra parte tienden a consagrar el beneficio de los sectores y países más capitalizados.

Por lo antes descrito, existen diversos obstáculos de orden jurídico que no permiten tener una garantía de protección; lo anterior, ha sido en distintas ocasiones planteado por investigadores e instituciones; de igual forma, el sistema económico se encuentra involucrado al no establecer en la gran mayoría de los casos, beneficios específicos y directos hacia los detentores de los conocimientos tradicionales, el problema de fondo aún es que el sistema de patentes, el de los derechos de propiedad intelectual, está hecho a la medida de las compañías multinacionales (Carrillo-Trueba, 2006).

Cabe agregar que las etnias de México no son ajenas a la problemática manifestada, el resultado de un andamiaje jurídico difuso trae necesariamente como resultado posibles abusos entre plagios cometidos contra sus conocimientos tradicionales, por lo tanto:

El actual sistema internacional de protección para la propiedad intelectual ha reducido el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural e intelectual; además, tanto la protección nacional como en el ámbito internacional (acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a biodiversidad) han creado un escenario de alto riesgo para los pueblos indígenas (Flores Alcántara, 2015).

De igual forma, se encuentran los abusos como son las manipulaciones o modificaciones realizadas sobre vestimentas y símbolos sagrados en algunas regiones del país; un ejemplo de lo anterior, es lo manifestado por el representante de un grupo étnico mexicano denunciado en la sierra de Chihuahua, la existencia de personas que están vendiendo ropa o indumentaria tarahumara pirata; es decir, que dichas prendas no son originales, y por ello se está investigando quiénes la producen (La Crónica de Chihuahua, 2014). Otro incidente en México, se originó a partir de la denuncia formulada en

la comunidad de San Juan Bautista Tlacoatzintepec, por la copia burda del diseño de un huipil chinanteco realizado por una empresa española (Jalife Daher, 2017).

En el ámbito del espacio de este estudio referenciado, los indígenas de Nayarit y parte del Estado de Jalisco conocidos como huicholes (wixaritari) dentro del año 2011 en un evento deportivo sufrieron desde su perspectiva, agresiones hacia su cultura debido a la utilización como mascota del venado, una de las figuras más sagradas en las ceremonias religiosas del pueblo huichol (o wixárika), el cual lo utiliza el Comité Organizador de los Juegos Panamericanos Guadalajara 2011 (COPAG) como una mascota, con el nombre Huichi” (López, 2011).

Es evidente entonces como en el caso de México la riqueza es variada, desde conocimientos tradicionales con la utilización de plantas medicinales, un sin número de artesanías de distintas formas y materiales que son distintivas de grupos étnicos preestablecidos, danzas y literatura ancestrales identificados que en conjunto forman parte de la riqueza cultural del país. Sin embargo, al ser un patrimonio común, la protección no está claramente definida por el andamiaje jurídico del derecho de propiedad intelectual, el debate sobre las políticas relativas a los conocimientos tradicionales y al sistema de propiedad intelectual ha

puesto de relieve las limitaciones de la actual normativa de propiedad intelectual a la hora de responder a las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales (OMPI).

El aspecto anteriormente mencionado, revela la posibilidad de violaciones de derecho moral y patrimonial dentro del contexto de la propiedad intelectual indígena en México, el resultado expuesto se debe a la ausencia de un marco jurídico que proteja los derechos de autor de las artesanías tradicionales, lo que facilita la piratería por parte de la industria extranjera (Vázquez, 2016). En este mismo sentido, la antropóloga Martha Turok afirma:

Si tienes un bien cultural colectivo que no tiene autores definidos, no aplican en automático ni las leyes de propiedad industrial mediante la marca colectiva ni los derechos de autor colectivos porque no fueron pensados para estos casos. Son como dos trenes que chocan de frente, porque tanto los derechos de autor como los derechos de propiedad industrial privatizan: parten del registro de algo privado, y lo que nos vienen diciendo las comunidades es que ellos no parten de una privatización, sino de un respeto (Israde, 2017).

En los marcos de las observaciones anteriores y, a raíz de diversos sucesos en los que se consideran violentados derechos sobre conocimientos y tradiciones de pueblos originarios,

se desprende la incertidumbre legal en distintos aspectos del patrimonio inmaterial de grupos étnicos y demuestra la necesidad de analizar las legislaciones principalmente nacional y local; el objetivo consiste en determinar conclusiones que permitan contrastar la hipótesis de falta de normatividad con relación al espacio en estudio y al tema expuesto.

En el ámbito internacional se han establecido distintos esfuerzos en la protección del patrimonio inmaterial indígena, dentro de convenios y leyes que se consideran esenciales, se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1948. El documento establece un apartado específico sobre los derechos culturales, así mismo se encuentran interrelacionados con los derechos de propiedad intelectual; para tal efecto el artículo 27 afirma: toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, en el segundo párrafo afirma como toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (Naciones Unidas, 1948).

México, es parte de convenios internacionales en materia de

derechos indígenas; como ejemplo se encuentra en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con respecto al patrimonio inmaterial de grupos étnicos, el artículo segundo redacta:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (ACNUDH, 2018).

En este sentido, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, es un convenio relacionado a los derechos indígenas del cual es parte el Estado mexicano desde el 20 de abril del

2006. El documento reconoce en sus objetivos específicamente el primero, la necesidad de proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales (UNESCO, 2005).

En las mismas circunstancias se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dentro de su normatividad establece el numeral 31 que señala:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales (ONU, 2007).

Dicha declaración de igual forma vincula a los países miembros con relación a la protección de su patrimonio material e inmaterial y, determina específicamente en la

parte segunda del mismo artículo 31, la obligatoriedad conjuntamente con los pueblos indígenas, para aplicar estrategias en el reconocimiento y la protección de sus derechos.

Como consecuencia, la nación mexicana ha incluido dentro de su normatividad, un andamiaje jurídico relacionado hacia la protección de las etnias indígenas, por un lado dentro de su Carta Magna o bien, en la construcción de leyes secundarias que impactan dentro de las garantías de estos pueblos originarios, en este tenor la Constitución en su artículo segundo y específicamente en su apartado A fracción IV tipifica: preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

Lo anterior, magnifica la obligación que adquiere el Estado como protector del patrimonio inmaterial indígena, y culmina el compromiso mandatando a constituciones conjuntamente con leyes locales en el establecimiento de características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público (LXIV Cámara de Diputados, 2018).

En el mismo contexto, y de manera reciente se ha aprobado una nueva

normatividad, la ley de cultura y derechos culturales de aplicabilidad federal, en su contenido establece como las personas deben ejercer sus derechos culturales sean individuales o colectivos, para tal efecto el artículo 15 mandata a los diferentes niveles de gobierno y dentro del ámbito de su competencia, en el desarrollo de acciones para investigar, conservar, proteger, fomentar, formar, enriquecer y difundir el patrimonio cultural inmaterial, favoreciendo la dignificación y respeto de las manifestaciones de las culturas originarias, mediante su investigación, difusión, estudio y conocimiento (LXIV Cámara de Diputados, 2017).

Dichos derechos culturales son sin lugar a dudas, disposiciones fundamentadas por el artículo segundo constitucional; el ordenamiento de igual forma, establece un aspecto importante que atañe a las entidades federativas mexicanas, en este sentido pueden normar dentro del ámbito de su competencia, el resguardo del patrimonio cultural inmaterial además de incentivar la participación de los pueblos originarios. Por último, ordena a los Estados del país y municipios a promover acciones para salvaguardar el patrimonio inmaterial.

#### **4. Nayarit y su normatividad sobre el patrimonio inmaterial indígena**

Como parte de la estructura jurídica local relacionada a la temática se

encuentra de acuerdo al orden de jerarquía, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, en este sentido decreta en el artículo séptimo, párrafo primero y fracción IV lo siguiente:

Artículo 7.- El Estado tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Todos los habitantes del estado gozarán sea cual fuere su condición:

IV. La protección y promoción del desarrollo de los valores de etnias indígenas que habitan en el Estado de Nayarit, además de observar lo ordenado en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se realizará conforme a las bases y principios siguientes:

Nuestra composición étnica plural, integrada por Coras, Huicholes, Mexicaneros y Tepehuanos se sustenta en los pueblos y comunidades indígenas que los integran y a los cuales les asiste el derecho a la libre determinación expresada en la autonomía para decidir sobre sus formas internas de convivencia y organización social, económica y cultural; en la creación de sus sistemas normativos, sus usos y costumbres, formas de gobierno tradicional, desarrollo, formas

de expresión religiosa y artística y en la facultad para proteger su identidad y patrimonio cultural.... (Congreso del Estado de Nayarit, 2018).

El artículo de la ley suprema local otorga a las comunidades y pueblos indígenas el derecho a decidir sus propias formas de organización social, con este principio se interpreta que también les asigna la facultad para ejercitar de manera directa la acción legal que más se considere conveniente en beneficio de ellos mismos, como parte de sus derechos sobre obras, artesanías, remedios tradicionales entre otros.

Sin embargo, la misma Constitución local no deja explícito aspectos relacionados a formas de organización para defender sus derechos en esta materia, así como quienes son los responsables con relación a la protección de activos intangibles indígenas en el espacio de estudio; para tal efecto, se crea la ley secundaria sobre derechos y cultura indígena para el Estado de Nayarit, dicha normativa pretende el esclarecimiento de los cuestionamientos antes descritos. El análisis del articulado conlleva a la determinación de cuatro lineamientos que de alguna forma responden a las interrogantes planteadas y consideran:

Artículo 51.- Las comunidades indígenas, con las reservas que establecen las leyes de la materia, tiene derecho a conservar,

proteger y desarrollar todas sus manifestaciones culturales, incluidos los sitios arqueológicos y sagrados, centros ceremoniales y monumentos históricos, además de sus artesanías, vestidos regionales y expresiones musicales.

Artículo 52.- El Estado y los Municipios, dentro de sus atribuciones, promoverán la preservación, fortalecimiento, difusión e investigación de la cultura indígena, a través de la creación de espacios de desarrollo y museos comunitarios. Asimismo, apoyarán la creatividad artesanal y artística de los indígenas y la comercialización de sus productos, previniendo en todo momento que no sean sujetos de explotación o abuso.

Artículo 53.- A fin de fortalecer y consolidar la identidad de las comunidades indígenas, el Estado y los Municipios protegerán y fomentarán la preservación, práctica y desarrollo de sus lenguas, así como sus costumbres y tradiciones.

Artículo 55.- El Estado con el auxilio de los Municipios, a través de sus instituciones competentes, vigilará y en su caso ejercerá las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales intelectuales de que hayan sido privados los pueblos y comunidades indígenas por medios fraudulentos (Congreso del Estado de Nayarit, 2004).

Con respecto a lo anterior, los gobiernos estatales y municipales para dar cumplimiento a la ley en mención realizan actividades artísticas y culturales promocionando a las etnias indígenas Cora y Huichol; en el caso específico de Nayarit, dicha propaganda es realizada por organismos públicos como el Centro Estatal de las Culturas Populares e Indígenas de Nayarit (CECUPI), el Consejo Estatal para la Cultura y las Artes en Nayarit (CECAN) y por otro lado, distintos organismos públicos culturales municipales; sin embargo, las instituciones brindan principalmente actividades de difusión dejando la protección de su patrimonio inmaterial indígena en un segundo término.

Dadas las condiciones que anteceden, el estatuto de cultura indígena menciona el derecho de los pueblos a proteger sus usos y costumbres; pero no especifica los tipos de protección, la manera de ejercerla, ni las instancias facultadas para dicha salvaguarda, así mismo establece que los organismos correspondientes serán el Estado y los municipios a través de sus instituciones; aunque no manifiesta a los responsables de dicha protección a excepción del Estado mismo. Por lo anterior, se considera que no existe en su totalidad una certidumbre jurídica para los grupos indígenas establecidos en Nayarit, y por consiguiente se encuentran expuestos a una situación de vulnerabilidad en el tema.

En este mismo orden y dirección, el espacio en estudio contiene otro estatuto que de alguna forma expresa algunas respuestas a las interrogantes anteriormente manifestadas; lo precedente, se refiere específicamente al caso de las instancias facultadas para salvaguarda de la cultura indígena; en este sentido, la Ley del Desarrollo Cultural para el Estado de Nayarit funge como coadyuvante en la difusión de la cultura incluyendo un numeral referente a la protección.

Artículo 8.- Se confirma el derecho que todo creador tiene a la protección de sus intereses económicos que le corresponden, por razón de las producciones artísticas, artesanales y culturales que sean de su autoría, conforme a las disposiciones legales en materia del derecho de autor y protección a la propiedad intelectual.

Artículo 9.- Es derecho de los pueblos indígenas, a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres; ello incluye el mantener y proteger las manifestaciones pasadas y presentes de sus culturas, así como los lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, artes visuales e interpretativas y literaturas (Congreso del Estado de Nayarit, 2013).

Según se ha citado, uno de los objetivos del estatuto consiste en proteger los bienes y espacios del patrimonio como parte de los derechos culturales, otro aspecto a destacar dentro del numeral ocho, es lo concerniente a la salvaguarda con base en las leyes de materia federal particularmente, la normativa sobre derechos de autor y el estatuto de propiedad industrial nacional sobre producciones sean materiales o intelectuales generadas en el día a día por artistas o intelectuales locales.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el artículo nueve enuncia la protección a conocimientos tradicionales y expresiones culturales; empero el numeral enunciado deja sin respuesta, las formas jurídicas de salvaguarda inmaterial, situación importante que genera incertidumbre jurídica a las etnias en Nayarit.

En otro orden de ideas y como última observación del análisis a la multicitada ley de desarrollo cultural de Nayarit, es que define al organismo responsable de las directrices culturales en este caso, el Consejo Estatal para la Cultura y las Artes en Nayarit (CECAN), con objetivos principalmente de difusión.

Con respecto al ámbito municipal, los preceptos que detallan de alguna forma la propiedad intelectual de los

indígenas de acuerdo a lo acordado por el estatuto de derechos y cultura indígena, es la Ley Municipal para el Estado de Nayarit y lo correlativo de la misma son los artículos 17 y 18 que a la letra dicen:

Artículo 17.- En los municipios donde se encuentren asentados pueblos indígenas, los Ayuntamientos promoverán el desarrollo de sus lenguas, cultura, usos, costumbres, recursos naturales y sus formas específicas de organización social, atendiendo a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la particular del estado y las leyes de la materia. Asimismo, promoverán que la educación básica se imparta en idioma español y en la lengua indígena correspondiente.

Artículo 18.- Los planes de desarrollo municipal deberán contener programas y acciones tendientes al crecimiento y bienestar de los pueblos indígenas a que hace referencia el artículo anterior, respetando sus formas de organización, producción y comercio (Congreso del Estado de Nayarit, 2014).

Significa entonces que la legislación mandata a los municipios en la promoción y desarrollo de sus expresiones culturales en términos generales, cabe hacer mención que no especifica énfasis alguno en el reconocimiento del patrimonio inmaterial de grupos étnicos, ni

otorga derechos de registro de protección intelectual sobre las artes e invenciones a pesar de encontrarse fundamentado en el citado artículo segundo fracción I de la Carta Magna mexicana, dicho numeral define la obligatoriedad de proteger todo lo relacionado al patrimonio inmaterial por los estados y municipios que integran la federación.

En este contexto, la investigación de igual forma analiza la normatividad con relación al estudio de reglamentos municipales del estado de Nayarit, el objetivo es el reconocimiento de numerales que inciden en el tema de la protección indígena como lo exhiben las leyes locales y la misma Constitución federal.

El cuadro anterior define a los municipios que contienen dentro de su marco normativo reglamentos que involucran la protección de su patrimonio sea material o inmaterial, cabe aclarar que el único reglamento que se encontró, no mantiene relación alguna con la protección jurídica del patrimonio inmaterial específicamente indígena, tema del presente estudio y, comprobando con lo que antecede nuevamente la importancia de modificaciones con el propósito de mantener viva la cultura y tradición milenaria de Coras, Huicholes, Tepehuanos, Náhuatl entre otras etnias que habitan en Nayarit.

MUNICIPIO	REGLAMENTO MUNICIPAL	Artículos que se relacionan con la protección o difusión del patrimonio inmaterial del municipio.
1. Acaponeta.	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
2. Ahuacatlán.	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
3. Amatlán de Cañas.	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
4. Bahía de Banderas.	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	

<b>5. Compostela.</b>	Reglamento para la protección del patrimonio edificado y mejoramiento de la imagen urbana del municipio.	Está implícito dentro de los artículos 1,3,5,7 y 8. Sin embargo no establece el mecanismo de protección jurídica.
<b>6. El Nayar.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>7. Huajicori.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>8. Ixtlán del Río.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>9. Jala.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>10. La yesca.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>11. Rosamorada.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>12. Ruiz.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>13. San Blás.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>14. San Pedro Lagunillas</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>15. Santa María del Oro.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>16. Santiago Ixcuincla.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>17. Tecuala.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta	
<b>18. Tepic.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	

<b>19. Tuxpan.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	
<b>20. Xalisco.</b>	No existe normativa que incida en la temática expuesta.	

**Fuente:** Elaboración propia con datos obtenidos de las páginas oficiales de los municipios del Estado de Nayarit.

## Conclusiones

En el panorama internacional, la temática del patrimonio inmaterial relacionado con los pueblos originarios se considera un andamiaje jurídico complejo; los organismos internacionales como la ONU, OEA, o la misma OMPI, son impulsores de la protección mediante declaraciones y convenios que se suscriben entre naciones con el firme propósito de coadyuvar con la protección de conocimientos tradicionales y expresiones culturales indígenas.

No obstante, la dificultad de consensos para el establecimiento de un acuerdo mundial en el tema emplea forzosamente aristas del orden económico, y de normatividades nacionales entre otras que no permiten en la actualidad un eficaz sistema de protección; es pertinente aclarar la existencia de antecedentes que vislumbran positivamente la creación de políticas y acuerdos en la materia, un ejemplo son las denominaciones de origen, protección especial de un territorio; en este mismo contexto, se encuentran los tratados bilaterales entre naciones que impactan de alguna manera en la propiedad intelectual en términos generales.

En este mismo tenor, el artículo 31 fracción II de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, asigna una importante responsabilidad a los Estados para el cumplimiento y la preservación de la cultura indígena al ser el protector del mismo patrimonio inmaterial de los grupos étnicos; en este sentido, el Estado mexicano tiene obligación expresa de atender de manera efectiva la temática del capital intelectual indígena ya fundamentado dentro del artículo segundo constitucional; por lo tanto, es apremiante una respuesta jurídica mediante una reestructuración sobre protección de la propiedad intelectual con respecto a los pueblos originarios del país.

En el marco de las consideraciones anteriores, el andamiaje nacional no tiene una ley exclusiva sobre el patrimonio inmaterial indígena que sea la directriz principal en la protección de conocimientos ancestrales. Por lo anterior se hace imprescindible que las autoridades mexicanas responsables establezcan reglas claras de actuación jurídica que permitan una efectiva defensa

ante posibles abusos, principalmente de actores económicos. En este orden de ideas, se puede citar la existencia de indicios importantes en México para la creación de normativas específicas del tema, uno de ellas la iniciativa de Ley de Conservación y Protección de los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas (Cámara de Diputados LXIV Legislatura, 2014).

Como referencia, cabe aclarar que las formas de protección para cualquier ciudadano en cuestión de propiedad intelectual en México, se encuentran reguladas por la Ley de la Propiedad Industrial y la misma Ley Federal del Derecho de Autor publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991 y el 24 de diciembre de 1996 respectivamente; con relación a la normativa sobre derechos de autor tipifica un apartado que regula las expresiones de las culturas populares sin autor identificable, en términos generales dicha ley otorga protección por parte del Estado mexicano y cede su libre utilización con la condición de mencionar su región, comunidad o etnia propietaria; sin embargo, este apartado no establece lo relacionado al derecho patrimonial, en otras palabras los beneficios económicos que se obtienen con la utilización de obras primigenias no conceden rentabilidad alguna al Estado mexicano o para el grupo étnico titular, en este aspecto se considera pertinente la elaboración

de estudios jurídicos que coadyuven a otorgar con base a derecho y que permitan de alguna forma en su caso, regalías para los poseedores de dichas expresiones culturales.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, resulta relevante reconocer la responsabilidad que adquiere el Estado mexicano fundamentado en convenios y declaraciones internacionales así como en la misma ley suprema, ante la protección del patrimonio inmaterial indígena, si bien se establecen derechos en la nueva ley general de cultura, la misma Constitución ordena a los estados y municipios entre otras facultades lo relacionado a la protección.

En el contexto local, la Constitución de Nayarit tipifica la protección de los conocimientos y tradiciones indígenas y lo materializa en la Ley de Derechos y Cultura Indígena así como la Ley de Desarrollo Cultural para el Estado de Nayarit; sin embargo, dentro del análisis realizado se observa la no inclusión de procedimientos de protección jurídica ante posibles violaciones que brinden certeza en la tutela del patrimonio inmaterial indígena, es evidente sugerir reformar dicho ordenamiento que permita un entorno de seguridad jurídica a los productos artesanales, obras, danzas y medicina tradicional milenaria con fines diversos como la comercialización y por consiguiente la obtención de beneficios colectivos de los pueblos originarios del Estado.

Después de lo expuesto, es imprescindible la garantía del CECAN en el tema del patrimonio inmaterial indígena, la dependencia en mención debe además de promocionar, ser responsable de proteger y vigilar la propiedad intelectual de las etnias indígenas de Nayarit. Por lo tanto, la modificación a la normatividad expuesta se considera fundamental con la adhesión de competencias o facultades definidas desde el ámbito estatal a través de dicha Institución, de igual forma se considera importante, la construcción de lineamientos específicos para atender denuncias sobre posibles casos de vulneraciones del patrimonio inmaterial indígena de Nayarit y, consecuentemente económico que pudieran sufrir los grupos étnicos ante sus conocimientos y tradiciones milenarias.

En el ámbito de la normatividad municipal con respecto al tema de investigación, el análisis demuestra la inexistencia de reglamentos que protejan el patrimonio inmaterial de los municipios a excepción de Compostela que manifiesta un conjunto de normas que tienen definidas las funciones principalmente de protección inmaterial, cabe destacar que dicho reglamento no establece artículo alguno direccionado al capital intelectual indígena. En otro orden de ideas, se concluye en la necesidad del establecimiento de unidades administrativas dentro de

los municipios que realicen como objetivo, gestiones necesarias de protección y vigilancia ante dependencias responsables del orden local y nacional.

Como puede observarse, nuevamente se hace indispensable en este caso, la elaboración de marcos regulatorios municipales que provean de mecanismos de protección debido a la carencia de ellos dentro de las alcaldías, es esencial puntualizar la obligación que adquieren las municipalidades y el mismo Estado de Nayarit mandatado dentro de la misma Constitución local; sin embargo, se considera que dicho ordenamiento no es del todo acatado dentro del tema del patrimonio inmaterial indígena.

Como conclusión final, es complicado que los pueblos indígenas soliciten o acudan a las autoridades para reclamar atropellos o violaciones que pudieran sufrir en el tema, ciertas ocasiones es por su misma cosmovisión del universo y que de alguna manera rigen su vida en sociedad. En este sentido, es posible una armonización jurídica que permita beneficios para preservar toda la riqueza cultural de Nayarit y de México, consecuentemente lo anterior, proporcione beneficios económicos y sociales para los involucrados en este país rico en conocimientos y tradiciones milenarias.

## Bibliografía

ACNUDH. (07 de Junio de 2018). Interés Profesional. Naciones Unidas Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Obtenido de Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Indigenous.aspx>

Bayardo, R., & Spadafora, A. M. (14 de Septiembre de 2000). Monografías e investigaciones: Derecho de los pueblos indígenas Derechos Culturales y Derechos de Propiedad Intelectual: un campo de negociación conflictivo. Obtenido de Derecho de los pueblos indígenas: <http://indigenas.bioetica.org/not/PDF/Bayardo-Spadafora.pdf>

Cámara de Diputados LXIV Legislatura. (04 de Marzo de 2014). Gaceta Parlamentaria: Cámara de Diputados LXIV Legislatura Iniciativa de Ley de Conservación y Protección de los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas. Obtenido de Cámara de Diputados LXIV Legislatura: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/62/2014/mar/20140304-VI/Iniciativa-6.html>

Carrillo-Trueba, C. (2006). De patentes y derechos de los pueblos indígenas. Ciencias. Universidad Nacional Autónoma de México, 31-37.

Congreso del Estado de Nayarit. (18 de Diciembre de 2004). Compilación Legislativa:Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura Ley de Derecho y Cultura Indígena del Estado de Nayarit. Obtenido de Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura: [www.congresonayarit.mx/media/1181/dere-](http://www.congresonayarit.mx/media/1181/derechos_y_cultura_indigena_del_estado_de_nayarit-ley-de.pdf)

[chos\\_y\\_cultura\\_indigena\\_del\\_estado\\_de\\_nayarit-ley-de.pdf](http://www.congresonayarit.mx/media/1183/desarrollo_cultural_para_el_estado_de_nayarit_-ley-de.pdf)

Congreso del Estado de Nayarit. (23 de Marzo de 2013). Compilación Legislativa:Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura Ley de Desarrollo Cultural para el Estado de Nayarit. Obtenido de Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura: [www.congresonayarit.mx/media/1183/desarrollo\\_cultural\\_para\\_el\\_estado\\_de\\_nayarit\\_-ley-de.pdf](http://www.congresonayarit.mx/media/1183/desarrollo_cultural_para_el_estado_de_nayarit_-ley-de.pdf)

Congreso del Estado de Nayarit. (24 de Diciembre de 2014). Compilación Legislativa:Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura Ley Municipal para el Estado de Nayarit. Obtenido de Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura: [http://www.congresonayarit.mx/media/1149/municipal\\_para\\_el\\_estado\\_de\\_nayarit\\_-ley.pdf](http://www.congresonayarit.mx/media/1149/municipal_para_el_estado_de_nayarit_-ley.pdf)

Congreso del Estado de Nayarit. (28 de Marzo de 2018). Compilación Legislativa:Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit. Obtenido de Poder Legislativo Nayarit XXXII Legislatura: [www.congresonayarit.mx/media/2962/constitucion.pdf](http://www.congresonayarit.mx/media/2962/constitucion.pdf)

Enciso, A. (02 de Noviembre de 2007). Política: La Jornada Alertan investigadores sobre biopiratería y robo del conocimiento tradicional. Obtenido de La Jornada: <http://www.jornada.unam.mx/2007/11/02/index>.

Flores Alcántara, I. C. (16 de Diciembre de 2015). Análisis: Contralínea Propiedad Intelectual vulnerable. Obtenido de Contralínea: <http://www.contralinea.com.mx/archivo-revista/index.php/2015/12/16/propiedad-intelectual-indigena-vulnerable/>

Israde, Y. (17 de Junio de 2017). Portada: Reforma Lamentan plagios de diseños indígenas. Obtenido de Reforma: <http://www.reforma.com/aplicacioneslibre/articulo/default.spx?i=1140688&d5=b4a-3f5e5a055b06f76aec5dc97eb80b&ta=0df-dbac11765226904c16cb9ad1b2efe>

Jalife Daher, M. (22 de Febrero de 2017). Opinión: El Financiero Siguen plagios de diseños indígenas. Obtenido de El Financiero: <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/siguen-plagios-de-disenos-indigenas.html>

La Crónica de Chihuahua. (Abril de 2014). El Estado: La Crónica de Chihuahua Venden artesanía y ropa pirata como si fueran Tarahumaras. Obtenido de La Crónica de Chihuahua: <http://www.cronicadechihuahua.com/Venden-artesania-y-ropa-pirata.html>

# LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA

## The rights of Nature in Colombian and Indian case-law

*Silvia Bagni\**

Presentado: 05 de septiembre de 2018. Aceptado: 31 de octubre de 2018

**RESUMEN:** La Naturaleza ha sido, por largo tiempo, una voz no escuchada por el derecho. Sin embargo, desde los (Setentas) Setenta del siglo pasado, la comunidad internacional ha empezado a cambiar de mentalidad y considerar el ambiente como un objeto de interés jurídico. La crisis ambiental que está amenazando el planeta, nuestra Casa común, y nuevos enfoques epistemológicos basados en la earth jurisprudence, han favorecido la emersión del concepto de “derechos de la Naturaleza”. A nivel constitucional, han sido reconocidos en la Constitución de Ecuador en 2008(, pero). Además, muchos otros Países han aprobado(s) leyes que atribuyen personalidad jurídica a ríos, glaciares, animales, etc. El (artículo) artículo compara la reciente jurisprudencia colombiana e indiana que ha reconocido componentes naturales como sujetos de derechos.

### ABSTRACT:

The rights of Nature in Colombian and Indian case-law. Nature has been for long time an unheard voice for the Law. Since the Seventies of the past century, however, the international community has begun to change its mind and to consider the environment as something worthy of consideration from a legal perspective. The environmental crisis that is menacing the existence of our common Home and new epistemological approaches based on earth jurisprudence have favored the emergence of the concept of “rights of Nature”. At constitutional level, it has been introduced in the 2008 Ecuadorian Constitution. Besides, other countries have implemented laws about the rights of rivers, glaciers, animals, etc. The article focuses on the case-law formant and compares recent Colombian and Indian case-law, where “legal personality” has been recognized to natural elements.

**KEYWORDS:** rights of Nature; ecological constitutionalism; Harmony with Nature; biocultural rights; sustainable development

«[...] before these priceless bits of America (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard»

(Mr. Justice Douglas, dissenting opinion en *Sierra Club vs. Morton*, Sec. Int., 405 U.S. 727 (1972))

\*Doctora en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, Investigador en Derecho Público Comparado de la Universidad de Bolonia, Beca posdoctoral en Derecho Público Comparado en la Universidad de Bolonia, Investigadora de Derecho Público Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. - [silvia.bagni@unibo.it](mailto:silvia.bagni@unibo.it)

## 1. El camino hacia el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos

En la tradición judeo-cristiana, el ser humano es puesto en el centro de la creación y domina la Naturaleza. Sin embargo, y a pesar de la reticencia con la cual se cambia punto de vista en la Iglesia católica, el Papa Francisco, con la Encíclica *Laudato sii*, ha escuchado el grito de dolor de la Naturaleza<sup>1</sup>, invitando a la sociedad, creyentes y no, a un cambio ecológico en sus relaciones con la creación. La Encíclica insiste sobre la conexión estrecha entre el maltrato del entorno natural y la situación de pobreza extrema en

la cual viven casi 800 millones de personas<sup>2</sup>; que sufren de hambre en un mundo que podría garantizar a todos los medios de sustento, si no fuese sobre-explotado por un sistema económico voraz y sumamente desigual.

La indisoluble relación entre pobreza y crisis ecológica ha sido subrayada por la mayoría de los estudios sociales críticos que defienden la emersión de nuevos paradigmas epistemológicos fundados desde el Sur<sup>3</sup>, a través de la recuperación de tradiciones culturales autóctonas, siempre vinculadas a una relación armónica, y no jerárquica o de explotación entre el ser humano y la Naturaleza.

En el ámbito jurídico, esta visión crítica implica un replanteamiento de las tradicionales categorías del derecho del medio ambiente, a partir de una perspectiva no antropocéntrica, sino bio o ecocéntrica. El cambio de perspectiva permite avanzar en la idea de una nueva dogmática de los derechos, que incluye también, entre los sujetos jurídicos, seres no

1 V. también E. Galeano, *We Must Stop Playing Deaf to Nature*, en Aa.Vv., *Does Nature have Rights? Transforming Grassroots Organizing to Protect People and the Planet*, Pachamama Foundation, 2: «Nature has a lot to say, and it has long been time for us, her children, to stop playing deaf. Maybe even God will hear the cry rising from this Andean country and add an eleventh amendment, which he left out when he handed down instructions from Mount Sinai: "Love nature, which you are a part of"». Defensa de la Naturaleza y lucha a la pobreza son las líneas de desarrollo del pensamiento de Galeano y de Paulo Freire, que han influenciado el movimiento ambientalista en América Latina. A lo mejor, no es por casualidad que hay sido un Papa argentino a firmar la *Laudato sii*. Cfr. J. Martínez-Alier, M. Baud and H. Sejenovich, *Origins and Perspectives of Latin American Environmentalism*, en F. de Castro, B. Hogenboom, M. Baud (eds), *Environmental Governance in Latin America*, Palgrave Macmillan, 2016, DOI 10.1057/9781137505729, 43.

2 Informe Oxfam 2018, <https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto-Davos-2018.-Ricompensare-il-Lavoro-Non-la-Ricchezza.pdf>

3 Nos referimos a B. de Sousa Santos, *Una Epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Buenos Aires, 2009. V. sin embargo, fuera de América, U. Baxi, *Towards a climate change justice theory?*, en *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 7, No. 1, 2016, 7-31.

humanos, como la Naturaleza en sí misma o sus propios componentes<sup>4</sup>.

Este pensamiento crítico ha influenciado el nuevo constitucionalismo andino, en particular en Ecuador y Bolivia.

El capítulo VIII de la Constitución ecuatoriana de 2008 se intitula “De los derechos de la Naturaleza” y el art. 71 afirma que «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». La norma reconoce a toda persona, comunidad, pueblo y nacionalidad la legitimación para exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza. Además, el Estado se compromete a incentivar a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la Naturaleza, y a promover el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. El art. 72 const. atribuye a la Naturaleza un autónomo derecho a la restauración, que será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

Hay varias disposiciones más que integran la “Constitución

ecológica” ecuatoriana<sup>5</sup>. Algunas ponen en relación la defensa de la Naturaleza con otro concepto clave del “giro biocéntrico” del ordenamiento: el *sumak kawsay* o *buen vivir*. Es un concepto propio de las cosmovisiones andinas que, según el preámbulo de la Constitución, representa el objetivo supremo del Estado: construir una nueva forma de convivencia ciudadana, un nuevo pacto social, en diversidad (interculturalidad y plurinacionalidad) y armonía con la naturaleza<sup>6</sup>.

La Constitución boliviana de 2009, aun incorporando el equivalente aymara del *sumak kawsay*, el *suma kamaña*, no llega hasta el reconocimiento de derechos a la Naturaleza. Sin embargo, este resultado se ha logrado por medio de reformas legislativas, con la Ley 71 de 2010 (*Ley de derechos de la Madre Tierra*) y la Ley 300 de 2012 (*Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien*).

4 Una exhaustiva reflexión se encuentra en M. Carducci, *Natura (diritti della)*, en *Dig. Disc. Pubbl.*, Milán, 2017, 486 ss.

5 Por ej., el art. 250, que reconoce el territorio de las provincias amazónicas como parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta; o el art. 395 ss. sobre Naturaleza y ambiente, biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas.

6 Se renvía a S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, en S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bolonia, 2013, 19-59.

El Gobierno boliviano ha sido el principal promotor de otra importante iniciativa en defensa de la Naturaleza frente a las Naciones Unidas. Después del discurso del Presidente Morales a la Asamblea General en 2009, las NN.UU. proclaman, el 22 de abril Día Internacional de la Madre Tierra. Enseguida, la Asamblea adopta la primera Resolución sobre Armonía con la Naturaleza. A partir de 2011, bajo informes redactados por el Secretario General, la Asamblea organiza cada año un debate interactivo sobre el tema y se crea oficialmente el programa *Harmony with Nature*. Desde 2016, la Asamblea decide incluir formalmente en este programa un grupo de expertos de *earth jurisprudence*, que son involucrados en un diálogo virtual permanente, con el objetivo de sensibilizar la opinión pública mundial sobre la necesidad de un giro ecocéntrico en todo tipo de relación humana.

Al mismo tiempo, varios Países han implementado acciones para el reconocimiento de derechos a la Naturaleza. Por ej., se han aprobado leyes que otorgan el estatus de sujeto de derechos a elementos naturales, como ríos, montañas, glaciares, etc., a menudo en conexión con la defensa de las tradiciones y costumbres de pueblos indígenas, como en Australia el río Yarra o en Nueva Zelanda el exparque nacional Te Urewera o el río Te Waiū-o-Te-Ika.

## 2. Finalidad de la comparación y criterio de comparabilidad

En algunos Países, el reconocimiento de derechos a la Naturaleza no ha pasado por la vía legislativa o constitucional, sino por el formante jurisprudencial<sup>7</sup>.

El objetivo de la presente investigación es comparar las varias sentencias para conocer y clasificar los instrumentos jurídicos, los parámetros y las argumentaciones que las Cortes han utilizado con el fin de reconocer el estatus de persona jurídica a ríos, lagos, glaciares, hábitats naturales, etc.

En Ecuador, el 30 de marzo de 2011, la Corte provincial de Loja decide el caso *Loja v. Río Vilcabamba*, aplicando por primera vez el art. 71 const. sobre derechos de la Naturaleza, para que se respete el ciclo vital de un río, amenazado por trabajos de excavación finalizados a la construcción de una nueva carretera provincial. La acción de protección es promovida por dos extranjeros residentes

7 El programa *Harmony with Nature*, <http://www.harmonywithnatureun.org>, cura la actualización de un *database* de actos normativos y jurisprudenciales donde se reconocen los derechos de la Naturaleza en todo el mundo. Los ordenamientos donde existen sentencias sobre derechos de la Naturaleza son: Colombia, Ecuador, India y Estados Unidos. V. también L. Cano Pecharroman, *Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court*, en *Resources*, vol. 7, n. 1, 2018, 1-14.

en el área, bajo la legitimación universal reconocida por ley en caso de acciones para la defensa de derechos constitucionales. La sentencia puede parecer una gran victoria del frente popular que apoyaba, desde la constituyente, la idea del otorgamiento de derechos a la Naturaleza<sup>8</sup>. Sin embargo, el fallo se ha quedado prácticamente incumplido, tanto que los accionantes recurren por incumplimiento frente a la Corte constitucional, lamentando la falta de elaboración de un Plan de Remediación y Rehabilitación de Áreas Afectadas, según los requerimientos técnicos previstos en la sentencia de la Corte provincial. La Corte constitucional, con sentencia N° 012-18-SIS-CC, de 28 de marzo de 2018, niega el incumplimiento, declarando que las acciones promovidas por las autoridades públicas deben entenderse como suficientes.

Posteriormente, otras sentencias de cortes ecuatorianas, tanto

constitucionales cuanto ordinarias, han utilizado el art. 71 como parámetro en varias ocasiones<sup>9</sup>. Sin embargo, esta jurisprudencia no es comparable con las de otros Países, donde los derechos de la Naturaleza no han sido expresamente previstos en la Constitución o en la ley. De hecho, existe una norma constitucional que puede ser invocada como parámetro; la previsión en Constitución de una norma que prevé la directa e inmediata aplicación de los derechos constitucionales por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (art. 11, N° 3 const.); la ausencia de jerarquía

8 Cfr., durante la constituyente, A. Acosta, ¿Tienen derechos los animales?, en *La Insignia*, 10 enero 2008, y luego los ensayos incluidos en A. Acosta, E. Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, 2009 y por ende A. Acosta, E. Martínez, *Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, en S. Bagni (a cura di), *Come governare l'ecosistema? - How to govern the ecosystem? - ¿Cómo gobernar el ecosistema?*, Bolonia, 2018, DOI 10.6092/unibo/amsacta/5799, 13 ss. Además, varios escritos de R. Ávila Santamaría, por ej. en *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, 2016.

9 V., por ej., Corte const., sent. (n.º) N° 017-12-SIN-CC, 26 de abril de 2012, sobre los límites de establecimiento en las islas Galápagos; Juez Temporal Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos, juicio cautelar (n.º) N° 269-2012, sobre obras públicas sin autorización ambiental; noveno Tribunal de Garantías penales del Guayas, juicio pen. 09171-2015-0004, sobre pesca ilegal de tiburón; Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito, causa (n.º) N° 2003-2014 - C.T., 8 septiembre 2015, sobre la matanza ilegal de un jaguar; Corte const., sent. (n.º) N° 218-15-SEP-CC, sobre ponderación entre derechos de la Naturaleza y derecho al trabajo (es el primer caso en materia, planteado con acción extraordinaria de protección: cfr. F.J. Bustamante Romo Leroux, *Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, 1 marzo 2016, <http://observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec>).

entre los derechos constitucionales (art. 11, N° 6 const.); el principio interpretativo *in dubio pro natura* (art. 395, N° 4 const.); todo esto vuelve obligatoria, por el juez tutelar, la Naturaleza en los juicios promovidos por la defensa de sus derechos.

Si consideramos sólo ordenamientos donde no se encuentran explícitamente reconocidos los derechos de la Naturaleza, por ley o en Constitución, el primer caso judicial de la historia puede ser considerado *Sierra Club v. Morton*, en 1972, decidido por la Corte Suprema estadounidense. El Sierra Club es un comité de ciudadanos constituido para la defensa de un área natural en la Sierra Nevada, condado de Tulare, California. Propone un recurso frente a un proyecto de explotación turística del área presentado por Walt Disney Enterprises a las autoridades forestales locales. El proyecto incluía la construcción de *resorts*, hoteles, piscinas y otras *facilities*, en un área de 80 hectáreas, muy próxima al *Sequoia National Park*, con una inversión de 35 millones de dólares. La corte de distrito de primera instancia acepta el recurso del Sierra Club y adopta un mandato de suspensión de la ejecución del proyecto. Disney presenta apelación y la Corte del noveno circuito reforma la sentencia de primer grado. El Sierra Club propone *writ of certiorari* a la Corte Suprema.

Tampoco podemos utilizar este caso con finalidad comparativa, porque la Corte Suprema, por mayoría, negó el *certiorari* por razones procesales, apoyando la motivación de la Corte de apelación sobre la falta de *standing* del Sierra Club. Sin embargo, la sentencia ha sido considerada como el punto de inicio de la reflexión científica sobre la *earth jurisprudence*, a motivo de las opiniones separadas de los jueces Douglas y Blackmun, favorables a la extensión del *standing* para quien defiende los derechos de la Naturaleza. No debe olvidarse que la sentencia fue pronunciada en un momento histórico muy diferente del presente, donde prácticamente no existía conciencia ecológica tanto por las autoridades cuanto por la gente común.

En consideración de todo lo que venimos diciendo hasta aquí, el criterio de comparabilidad para nuestra investigación deriva de la combinación de dos elementos: el reconocimiento jurisprudencial de la personalidad jurídica a la Naturaleza o a sus componentes, como ríos, lagos, forestas, animales, ecosistemas; la ausencia de normas explícitas en Constitución que apoyan la perspectiva ecocéntrica, por debajo de la antropocéntrica, propia del derecho a un ambiente sano.

Estos criterios se encuentran en una serie de recientes sentencias por Cortes colombianas e indianas.

Establecidos los elementos de comparabilidad, hay que subrayar también las diferencias entre los dos ordenamientos, partiendo del contexto político, económico y cultural.

La Constitución indiana remonta a 1950 y su “edad” se refleja en el lenguaje con el cual se garantiza el derecho a un medio ambiente sano. El art. 48 («The State shall endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country») está incluido en la parte IV titulada “Principios directivos de la política estatal”, y no en la parte III, dedicada a los derechos fundamentales. La tutela ambiental está, sin embargo, reconocida también como deber fundamental de los ciudadanos indios (art. 51, let. g «to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures»).

La Constitución colombiana es más reciente. Por eso, su lenguaje ha sido de alguna manera influenciado por el largo debate internacional sobre la relación entre desarrollo, sostenibilidad y tutela ambiental, originado a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre el hábitat humano, y luego por el informe Brundtland de 1987 y los convenios que siguieron. En los art. 79 y 80 const. se afirma el derecho a gozar de un ambiente sano y el

deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica. Además, el Estado se compromete a planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución<sup>10</sup>. La Constitución, por lo tanto, no sólo se refiere al concepto de ambiente sano, sino defiende en múltiples ocasiones la necesidad de garantizar la dimensión “ecológica” de otros derechos como la propiedad o el desarrollo económico.

El otro elemento de distinción, que hay que tomar en cuenta sobre todo cuando se va realizando una comparación entre los instrumentos judiciales que las Cortes utilizan para lograr un mismo resultado, es el tipo de familia jurídica a la cual los sistemas pertenecen. Se trata de un sistema de derecho mixto en India, con una fuerte huella anglosajona;

10 «Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Art. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados».

de un sistema de *civil law*, en Colombia. Esta diferencia produce relevantes consecuencias en tema de instrumentos procesales para el reconocimiento y la implementación de los derechos. Sin embargo, los relevantes poderes que tienen las cortes en un sistema de *common law* permiten también dejar de lado otra diferencia formal entre los casos analizados, es decir, el distinto nivel jerárquico de los tribunales que han pronunciado las sentencias que se irán a analizar. En Colombia, de hecho, se consideran sentencias de Cortes nacionales del más alto nivel (Corte constitucional y Suprema Corte de Justicia); en India, una *High Court* de un Estado miembro de la Unión. La doctrina del precedente y la *judge-made law*, el sistema de la *Public Interest Litigation* (PIL) y los amplios poderes de mandato y ejecución que todas las cortes indianas tienen, confieren a la jurisprudencia que se va a analizar una relevancia particular por el ordenamiento indiano en su conjunto, cortando así la distancia de nivel entre las Cortes y asegurando la comparabilidad entre los casos.

### 3. Colombia

#### 3.1. El caso Río Atrato

La primera sentencia en orden cronológico es la T-622 de 10 de noviembre de 2016, emitida por la Sala sexta de revisión de la Corte constitucional. Es un proceso por revisión de fallos proferidos

por acción de tutela<sup>11</sup> instaurada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación de varios consejos comunitarios con el fin de «detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales» en el departamento del Chocó, atravesado por el río Atrato. Los accionantes consideran que dichas actividades ponen en serio riesgo las formas de vidas tradicionales de las comunidades étnicas que viven en ese territorio, constituido el 96% de su superficie por territorios colectivos de 600 comunidades negras, agrupados en 70 consejos comunitarios mayores y 120 resguardos indígenas.

La minería intensiva destruye el lecho del río, produce vertimiento de

11 «Art. 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

substancias altamente contaminantes, como mercurio y cianuro, y dispersa vapores de mercurio como desecho del tratamiento de los residuos, así que «la contaminación del río Atrato está atentando contra la supervivencia de la población, los peces y el desarrollo de la agricultura que son elementos indispensables y esenciales de alimento en la región, que es el lugar en donde las comunidades han construido su territorio, su vida y recrean su cultura».

Además, los accionantes denuncian la explotación forestal ilegal; la falta de infraestructuras básicas para el saneamiento de las aguas, el tratamiento de los desechos, etc.; el aumento de enfermedades infantiles, aún mortales; la drástica reducción de navegabilidad de los ríos; la disminución de la expectativa de vida en la zona (58.3 años frente a 70.3 en promedio en el resto del País).

Los parámetros constitucionales invocados son los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas afectadas.

En el primer grado, el tribunal administrativo de Cundinamarca resuelve la demanda como improcedente, por razones procesales, en cuanto se pretendía la protección de derechos colectivos y no fundamentales.

Eso implicaba otra acción procesal distinta, o sea la acción popular y no la acción de tutela<sup>12</sup>. En apelación, el Consejo de Estado confirma el fallo impugnado. En cambio, la Corte constitucional admite la acción, considerando que se trata de defender tanto derechos colectivos como fundamentales de las comunidades étnicas.

La motivación de la Corte empieza por el análisis de la fórmula “Estado social de derecho” prevista en Constitución, que según la interpretación de la Corte, se compone tanto del reconocimiento de la diversidad étnico-cultural cuanto de la tutela del medio ambiente y de los recursos naturales (punto 4.7). Ya desde sus primeros años de actividad, la Corte había afirmado que en la nueva Constitución colombiana se podían reconocer claramente una “constitución ecológica”<sup>13</sup>, y una

12 «Art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos».

13 En la sentencia T-411 de 1992, la Corte interpreta la Constitución de manera sistemática, axiológica y finalista, deduciendo el concepto de constitución ecológica de 34 disposiciones

“constitución cultural” (punto 5.22 ss.).

El reconocimiento final de los derechos del río Atrato consigue la unión de esos dos estatutos de derechos en el concepto de *biocultural rights*, es decir, los derechos de comunidades étnicas (por lo tanto, no sólo indígenas, sino también afrocolombianas) a administrar y ejercer tutela sobre sus territorios y sobre los recursos naturales que conforman su hábitat, de acuerdo con sus propias leyes y costumbres<sup>14</sup>. Los *biocultural rights* representan así el *trait-d'union* entre ambiente y cultura desde una perspectiva holística (punto 5.11). La protección «de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad» es parte del estándar derivado del principio de «diversidad étnica y cultural de la nación», según el cual el Estado no puede imponer una específica concepción del mundo.

La Corte interpreta entonces la Constitución con un enfoque multicultural y desarrollista. Concluye considerando las autoridades públicas responsables por omisión frente a la situación crítica de violación de los derechos fundamentales a la

vida, salud, y ambiente sano de las comunidades étnicas de la cuenca del río Atrato y de sus derechos bioculturales, causada por la sobre-explotación de la industria extractiva y forestal. La Corte aplica el principio de precaución y prohíbe el uso de sustancias tóxicas en la actividad minera. Además, «(ii) declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración» (9.25). Para la ejecución de la sentencia, la Corte ordena al Estado colombiano ejercer su representación legal, junto con las comunidades étnicas que habitan cerca del río. Ordena la institución de una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por un panel de expertos, entre los cuales el WWF Colombia y el Instituto Humboldt, con el objetivo de adoptar las acciones previstas por la sentencia (plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes; plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal; plan de acción integral que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación; realización de estudios toxicológicos y epidemiológicos del río Atrato, sus afluentes y comunidades; plan de verificación sobre la ejecución de la sentencia; adopción de las medidas adecuadas y necesarias para asegurar los recursos suficientes y oportunos) y verificar periódicamente su cumplimiento.

---

constitucionales. V. También la jurisprudencia citada en la nota 44 de la sentencia anotada.

14 K.S. Bavikatte, T. Bennett, *Community stewardship: the foundation of biocultural rights*, en *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 No. 1, 2015, 7-29.

Esta sentencia empuja el constitucionalismo colombiano más allá del modelo de desarrollo sustentable, hacia una nueva dogmática ecocéntrica del derecho y de la justicia ambiental: «9.31. En otras palabras, la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato».

El Gobierno colombiano ha asegurado seguimiento a la sentencia con el decreto del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible N° 1148 de 2017, del 5 de julio, con el cual el Ministerio se auto-nomina representante de los derechos del río Atrato, y con la resolución ministerial N° 0907 de 22 de mayo de 2018, crea la Comisión de Guardianes del río Atrato, en su componente de los Guardianes comunitarios, nombrados por una serie de organizaciones locales, y de los Guardianes nacionales, constituidos por el Ministerio de Ambiente y por los miembros de varios Departamentos y entidades locales interesadas. La resolución, en actuación de la sentencia, prevé que la Comisión pueda contratar a expertos, en cuanto lo considere oportuno, seleccionados entre organizaciones y profesionales que trabajan en el

ámbito de la tutela del ambiente. Además, enumera las funciones de la Comisión, correspondientes a las tareas impuestas por la Corte constitucional.

### **3.2. El caso de los derechos de la Amazonía**

El 5 de abril de 2018, la Corte Suprema de Justicia colombiana, sala de casación civil, emite la pronuncia STC 4360/2018, firmada por el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.

Es una acción de tutela instaurada contra la sentencia de la sala civil especializada en restitución de tierra del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá.

Los promotores son un grupo de 25 ciudadanos, entre 7 y 25 años de edad, residentes en ciudades que hacen parte de la lista de ciudades de mayor riesgo por cambio climático. Ellos quieren contrastar el «incremento de la deforestación en Amazonía».

Los parámetros constitucionales invocados por los accionantes son los mismos que en el caso del río Atrato (derecho a la vida, a la salud y a un ambiente sano). Aquí, sin embargo, hay una diferente fuente de legitimación procesal, en cuanto los promotores se reconocen titulares de esos derechos como representantes de la generación futura que va a ser principalmente afectada por el cambio climático.

Bajo el acuerdo de París y el Plan nacional de desarrollo 2014-2018, entre otros, el Estado se comprometió en reducir la deforestación. Sin embargo, los accionantes demuestran que cada año se van perdiendo siempre más hectáreas de foresta (un aumento de 44% entre el 2014 y el 2015), por acaparamiento de tierras, cultivos de uso ilícito, extracción ilícita, infraestructuras y cultivos agroindustriales, extracción ilegal de madera. Ellos consideran el Estado responsable de no actuar de manera conforme a sus obligaciones.

El tribunal de apelación desestima la acción con motivos de formas. En cambio, la Corte Suprema admite la acción de tutela, afirmando que los derechos amenazados tienen rango de derechos fundamentales.

Sobre el mérito de la causa, la Corte Suprema colombiana, como la Corte constitucional en el caso del río Atrato, considera que el ordenamiento está pasando de un modelo antropocéntrico de derecho ambiental (“homomensura autista antropocentrismo”) a un modelo “ecocéntrico antrópico”. Sin embargo, el núcleo duro de la motivación es distinto y se sitúa en el principio de solidaridad, declinado tanto hacia la Naturaleza, cuanto, y sobre todo, hacia las generaciones futuras. En algunas de sus partes, la motivación parece casi mística. El juez se refiere a la

necesidad de tutelar el “prójimo”, quien es alteridad, y su esencia son las demás personas que habitan el planeta, abarcando también a las otras especies animales y vegetales, y los sujetos todavía no nacidos<sup>15</sup>.

La solución del caso se fundamenta en la solidaridad intra-especie y en el valor de la Naturaleza en sí misma. Las conclusiones se basan en los principios de precaución, equidad intergeneracional y solidaridad: con el primero, se acepta el riesgo de daño; con el segundo, se admite que los derechos de las generaciones futuras puedan ser afectados; con el tercero, se fundamenta la responsabilidad del Estado por omisión.

La Corte Suprema hace expresa referencia a la sentencia de la Corte constitucional en el caso del Río Atrato. Utiliza la misma fórmula para reconocer la Amazonía como sujeto de derecho y ordena a las instituciones, junto con los accionantes y con el conjunto de las comunidades interesadas, aprobar un plan para reducir la deforestación y un pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano.

<sup>15</sup> La sentencia en comento podría leerse también como expresión de una tendencia contemporánea a la recuperación de algunos principios éticos y morales, como la solidaridad, la fraternidad y la compasión. V. recientemente, *Conseil constitutionnel, Décision N° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018*.

## 4. India

Los tres casos indios que se van a analizar abajo surgen todos de acciones llamadas *Public Interest Litigation* (PIL) y han sido juzgados por la *High Court of Uttarakhand*. Se trata entonces de una Corte estatal, y no federal.

### 4.1. *Writ Petition (PIL) No.126 of 2014, sent. 20 de marzo de 2017*<sup>16</sup>

El accionante es una persona residente en el distrito de Haridwar, Mohammad Salim, quien se opone al desarrollo de actividades de excavación y construcción en las orillas del río Ganges. La Corte admite el recurso y prohíbe la realización de estas actividades en la cuenca del río y de sus afluentes en la zona alta. Ordena también al Gobierno de la Unión crear una institución nacional para la gestión integrada de la cuenca del Ganges, la *Ganga Management Board*, constituida por funcionarios federales y miembros nombrados por los dos Estados involucrados, Uttar Pradesh y Uttarakhand<sup>17</sup>. Sin embargo, los dos Estados no comunican los nombres

requeridos y por eso el accionante propone una nueva acción para que se respete la primera sentencia.

La motivación se enfoca principalmente en justificar el reconocimiento de la personalidad jurídica a los ríos Ganges y Yamuna, según lo que establece el derecho indio. La Corte cita copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema india, que a su vez se refiere a algunos precedentes históricos del *Judicial Committee* y a fuentes autoritativas como Pollock, Maitland y Salmond. Estas fuentes comprueban la evolución del concepto de persona, desde la antigüedad, cuando hasta algunos seres humanos, como por ej. los esclavos, no venían considerados personas, hasta el reconocimiento moderno de la personalidad jurídica a sociedades, instituciones, sindicatos, fondos, como en India los ídolos y las divinidades. Por lo tanto, la Corte define «persona», en términos jurídicos, «una entidad cualquiera (no necesariamente un ser humano) a la cual la ley reconoce derechos y deberes».

La motivación de esta extensión de sentido está descrita de manera bastante apodíctica: «subserving the needs and faith of the society». Por eso, la Corte considera un deber el reconocimiento de personalidad jurídica a los ríos Ganges y Yamuna. El párrafo 17 de la sentencia enumera los motivos de “interés público” que se han puesto al fondo de este

16 Es necesario apuntar que el Gobierno de Uttarakhand ha apelado esta sentencia a la Corte Suprema india, la cual, en la espera del veredicto final, ha suspendido el fallo de la Alta Corte (*Order* de 7 de julio de 2018).

17 Cfr. V. Narain, *Indian Court Recognizes Rivers as Legal Entities*, en *Int'l J. Const. L. Blog*, June 13, 2017, <http://www.iconnectblog.com>.

reconocimiento. Para la población hindú los ríos son sagrados y aprovechan al pueblo la mitad del sustento físico y espiritual desde tiempo inmemorable. Además, garantizan el bienestar físico y psíquico de las comunidades que viven alrededor de sus orillas, de las montañas al mar.

Finalmente, la Corte individua las autoridades públicas que deberán actuar *in loco parentis* para amparar, conservar y garantizar la salud y el bienestar de los dos ríos y de sus afluentes.

#### **4.2. Writ Petition (PIL) No.140 of 2015, sent. 30 de marzo de 2017**

La misma Corte, unos días después de la sentencia arriba comentada, emite otra relacionada con la primera, reconociendo sujetos de derechos los glaciares donde nacen los dos ríos.

Esta vez, la sentencia persiste de manera más profunda en la relación ecosistémica entre el hombre y la naturaleza.

La Corte cita literalmente largos pasajes de tratados de ecología, que sirven para fundamentar científicamente el riesgo de pérdida irreversible de biodiversidad, por la extinción de especies animales y vegetales debido a la sobreexplotación de los recursos naturales y a la destrucción

de hábitats únicos. De extrema importancia es la cita de un pasaje donde se denuncia el engaño en el cual todos creemos, es decir que la “economía verde” y el “desarrollo sostenible” representan las soluciones para asegurar, de un lado, el crecimiento y del otro, la tutela ambiental. Los autores de la investigación citada, Vikram Soni y Sanjay Parikh, subrayan con fuerza que la “narración” del verde” y del “sostenible” (junto con la idea totémica del principio de precaución) es hoy en día la moneda de cambio para justificar la destrucción de la biodiversidad, que nunca podrá ser compensada, ni tampoco por medio de la reforestación, así que «We have to remove the hypocrisy of these ‘green’ clichés from our dictionary before such language seals our fate» (p. 8).

La dimensión ecológica en esta sentencia pasa por arriba de la cultural, siempre presente en las referencias a la veneración de los árboles como símbolo divino, tanto por parte de la religión hinduista como en la filosofía budista.

La Corte se proclama abiertamente como partidaria de la nueva filosofía de la tierra: «The Courts are duty bound to protect the environmental ecology under the ‘New Environment Justice Jurisprudence’». El activismo de la Corte no es escondido: «Besides our constitutional and legal duties, it is our moral duty to protect

the environment and ecology». Ella no sólo reconoce a los ríos y a los lagos un derecho intrínseco a no ser contaminados («Rivers and Lakes have intrinsic right not to be polluted»), sino llega a equiparar el daño a la persona, al daño a la Naturaleza («Polluting and damaging the rivers, forests, lakes, water bodies, air and glaciers will be legally equivalent to harming, hurting and causing injury to person»). Finalmente, el estatuto de derechos reconocido a las entidades naturales sigue fielmente la formulación del art. 71 const. ecuatoriana: «Rivers, Forests, Lakes, Water Bodies, Air, Glaciers and Springs have a right to exist, persist, maintain, sustain and regenerate their own vital ecology system. The rivers are not just water bodies. These are scientifically and biologically living» y más «We must recognize and bestow the Constitutional legal rights to the ‘Mother Earth’».

En la sentencia se encuentra también una referencia muy rápida a los derechos de las generaciones futuras («The past generations have handed over the ‘Mother Earth’ to us in its pristine glory and we are morally bound to hand over the same Mother Earth to the next generation»), que hemos visto como argumento fundamental en la sentencia de la Corte Suprema colombiana.

En la segunda parte de la *ratio decidendi*, la Corte se vuelve nuevamente al aspecto técnico-formal de la representación *parens patriae*. Sobre este tema, la Corte saquea con muchas manos la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses.

### **4.3. Writ Petition (PIL) No. 43 of 2014, sent. 4 de julio de 2018**

Finalmente, la sentencia más reciente reconoce personalidad jurídica a todo el reino animal. El caso nace de una PIL para la tutela del bienestar de los animales, en particular de los caballos que remolcan carros (*tongas*) en la frontera entre India y Nepal, en el distrito de Champawat. El accionante lamenta que la utilización de animales de remolque no tiene ningún tipo de reglamentación y que los caballos están sujetos a esfuerzos crueles, tienen que remolcar carros sobrecargados por largos trayectos, muchos llegan a India enfermos y se quedan al margen de la calle, desatendidos por días. Todo eso, a pesar de que en la Unión se había aprobado, ya desde 1960, una ley para la prevención del maltrato de animales.

La sentencia se enfoca principalmente sobre el reconocimiento de los derechos de los animales. A diferencia de los casos analizados arriba, en Occidente este tema ya ha encontrado un cierto interés, tanto

que varias leyes y algunas constituciones, como por ej. la alemana, reconocen a los animales algunos derechos. De hecho, por algunas características que en cierta medida los animales comparten con el ser humano, como la inteligencia, el altruismo, la capacidad de comunicar, el hombre siempre ha sentido más compasión para con los animales. Por eso, ha sido más disponible a reconocerles un estatus jurídico casi-humano, extendiendo el sentido de algunos conceptos como “derecho a la vida” o “sujeto de derecho”.

El parámetro utilizado por la Corte es precisamente el art. 21 const. indiana, que reconoce el derecho a la vida y a la libertad. La Corte, citando precedentes de la Corte Suprema de la Unión, recuerda cómo la palabra “vida” siempre ha sido interpretada de manera extensiva, tanto en su titularidad (incluyendo cada forma de vida, no sólo humana), cuanto en su sentido intrínseco (vida digna), en aplicación de principios ecocéntricos.

El instrumento jurídico para garantizar la situación jurídica reconocida es el mismo que en los otros casos, es decir, la atribución de personalidad jurídica a todo el reino animal, y el reconocimiento de todos los ciudadanos del estado de Uttarakhand como personas *in loco parentis*. Sobre este punto, la Corte cita el *dissent* (disentimiento) del juez Douglas en el caso *Sierra Club*,

de 1972, en donde él y su hermano Blackmun apoyaron la extensión del *standing* a todos los que benefician de un hábitat natural. Douglas; en su *dissent* (disentimiento) citó el reconocido artículo de Stone “Should trees have standing”<sup>18</sup>. La Corte utiliza también la metáfora del juez Douglas sobre la necesidad de escuchar la “voz” de la Naturaleza<sup>19</sup>: «We have to show compassion towards all living creatures. Animals may be mute but we as a society have to speak on their behalf».

Entre las motivaciones utilizadas por la Corte, hay incluso el argumento cultural, que, sin embargo, es mencionado *ad abundantiam*, después del argumento ecológico.

En particular, la Corte recuerda que en India muchos animales son considerados sagrados, y que uno de los principales rasgos de la cultura indiana es *ahimsa*, la no violencia, entendida hasta propiciar una vida totalmente vegetariana.

18 C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects*, en *Southern California L.R.* 45 (1972), 450-501.

19 «The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it. Those people who have a meaningful relation to that body of water – whether it be a fisherman, a canoeist, a zoologist, or a logger – must be able to speak for the values which the river represents and which are threatened with destruction. [...] The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled».

## 5. Reflexiones comparativas de síntesis sobre algunos ejes comunes

Más allá de los elementos de comparabilidad inicialmente presupuestos, y a pesar de las diferencias de contexto igualmente existentes y subrayadas al principio, la comparación entre las sentencias que reconocen derechos a la Naturaleza en Colombia e India ha puesto en evidencia algunos ejes comunes.

Vamos a dividir nuestras observaciones según tres ámbitos distintos: la dimensión procesal; la dimensión substancial; el estilo de las sentencias.

Las acciones procesales que en ambos Países han permitido a todo ciudadano pedir tutela por el ecosistema tienen una *ratio* similar, consistente en garantizar el acceso a la justicia para categorías débiles, normalmente desaventajadas. La Corte constitucional colombiana, motivando acerca del *standing* de los promotores de la acción de tutela, afirma: «Esa posibilidad, que, se insiste, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a

aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante. Con este propósito, la Corte Constitucional ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas».

Es un objetivo muy parecido al utilizado por la Corte Suprema indiana, al final de los Setenta, para crear el instituto de la PIL. En el caso de los glaciares, la Alta Corte de Uttarakhand cita un precedente de la Corte Suprema de la Unión, donde se explica el intento real de la PIL: «The proceedings in a public interest litigation are, therefore, intended to vindicate and effectuate the public interest by prevention of violation of the rights, constitutional or statutory, of sizeable segments of the society, which owing to poverty, ignorance, social and economic disadvantages cannot themselves assert — and quite often not even aware of — those rights. The technique of public interest litigation serves to provide an effective remedy to enforce these group rights and interests». ¡Si el contexto cultural, jurídico, y temporal entre los dos casos no fuese tan distinto, se podría avanzar la hipótesis de la imitación de la motivación indiana por parte de la Corte colombiana.

Otro elemento común entre los dos institutos, siempre en relación con

sus finalidades, es la eficacia general reconocida a las sentencias. Tanto la tutela como la PIL, aun naciendo de casos concretos, extienden sus efectos más allá que a los accionantes, hacia todos los que han sido afectados por la situación ilegítima.

Queda, sin embargo, una diferencia fundamental. Para presentar una tutela constitucional, hay que demostrar su propia legitimación procesal, es decir, ser titular del derecho constitucional amenazado. En contra, en la PIL cada persona puede recorrer por la tutela de un interés público, sin deber demostrar la titularidad directa y personal del derecho violado.

Esta diferencia procesal es la causa de otra distinción en el plano substancial.

En Colombia, la protección de la *pacha mama* es una consecuencia secundaria del reconocimiento de un distinto objetivo: garantizar los derechos culturales e identitarios de las comunidades étnicas<sup>20</sup>. Es el único modo para encontrar una conexión entre los accionantes y la situación jurídica, asegurando la procedibilidad de la acción de

tutela<sup>21</sup>. En India, en cambio, como no existe un problema probatorio de *standing*, la Corte se ha centrado directamente en fundamentar el derecho subjetivo de la Naturaleza a su existencia y al respecto de su ciclo vital, con el fin de crear una *doctrine* válida *pro futuro*.

Un perfil argumentativo muy interesante y común a la jurisprudencia analizada es el enfoque crítico hacia el concepto de desarrollo sostenible (un poco más escondido en Colombia, abiertamente declarado en India), con la consiguiente adhesión a las nuevas doctrinas ecocéntricas sobre derechos de la Naturaleza.

La Corte constitucional colombiana, cuando explica los derechos bioculturales en el marco del constitucionalismo internacional, afirma que sus componentes básicos (desarrollo económico y sostenibilidad ambiental) difícilmente se pueden reconciliar: «Así las cosas, en nuestro constitucionalismo -que sigue las tendencias globales en la materia-, el

20 «Por lo tanto, la protección del medio ambiente sano de las comunidades negras adquiere especial relevancia desde el punto de vista constitucional, dado que es una condición necesaria para garantizar la vigencia de su estilo de vida y de sus tradiciones ancestrales».

21 Francisca Pou, comentando la sentencia de la Corte Suprema colombiana, subraya el hecho de que, en términos substanciales, no se introducen novedades en el panorama de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. La objeción es verdadera, pero no aguanta la relación entre la motivación del fallo y el tipo de acción procesal disponible. Cfr. F. Pou Giménez, *The Rights of Rivers and Forests and Apex Court Dynamics in Colombia: On Natural and Institutional Environments*, en *Int'l J. Const. L. Blog*, June 13, 2018, <http://www.icconnectblog.com/>.

medio ambiente y la biodiversidad han adquirido progresivamente valiosas connotaciones socio-jurídicas. Sin embargo, no ha sido un proceso fácil: la evolución conceptual del derecho a la par del reconocimiento de la importancia de la “madre tierra” y sus múltiples componentes frente a la estrategia del desarrollo sostenible han sido producto de un proceso complejo y difícil que aún genera controversia al intentar conciliar a un mismo tiempo tres elementos: el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente en el entendido que esta conjugación permita la posibilidad de aprovechamiento sostenible de los recursos en el presente y en el futuro».

La Corte de Uttarakhand es mucho más directa sobre el tema. Cita expresamente la doctrina que invita al abandono de la “ficción” del desarrollo sostenible, porque solo así podremos concentrarnos en la elaboración de una nueva dogmática de los derechos, fundamentada sobre las adquisiciones científicas de los ecologistas para otorgar una posibilidad más de recuperación al ecosistema de nuestro planeta (v. *supra*, § 4.2).

Finalmente, varios pasajes de las sentencias analizadas parecen escritos al estilo asertivo de cierta jurisprudencia marco estadounidense.

La Corte constitucional colombiana, cuando llega a declarar su compromiso con el “giro ecocéntrico” del

ordenamiento, afirma: «Ahora es el momento de comenzar a tomar las primeras medidas para proteger de forma eficaz al planeta y a sus recursos antes de que sea demasiado tarde o el daño sea irreversible, no solo para las futuras generaciones, sino para la especie humana». El pasaje parece una re-visitación en clave ecológica de la perentoria invitación al “aquí y ahora” en el caso *Griffin* de 1964 sobre la desegregación racial partida con *Brown v. Board of Education*<sup>22</sup>.

La Alta Corte de Uttarakhand, de su lado, en el pasaje más ecologista de la sentencia sobre los glaciares del Ganges y del Yamuna, declara: «It is the fundamental duty of all the citizens to preserve and conserve the nature in its pristine glory» (p. 42), reproduciendo el *incipit* de la famosísima frase del juez Marshall sobre la institución del control de constitucionalidad en los EE.UU.

El uso de precedentes norteamericanos por parte de las cortes indianas se puede fácilmente entender, no sólo por el común origen de la familia jurídica de *common law*, sino también porque el sistema de justicia constitucional indiano ha sido inspirado por el modelo estadounidense. En cuanto al caso colombiano, es evidente que la Corte constitucional sigue entendiendo el modelo de justicia constitucional de los

<sup>22</sup> «The time for mere “deliberate speed” has run out». Justice Black, *delivering the opinion of the Court, Griffin et al. v. County School Board of Prince Edward County et al.*, 377 U.S. 218 (1964).

EE.UU. como un punto de referencia imprescindible en el continente para la tutela de los derechos fundamentales, aún si el vigente sistema de justicia constitucional colombiano deriva de la contaminación entre modelo kelseniano y prototipos autóctonos.

En doctrina, ya se habían realizado comparaciones entre la jurisprudencia colombiana e indiana, sobre relevantes temas del constitucionalismo contemporáneo, como la implementación efectiva de los derechos sociales o la tutela de las minorías<sup>23</sup>. Sin embargo, el elemento de comparabilidad era el activismo de las Cortes en función de guardianes de la Constitución, con el objetivo de demostrar la existencia de un constitucionalismo del *Global South*.

El estudio que venimos de terminar apoya esta tesis, y aún la fortalece.

En primer lugar, porque, por lo menos en materia ambiental, el activismo judicial no caracteriza solo las cortes constitucionales, sino incluso las ordinarias, y aun en grado de apelación<sup>24</sup>. Este dato, junto

23 Sobre la comparabilidad entre sistema colombiano y sistema indiano v. D. Bonilla Maldonado (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge et al., 2013, en part. 26-28.

24 Por ej., Amirante subraya el rol central que juega el poder judicial en la tutela del ambiente en India, con particular referencia a la institución de un Tribunal verte: D. Amirante, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary*

con la jurisprudencia ecuatoriana en materia, permite de afirmar que la tutela de la Naturaleza y de la biodiversidad en perspectiva ecológica representa uno de los ejes fundamentales de la nueva narración sobre el *Global South Constitutionalism*.

Por otro lado, la jurisprudencia analizada puede considerarse pionera y prototípica para la construcción de un *Ecological Global Law*, producto desde abajo, que tiene que extenderse por encima de las fronteras estatales, según modalidades y técnica aún para definirse<sup>25</sup>. La esencia misma,

---

*Reflections on the National Green Tribunal of India*, en 29 *Pace Env'tl. L. Rev.* 441 (2012), <http://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/3>, en part. 455: «Having considered all these elements, it must be noted that the main factor of the entire process for the establishment of the National Green Tribunal of India should be indicated in the judiciary itself».

25 V. el intento de sistematización de los fundamentos de la materia en L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford-Portland, Oregon, 2016. He compartido la idea que sólo el derecho ecológico puede ser considerado global en *Comparative law and... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista*, en *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2017, 64. Critican el concepto de “derecho global”, si desvestido de una dimensión ecológica, M. Carducci, L.P. Castillo Amaya, *La Naturaleza como “Grundnorm” y “Tertium comparationis” del constitucionalismo global*, en T. Bustamante, B. Gonçalves Fernandes, J.A. Leite Sampaio, É. Nacur Rezende, A.L. Navarro Moreira, J.V. Nascimento Martins e I. de Carvalho Enríquez (orgs.),

ecosistémica y holística, de este nuevo derecho *in fieri* impone esta dimensión, porque el sujeto de derecho principal de este ordenamiento (la Naturaleza) no tiene ni nacionalidad ni ciudadanía, ni puede ser geolocalizado, ni es físicamente distinguible de la fuente de su amenaza (la humanidad), que es parte de la Naturaleza. Como lo evidencia Magalhães, la Naturaleza nunca ha sido considerada por el derecho, en cuanto es un “no espacio” o, mejor dicho, es un objeto fuera del espacio que el derecho puede conocer, el espacio dentro de las fronteras de los ordenamientos estatales: «Everything that exists is defined around what is seized. On a global scale, is as if each State was an island where all that is beyond its limit belongs to everyone, but indeed, belongs to no one. [...] The common is not what by its nature is truly common but the remainder of the appropriation»<sup>26</sup>. Aunque la ecología piense a la Naturaleza en perspectiva ecosistémica, «it remains invisible to the law. Therefore, “global” is a new reality

that is outside the legal frameworks built to date»<sup>27</sup>.

Por medio de la jurisprudencia analizada, las Cortes han visibilizado jurídicamente la Naturaleza. Lo han hecho reinterpretando normas e institutos normalmente usados por distintas finalidades. Haber logrado este resultado con los medios propios que cada ordenamiento nacional ponía a disposición es una invitación a interpretar de manera intercultural su propio derecho. El pluralismo jurídico que caracteriza estos contextos culturales produce una mayor flexibilidad interpretativa en la mentalidad de los jueces, en particular en ámbito ambiental. Además, invita no tanto a la imitación del derecho que viene de afuera, sino a la elaboración de modelos originales y a su continuo perfeccionamiento, para lograr juntos la meta común.

---

*O funcionamento da Corte Constitucional: a interpretação constitucional, as práticas argumentativas, a teoria do direito e o comportamento judicial*, Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, Belo Horizonte, 2015, DOI: 10.17931/dcfp\_v2\_art16.

26 P. Magalhães, *Common Home of Humanity. Our Common Home as a legal construction based on science*, in S. Bagni (a cura di), *Come governare l'ecosistema?*, cit., 121.

---

27 *Ibidem*, 122.

# PANORAMA DEL DERECHO LABORAL EN MEXICO

## OVERVIEW OF THE LABOUR LAW IN MEXICO

*Rosa Guadalupe Gomez Bustillo\**

Presentado: 4 de septiembre de 2018. Aceptado: 19 de octubre de 2018

### RESUMEN:

En el presente artículo se analiza la evolución del derecho laboral desde la época de la colonia hasta hoy en día, así como la transformación del marco jurídico que regula esta materia y su influencia en la impartición de justicia, obteniéndose una conclusión del porque esta rama jurídica es tan dinámica y cambiante.

**PALABRAS CLAVES:** derecho laboral, Ley Federal del Trabajo, nexos laborales, trabajadores, patronos.

### ABSTRAC:

This article analyzes the evolution of labor law from the time of the colony until today, as well as the transformation of the legal framework that regulates this matter and its influence on the delivery of justice, obtaining a conclusion of why this legal branch It is so dynamic and changing.

**KEY WORDS:** labor law, Federal Labor Law, labor relations, workers, employers.

\* Magister en Derecho, Proyectista en el Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de Tabasco, México. - girl\_8450@hotmail.com

## I.- INTRODUCCION

Los nexos laborales entre trabajadores y patrones son de suma importancia para un país, pues si se realizan en buenos términos, generan estabilidad económica y crecimiento, además de garantizarle al trabajador en su carácter de individuo el derecho de poder asegurarle a él y a su familia bienestar y prosperidad en diversos ámbitos.

Sin embargo y a pesar de que estos vínculos laborales surgieron cuando el hombre comenzó a establecerse y formar sociedades, estas se desarrollaron de manera desproporcionada pues todos los derechos correspondían al patrón y las obligaciones y desventajas para los trabajadores, claro ejemplo de ello fue la esclavitud.

Por ello en el presente artículo se hará un estudio sobre este tema, enfocado en México, esto con la finalidad de identificar como se desarrollaban las relaciones laborales desde el periodo de los aztecas hasta la actualidad y por qué el derecho del trabajo paso de ser la libertad de dedicarse al oficio o profesión que más se adecuara a las necesidades del individuo a convertirse en un derecho humano en el cual se procurara respetar la dignidad de la persona.

## II.- ANALISIS HISTORICO CRÍTICO DE LAS RELACIONES OBRERO PATRONALES Y SU TUTELA EN LA REPUBLICA MEXICANA

Antes de entrar al análisis del proceso histórico del surgimiento del derecho laboral en México, es importante mencionar que se entiende por relación obrero patronal y la Suprema Corte de Justicia de la Nación la define de la siguiente manera:

“...RELACION OBRERO PATRONAL. ELEMENTOS QUE LA ACREDITAN. Se tiene por acreditada la existencia de la relación obrero patronal, si se prueba: a) La obligación del trabajador de prestar un servicio material o intelectual o de ambos géneros; b) El deber del patrón de pagar a aquél una retribución; y c) La relación de dirección y dependencia en que el trabajador se encuentra colocado frente al patrón; no constituyendo la simple prestación de servicios, conforme a una retribución específica, por sí sola una relación de trabajo, en tanto no exista el vínculo de subordinación, denominado en la ley con los conceptos de dirección y dependencia; esto es, que aparezca de parte del patrón un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia de parte de quien realiza el servicio, de conformidad con el

artículo 134, fracción III, del código obrero...”<sup>1</sup>

De la definición realizada por el máximo órgano impartidor de justicia del país, se puede determinar que la conexión laboral es aquella en que el trabajador está obligado a prestar un servicio material o intelectual o ambos a una persona denominada patrón el cual tiene que pagar a aquel una retribución o remuneración en dinero por dicho servicio, existiendo una relación de subordinación del trabajador frente al patrón.

Estas relaciones siempre han existido en México aun y cuando la mayoría de los autores que se han dedicado a investigar acerca del tema que nos ocupa coinciden en que no existe mucha información respecto a los lazos laborales antes de la época de la colonia, sin embargo el autor José de Jesús Castorena en su obra denominada “Tratado de Derecho Obrero”<sup>2</sup>, refiere que los Aztecas se encontraban divididos en dos grandes núcleos por un lado el común del pueblo o macehuales y por otro lado los nobles o señores, dentro de los cuales se encontraban los guerreros, los sacerdotes y los comerciantes o pochteca y sobre los primeros refiere que eran

principalmente agricultores sin embargo no eran completamente libres en el ejercicio de su profesión, sino que tenían cierta servidumbre respecto de la clase privilegiada. Sin embargo no existen datos que refieran que existía una legislación concreta que se enfocara en la regulación de derechos y obligaciones labores ni mucho menos que existiera el concepto de trabajador y patrón.

Luego de la conquista en el periodo denominado de la Colonia que va de los años de 1521 a 1821, son dos los ordenamientos legales que sirvieron de base para el desarrollo laboral en esa época y fueron los denominados Leyes de Indias y las Ordenanzas de Gremios y en relación al primer ordenamiento el autor Mario de la Cueva en su obra “Derecho Mexicano del Trabajo”, dice lo siguiente:

“en las Leyes de Indias España creó el monumento legislativo más humano de los tiempos modernos. Esas Leyes, cuya inspiración se encuentra en el pensamiento de la reina Isabel la Católica, estuvieron destinadas a proteger al indio de América, al de los antiguos imperios de México y Perú, y a impedir la explotación despiadada que llevaban a cabo los encomenderos...”<sup>3</sup>

Tal y como lo menciona el autor

1 Tesis XXI.1o.29 L, Semanario judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XIII, Abril de 1994, p. 429

2 CASTORENA, JOSÉ DE JESÚS, *Tratado de derecho obrero*, México, Editorial Jaris, 1942.

3 CUEVA, MARIO DE LA, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1966, t. I; id. El nuevo, p.38 y 39

estas leyes son un antecedente para el derecho laboral en un concepto humanista, pues ya comenzaba a regularse sobre temas de abuso y explotación de los encargados hacia los nativos, por tanto estas leyes buscaban evitar estas situaciones con el fin de que existiera orden social, sobre todo en lo concerniente al trabajo; Mientras que el ordenamiento jurídico denominado Ordenanzas de Gremios, estaba dirigida de manera particularizada a los españoles, ya en algunas partes se excluía a los llamados indios y negros y su objeto principal no era el de regular las condiciones de trabajo, sino más bien regular que la distribución y la capacidad de consumo de los habitantes de la ciudad, fuera equitativa e igual. Por tanto de los preceptos antes mencionados se puede observar que si bien existían documentos que ya empezaban a vislumbrar ciertos derechos para los indios y esclavos africanos no eran de cumplimiento obligatorio sino más bien una referencia para los españoles, los cuales abusaban de su condición y del respaldo de la corona.

Hacia el periodo de 1810 a 1824, que constituye la etapa independentista de México, surgieron diversos ordenamientos que contenían ciertos derechos labores como la abolición de la esclavitud, este tema se encontraba contenido en los documentos denominados “Bando

de Hidalgo”<sup>4</sup>, y “los Elementos Constitucionales de Rayón”<sup>5</sup>; mientras que el mejoramiento del jornal se mencionó en el documento denominado “Sentimientos de la Nación”<sup>6</sup>; la libertad de industrial y el comercio, contenidos en el “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”<sup>7</sup>, y la Libertad de Trabajo, contenida en el escrito denominado “Plan de Iguala”.<sup>8</sup>

Sin embargo a pesar que en los documentos antes mencionados se regularon derechos laborales que de una u otra forma buscaban el mejoramiento de las condiciones entre jornaleros y patrones, los temas laborales no fueron comprendidos en ninguna de las constituciones derivadas del movimiento de independencia.

### III.- LA FEDERALIZACION DEL DERECHO LABORAL

Derivado del movimiento revolucionario en nuestro país,

4 Dado en la ciudad de Guadalajara, á 6 de Diciembre de 1810. Miguel Hidalgo, Generalísimo de América. Por mandado de S.A., Lic. Ignacio Rayón, Secretario.

5 Emitido por Ignacio Rayón, el 04 de Septiembre de 1812.

6 Emitido en Chilpancingo, Guerrero el 14 de Septiembre de 1813, por el José María Morelos y Pavón

7 Emitido en el Palacio nacional del Supremo Congreso Mexicano en Apatzingán, el 22 de Octubre de 1814.

8 proclamado por Agustín de Iturbide el 24 de febrero de 1821 en la ciudad de Iguala.

surgió la constitución de 1917, en la cual por primera vez se incorporó un artículo exclusivo que regulaba las relaciones obrero - patronales, el conocido 123, que en su texto original de manera general establecía:

“...ARTÍCULO 123.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región; sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo...”<sup>9</sup>

Dicho artículo contenía originalmente 30 fracciones en las que se incluyeron casi todos los aspectos laborales, tanto individuales, colectivos y administrativos, como de seguridad social, específicamente la regulación sobre jornada máxima, jornada máxima nocturna, protección al trabajo de las mujeres y de los jóvenes mayores de doce y menores de dieciséis años, el descanso hebdomadario o semanal, el salario mínimo, algunos principios de protección al salario, la regulación de la jornada extraordinaria, la participación de utilidades, los derechos habitacionales de los trabajadores, la regulación de los riesgos de trabajo, las medidas de

higiene y seguridad, el derecho de asociación sindical, el derecho de huelga, el establecimiento de las juntas de conciliación y arbitraje de integración tripartita como instancias jurisdiccionales del trabajo, la estabilidad en el empleo, los principios de irrenunciabilidad de derechos, la consideración como de utilidad social del establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y de otros con fines análogos, así como la consideración de utilidad social de las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores en plazos determinados.

Derivado del precepto constitucional, los congresos de los Estados, estaban obligados por mandato de ley a regular de manera interna las relaciones laborales, sin embargo esto creaba conflictos puesto que cada Estado tenía un ordenamiento laboral distinto lo que ocasiono que la Junta Local de Conciliación y Arbitraje Federal<sup>10</sup>, debía conocer todas las legislaciones locales lo cual en la mayoría de los casos creó confusión y derivado de esta problemática, mediante reforma

9 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf>

10 La cual se creó mediante decreto expedido el 22 de septiembre de 1927 y publicado el 23 de septiembre del mismo año.

constitucional<sup>11</sup> se dio la pauta al Congreso de la Unión para expedir la Ley reglamentaria del artículo 123, con lo cual se derogaban todas y cada una de las leyes emitidas por los Estados, pero sin quitarles competencia pues se dividió la jurisdicción en federal y local.

Dicha Ley reglamentaria<sup>12</sup>, conocida como Ley Federal del Trabajo, reguló prácticamente todos los aspectos principales del derecho del trabajo: los individuales, los colectivos, los administrativos y los procesales, concretamente se ocupó del ámbito de aplicación de la Ley, de la exclusión de las relaciones entre el Estado y sus servidores, de los sujetos de las relaciones de trabajo, de las fuentes supletorias, del contrato individual de trabajo, del contrato colectivo de trabajo, de las horas de trabajo, de los descansos legales, del salario, del salario mínimo, del reglamento interior de trabajo, del trabajo de las mujeres, de las obligaciones de los patrones y de los trabajadores, de la modificación, suspensión, rescisión y terminación de los contratos de trabajo, de algunos trabajos especiales, del contrato de aprendizaje, de los sindicatos, de las

coaliciones, de las huelgas y paros, de los riesgos profesionales, de las prescripciones, de las autoridades del trabajo, tanto administrativas como jurisdiccionales, de los aspectos procesales ante las juntas de conciliación y ante las juntas de conciliación y arbitraje, así como de las responsabilidades y sanciones.

Dicha ley facilitó la administración de la justicia laboral, pues la aplicación de la legislación era igual para todo el territorio nacional, por tanto se podía llevar el proceso en cualquier Estado. Posteriormente el primero de mayo de 1970, se publicó una segunda Ley Federal del Trabajo que abrogó a la expedida en 1931 y es la que actualmente sigue vigente aunque con varias reformas, siendo las más destacadas las publicadas en el año 2012.

Como se puede observar de lo antes expuesto la federalización de la Ley del Trabajo, fue benéfica pues facilitó la impartición de justicia al contenerse los procesos y procedimientos en un solo ordenamiento y no tener que consultar una legislación diferente por cada Estado, además que su aplicación es para todos los trabajadores de la República Mexicana sin excepción y su observancia es general, lo que se traduce en que los mismos derechos y obligaciones tiene un trabajador de Chihuahua que uno de Yucatán.

11 el 06 de Septiembre de 1929, se publicó mediante Decreto la reforma de los artículos 73 fracción X y 123 de la Constitución

12 se expidió el 18 de agosto de 1931 y se publicó en el Diario Oficial del 28 de agosto de 1931, entrando en vigencia a partir de su publicación.

#### **IV.- DESARROLLO LEGISLATIVO EN RELACION AL MARCO JURIDICO DE LAS RELACIONES LABORALES EN MEXICO**

El marco jurídico de las relaciones laborales en México, datan desde de la época colonial que es donde se observan los primeros registros de ordenamientos que intentaron de manera somera regular ciertas cuestiones de índole laboral, pero la fase central del desarrollo laboral se concretó en la Constitución Mexicana de 1917, con la inclusión del artículo 123 que es el origen de la Ley Federal del Trabajo, siendo la publicada en el año de 1970 la que actualmente sigue normando las relaciones laborales del país, sin embargo esta ha sufrido varias reformas que se han dado debido a los cambios sociales, económicos y políticos del país.

En el año de 1972 se reformaron y adicionaron varios artículos<sup>13</sup> cuyo tema fundamental para la modificación de ellos, era el denominado “Habitaciones para los trabajadores”, y para lo cual se creó un sistema con base en la formación de un fondo solidario cuya aplicación de recursos era más que nada financiar viviendas y otorgar créditos a los trabajadores para que resolvieran el problema habitacional, previéndose en

algunos supuestos la entrega del saldo de los depósitos a los propios trabajadores o a sus beneficiarios. Complementariamente a estas reformas se expidió la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT)<sup>14</sup>, cuyo fin primordial es el regular y administrar los recursos del fondo de vivienda para garantizar a los trabajadores la obtención de créditos para poder adquirir un bien inmueble en su modalidad de casa habitación.

Ya para el año de 1974, los legisladores realizaron diversas reformas<sup>15</sup> pero esta vez en materia de protección al salario para lo cual se creó el Fondo de Fomento y Garantía al Consumo de los Trabajadores (FONACOT)<sup>16</sup>, que tiene como función proporcionar a los trabajadores créditos que le permitan obtener bienes y servicios que mejoren la calidad de vida de sus familias, pues a través de ellos el empleado puede de manera quincenal ir pagando el recurso financiero que le fue otorgado por esta institución, lo que hace más fácil su devolución.

13 Reforma a los artículos 97, 110, 136 a 151 y 782 publicados en el Diario Oficial de la Federación el 24 de abril de 1972

14 Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de abril de 1972

15 se reforma y adiciona la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 90, 97, 103 bis, 110 y 132, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 09 de enero de 1974

16 se creó el 2 de mayo de 1974, por decreto publicado por el entonces presidente de la República Luis Echeverría Álvarez,

Posteriormente en diciembre de 1974, febrero y diciembre de 1975 y mayo de 1976 se publicaron diversas reformas relacionadas con la organización de algunas autoridades del trabajo, particularmente se precisó la posibilidad de la creación de juntas especiales dotadas de plena jurisdicción, con excepción de lo relativo a conflictos colectivos, ubicadas en localidades distintas de la principal sede de la Junta de Conciliación y Arbitraje a la que pertenecieran, determinándoseles una competencia territorial específica, lo que permitió a partir de entonces una auténtica desconcentración territorial de la justicia laboral; se modificaron algunos aspectos relacionados con los derechos de preferencia, antigüedad y ascenso; con la federalización de algunas ramas de la industria; con la precisión del derecho al aguinaldo proporcional, lo que dejó sin efectos un criterio de jurisprudencia sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que limitaba el derecho al aguinaldo proporcional sólo a los trabajadores que no habiendo laborado el año completo, estuvieren trabajando en la fecha de pago del aguinaldo en el mes de diciembre de cada año; con los derechos de las concubinas como beneficiarias, suprimiendo la disposición que establecía que ante la concurrencia de varias interesadas en argumentar esa calidad, ninguna tendría derecho; así como con aspectos de terminología y ajustes

de congruencia derivados de otras reformas anteriores.

En el año de 1977<sup>17</sup> se publicó oficialmente la adición a la Ley Federal del Trabajo de un capítulo de trabajo especial relativo a los médicos residentes, reconociendo a dichas personas la doble calidad de estudiantes de posgrado en una especialidad de la medicina y de trabajadores, puesto que si bien es cierto ya cuenta con título para ejercer la profesión, lo que los hace aptos para prestar un servicio médico, no menos cierto es que no son trabajadores de la institución para la cual prestan sus servicios pues están adquiriendo los conocimientos necesarios para efectos de poder ejercer con posterioridad una especialidad, lo que los convierte en estudiantes, por lo que para evitar conflictos, los legisladores optaron por regular estos nexos cuasi laborales.

Posteriormente en 1978<sup>18</sup> se publicaron reformas en materia de capacitación y adiestramiento y de federalización de algunas ramas de la industria, para 1980 entraron en vigor las reformas y adiciones

17 Reforma que adiciono el capítulo XVI del título sexto de la Ley Federal del Trabajo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Diciembre de 1977.

18 Decreto de Reformas a la Ley Federal del Trabajo sobre Capacitación y Adiestramiento, Seguridad e Higiene y Federalización de Actividades y Ramas, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 28 de Abril de 1978.

al derecho procesal del trabajo<sup>19</sup>, que modificaron radicalmente esta temática, incorporando principios de apoyo compensatorio a los trabajadores en su calidad de parte en los procedimientos laborales, entre los que destacan la determinación general de la carga de la prueba a los patrones, la suplencia de la deficiencia de la demanda a favor de los trabajadores, la concentración de las etapas procesales de conciliación, demanda, excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas en una sola audiencia en el procedimiento ordinario, entre otras; De igual forma en ese mismo año se adicionó otro capítulo a los trabajos especiales para normar las relaciones de trabajo en las universidades e instituciones de educación superior públicas y autónomas<sup>20</sup>, dentro del contexto de la aplicación general del artículo 123, apartado A, de la Constitución y su reglamentaria Ley Federal del Trabajo, con lo que culminó una década de controversias respecto de la situación jurídico-laboral de dichas instituciones.

Hacia 1982<sup>21</sup>, se adicionó un artículo transitorio y se reformaron y adicionaron varios numerales del ordenamiento laboral esto con la finalidad de normar los incrementos extraordinarios a los salarios mínimos, ya que hasta entonces dichos incrementos se habían llevado a cabo considerándolos como “incrementos de emergencia”.

En diciembre de 1983<sup>22</sup> y enero de 1986<sup>23</sup> se publicaron reformas sobre algunos aspectos relativos al fondo de ahorro habitacional previsto en el artículo 141 de la Ley Federal del Trabajo, a efecto de evitar el riesgo de descapitalización del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. En este último año también se publicaron reformas en materia de salarios mínimos, incorporando el concepto de “áreas geográficas” en vez del anterior de “zonas económicas”, sustituyendo la expresión “actividades industriales y comerciales” por “actividades

19 DECRETO de reformas a la Ley Federal del Trabajo, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 04 de Enero de 1980.

20 Decreto por el que se adiciona el Título Sexto de la Ley Federal del Trabajo, con un capítulo XVII, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de Octubre de 1980

21 Decreto por el que se reforma y adiciona varios artículos de la Ley Federal del Trabajo cuya publicación se encuentra en el Diario Oficial de la Federación de fecha 07 de Enero de 1982.

22 Decreto de Reformas a la Ley Federal del Trabajo y a la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Diciembre de 1983.

23 Decreto por el que se reforman y adicionan las leyes Federal del Trabajo y del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Enero de 1986.

económicas”, así como determinando que los salarios mínimos se fijarán sólo por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, suprimiendo el señalamiento de que se fijaban por comisiones regionales que luego lo sometían a la aprobación de la Comisión Nacional, ya que tal procedimiento de dos instancias complicaba operativamente los incrementos respectivos.

Para 1987 se agregó a la legislación laboral secundaria como día de descanso el relativo a las jornadas electorales federales y locales<sup>24</sup>. Mientras que en el año 1988<sup>25</sup>, se realizaron cambios y adiciones relacionados con algunos cambios terminológicos y de procedimiento derivados de las reformas constitucionales relacionadas con las autoridades competentes en materia de salarios mínimos, concretamente el cambio del concepto de zona económica por área geográfica, así como la supresión de las antiguas Comisiones Regionales de los Salarios Mínimos con facultades para emitir resoluciones de primera

instancia en esta materia, por Comisiones Consultivas, con lo cual, como ya se dijo, la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos se constituyó como la única autoridad con facultades para fijar los salarios mínimos.

10 años después específicamente en 1998 se publicaron en materia de nacionalidad<sup>26</sup>, para precisar respecto de los trabajadores de los buques, de los trabajadores aeronáuticos y del presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje como requisito: “ser mexicano por nacimiento que no adquiriera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos”. en enero de 2006<sup>27</sup> que modificó el artículo 74 para establecer que los días de descanso obligatorio formalmente dedicados a conmemorar los aniversarios de las Constituciones de 1857 y de 1917, el natalicio de don Benito Juárez y el inicio de la Revolución Mexicana de 1910, se disfrutarían el primer lunes del mes de febrero, el tercer lunes del mes de marzo y el tercer lunes del mes de noviembre, respectivamente, a efecto de reactivar la economía,

24 Decreto por el que se adiciona el Artículo 74 de la Ley Federal del Trabajo y reforma el Artículo 29 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, publicadas en el Diario Oficial el 22 de Diciembre de 1987.

25 Decreto por el que se modifica la Ley Federal del Trabajo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de Enero de 1988.

26 Decreto por el que se reforman diversos ordenamientos legales, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998.

27 Decreto por el que se reforma el artículo 74 de la Ley Federal del Trabajo publicada en el Diario oficial de la Federación el 17 de enero de 2006.

en especial el turismo interno, prolongando el descanso de los trabajadores en esos tres fines de semana. La reforma no estuvo exenta de cierto contenido ideológico propiciado por la corriente política entonces preponderante, aunque desnaturalizando el sentido original que tuvo el legislador de 1970 en relación con las referidas fechas.

El 9 de abril de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reformaron diversas leyes federales, con el objeto de actualizar todos aquellos artículos que hacían referencia a las secretarías de Estado cuya denominación fue modificada y al gobierno del Distrito Federal en lo conducente, así como para eliminar la mención de los departamentos administrativos que ya no tienen vigencia, en el que se incluyeron a la Ley Federal del Trabajo en relación con 27 artículos, así como a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), la Ley del Seguro Social y la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII bis del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocida coloquialmente como “Ley del Trabajo Bancaria”, que como la propia denominación del decreto lo sugiere, no llevó a cabo modificaciones de fondo, sino sólo de nomenclatura administrativa. En ese mismo año se publicó en el Diario

Oficial de la Federación el decreto por el que reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, conocidas por los juristas en la materia como la “reforma laboral de 2012”<sup>28</sup>. Esta reforma es una de las más importantes que se dieron, ya que creó gran polémica con respecto a la limitación a 12 meses de los salarios caídos, sin embargo la exposición de motivos de dicha reforma hace referencia a que era importante realizar esta reforma pues con ella se busca evitar las dilaciones procesales con la finalidad de prolongar el procedimiento y generar salarios caídos impagables que generaban el cierre de los pequeños empleos que no podían pagarlos, sin embargo esta decisión legislativa afectó el derecho laboral a recibir una indemnización justa y equitativa al limitar el pago de esta prestación que se origina por la comprobación en juicio de un despido injustificado; lo que ha creado infinidad de críticas y publicaciones de los que están a favor y en contra de ella.

Como se aprecia de las reformas antes mencionadas, la Ley Federal del Trabajo tal y como se conoce en la actualidad ha ido evolucionando de manera constante añadiendo y

<sup>28</sup> Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012.

regulando más derechos laborales a los trabajadores, salvo en la reforma ocurrida en el año 2012, en la cual para la mayoría de los litigantes laborales fue un retroceso pues no le garantiza al empleado una total y completa indemnización por causa de un despido injustificado, lo cual no va acorde al principio de progresividad que la Suprema Corte de Justicia de la Nación la define “como el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización”<sup>29</sup>

Sin embargo a pesar de innumerables cuestionamientos respecto si esta reforma era inconvencional o no, el máximo órgano de control constitucional del País, determino que la decisión tomada por los legisladores al limitar los salarios

29 Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, Pag. 2254

caídos a 12 meses no transgrede el principio de progresividad que tutela el citado artículo 1o. constitucional, ni es violatorio de derechos humanos, porque no desconoce un derecho anteriormente establecido, ni suprime la sanción constitucional que impone a los patrones la obligación de indemnizar a los trabajadores separados injustificadamente de la fuente de empleo, sino que sólo regula en forma distinta cómo habrá de calcularse dicha indemnización<sup>30</sup>

Y finalmente en el año 2017<sup>31</sup>, fue la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y no su ley reglamentaria la que fue reformada, y el tema focal de dicha modificación consistió en la desaparición de las Juntas Locales y Federales de Conciliación y Arbitraje, dejando de ser una autoridad administrativa perteneciente al Poder Ejecutivo

30 Tesis: 2a./J. 28/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 28, Marzo de 2016, Tomo II, Pag. 1264

31 Decreto de fecha 24 de febrero del año 2017, publicado en el Diario Oficial de la Federación, en el cual se reformo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente el inciso d) de la fracción V del artículo 107; las fracciones XVIII, XIX, XX, XXI y el inciso b) de la fracción XXVII del artículo 123; se adicionan la fracción XXII Bis y el inciso c) a la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123, y se elimina el último párrafo de la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123.

para convertirse en una autoridad judicial ante la implementación de un Tribunal Laboral que pertenezca al Poder Judicial, ya que como órgano impartidor de justicia dichos tribunales no pueden pertenecer al Poder Ejecutivo como ha sido el caso desde la creación de las juntas. Además se contempló la implementación de un Centro de Conciliación que pertenecerá al Poder Ejecutivo a los cuales se deberá acudir antes de instaurar el litigio laboral; con ello se pretende que las partes agoten la fase conciliatoria antes de instaurar el proceso jurisdiccional, pues su instancia debe ser obligatoria.

Con estas reformas constitucionales, se está creando cierto desconcierto, pues aunque al inicio del año 2018 debía ponerse en funcionamiento los tribunales laborales y los centros de conciliación<sup>32</sup>, todavía no se ha podido debido a diversos factores que van desde la expedición de la ley secundaria correspondiente, a los de carácter presupuestal y

de organización de los poderes judicial y ejecutivo, pues como ya se mencionó se habla de la transición de un poder a otro, al pasar de ser juntas a tribunales laborales.

## V.- PERSPECTIVAS DEL DERECHO LABORAL Y SU PROTECCION COMO DERECHO HUMANO

El trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad<sup>33</sup>

El derecho del Trabajo fue regulado en México a través de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, no solo es considerado un derecho social pues el trabajo trae consigo el crecimiento de una población, sino también es considerado como un derecho humano pues le permite a la persona satisfacer sus necesidades básicas y sentirse productivo.

El derecho al trabajo tiene tres elementos fundamentales:

32 Artículo Segundo transitorio del Decreto de fecha 24 de febrero del año 2017, publicado en el Diario Oficial de la Federación, en el cual se reformo la Constitución **Política de los Estados Unidos Mexicanos**. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas deberán realizar las adecuaciones legislativas que correspondan para dar cumplimiento a lo previsto en el presente Decreto, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo.

33 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No 18, el Derecho al Trabajo, aprobada el 24 de noviembre. Ginebra, Naciones Unidas, 2005. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f18&Lang=en) Fecha de consulta: julio de 2016.

libertad para ejercer cualquier profesión lícita sin injerencia de alguna autoridad pública;

derecho a tener un trabajo, que implica obligaciones positivas para el Estado, a fin de fomentar las circunstancias propicias para generar empleos; dignidad, toda vez que el trabajo debe cumplir con un mínimo de condiciones justas

El trabajo es de suma importancia para el ámbito económico, social y político de una nación, pues el trabajo genera crecimiento en estos rubros, de ahí la necesidad de regular esta derecho garantizando que al trabajador lo desenvuelva salvaguardando su integridad física y mental, así como conservando su dignidad y calidad humana, pues sólo a través de la observancia de estos derechos humanos laborales se asegura que quienes tengan trabajo gocen de los beneficios de los derechos fundamentales de la persona que labora, para que lo realice con dignidad y que los valores de igualdad de trabajo, de igualdad de salario, de igualdad de género y sin discriminación alguna sean plenamente respetados.

Es tanta la importancia que genera este tema no solo a nivel nacional ya que el constituyente de 1917, considero necesario crear un artículo extenso para regular las relaciones labores; sino a nivel mundial pues se han creado diversos instrumentos internacionales que regulan diversos

temas relacionados con el derecho laboral, pues como ya se dijo en líneas anteriores el trabajo genera el crecimiento de una nación, entre ellos se encuentran los siguientes:

La Observación General No. 18, El derecho al Trabajo<sup>34</sup>. Refiere que el derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) reafirma la necesidad de que los Estados Parte procedan a abolir, condenar y luchar contra todas las formas de trabajo forzado, como preceptúan la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 4 y el artículo 5 de la Convención sobre la Esclavitud, así como el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La OIT, perteneciente al sistema de Naciones Unidas, ha establecido lo que se conoce como el contenido del derecho internacional en materia de derechos humanos

<sup>34</sup> *Ibidem*

laborales. Los Convenios emitidos por la OIT regulan temas relativos a accidentes de trabajo, enfermedad, indemnizaciones, administración del trabajo, agencias de colocación, capacidad profesional, créditos laborales, derecho sindical, descanso, igualdad en el trabajo, no discriminación, edad mínima de admisión al trabajo, estadísticas del trabajo, gente de mar, higiene en el trabajo, licencias pagadas de estudios, aplicación de normas internacionales del trabajo, prohibición de las peores formas de trabajo infantil, protección de la salud, recursos humanos, salarios mínimos, protección al salario, seguridad y salud, seguridad social, trabajadores rurales, abolición del trabajo forzoso, trabajo nocturno, trabajos subterráneos y vacaciones, entre otros.

La OIT establece su razón de ser y de regular los derechos humanos laborales al considerar en su acta de constitución, que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considera que es urgente mejorar dichas condiciones<sup>35</sup>

35 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf> Fecha de consulta: mayo

México ha ratificado los siguientes instrumentos fundamentales<sup>36</sup>:

C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29).

C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

C105 - Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105).

C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) Edad mínima especificada: 15 años.

C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>37</sup> en su artículo 23, menciona que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de

---

de 2016.

36 <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-03-07.pdf>

37 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/217(III) A-E. Disponible en <http://research.un.org/es/docs/ga/quickregular/70>. Fecha de consulta: mayo: 2016.

trabajo y a la protección contra el desempleo; que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual; a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social; así como a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>8</sup> (PIDESC)<sup>38</sup>, en su artículo 6, párrafos 1 y 2 prevé el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y se tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. Asimismo, señala que entre las medidas que habrán de adoptar los Estados Partes del Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho, deberán figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones

que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social,<sup>39</sup> en su artículo 6, señala, entre otros, que el desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir empleo libremente, incluyendo la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>40</sup> en su artículo XIV, establece que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Así como que toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

38 Adoptado el 16 de diciembre de 1966, en vigor internacional a partir del 3 de enero de 1976. México se vinculó el 23 de marzo de 1981, promulgado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, entrada en vigor para México el 23 de junio de 1981.

39 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2542 (XXIV). Disponible en <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/70>. Fecha de consulta: mayo, 2016.

40 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, 1948.

(Protocolo de San Salvador),<sup>41</sup> en sus artículos 6 y 7 establece, entre otros, el derecho al trabajo, a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional; seguridad e higiene en el trabajo.

En México estos derechos están previstos en los artículos 5° y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y sus leyes reglamentarias, Ley Federal del Trabajo y Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que buscan proteger el derecho al trabajo, además el artículo 133 constitucional eleva a rango constitucional los tratados que firme y ratifique México, con lo cual el marco jurídico sobre el tema de derecho laboral se amplía y son la base para la resolución de los conflictos suscitados entre los trabajadores y los patrones, pues en la actualidad no solo se busca resolver la controversia y deducir si existió un despido o no, sino que además se debe vigilar que no se haya trasgredido algún derecho humano.

41 Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en vigor internacional el 16 de noviembre de 1999. México lo ratificó el 16 de abril de 1996 y fue promulgado en el Diario Oficial de la Federación el 1° de septiembre de 1998.

## VI.- CONCLUSION

De lo expuesto en el presente artículo se concluye que las relaciones laborales u obrero - patronales han existido desde que surgieron las sociedades, sin embargo los ordenamientos jurídicos con los cuales se empezó a regular estos nexos surgieron en la época de la Colonia y aunque se comenzaron a distinguir ciertos derechos para los trabajadores estos no eran vinculantes sino más bien recomendaciones.

Fue con el movimiento revolucionario que surgió la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y con ella el artículo que dio vida jurídica al derecho laboral en el país, el conocido 123, el cual ha sido el origen de la Ley Federal del Trabajo, instrumento jurídico que ha ido evolucionando de manera constante desde el año 1931 a través de las diversas reformas y adiciones que se realizaron a este ordenamiento legal con la finalidad de regular y establecer los principios y criterios de resolución de conflictos laborales, teniendo como principios rectores la sencillez y oralidad en su desarrollo.

Pero la confirmación definitiva de que el trabajo digno es un derecho fue su inclusión en la Declaración de Derechos Humanos<sup>42</sup>, lo que originó

42 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, misma que se

que se emitieran varios tratados y convenios de carácter internacional cuyos temas se especializaron en cuestiones laborales y que gracias al artículo 133 constitucional pueden ser tomados en cuenta por el juzgador laboral para efectos de resolver los conflictos pues no solo tiene que verificar si el despido fue justificado o no, sino además vigilar que no haya sido violado algún derecho humano con motivo de dicho despido o si las condiciones en la que se prestaban los servicios personales subordinados eran inhumanos o degradantes.

A últimas fechas específicamente con la reforma constitucional del año 2017, se busca modernizar la impartición de justicia, creando con ello, una nueva etapa jurisdiccional. Por todo lo anterior se concluye que al ser las relaciones obrero-patronales, vínculos y nexos humanos, no pueden quedarse estáticos sino que conforme la sociedad cambia surgirán nuevas situaciones que afectaran o influirán en la interacción de estas relaciones, por eso es que ha existido una evolución muy dinámica en cuanto al tema se refiere.

## VII.- REFERENCIAS

CASTORENA, JOSÉ DE JESÚS, Tratado de derecho obrero, México, Editorial Jaris, 1942.

---

puede consultar la dirección electrónica [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

CUEVA, MARIO DE LA, Derecho mexicano del trabajo, México, Porrúa, 1966, t. I; id. El nuevo

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo, México, Noviembre, 2016.

DERECHOS HUMANOS EN EL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL: Liber Amicorum : en homenaje al doctor Jorge Carpizo McGregor / México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/ RES/217(III) A-E, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/ RES/2200(XXI) A-C, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2542 (XXIV), Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, 1969.

CANESSA MONTEJO Miguel Francisco, La protección de los derechos humanos laborales. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

COMITÉ DE DERECHOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General No 18 el derechos al trabajo aprobada el 24 de noviembre. Ginebra, Naciones Unidas, 2005. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.spx?symbolNo=E%2fC.12%2fG-C%2f18&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.spx?symbolNo=E%2fC.12%2fG-C%2f18&Lang=en) Fecha de consulta: julio de 2016

DE LA CUEVA, Mario, El nuevo derecho mexicano del trabajo. México, Porrúa, 1972.

HÖFFE Otfried, Ciudadano Económico, Ciudadano del Estado, Ciudadano del Mundo. Ética política en la era de la globalización, Buenos Aires, Katz, 2007.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: [http:// ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitucion.pdf](http://ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitucion.pdf) Fecha de consulta: mayo de 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Trabajo descente. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> Fecha de consulta: mayo 2016.

PEDRAJAS MORENO ABDÓN, Despido y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 1992.

ROJAS CABALLERO, ARIEL ALBERTO, Los Derechos Humanos en México, México, Porrúa, 2015.

SASTRE IBARRECHE, RAFAEL. El derecho al trabajo, Madrid, Trotta, 1996.

SOLARES Elva Jiménez, Tratados internacionales de derechos humanos. México, Flores, 2015.

TRUEBA URBINA ALBERTO, Nuevo derecho del trabajo. México, Porrúa, 197

# LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA UNA FALACIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

## THE GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE A FALLACY IN THE MEXICAN LEGAL SYSTEM

*Eliceo Muñoz Mena\**

Presentado: 14 de septiembre de 2018. Aceptado: 21 de noviembre de 2018

### RESUMEN

En el presente artículo se estudia el ámbito de aplicabilidad de la prohibición de competencia sobre el sujeto pasivo, considerándose que este es el actor principal sobre el que recaerán todas las posibles actividades concurrenciales -sean actuales o potenciales.

Los cambios constantes en la normativa positiva y la evolución de la gestión corporativa, han desarrollado mayores controles de análisis y estudio sobre la participación, enrolamiento, administración y correspondencia del sujeto pasivo en la Sociedad.

**PALABRAS CLAVES:** Sujeto Pasivo, administrador, prohibición de competencia, sociedad de capital, nombramiento, cese, extinción, administrador físico, administrador persona jurídica.

### ABSTRACT

In this article, the scope of applicability of the competence prohibition on the passive subject is studied, considering that this is the main actor on which all possible activities will devolve -whether current or potential-.

The constant changes in regulations and the positive evolution of corporate management, have developed greater control of analysis and study on participation, enrollment, administration and passive subject correspondence in the Company.

**KEYWORDS:** Passive subject, administrator, competence prohibition, capital company, nomination, removal, termination, physical administrator, administrator legal person.

\* Doctor en Investigación de Juicios Orales, por el Instituto Panamericano de Estudios Superiores de Chiapas, México, Magister en Derecho Constitucional y Amparo, por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas, México, Maestro en Derecho Procesal Penal, por el Centro de Estudios de Posgrado, México. - jurisco@hotmai.com

## Introducción

Con motivo de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de junio del año 2011, en el estado mexicano; se implementó a nivel constitucional, particularmente en el artículo primero; instituciones, principios y criterios de interpretación, destacando, el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, la inclusión de los conceptos de bloque de constitucionalidad y convencionalidad; la interpretación conforme, el principio *pro persona* y control convencional difuso *ex officio*.

Aunado a la obligación que deben asumir todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias; para promover, respetar, proteger y garantizar; conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los derechos humanos; se suma, el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar su violación.

Cobra importancia además, el hecho de haberse abandonado en la reforma constitucional que nos ocupa, el concepto tradicional de garantías individuales; para dar paso a dos conceptos vinculados indisolublemente en la parte dogmática de nuestro texto constitucional; derechos humanos y garantías para la protección de los derechos humanos. Sin pasar por alto, que en esta nueva cultura con

perspectiva de derechos humanos, reviste trascendental importancia, la dignidad humana, que constituye un valor supremo, que representa el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos; como se aprecia, en el párrafo quinto del artículo primero de nuestra Ley Fundamental.<sup>1</sup>

## Metodología y técnicas

Para el desarrollo del presente ensayo, se utilizan diversos métodos de investigación científica; acentuando, en primer lugar, el descriptivo, donde se exteriorizan hechos y fenómenos sociales, que entrelazados con el contenido de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y sus consecuencias jurídicas; nos permitirán describir y conocer el objeto de la investigación; la ineficacia del acceso a la justicia en México.

Además, cobra vida el método analítico – sintético, analítico en el sentido de que, partimos del análisis de la reforma constitucional

1 Al respecto en el citado párrafo quinto del Artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice: Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

en materia de derechos humanos y sus garantías, desde una perspectiva teórica conceptual. Seguidamente, se pasará a la síntesis, para recomponer el objeto de la investigación, articulando los objetos de estudio descompuestos; generando así, las conclusiones y las recomendaciones.

Finalmente, recurrimos a la revisión bibliográfica, que nos permitió establecer directrices, doctrina y conceptos; que constituyen la base de la presente investigación.

## Resultados

### Definición de Derechos Humanos

A nuestra consideración, partiendo de la nueva perspectiva de los derechos humanos, a partir de la reforma constitucional, definimos los derechos humanos, como:

El conjunto de prerrogativas, facultades y libertades, inherentes a la naturaleza de las personas, cuya realización resulta indispensable para su desarrollo integral; constituidos desde su origen, esencia y finalidad, por la dignidad humana como un valor supremo; mismos que son reconocidos como derechos prepositivos, en las Constituciones de los Estados - Nación; así como en los tratados y convenios internacionales; incluidos en esta concepción, las garantías para su protección, y que en tal sentido, el Estado tiene la obligación de promover, respetar, proteger y

garantizar, para su goce efectivo. (Muñoz Mena, 2018:21).

Destaca de la anterior definición, que los derechos humanos y las garantías para su protección, son un vínculo indisoluble; ya que los derechos humanos requieren de las garantías, que deben cumplir las autoridades estatales para hacer efectivo el goce de los derechos humanos, en beneficio de las personas.

### De las Garantías para la protección de los Derechos Humanos

En la reforma constitucional que nos ocupa, se institucionalizaron las garantías para la protección de los derechos humanos, entendiendo por ello:

Los medios o instrumentos para la protección de los derechos humanos, materializados a través de requisitos, exigencias, restricciones y obligaciones, previstas en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte y que las autoridades deben cumplir estrictamente, para justificar o acreditar la constitucionalidad o convencionalidad de sus actos u omisiones, ya sea tratándose de actos privativos o de molestia o incluso de sus omisiones, que transgredan la esfera de derechos humanos de las personas. Se comprenden dentro de esta categoría, los supuestos en los que los justiciables hacen efectivo su derecho de acceso a la justicia y las consecuencias que les son inherentes. (Muñoz Mena, 2018:77).

Una vez que hemos aludido las definiciones de derechos humanos y de las garantías para la protección de los derechos humanos; que son instituciones distintas, pero que, indudablemente se complementan entre sí, como se ha mencionado; nos permitiremos citar el contenido de la jurisprudencia, cuyo tenor es el siguiente:

## **DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS. SU DISTINCIÓN.**

Antes de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, las voces “derechos humanos y sus garantías”, eran términos que solían confundirse, ambigüedad que posiblemente derivaba de la anterior denominación del capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, titulado “De las garantías individuales”. Sin embargo, el Poder Reformador de la Constitución, con las citadas reformas, elevó a rango constitucional su distinción, como deriva de las siguientes menciones: i) el capítulo I cambió su denominación a “De los derechos humanos y sus garantías”; ii) en el artículo 1o. se especificó que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales “así como de las garantías para su protección”, y iii) en el numeral 103, fracción I, se especificó que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se

suscite por infracción a los derechos humanos y las “garantías otorgadas para su protección”. Luego, para el Constituyente Permanente los derechos y sus garantías no son lo mismo, ya que éstas se otorgan para proteger los derechos humanos; constituyen, según Ferrajoli, los “deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos”, es decir, son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los derechos humanos; de ahí que exista una relación de subordinación entre ambos conceptos, pues las garantías sólo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos. Así, a manera de ejemplo, puede decirse que el derecho humano a la propiedad tiene, entre otras garantías, las de audiencia y legalidad, pues prohíbe a la autoridad molestar a un particular sin mandamiento escrito en el que funde y motive la causa legal del procedimiento, y que los gobernados sean privados de la propiedad sin previa audiencia. (Semana Judicial de la Federación, 2015:1451).

Visto lo anterior, cabe precisar, que las garantías para la protección de los derechos humanos, contempladas en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; las encontramos primordialmente, en los artículos 14, párrafos primero y segundo; incluidas las garantías de “irretroactividad de la ley”, “juicio previo”, “tribunal establecido al efecto”, “las formalidades esenciales del procedimiento” y “ley expedida con anterioridad al hecho”; en el párrafo primero del numeral 16, se prevén las garantías de “mandamiento escrito”, “autoridad competente”, “fundamentación” y “motivación”; en el párrafo segundo, del artículo 17, se reconoce la garantía de “tutela judicial efectiva” o de “acceso a la justicia”, en las que debe contemplarse implícitamente, las garantías o sub garantías de “justicia pronta”, “expedita”, “completa” e “imparcial”, “prohibición de costas judiciales”, “emisión de una resolución que resuelva la controversia”, “derecho a un recurso efectivo”, “sencillo y rápido”, y “ejecución de la sentencia”; en el párrafo quinto del numeral en cita, se contemplan adicionalmente, las garantías de “justicia alternativa” y “justicia restaurativa”.

A nuestra consideración, en el apartado B, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establecen las “garantías del imputado”,

relacionadas con el procedimiento penal acusatorio, sobresaliendo la “presunción de inocencia”, el “derecho a declarar” o a “guardar silencio”, el “derecho de audiencia”, a que se le “reciban las pruebas para el ejercicio de su defensa”, a “ser juzgado en audiencia pública”, “derecho a una defensa adecuada”, entre otras; referente a las “víctimas de un delito”, se le reconocen en el apartado C, del artículo 20 constitucional, las garantías consistentes, en el “derecho a recibir asesoría jurídica”, “a coadyuvar con el ministerio público”; a “recibir desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia”; a la “reparación del daño”, al “resguardo de su identidad”, a “solicitar las medidas cautelares” y “providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos”; entre otras.

Las garantías mencionadas con antelación, son las que conforme a nuestro juicio, se reconocen en el sistema jurídico mexicano; en particular nos ocuparemos, de la garantía de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

#### La Garantía de Acceso a la Justicia o Tutela Judicial efectiva

Sobre la garantía de acceso a la justicia, también conocida en la doctrina y en la jurisprudencia mexicana, como tutela judicial efectiva; que en sentido estricto, se encuentra prevista en el artículo

17, párrafos segundo y quinto de la Constitución federal mexicana; pero que, en un sentido amplio, la garantía que nos ocupa, se armoniza, robustece y complementa, en la práctica judicial y administrativa, con el conjunto de garantías ya mencionadas y reconocidas en el sistema jurídico mexicano.

Para complementar, traemos a colación el contenido del artículo 17, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. (Constitución Política Mexicana, Artículo 17).

Es importante puntualizar, que la garantía de acceso a la justicia, también conocida como tutela judicial efectiva, se traduce en el derecho público subjetivo que tienen las personas humanas y jurídicas, para acceder en los plazos y términos que fijen las leyes adjetivas, de manera expedita, a los tribunales competentes, para plantear o formular una pretensión motivada por un litigio, mediante el ejercicio de acciones que correspondan, de naturaleza civil, familiar, mercantil,

penal, laboral, agrario, militar o de la índole que permita el derecho; con el fin de que a través de sendos procesos judiciales, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento; se decida, se resuelva y se ejecute la pretensión planteada. Se comprende en esta garantía de igual forma, el derecho de ocurrir a juicio para oponer o plantear una defensa, cuando se tenga el carácter de parte demandada.

Es menester dejar patente el hecho de que la garantía de acceso a la justicia, la podemos estudiar en tres momentos, “previo”, “durante” y “posterior a un juicio o procedimiento”; el primer momento, se traduce en el ejercicio del derecho para ocurrir ante un tribunal competente, y se administre justicia, motivado a su vez por una controversia jurídica y su correspondiente materialización a través del ejercicio de la acción (de carácter procesal) y el acceso a la jurisdicción (por los cuales se inicia un proceso, juicio o procedimiento de naturaleza formal o materialmente jurisdiccional); esto es, una petición dirigida a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento de su parte, que puede ser la admisión de la demanda, su improcedencia, inclusive, el cumplimiento de una prevención para su posterior continuidad, una vez solventada la misma.

El segundo momento, es de carácter materialmente jurisdiccional, implica el inicio del proceso, hasta la última actuación dentro del mismo, que regularmente es el dictado de una sentencia, una resolución o un laudo; etapa en la que debe necesariamente prevalecer y privilegiarse, el “debido proceso”; así como el cumplimiento estricto de las “formalidades esenciales del procedimiento”; debiendo considerarse dentro de tales formalidades, a las garantías o sub garantías de administración de justicia en los plazos y términos que señalen las leyes, justicia pronta, expedita, completa e imparcial, la prohibición de costas judiciales, la emisión de una resolución que resuelva la controversia, la ejecución de la sentencia o resolución judicial y el derecho a un recurso efectivo, sencillo, rápido y eficaz.

Constituye el tercer momento para el ejercicio de la garantía de acceso a la justicia; posterior a un juicio, proceso o procedimiento, identificado con la eficacia de las resoluciones; como el derecho que tienen las partes a obtener de los tribunales, la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por quienes estén obligados por ellos, puedan ser ejecutados como regla general, en sus términos; y de manera coactiva o forzosa, de ser necesario; con lo que se culmina el verdadero espíritu de la garantía de

acceso a la justicia, esto es que en efecto, se cumplan las expectativas de los justiciables; dicho de otro modo, que verdaderamente haya valido la pena, ocurrir ante las autoridades en reclamo de justicia.

Lo antes dicho, se corrobora con el contenido de la Jurisprudencia emitida por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:

**DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.** De los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ahora bien, en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, de rubro: “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.”, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro

de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso, y (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Ahora, los derechos mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante Jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones realicen funciones materialmente jurisdiccionales. (Semanao Judicial de la Federación, 2017:151).

Habiendo abordado los principales tópicos respecto a la garantía de acceso a la justicia o tutela judicial

efectiva; desde puntos de vista legal, doctrinal y jurisprudencial; profundizaremos su estudio, desde la óptica de sus principales componentes.

Garantía de administración de justicia en los plazos y términos que señalan las leyes

La garantía o sub garantía que nos ocupa, indica que los procesos y procedimientos judiciales deben desahogarse, respetando los plazos, condiciones y requisitos que para cada etapa procesal señale la legislación procesal o procedimental que le sea aplicable. Ello implica que, para la substanciación de un juicio, la legislación procesal penal (Código Nacional de Procedimientos Penales), civil (Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas, entre otras legislaciones), mercantil (Código de Comercio), laboral (Ley Federal de Trabajo, Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado y demás aplicables), administrativa (Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, Ley de Procedimientos Administrativos del Estado de Chiapas, entre otras), etcétera, según corresponda; señalan puntualmente los plazos, condiciones, requisitos y lineamientos de los cuales no pueden prescindir las autoridades que administran y procuran justicia; durante la substanciación de un juicio.

De lo anterior advertimos, que existen reglas, plazos, condiciones y exigencias de carácter procesal, que deben acatar las autoridades formal y materialmente jurisdiccionales; en caso de que no dar cumplimiento a tales requerimientos, habrá violación a la garantía de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva. La jurisprudencia transcrita a continuación, nos muestra aspectos relacionados con la sub garantía en estudio.

**JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL**

De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una

decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da. (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2011:5).

### **Justicia pronta y expedita**

Cuando hablamos de justicia pronta, debemos entender el deber de los órganos encargados de llevar cabo las actividades jurisdiccionales (ya sea formal o material) de forma

rápida y con celeridad; hablar de justicia expedita por su parte, implica que la administración y procuración de justicia, se debe llevar a cabo sin contratiempos, sin trabas o limitantes, de ninguna naturaleza, y evitar cualquier acción u omisión que impida el desarrollo y goce efectivo de los derechos procesales de cualquiera de las partes; que redunden en un estancamiento de los juicios. Sirve de parámetro en torno a lo expuesto, la tesis aislada, cuyo rubro y contenido a continuación se expresan:

**SENTENCIA. LA DEMORA EN SU DICTADO, EN CONTRAVENCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL SUBJETIVO PÚBLICO DE QUE SE ADMINISTRE JUSTICIA DE MANERA PRONTA, CAUSA UNA AFECTACIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO**

Conforme al espíritu que persiguen las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, que reconocen la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión del principio pro persona en preferencia de la interpretación de normas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas, siendo uno de esos derechos el de acceso a la justicia, entendida ésta como la solución de aspectos litigiosos dentro de los términos y plazos establecidos por las leyes, lo que significa que la litis debe ser resuelta

fundada y motivadamente; como la violación a la garantía prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se manifiesta a través de un acto negativo o una omisión en sentido estricto, que puede presentarse de dos maneras: la primera consiste en que la autoridad no desarrolle el juicio dentro de los términos y plazos previstos legalmente, y, la segunda se actualiza cuando la autoridad no provea nada o deje de hacer lo conducente para la tramitación y culminación del procedimiento respectivo; la demora en el dictado de la sentencia definitiva, en contravención al derecho fundamental subjetivo público de que se administre justicia de manera pronta, causa al quejoso una afectación de imposible reparación impugnabile en amparo indirecto. (Semanao Judicial de la Federación, 2017:9133).

**Justicia completa**

Hablar de justicia completa implica que la actividades de las autoridades a los que se le encomienda la actividad jurisdiccional, formal o material, deben administrar justicia de forma integral, a *contrario sensu*, no debe ser incompleta, de tal manera que se satisfagan procesalmente hablando, todas las pretensiones procesales de las partes, sin que las actuaciones queden a medias, debiéndose ocupar tanto de las acciones como de las excepciones, hechas valer por las partes dentro de un juicio.

## Justicia imparcial

La imparcialidad, como garantía, expresa aspectos de carácter ético para los administradores y procuradores de justicia, en el sentido de que la balanza de la justicia, esté totalmente equilibrada y que no haya tendencia de las autoridades a favorecer a una u otra parte, ni inclinar sus decisiones por cuestiones personales, políticas, de parentesco, etcétera, nos remite esta garantía a la rectitud en la actuación de los titulares de la administración y procuración de justicia.

## Prohibición de costas judiciales

En lo que hace a la prohibición de costas judiciales, ésta se traduce en que la administración de justicia, no debe tener costos económicos para los justiciables; no está permitido por ende, bajo esta garantía, la posibilidad de que, por ejemplo, un juez, un magistrado o un ministerio público, o cualquier servidor público, tenga el derecho de exigir dádivas. Sirve de sustento, el contenido de la Jurisprudencia, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que *ad litteram*, señala:

## COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL

Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por

parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito. (Semana Judicial de la Federación, 1999:19).

Emisión de una sentencia o resolución que dirima el litigio o la controversia judicial

La garantía en mención, significa que las partes procesales, tanto actora como demandada, inclusive terceros con interés en un juicio, tienen el derecho reconocido por la carta fundamental mexicana, para que deba dictarse una sentencia, resolución o laudo, según corresponda; por el cual el tribunal competente, determine la solución al litigio o controversia que le haya sido planteado en juicio.

La finalidad de todo proceso judicial, atendiendo a una lógica jurídica, es que se dicte una sentencia, por la que se determine si la parte actora probó o acreditó su acción o acciones ejercitadas y por otra parte, determinar si la parte demandada, acreditó sus defensas o excepciones, hechas valer en la secuela procesal; en lo anterior, se justifica la importancia de la garantía motivo de este apartado.

## Recurso efectivo, sencillo y rápido

El recurso efectivo, sencillo y rápido, implica el derecho que tienen las partes, cuando consideren, que le

es adverso un auto, una resolución o sentencia; para interponer los medios de impugnación que sean procedentes, dentro de los cuales podemos mencionar, los recursos de revocación, de reconsideración, de apelación, incluso el juicio de amparo. Todos tendientes a que la resolución impugnada, se revoque, confirme o modifique. La tesis aislada, ilustra tópicos de la garantía que nos ocupa, como se aprecia a continuación:

### **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO, SENCILLO Y RÁPIDO, ES CONSECUENCIA DE ESE DERECHO FUNDAMENTAL**

El artículo 1o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Por su parte, el artículo 17 constitucional prevé el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone, en primer término, el acceso a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial y, en segundo, el derecho que tiene a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial, lo cual se

encuentra íntimamente relacionado con el principio del debido proceso, contenido en el artículo 14 del señalado ordenamiento, por lo que para dar cabal cumplimiento al derecho inicialmente mencionado, debe otorgarse la oportunidad de defensa previamente a todo acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, lo que impone, además, que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Por tanto, el acceso a un recurso efectivo, sencillo y rápido, mediante el cual los Jueces y tribunales tutelen de manera eficaz el ejercicio de los derechos humanos de toda persona que lo solicite, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, es consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en tanto que asegura la obtención de justicia pronta, completa e imparcial, apegada a las exigencias formales que la propia Constitución consagra en beneficio de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, 2012: 2864).

### **Ejecución de la Sentencia**

Toda resolución o sentencia que haya causado estado, debe ser ejecutada, con la finalidad de hacer efectivo en favor del justiciable, lo resuelto por la autoridad competente; implica pues, que las resoluciones que se dicten no sean letra muerta; que lo decretado por los tribunales al

término de un juicio, proceso o procedimiento, se materialice en favor de las partes procesales, según corresponda. La tesis aislada que a continuación se transcribe, da cuenta de la garantía en estudio.

## **DERECHO FUNDAMENTAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DEFINICIÓN Y ALCANCE**

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, no definido expresamente en el numeral en cita pero que fácilmente puede obtenerse de él y en torno al cual se ha creado toda una teoría, puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Así lo determinó la Primera Sala del Más Alto Tribunal del País, en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, de rubro: “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.”; asimismo, dicha Sala emitió la tesis aislada 1a. LXXIV/2013 (10a.), publicada en el mismo medio de difusión, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 1, marzo de 2013, página 882, de rubro: “DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. SUS ETAPAS.”, en la que estableció que el derecho a la tutela jurisdiccional tiene tres etapas que se corresponden a tres derechos bien definidos, que son: 1. Una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; 2. Una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden los derechos fundamentales del debido proceso, y 3. Una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas o el derecho a ejecutar la sentencia. Este último derecho fundamental puede definirse como el que tienen todos los ciudadanos a obtener de los juzgados y tribunales la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por quienes estén obligados por ellos puedan ser ejecutados, como regla general, en sus términos y de manera coactiva o forzosa y tiene las siguientes características: 1. Es un

derecho de configuración legal, pues participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquel en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, lo que no impide que, en su caso, pueda analizarse la regularidad constitucional de los requisitos o limitaciones impuestos al ejercicio del derecho fundamental, para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades; 2. Comprende, en principio, el derecho a la ejecución del pronunciamiento judicial en sus propios términos pues, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en éstas reconozcan o declaren, no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna; 3. Impone a los órganos judiciales la adopción de todas las medidas necesarias para promover el curso normal de la ejecución. El derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma cuando ello sea legalmente exigible. Su contenido principal consiste en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su

eventual contradicción por terceros, y 4. La determinación del sentido del fallo y las medidas a adoptar para su ejecución corresponden en exclusiva a los tribunales ordinarios competentes para la ejecución. En efecto, no corresponde al órgano de control constitucional, en vía de amparo, sustituir a la autoridad judicial en el cometido de interpretar y fijar el alcance de sus propios pronunciamientos, ni en el modo de llevarlos a su puro y debido efecto, correspondiéndole estrictamente, velar para que tales decisiones se adopten en el seno del procedimiento de ejecución, de un modo coherente con la resolución que haya de ejecutarse y una vez que las partes hayan tenido oportunidad suficiente para formular alegatos, así como para aportar pruebas sobre la incidencia que en la efectividad del fallo pudiera tener la actuación subsiguiente, evitando así nuevos procesos y dilaciones indebidas. Empero, sí deberá vigilar, cuando de la reparación de eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial se trate, que ésta no sea debida a una decisión arbitraria ni irrazonable, ni tenga su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de este derecho. Por ende, la postura del Juez de instancia para hacer realidad los postulados del debido proceso debe ser: a) flexible para privilegiar el acceso a la justicia; b) sensible para entender los

derechos cuestionados, y c) estricta en la ejecución de la cosa juzgada. (Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2015:2157).

Garantías de justicia alternativa y restaurativa

Es importante precisar, que deben considerarse implícitas en la garantía de acceso a la justicia o tutela jurisdiccional efectiva; las garantías previstas en el párrafo quinto, del artículo 17 de la Constitución Política Mexicana, conocidas como justicia alternativa y justicia restaurativa; que pugnan por la solución de las controversias o litigios a través de acuerdos entre las partes o de procedimientos alternos a los procesos judiciales tradicionales; como bien sabemos, la solución de controversias a través de la justicia tradicional, resulta bastante costosa y tardada (recordemos que el propio artículo 17 constitucional, en su párrafo segundo, pugna por una justicia pronta y expedita).

La justicia alternativa se materializa a través de los mecanismos alternativos de solución de controversias, dentro de los que citamos a la mediación, la conciliación, el arbitraje y la junta restaurativa. Para los efectos conducentes, nos permitimos transcribir de forma literal el contenido del párrafo quinto, del artículo 17, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de

controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. (Artículo 17, párrafo V, de la Constitución Política Mexicana).

Para robustecer lo antes dicho, resulta ilustrativo el contenido de la tesis aislada que se transcribe:

### **ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO**

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también

se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias “son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita, permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la

negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo”; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado mexicano. (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, 2013:1723).

Es dable destacar, que las garantías para la protección de los derechos humanos, son aplicables también, para los actos de la administración pública federal, estatal y municipal; es decir, no es privativa de los actos estrictamente judiciales o jurisdiccionales.

En último lugar, cabe decir que la garantía de acceso a la justicia, no escapa del Derecho Convencional; está prevista en los artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y el numeral 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Económicos, primordialmente; normatividad que de igual forma resulta obligatoria para las autoridades mexicanas; acorde a lo establecido en el artículo primero, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en el cual se establece que en los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas

gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el estado mexicano es parte, así como de las garantías para su protección.

## Discusión

Habiendo descrito la base normativa de carácter constitucional e inclusive convencional, que cimientan a la “garantía de acceso a la justicia”; y si, de su análisis se advierte que existen disposiciones, instituciones y principios bastantes y suficientes, para hacer efectiva el acceso a la justicia, cabe preguntarnos: ¿Qué es lo que está fallando?, ¿Por qué la podredumbre cobija el sistema jurídico mexicano?, ¿Por qué se nos administra injusticia y no justicia?; indudablemente que las respuestas están muy a la mano; la respuesta la sabe el servidor público jurisdiccional, el Ministerio Público, el Juez, el Magistrado, el Secretario de Acuerdos, el Secretario Actuario; el abogado, las partes en un juicio, el profesor, el estudiante de derecho, la sociedad en general; todos sabemos y tenemos la respuesta, la conocemos correctamente; desafortunadamente no hacemos nada para cambiar, la tan nefasta administración y procuración de justicia, en nuestros municipios, en nuestras entidades federativas y en nuestro país, en nuestro México.

Basta ocurrir a los diversos tribunales estatales y federales, en materia

civil, familiar, mercantil, laboral, administrativo, penal; sin que por supuesto sea una regla general, ya que existen honrosas excepciones; para advertir, que hay una ausencia de ética profesional y de valores en quienes administran y procuran justicia, reina la corrupción, la falta de humanismo en el trato hacia las partes en conflicto, con un marcado desinterés de quienes ejercen una función jurisdiccional; todo ello, avalado por quienes estamos en contacto con la administración de justicia, existe un silencio de los abogados al respecto; las barras, los colegios y asociaciones de licenciados en derecho, son omisos; desdichadamente, los afectados son los propios litigantes; en tanto, las autoridades harán lo que se les venga en gana; tenemos en razón de lo anterior, el deber moral, ético y jurídico de aterrizar, la teoría es buena, pero la práctica del buen derecho, sin duda sería extraordinaria.

Día a día, aumentan sobremanera los actos de corrupción en los tribunales mexicanos; por citar un ejemplo, lo impensable, actos de corrupción en el poder judicial de la federación, venta de plazas, venta de exámenes de oposición para ocupar plazas jurisdiccionales federales, un abismal tráfico de influencias y lo peor, un sendo negocio familiar ha resultado la estructura y funcionamiento del poder judicial de la federación.

Se suma a lo anterior, un rezago exagerado en el trámite y resolución de los litigios, en los diversos tribunales judiciales; un marcado desinterés de los servidores públicos que conforman la administración y procuración de justicia (desde el más alto al más bajo nivel jerárquico es lo mismo) para solventar las necesidades procesales de las partes en un juicio; resulta una verdadera tortura jurídico burocrática, la administración de justicia; constituye una odisea para el abogado y sus representados, substanciar un juicio. Todo lo anterior resulta reprochable, reprobable, indignante y por supuesto que resultan violatorio de los derechos humanos de los justiciables, en manos de servidores públicos inconscientes, indiferentes y faltos de probidad.

No pasa desapercibido el hecho de que, los derechos humanos se han convertido en el “pan nuestro” de las autoridades mexicanas; en cualesquiera de sus niveles u órdenes de gobierno (federación estados y municipios, inclusive en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial); pero eso qué, solo constituye una burla; por un lado se anuncian defensores y promotores de derechos humanos y por el otro lado de forma indiscriminada, cualquiera que sea el lugar que ocupen dentro de la estructura del estado mexicano, a sangre fría y sin escrúpulos victimizan al pueblo mexicano.

## Conclusiones

Se concluye entonces, que la garantía de acceso a la justicia, es una gran mentira vendida en forma de verdad, comprada como un anhelo espurio, por el mejor postor; muchas de las veces, el más infame postor, y no por el que tiene sed y hambre de justicia, en nosotros está pues, el verdadero cambio; hagamos entonces lo que conforme a derecho concierne.

En nuestras manos está, en esta nueva generación de abogados que se están forjando y tienen el deber de ejercer el derecho, con perspectiva de derechos humanos; de lo contrario, el acceso a la justicia, continuará siendo una retórica de escritorio, barata, mancillada, y pisoteada por quienes debemos hacerla valer; no tiremos a la basura, una de las más grandes aspiraciones del ser humano, el acceso a la justicia, cada vez más lejana e inalcanzable; da coraje y tristeza decirlo, pero cobarde sería callarlo.

Sabemos perfectamente que lo antes narrado, no constituye algo nuevo; no obstante, tenemos la plena confianza y convicción, que este espacio académico, nos invita y motiva a la reflexión, para un mejor México, para una mejor Latinoamérica, para una mejor América y para tener un mundo extraordinario.

¡Lo hagamos posible!, ¡Sí podemos!.

## Recomendaciones

Se hace necesario indudablemente y de forma urgente, un rescate de valores y principios; la tarea para tener un México y una América con acceso a la justicia, no le corresponde únicamente a las autoridades; no es privativo del estado, no es exclusivo de los abogados, de los estudiantes del derecho, de los investigadores; todas las personas, tenemos una participación muy especial; en casa, en la escuela, en la calle, en los tribunales, en cualquier espacio público o privado.

Además del derecho y de los derechos humanos, los valores morales, éticos y los principios humanísticos, deben tener cabida en nuestra formación; de ahí que la moral, la ética, la justicia, la paz, la armonía, el bien común, la verdad, el respeto, el amor, la libertad, la tolerancia, la equidad, la honestidad, la responsabilidad, la probidad, la honorabilidad, la prudencia, entre otros; de forma conjunta deben ser el cimiento de una cultura por la legalidad y por el respeto de la dignidad humana, valor supremo de los derechos humanos. No se hace necesario, mirar hacia las demás personas, basta estar frente a un espejo, para darnos cuenta de que nosotros mismos, hacemos inasequible el acceso a la justicia, en el ámbito que sea, por más diminuta que parezca; siempre tendremos la oportunidad de hacer mejor las

cosas, o de continuar cayendo en un abismo de aberración y de injusticia.

## Bibliografía

Arnáiz Amigó, A. (1971). *Soberanía y potestad*, México, UNAM.

Color Vargas, M. (2013). *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Herrera García, Alfonso. (2015). *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una aproximación jurisprudencial*. Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos, Fascículo 1, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Medellín Urquiaga, X. (2013). *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Principio pro persona*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Muñoz Mena, E. (2016). *Principios rectores de los derechos humanos y sus garantías. Artículo primero de la Constitución Política Mexicana, comentado*. 2ª. ed. México, Editorial Flores.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* [Const.] (1917). Artículos 1-39 [Título I]. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/Leyes>.

*Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, (J) XXVII.3o. J/14 (10a.), T.C.C., Libro 17, t. II, abril de 2015, p. 1451.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1a./J. 103/2017 (10a.), Primera Sala, Libro 48, t. I, noviembre de 2017, p. 151.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, P./J. 113/2001, Pleno, Libro 26, t. XIV, septiembre de 2011, p. 5

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, P./J. 72/99, Pleno, t. X, agosto de 1999, p. 19.

*Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, VI.2o.C.4 K (10a.), T.C.C., Libro IX, t. II, 2017, p. 913.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, II.8o. (I Región) 1 K (10a.), T.C.C., Libro XIII, t. IV, octubre de 2012, p. 2864.

*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, I.3o.C.71 K (10a.), T.C.C., Libro 18,t. III,

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, III.2o.C.6 K (10a.), T.C.C., Libro XXV, t. 3, octubre de 2013, p. 1723.

# LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE APLICABILIDAD DIRECTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

## THE JURISDICTIONAL GUARANTEE OF DIRECT APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BOLIVIAN CONSTITUTION

*Farit Rojas Tudela\**

Presentado: 17 de septiembre de 2018. Aceptado: 19 de noviembre de 2018

### Resumen:

A partir de una lectura integral del Capítulo Primero (Garantías Jurisdiccionales) que corresponde al Título IV (Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa) de la Primera Parte de la Constitución Política del Estado (Bases Fundamentales del Estado Derecho, Deberes y Garantías) se desarrolla un análisis de la garantía de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en el contexto de la doctrina constitucional sobre el tema. Se revisa la tradición constitucional sobre el tema y la voluntad constituyente que posibilita su interpretación conforme a lo establecido en el artículo 196 que privilegia la interpretación del Tribunal Constitucional a partir de los documentos, actas y resoluciones del constituyente.

### Abstract:

This essay shows an analysis of an integral reading of the First Chapter (Jurisdictional Guarantees) that corresponds to Title IV (Jurisdictional Guarantees and Defense Actions) of the First Part of the Political Constitution of the State (Fundamental Bases of the State Law, Duties and Guarantees). This analysis privilege the guarantee of direct applicability of fundamental rights in the context of the constitutional doctrine on the matter. This essay also presents the constitutional tradition on the subject and the constituent will that enables its interpretation according to the provisions of article 196 that privileges the interpretation of the Constitutional Court according to the documents, acts and resolutions of the constituents.

### Palabras clave:

Garantías. Aplicabilidad directa. Derechos fundamentales. Constitucionalismo. Voluntad Constituyente.

**Key words:** Guarantees. Direct applicability. Fundamental rights. Constitutionalism. Constituent will.

\*Abogado MsC. en Investigación Social y Phd. en Ciencias bajo la Mención Justicia. A sido investigación y docentes en materia constitucional en diversas universidades e instituciones, asesor (Technical Advisor) de Bolivia ante la corte Internacional de Justicia (2013 – 2015), Ministro de la Primera Embajada de Bolivia ante el Reino de los Países Bajos (2013 - 2015), actualmente es el Director del Centro de Investigaciones Sociales (CIS) de la Vicepresidencia del Estado, a cargo de las investigaciones del Estado y Política de esta institución. faritrojas@yahoo.com

## Metodología:

La metodología utilizada es la dogmática *lege lata* que privilegia la interpretación de una norma jurídica, en este caso el artículo 109 de la CPE, conforme a los materiales constitucionales dispuestos en el desarrollo de la investigación.

## Garantías constitucionales

El término garantía en materia jurídica tiene muchos significados. En sus orígenes el término tenía una cercanía a materia civil. Se pueden rastrear sus usos en el antiguo derecho romano dirigidos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los derechos patrimoniales: las garantías reales y las garantías personales.

El uso del término garantía en materia constitucional, es relativamente reciente y si bien conserva la idea de asegurar y tutelar, su objeto es distinto, su centro son ahora los principios, valores y derechos constitucionales. Si lo que se busca es asegurar y tutelar principios, valores y derechos es necesario reconocer que hay una fuerza, un poder que puede vulnerarlos, suspenderlos, transgredirlos. Ante este poder es necesario concebir un sistema y un ordenamiento jurídico garantista, que pueda conjurar los abusos del ejercicio de poder.

## Como señala Ferrajoli:

Relativamente recientes son la extensión del significado de 'garantías' y la introducción del neologismo 'garantismo' para indicar las técnicas de tutela de los derechos fundamentales: ya sean derechos negativos, como los derechos de libertad a lo que corresponde prohibiciones de lesión, o derechos positivos, como los derechos sociales a los que corresponden obligaciones de prestación a cargo de los poderes públicos. En este sentido el término, en la expresión garantía constitucional, es empleado en las disciplinas constitucionalistas en dos sentidos distintos pero en realidad estrechamente conectados: ante todo, para designar la garantía de los derechos fundamentales y de otros principios axiológicos ofrecida por su enunciación en normas de rango constitucional; en segundo lugar, para designar la garantía ofrecida a las normas constitucionales mismas, y por consiguiente a los principios establecidos en ellas, por las técnicas dirigidas a garantizar su rigidez y consistentes en la previsión de un procedimiento especial para su revisión y en el control jurisdiccional de las leyes (Ferrajoli, 2011 Tomo I:187).

En un sentido lato, toda la Constitución es en sí una garantía contra el ejercicio abusivo del poder, por ello una Constitución es en sí una garantía de un Estado constitucional

de Derecho, es decir un Estado en el que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y la ley, y tanto todos los niveles de gobierno como gobernados se someten a lo establecido en la Constitución y las leyes.

La razón de caracterizar a la Constitución como la garantía principal del Derecho, se encuentra en que la misma plasma el catálogo de derechos fundamentales no sólo de los individuos sino de todas las personas, sean estas individuales o colectivas, así como también establece los mecanismos y dispositivos para la defensa de los mismos.

Una de las características de las Constituciones de este último tiempo, según Guastini, es su condición de constitucionalizar todo el ordenamiento jurídico.

Por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia (Guastini en Carbonell, 2005: 49)

En consecuencia, una Constitución, entendida como garantía principal de los derechos de las personas, debe ser una Constitución que efectivamente gobierne en todas las relaciones de derecho, en todo el ordenamiento jurídico y en todas las actividades de los órganos del poder político.

Como se señaló, las Constituciones no sólo plasman derechos sino que también generan mecanismos para garantizarlos.

En un sentido estricto y técnico jurídico las garantías constitucionales son el conjunto de normas, métodos, mecanismos, dispositivos e instrumentos de carácter procesal establecidos por la misma Constitución para asegurar la efectividad de los derechos, reestablecer el orden constitucional cuando el mismo haya sido amenazado o trasgredido, y en consecuencia defender la vigencia Constitución. Las garantías permiten que lo que está escrito en el papel pueda ser vivenciado.

### **Como señala Ferrajoli**

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia

con su estipulación constitucional (Ferrajoli, 2006:25)

Para Carl Schmitt las garantías constitucionales si bien no son en si derechos en sentido estricto, son necesarias para la solidez y cumplimiento de los mismos, en tanto para Hans Kelsen las garantías se encuentran identificadas con la defensa de la Constitución, es decir son parte de los medios preventivos y represivos que permiten la vigencia y vivencia de la Constitución (Schmitt y Kelsen citados por Soberanés en Carbonell, 2009).

Las garantías constitucionales pueden clasificarse en sociales<sup>1</sup> (o de auto tutela) e institucionales (o de tutela política y jurisdiccional). Las garantías institucionales se confían a instituciones de carácter público: las políticas están confiadas a la separación de poderes, y las jurisdiccionales están confiadas específicamente al Órgano Judicial y al Tribunal Constitucional Plurinacional.

Entonces, las garantías jurisdiccionales son parte de las garantías constitucionales, se refieren expresamente a las garantías de las personas, sean estas

individuales o colectivas, para hacer prevalecer el orden constitucional en la aplicación misma de la Constitución, las leyes y la normativa jurídica en general ante el Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Las garantías jurisdiccionales han tenido su desarrollo más logrado en materia penal, a tal punto que la Constitución es la otra cara de la normativa penal; dicho de otro modo el Derecho Constitucional es la otra cara del Derecho Penal. La Constitución genera y establece límites al monopolio del derecho de castigar que posee el Estado.

Un Estado Constitucional de Derecho es, entonces, un Estado con un derecho penal mínimo, que se aplica como último recurso y en observancia del cumplimiento de una serie de garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución.

Conforme a la hermenéutica del texto constitucional boliviano, el Capítulo Primero del Título IV de la Primera Parte de la Constitución está dedicado al tratamiento de las garantías jurisdiccionales, es decir que las mismas se encuentran explicitadas en los artículos que van del 109 al 124, las cuales son los presupuestos de las acciones de defensa constitucional consignadas inmediatamente después, en el Capítulo Segundo del Título IV de la Primera Parte de Constitución.

1 Las garantías sociales son también denominadas garantías de autotutela, es decir que los mismos titulares del derecho desarrollan estrategias y repertorios de movilización para lograr garantizar sus derechos. El ejemplo paradigmático de la autotutela de derechos es la huelga, la marcha y la protesta social.

La aplicabilidad directa de los derechos establecidos en la Constitución, como lo señala el artículo 109, no es sólo una característica de las Constituciones contemporáneas, que tiene esta condición invadente y pervasiva (invasora y entrometida) en todo el ordenamiento jurídico, sino que se constituye en la primera garantía enunciada en el texto constitucional boliviano. Los derechos no precisan para su cumplimiento de una legislación previa, de una reglamentación previa, no precisan de un visto bueno por parte del Ejecutivo. Los derechos serían directamente aplicables.

### **Aplicabilidad directa de los derechos constitucionales**

Por derechos constitucionales debe entenderse a todos los derechos establecidos (y reconocidos) por la Constitución y a los que están por establecerse por mandato de la misma.

En el primer caso se refiere a los derechos que expresamente se establecen en la Constitución boliviana, la mayoría de ellos en la Primera Parte (Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías), específicamente los del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte (los comprendidos entre los artículos 15 al 107), aunque es posible encontrarlos en otras partes de la Constitución, por ejemplo el Artículo

10 que declara el derecho a la paz, expuesto por Ferrajoli (2011) como un derecho y a la vez una garantía de paz social, que se encuentra fuera del Título de los Derechos Fundamentales, o el caso del Artículo 373 que declara que el agua es un derecho fundamentalísimo, en tanto es un derecho vital, y que se encuentra en el Capítulo Quinto (Recursos Hídricos) del Título II (Medio Ambiente, Recursos Naturales, Tierra y Territorio) de la Cuarta Parte de la Constitución (Estructura y Organización Económica del Estado).

En el segundo caso (los que estén por establecerse por mandato de la Constitución) se refiere a los derechos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, conforme a lo señalado en los artículos 410 y 256, asimismo debe referirse a los otros derechos no enunciados que señala la Constitución en su Artículo 13, párrafo II, es decir los derechos en devenir<sup>2</sup>, y también a los derechos que provienen en

<sup>2</sup> El párrafo II del Artículo 13 señala que *los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados*. Entonces existen otros derechos no enunciados en la Constitución, y que en consecuencia pueden ser denominados derechos en devenir. Entre estos se pueden encontrar los derechos de la naturaleza, los derechos de ciudad, entre otros.

virtud del pluralismo jurídico<sup>3</sup>. Sobre los derechos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, debe preverse que su aplicación depende de que estos instrumentos prevean derechos *más favorables* a los establecidos en la Constitución, sólo bajo esa condición ingresarían a ser considerados de aplicación inmediata. Si el derecho es menos favorable, así sea de una norma de derechos humanos, la condición no se da y simplemente se aplica la norma local que sea más conveniente al caso concreto.

El hecho de encontrar estos derechos en la Constitución Política del Estado y no en otro instrumento normativo como una ley, permite dotar a los mismos de un carácter de fundamentalidad que posibilita la sinonimia entre derechos fundamentales y derechos constitucionales. Por ello el constituyente<sup>4</sup> inscribió en la norma

fundamental<sup>5</sup> los derechos que considera fundamentales, si la norma fundamental es la Constitución Política del Estado, los derechos fundamentales, lógicamente son derechos constitucionales, en observancia a lo establecido en el Artículo 13, parágrafo III que señala que *la clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros*<sup>6</sup>.

---

que luego se plasmaría en el Proyecto de Texto Constitucional aprobado en grande en Chuquisaca, antecedente del Proyecto de Texto Constitucional aprobado en grande, detalle y revisión en Oruro, la misma que fue modificada en los ajustes congresales de octubre de 2008 antes de ser remitida a referéndum en enero de 2009. Debe señalarse que otras comisiones también contribuyeron a la redacción de los artículos del catálogo de derechos.

3 El pluralismo jurídico explicita la posibilidad de otras fuentes del Derecho, rompiendo el monopolio de producción jurídica por parte del Estado. Estos otros derechos, pueden ser los de los pueblos indígena originario campesinos, que conforme a su propia cosmovisión o narrativa y en virtud a su derecho a la libre determinación, ponen en funcionamiento, y que están más allá de lo establecido en el Artículo 30 de la Constitución.

4 La Asamblea Constituyente boliviana se organizó en 21 Comisiones, de ellas la Comisión 3 se denominó Derechos, Deberes y Garantías, y fue la responsable de elaborar el catálogo de derechos

5 Al finalizar la Disposición Final de la Constitución Política del Estado, el Presidente promulga la Constitución Política del Estado *para que se tenga y se cumpla como Ley Fundamental del nuevo Estado*.

6 Sin embargo, es necesario llamar la atención acerca de un conjunto de derechos fundamentales que gozan de doble fundamentalidad, es decir que se los puede denominar derechos fundamentales – fundamentales. Los derechos fundamentales–fundamentales están ubicados entre los artículos del 15 al 20 (derecho a la vida e integridad, derecho al agua y a la alimentación, derecho a la educación, derecho a la salud, derecho a los servicios básicos, derecho al hábitat y a la vivienda), de acuerdo con la voluntad del constituyente, estos derechos son *fundamentalísimos* pues responden a las necesidades primarias y mínimos vitales de los seres

Siguiendo a Ferrajoli estos derechos pueden comprenderse como:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendido por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita un sujeto por una norma; y por status la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2009:19).

Sin embargo más allá de argumentar la fundamentalidad de los derechos constitucionales, y siguiendo a Norberto Bobbio, el problema de fondo de los derechos no es tanto fundamentarlos sino protegerlos<sup>7</sup>,

---

vivos para desarrollar vida. Es por esto que son de aplicación inmediata. En caso de conflictos entre derechos, el criterio de interpretación deberá generalmente ponderar en favor de aquellos que se encuentren relacionados con los derechos fundamentales—fundamentales. Siguiendo a Ferrajoli estos derechos pueden ser también caracterizados de derechos vitales. “Llamaré derechos vitales a aquellos derechos fundamentales que son tales porque su violación compromete, directa o indirectamente, la paz y consiguientemente la vida de sus titulares” (Ferrajoli, 2011 Tomo I: 839).

7 La argumentación de Bobbio es la siguiente: “el problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico,

es decir hacerlos directamente aplicables, y resguardados por todo un sistema de garantías para su protección.

Conforme a lo establecido en el Artículo 410, *todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución*. Esta declaración permite comprender la fuerza expansiva del mandato del Artículo 109, pues al reconocer que todos los derechos son directamente aplicables permite que los mismos tengan un carácter inmediato y directo, y por ello vinculan, sin excusa de cumplimiento tanto a particulares como a los órganos de poder público.

“Al vincular a los poderes públicos, esto es, al legislador [órgano legislativo], al [órgano] ejecutivo y a la[s] jurisdicción[es], los derechos fundamentales son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no existiendo más excepciones a este principio de aplicación inmediata que las que imponga la misma Constitución expresamente, o bien

---

sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuantos son estos derechos.Cuál su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados” (Bobbio en Ferrero Costa, 2004:354).

las que se deduzcan ineludiblemente de la naturaleza misma de la norma, si bien es cierto que cuando el derecho es de configuración legal, es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la mencionada regulación se produzca, más que un contenido mínimo, que el legislador complementará o desarrollará. Los derechos fundamentales son, por tanto, verdaderos derechos subjetivos que permiten a su titular su exigencia ante los tribunales frente a los poderes públicos cuando dicho derecho sea conculcado. Es decir, los derechos fundamentales desarrollan constitucionalmente frente al poder público una eficacia vinculante que tiene carácter inmediato y directo” (Balaguer, 2011 Tomo II: 61).

Debe referirse a que la aplicabilidad directa de los derechos en el caso de aquellos denominados programáticos, es decir de carácter progresivo (conforme a lo establecido en el parágrafo I del Artículo 13), debe recuperar esta noción de *contenido mínimo del derecho* señalado por Balaguer, en consecuencia si el derecho es de configuración legal y de desarrollo progresivo, los jueces y/o los tribunales deberán vincular su realización a un contenido mínimo y a la vez ordenar a las instancias respectivas el complementó o desarrollo necesario.

“Que los derechos sean directamente aplicables significa (1) que puede reivindicarse su tutela

en cualquier actuación procesal con el sólo fundamento de la norma constitucional, (2) que su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para su aplicación y (3) que debe interpretárselos a favor de su ejercicio. En lo formal, las tres son consecuencias del carácter normativo de la Constitución” (Andaluz en Yáñez, 2012: 124).

Esta fuerza expansiva de los derechos reconocida en el Artículo 109 es uno de los efectos del desplazamiento de un Estado legislativo de Derecho a un Estado constitucional de Derecho<sup>8</sup> y del denominado

8 También denominado como Estado Constitucional de derechos (así en plural), como lo establece la Constitución Política del Ecuador. Esta denominación corresponde al reconocimiento del pluralismo jurídico, a partir del cual el Estado no es la única fuente de derechos. Este reconocimiento de otras fuentes de derechos no sólo se refiere a los derechos de pueblos indígena originario campesinos, sino también a los derechos que ingresan en el bloque de constitucionalidad establecido en el Artículo 410. Como señala Ávila Santamaría “En el Estado constitucional de derechos los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: (1) la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), (2) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), (3) el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, (4) las comunidades indígenas tienen normas procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente (5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único

neoconstitucionalismo.

### **Como señala Ávila Santamaría:**

Las propuestas e innovaciones del neoconstitucionalismo responden a problemas concretos (sin ánimo de agotar todos ellos): (1) los derechos fundamentales a la violación de derechos; (2) la rigidez de la Constitución a la arbitrariedad de los parlamentarios; (3) la Constitución como norma jurídica directamente aplicable sin que requiera desarrollo legislativo para su eficacia al requisito de ley para reglamentarla (en el sentido de hacer reglas); (4) Los jueces de la Constitución a la inexistencia de una autoridad que sancione la inobservancia de las normas constitucionales (Ávila, 2011:54).

Asimismo Ferrajoli señala respecto al Estado constitucional de Derecho que:

Ante todo, cambian las condiciones

---

derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del Derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos es una pluralidad jurídica” (Ávila, 2011: 123-124). Complementando a Ávila Santamaría en Bolivia debe prestarse atención además a la facultad legislativa de las entidades territoriales autónomas (Artículo 272) que complejizan más el escenario de la producción legislativa ampliamente plural. Esta condición de pluralización de las fuentes del Derecho es también advertida por Ferrajoli, cuando menciona que esto “es una consecuencia del fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica” (Ferrajoli en Carbonell, 2005: 20-21).

de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales [...] en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas” (Ferrajoli en Carbonell, 2005:18).

Esta condición de aplicabilidad directa de los derechos coincide con lo establecido por el numeral 4 del Artículo 9 de la Constitución, que señala como uno de los fines y funciones esenciales del Estado *garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución*, en consonancia

con lo establecido en el parágrafo III del Artículo 14 que señala que el *Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.*

Pero esta obligatoriedad de cumplimiento de los derechos constitucionales no sólo vincula al Estado y sus órganos de poder en todos sus niveles (central, departamental, regional, municipal, indígena originario campesino) sino también a los denominados sujetos privados, pues como estipula el Artículo 410, *todas las personas, naturales y jurídicas se encuentran sometidos a la presente Constitución.*

Si los derechos fundamentales, como hemos sostenido, se constituyen como elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo y no sólo como derechos subjetivos de sus titulares, han de tener operatividad en el Derecho común funcionando como principios o cláusulas generales que influyen y modulan a los principios y las reglas que rigen las relaciones *inter privados* y, a su vez, esos principios, lógicamente, también influyen y modulan el despliegue concreto en esas relaciones del derecho fundamental de que se trate. [...] Ante estas situaciones es evidentemente obligación primera del legislador

disciplinar normativamente estas relaciones privadas de tal modo que en ellas siempre se vean preservados y garantizados los derechos fundamentales (Balaguer, 2011 Tomo II: 63).

No obstante a la observación anterior de Balaguer, en caso de una controversia concreta, ya sea por vulneración o amenaza de vulneración de cualquier derecho constitucional por parte de los órganos de poder o por parte de algún particular, los jueces y tribunales están llamados a otorgar la tutela judicial efectiva conforme a lo establecido en el Artículo 115 de la Constitución, es decir el derecho al acceso libre a la jurisdicción respectiva y a la justicia constitucional eliminando los obstáculos que puedan evitarlo; el derecho a la motivación de la resolución de fondo jurídicamente motivada y en un tiempo razonable; el derecho a ejercitar todas las acciones previstas en la Constitución para garantizar los derechos directamente aplicables; y, finalmente, el derecho a obtener la ejecución pronta y oportuna de la sentencia, es decir a que el actor sea repuesto de su derecho, y en consecuencia se garantice su no indefensión<sup>9</sup>.

“El refuerzo de la tutela constitucional

<sup>9</sup> Para una mayor referencia respecto a la tutela judicial efectiva consulte el análisis del Artículo 115.

sobre los derechos fundamentales es tal que, cuando en este tipo de relaciones la lesión no es reparada por el órgano judicial, se entiende, a efectos de la apertura de la vía del recurso extraordinario de amparo [o de otras acciones de defensa], que ha sido tal órgano, como poder público, el autor de la lesión, haciendo posible también mediante este ‘expediente técnico’ que violaciones de derechos fundamentales [...] puedan ser enjuiciadas en amparo por el Tribunal Constitucional” (Balaguer, 2011 Tomo II :63).

La aplicación directa de los derechos constitucionales supone que los mismos deberán ser considerados en su dimensión cultural en lo que respecta a su aplicación en el entorno de la jurisdicción indígena originario campesina, en virtud a lo establecido en el Artículo 190 que señala que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencias a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios<sup>10</sup>.

10 Debe considerarse que de acuerdo a la voluntad constituyente (criterio de interpretación preferente en materia de derechos conforme lo establece el parágrafo II del Artículo 196) la jurisdicción indígena originario campesina respetará los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, interpretados interculturalmente, conforme lo establece el Artículo 199 del Proyecto de Texto Constitucional aprobado en grande

Asimismo, la aplicación directa de los derechos constitucionales supone que éstos gozan de iguales garantías para su protección. Es decir que los mismos gozan de una igualdad de jerarquía conforme a lo determinado en el parágrafo III del Artículo 13, y que en consecuencia su carácter de universalidad, de interdependencia e indivisibilidad se expresa también en las garantías que aseguran su ejercicio.

### Iguales garantías de protección

Una de las primeras argumentaciones sobre los derechos fundamentales y la necesidad de su garantía se la puede encontrar en John Locke y su obra *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, en ésta Locke justifica a la sociedad política y al gobierno de la misma en la búsqueda de seguridad y garantías para el ejercicio de derechos. Los derechos en consecuencia precisan de un conjunto de garantías para su validez y vigencia.

Desde una perspectiva práctica los derechos constitucionales son válidos en la medida en que cuenten con garantías que permitan accionarlos no sólo ante tribunales o la administración sino en la interacción de cada sujeto en la

en Chuquisaca y lo establecido en el Informe de la Comisión 6 (Judicial) de la Asamblea Constituyente. Para un mayor análisis consulte el análisis del Artículo 190.

esfera pública-política, en la vida cotidiana.

La noción de garantía, siguiendo a Christian Courtis, se refiere a “aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible. La experiencia histórica demuestra claramente que la efectividad de un derecho no puede estar librada sólo a la voluntad de un único órgano estatal –de modo que es necesario pensar las garantías en un sentido múltiple” (Courtis en Carbonell, 2007:196).

104

Siguiendo lo señalado por Courtis las garantías pueden clasificarse en sociales e institucionales. Las primeras están vinculadas con la tutela que hacen los titulares de su derecho. En tanto las garantías institucionales se confían a instituciones de carácter público. En este marco se puede establecer la diferencia entre garantías de carácter político confiadas a los órganos de poder público y garantías jurisdiccionales confiadas específicamente al Órgano Judicial y/o al Tribunal Constitucional Plurinacional.

Debe señalarse que tanto las garantías sociales como las garantías institucionales son posibles sólo en

el marco de una democracia y de un Estado constitucional de Derecho.

## Garantías sociales

Las garantías sociales o políticas se visibilizan en el ejercicio de los derechos en la esfera pública y en la participación en la esfera política. Los derechos que se ponen en juego se refieren en gran parte a los denominados derechos civiles (Artículos 21 al 25) y políticos (Artículos 26 al 29).

### Siguiendo a Courtis:

Un grupo importante de los llamados derechos civiles y políticos tiene una conexión especial con los derechos sociales, en tanto que tales derechos, como la libertad de expresión, la libre manifestación, la libertad de prensa, la libertad de asociación – y su manifestación particular en el campo sindical, es decir la libertad de agremiación –, el derecho a formar partidos políticos y sindicatos, el derecho al voto, el derecho de petición, son derechos que funcionan como instrumento de incidencia en el ámbito de la determinación y control ciudadano de las políticas sociales, es decir, de las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales (Courtis en Carbonell, 2007: 197).

Uno de los ejemplos paradigmáticos de las garantías sociales de auto-tutela de derechos es el ejercicio del

derecho a huelga de las trabajadoras y los trabajadores, derecho establecido en el Artículo 53 de la Constitución.

“El molde del derecho de huelga puede reconocerse en otra serie de formas de auto-tutela que no están vinculadas a la situación de trabajo: por ejemplo los boicots de los consumidores, las tomas de espacios públicos, las tomas de tierra, la ocupación de viviendas vacías. El ejercicio de formas de auto-tutela sólo se justifica en la medida en que constituya una respuesta a una situación grave, como por ejemplo la falta de acceso a un bien que constituye el objeto de un derecho social, como vivienda, alimentación o trabajo” (Courtis en Carbonell, 2007:198).

Asimismo cabe destacar como parte de las garantías sociales las que nacen del ejercicio del control social conforme a lo establecido en los artículos 241 y 242 de la CPE boliviana. El control social es una praxis de la soberanía del pueblo, por medio de la sociedad civil organizada. Puede influir tanto en el diseño de políticas públicas, la construcción colectiva de las leyes, el control social en todos los niveles de los órganos de poder, coadyuvar a la observación pública en la designación de autoridades, entre otras funciones constitucionalmente previstas.

Las garantías sociales vinculan directamente al ciudadano con el Estado, permitiendo la construcción de una nueva condición de estatalidad, en la que el Estado no se encontraría escindido de la sociedad civil, sino en constante interacción, permitiendo conceptualizar al Estado como relación social y no como un sujeto o ente separado de la sociedad<sup>11</sup>.

### **Garantías Institucionales**

Las garantías institucionales pueden dividirse a la vez en garantías políticas y en garantías jurisdiccionales.

Las garantías políticas se encuentran en manos de los denominados órganos de poder (conforme a la

11 La concepción del Estado como un fenómeno relacional es tomada de Robert Jessop, quien señala que “el Estado puede definirse como un conjunto de instituciones, organizaciones, fuerzas sociales y actividades, incrustadas y reguladas socialmente, seleccionadas de manera estratégica y organizadas alrededor de la toma de decisiones que son vinculantes colectivamente para una comunidad política imaginaria (o que, al menos, están involucradas activamente en esa toma de decisiones). A su vez, el poder del Estado puede entenderse como una relación de poder que es mediada por y a través de este conjunto institucional. El poder no es ejercido por el Estado como tal: El Estado no es un sujeto. Tampoco se origina enteramente en el Estado mismo o en el personal del Estado, sino que depende del equilibrio de fuerzas tanto dentro de la sociedad entendida en sentido amplio, como dentro de los propios aparatos de Estado” (Jessop, 2008:7).

tradición occidental alentada por Montesquieu), específicamente el Legislativo y el Ejecutivo. Ambos órganos están llamados a dar cumplimiento al contenido esencial de cada derecho constitucional, este cumplimiento puede suponer una acción o una omisión.

En el primer caso (cumplimiento por acción) se está delante de una prestación positiva (de dar, hacer), por ejemplo, para garantizar el derecho a la salud los órganos legislativo y ejecutivo deberán generar las condiciones tanto legales, económicas, administrativas, entre otras, para la efectiva realización de este derecho.

En el segundo caso (cumplimiento por omisión) se está delante de una prestación negativa, es decir de un *abstenerse de actuar, de interferir*, para la realización del derecho, por ejemplo para garantizar el derecho a la huelga, los órganos legislativo y ejecutivo deben de abstenerse, sobre todo el ejecutivo, de hacer uso de la fuerza pública<sup>12</sup>.

12 Autores como Robert Nozick consideran que se debe restringir al mínimo las intervenciones del Estado para garantizar de esta manera los derechos, por supuesto Nozick se refiere a los derechos liberales. “Los derechos asumidos por Nozick se distinguen por tres características fundamentales: son sólo derechos negativos, actúan como restricciones laterales frente a las acciones de los demás y son exhaustivos” (Gargarella, 1999:47). Para una mayor referencia consulte a Nozick, 1988.

Finalmente, sin ingresar a detalles, algunas garantías políticas están vinculadas al diseño institucional de los órganos de poder, por ejemplo el sistema de pesos y contra pesos, los controles internos y externos, transparencia de los actos públicos, el diseño de instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Control Social, entre otras. Estas garantías políticas se encuentran más cerca de lo que John Rawls denomina como instituciones justas de la sociedad.

Las garantías jurisdiccionales son instrumentos en forma de acciones, recursos, demandas, quejas, que permiten al titular de los derechos acudir ante una autoridad independiente el Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional para solicitar el cumplimiento del derecho puesto en cuestión.

Conforme a lo establecido en la Constitución, las garantías jurisdiccionales se encuentran establecidas en los Capítulos Primero (Garantías Jurisdiccionales) y Segundo (Acciones de Defensa) del Título IV (Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa) de la Primera Parte de la Constitución (Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías).

Cabe destacar como garantías constitucionales de orden jurisdiccional:

La aplicación directa de los derechos (Artículo 109);

La sujeción de todas personas que vulneren derechos a la jurisdicción boliviana (Artículo 110);

Derecho a indemnización, reparación y resarcimiento de daños de las víctimas (Artículo 113);

Prohibición de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción o cualquier forma de violencia física o moral (Artículo 114);

Nulidad de las declaraciones, acciones u omisiones obtenidas mediante tortura, coacción, exacción o violencia (Artículo 114);

Debido proceso (Artículos 115, 116, 117, 119, 120, 121);

Presunción de inocencia (Artículo 116);

Principios *in dubio pro reo* y legalidad (Artículo 116);

Derecho a la defensa (Artículo 119);

Nulidad de los actos de personas que usurpen funciones que no les competen y de los actos de las que ejercen jurisdicción que no emane de la ley (Artículos 122);

Irretroactividad de la norma (Artículo 123).

Asimismo las acciones de defensa de los derechos, que permiten asegurar la efectividad de uno o varios

derechos, se clasifican en:

Acción de Libertad que protege los derechos a la vida, a la libertad personal en sus distintas expresiones, al debido proceso, a la libertad de tránsito (Artículos 125, 126 y 127);

Acción de Amparo Constitucional que protege la totalidad de los derechos constitucionales, a excepción de los protegidos por otras acciones (Artículos 128 y 129);

Acción de Protección de Privacidad que protege los derechos a la intimidad y privacidad personal, familiar, el derecho a la propia imagen, honra y reputación (Artículos 130 y 131);

Acción de inconstitucionalidad que protege ante la vulneración de derechos resultado de la aplicación de una normativa infra-constitucional (Artículos 132 y 133);

Acción de Cumplimiento que protege ante la vulneración de derechos por parte de funcionarios públicos por incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley (Artículo 134);

Acción Popular que protege a los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el derecho al medio ambiente y otros de similar naturaleza (Artículos 135 y 136).

Cabe destacar como una garantía tanto jurisdiccional como política la no suspensión de los derechos y garantías en situaciones de estado de excepción conforme a lo señalado en los Artículos 13 y 137.

## **Derechos y garantías regulados por Ley**

Una de las garantías institucionales de carácter político es la denominada reserva de ley. Esta garantía se la debe entender en al menos dos sentidos. Primero destacando que la Constitución señala que sólo el Órgano Legislativo, a través de la Asamblea Legislativa Plurinacional, es el único con la facultad de reglamentar los derechos y garantías, y no así el Órgano Ejecutivo u otro órgano de otro nivel gubernamental, en concordancia con lo señalado en el Artículo 145.

Segundo, que si bien los derechos y las garantías son de aplicación directa, el Legislativo puede desplegar los derechos en leyes en busca de generar, en un sentido formal, mejores condiciones de cumplimiento de los derechos constitucionales. En este sentido la ley desempaca el derecho establecido en la Constitución, generando una legislación marco para el desarrollo de políticas públicas, de políticas sociales que permitan el eficaz cumplimiento y vivencia del derecho.

Debe destacarse que de acuerdo al bloque de constitucionalidad la regulación por medio de un instrumento legal se refiere también a los derechos cuyas fuentes son los instrumentos internacionales de derechos humanos.

## **Como señala Courtis:**

La obligación de desarrollar en sentido formal el contenido de cualquier derecho fundamental que ha establecido la constitución o en un pacto de derechos humanos mediante una ley. Este momento, que es el legislativo, requiere la incidencia de la comunidad, de los actores civiles, por la vía del empleo activo de las garantías sociales. Si no se hace transparente y se fiscaliza el momento de conversión de ese derecho –que aparece de forma más o menos genérica en la Constitución o en un pacto de derechos humanos– en una ley y, especialmente, en su reglamentación, se pierde el nivel de incidencia central. La utilización de las garantías sociales tradicionales, que están vinculadas con la participación política, debería estar dirigida a la discusión sobre cuáles y cómo son las leyes que garantizan y reglamentan el contenido de esos derechos (Courtis en Carbonell, 2007:200).

Siguiendo a Courtis es necesario revalorizar la reserva de ley en lo que respecta a la regulación y reglamentación de derechos y

garantías en busca de una mayor participación de la sociedad plural y sus valores y principios conforme a lo señalado en el Artículo 8, y en busca de lograr un mayor desarrollo y enriquecimiento de los derechos a través de la referida regulación. Para ello es parte del control social y la participación ciudadana participar tanto en la elaboración de leyes, en la planificación de políticas públicas, así como en la fiscalización a los órganos y entidades públicas, conforme a lo señalado en el Artículo 242.

Esta reserva de ley respecto a la regulación de derechos y garantías se encuentra en consonancia con las reservas de ley que se encuentran en la enunciación de los derechos establecidos en la Constitución<sup>13</sup>, pues una gran parte de ellos presentan una estructura programática, es decir cuentan con reservas de ley y precisan para su implementación y/o goce pleno de niveles institucionales y políticas públicas que generen las condiciones de posibilidad de su desarrollo concreto.

Respecto a las Acciones de defensa cabe destacar que el Artículo 204 establece que los procedimientos que regirán ante el Tribunal Constitucional Plurinacional sobre

estas acciones, serán determinados por ley. Sin embargo la ley no podrá modificar los derechos que protegen las acciones, la celeridad de las mismas y conforme al principio *pro actione* ningún elemento que perjudique al accionante de las mismas.

## Constitucionalismo boliviano

Es la primera vez, en la historia constitucional boliviana, que se enuncia la aplicación directa de los derechos. Sin embargo es posible encontrar una filial en las garantías de cumplimiento de derechos, es decir la garantía que señala que *los derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento*, fórmula que puede ser encontrada en el Artículo 229 de los textos constitucionales de 2004, 1994 y 1967, y que encuentra su antecedente en los apartados de garantías en los textos constitucionales tanto del siglo XX (textos constitucionales de 1961, 1947, 1945 y 1938) como del siglo XIX (textos constitucionales de 1880, 1878, 1871, 1868 y 1861).

Las constituciones referidas desarrollan una preocupación respecto a la posible alteración de los contenidos de los derechos por parte de la legislación secundaria, por ello reservaban sólo a la legislación el reglamento del ejercicio, más no

13 La Constitución vigente señala en aproximadamente 224 ocasiones una reserva de ley.

la posibilidad de una modificación esencial del derecho ya establecido en la Constitución.

Para algunos juristas como Horacio Andaluz la aplicabilidad directa es inherente a la noción misma de norma y en consecuencia lo establecido en el Artículo 109 es reiterativo y sólo tiene una función pedagógica. Al respecto señala: “Los derechos establecido por cualquiera de sus normas son directamente aplicables por el sólo hecho de estar inscritos en la Constitución; y para el caso boliviano esto viene desde 1826 (artículos 149 a 156). Es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución. Si ella existe con la dignidad de una auténtica norma jurídica, entonces su contenido, por el sólo hecho de estar regulado en su texto, es, en efecto, jurídicamente exigible. Artículos como el 109.I son, por consiguiente, una redundancia del carácter normativo que ostenta la Constitución como norma jurídica, acaso importante como reduplicación enfática de lo obvio en un contexto social que no exhibe precisamente la mejor tradición de respeto a las normas, pero que al margen tal finalidad enteramente pedagógica, carece de toda relevancia propiamente normativa” (Andaluz, en Yañez, 2012:124).

Si bien es posible aceptar lo señalado por Andaluz anteriormente, la novedad en el texto constitucional de 2009 radica en la enunciación,

así sea reiterativa, de la aplicación directa de los derechos, para evitar que tanto jueces y tribunales desplacen el ejercicio de los derechos a la inexistencia de una normativa secundaria, o a la inexistencia de recursos económicos o institucionales para su cumplimiento, como muchas veces ha sucedido. En contrapartida a lo señalado por Andaluz, para juristas como Del Real Alcalá, la declaración del Artículo 109 es de vital importancia para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho en tanto permite que los derechos programáticos tengan un mínimo de compromiso y cumplimiento por parte del Estado y no se difiera su cumplimiento por problemas políticos o de financiamiento (Del Real Alcalá, 2010).

## **Voluntad Constituyente**

La garantía de aplicabilidad directa de los derechos se consolida en el artículo 109 del Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande, en Detalle y en Revisión en Oruro, es decir en el borrador que es aprobado por la mismísima Asamblea Constituyente boliviana. Se pueden encontrar antecedentes en el Artículo 112 del texto constitucional aprobado en grande en Chuquisaca (borrador del Proyecto de Oruro), texto al cual sólo se añadió un nuevo párrafo, entendido como una garantía constitucional institucional, que señala *que los derechos y sus*

*garantías sólo podrán ser regulados por la ley*, evitando de esta manera que se regule los derechos y garantías por normas de menor jerarquía, como resoluciones o decretos.

Es posible encontrar los antecedentes de la redacción del Artículo 109 en el Informe de Mayoría de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías) de la Asamblea Constituyente boliviana, misma que establecía la aplicación directa de los derechos establecidos en la Constitución, pero además de los derechos establecidos en los tratados, pactos y convenios internacionales de derechos humanos. Es prudente el cuidado que tuvo el constituyente en precisar la aplicabilidad directa únicamente a los derechos constitucionales, pues en previsión a lo establecido en el Artículo 256 sólo son aplicables los derechos que provienen de instrumentos de derechos humanos si los mismos son declarados derechos más favorables a los establecidos en la Constitución por el Tribunal Constitucional, permitiendo de esta manera la posibilidad de una justicia aplicada a caso concreto, con márgenes mucho más amplios.

No se encontraron antecedentes en el Informe de Minoría de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías) de la Asamblea, siendo este artículo una propuesta que se origina en los informes de mayoría de la Asamblea.

## **Para concluir: El camino al neoconstitucionalismo**

Vamos a caracterizar al neoconstitucionalismo desde tres miradas, las más comunes en la literatura al respecto.

Primera mirada, para el español Carbonell, el neoconstitucionalismo supone tres fenómenos: a) textos constitucionales nuevos (con énfasis en los textos español de 1978, colombiano de 1991, venezolano de 1999, ecuatoriano de 2008 y boliviano de 2009); b) desarrollos teóricos novedosos, resultado de los debates que han generado estos textos; y c) un activismo judicial, expresado en la posibilidad de ampliar los contenidos de la Constitución, a partir de una interpretación extensa y adecuada de los enunciados (textos) constitucionales. Para Carbonell el neoconstitucionalismo constituye una ruptura con la manera tradicional de interpretación positivista del Derecho.

Segunda mirada, para el italiano Comanducci, hay tres tipos de neoconstitucionalismo: el teórico, el ideológico y el metodológico. En el primer caso nos encontramos delante de una Constitución invasora, omnipresente, cuyas discusiones teóricas que se han desarrollado giran en torno a los principios constitucionales y los criterios de interpretación constitucional. En el segundo tipo de neoconstitucionalismo

nos encontramos delante de Constituciones con un alto contenido ideológico, que va más allá del liberalismo constitucional. Las actuaciones de tribunales constitucionales y cortes constitucionales muchas veces disputan el protagonismo político, pues las Constituciones y la defensa de éstas tienden cada vez más a contener discursos ideológicos. Finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico, que se concentra en explorar nuevas fuentes del derecho, tales como los bloques de constitucionalidad, los tratados internacionales de derechos humanos, la voluntad constituyente o la interpretación intercultural resultado del pluralismo jurídico.

Y finalmente, en tercer lugar, la mirada del italiano Guastini, que relaciona al neoconstitucionalismo con las nuevas condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, expresadas en: a) existencia de una Constitución rígida (que se difícil de modificar); b) garantía jurisdiccional de la Constitución, es decir que exista un Tribunal que la defienda y la haga respetar; c) fuerza vinculante de la Constitución, que la misma cause estado, se la vivencie; d) sobreinterpretación de la Constitución; e) aplicación directa de las normas constitucionales; f) Interpretación adecuada de las leyes.

La idea central del neoconstitucionalismo es una

Constitución está viva, es decir una Constitución de aplicación directa. Por ello, esta cualidad de aplicabilidad directa de derechos, establecida en el artículo 109 de la Constitución es la que pone en juego la filiación neoconstitucionalista del texto constitucional boliviano.

## Bibliografía

Ávila Santa María. 2011. El neoconstitucionalismo transformador. Quito – Ecuador: Abya Yala.

Balaguer, Francisco Balaguer. 2011. Manual de Derecho Constitucional Tomo I y II. Madrid – España: Tecnos.

Carbonell, Miguel. 2005. Neoconstitucionalismo(s). Madrid – España: Trotta.

Carbonell, Miguel. 2007. Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid – España: Trotta.

Carbonell, Miguel (Coordinador). 2009. Diccionario de Derecho Constitucional. México: Porrúa.

Del Real Alcalá. 2010. La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del nuevo tribunal Constitucional de Bolivia: desafíos y resistencias. En VV.AA. 2010. Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz – Bolivia: GTZ – CONCED. Editora Presencia.

Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, 2012. Tomo III, Volumen 1. La Paz – Bolivia: Vicepresidencia del Estado Plurinacional.

Ferrajoli, Luigi. 2006. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid – España: Trotta

Ferrajoli, Luigi. 2009. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid – España: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2011. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo I: Teoría del Derecho*. Madrid – España: Trotta.

Gargarella, Roberto. 2009. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Buenos Aires – Argentina: Paidós.

Jessop, Bob. 2008. *El futuro del Estado capitalista*. Madrid – España: Catarata.

Nozick, Robert. 1988. *Anarquía, Estado y Utopía*. México: FCE.

Rojas, Farit (Coord). 2018. *Constitución, modelo para armar*. La Paz-Bolivia: CIS.

Yañez, Arturo (Editor). 2012. *Neoconstitucionalismo, Derechos humanos y Pluralismo*. Sucre – Bolivia: Colegio de Abogados de Chuquisaca y Tribuna Constitucional.

Documentos legales

Textos constitucionales de Bolivia 1826 – 2009.

Ley N° 3942 de 21 de octubre de 2008.

Archivos, actas y resoluciones del constituyente

Informes de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías) de la Asamblea Constituyente. Documentos que se encuentran en la Biblioteca y Archivo Histórico de la Asamblea Legislativa Plurinacional (BAHALP)

Proyecto de Texto Constitucional ajustado en el H. Congreso Nacional, octubre de 2008, Ley 3942 de 21 de Octubre de 2008.

Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (REPAC). Constitución Política del Estado. Aprobada en Grande de noviembre de 2007.

Representación Presidencial para la Asamblea Constituyente (REPAC). Nueva Constitución Política del Estado. Versión Oficial, Aprobada en Grande, en Detalle y en Revisión de diciembre de 2007.

## EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

### THE GOVERNING IDEA OF THE “CORRECT ANSWER” IN THE RIGHT

*Jorge Omar Mostajo Barrios\**

Presentado: 04 de septiembre de 2018. Aceptado: 18 de septiembre de 2018

#### RESUMEN:

El presente artículo presenta los principales aspectos sobre el error de prohibición culturalmente condicionado recogiendo las posturas de los principales autores sobre el tema, además de analizar sus antecedentes, conceptualización, ubicación, clasificación y regulación actual.

**PALABRAS CLAVE:** Error de prohibición Culturalmente condicionado – Error de Prohibición – Error de tipo – Error Vencible – Error Invencible.

**ABSTRACT** This article analyzes the main aspects of the Culturally conditioned prohibition error, collecting the positions of the main authors on the subject, as well as analyzing their background, conceptualization, location, classification and current regulation.

**KEYWORDS:** Culturally conditioned prohibition error, prohibition error, Type error, Vencible Error, Invincible Error.

\* Es docente de la materia de Procesal Penal de la Carrera de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés. - jorgemostajo@yahoo.com

## INTRODUCCIÓN

Se han planteado diversas alternativas para el tratamiento del indígena como sujeto de Derecho penal y su procesamiento cuando desarrolla una conducta tipificada como delito, en tanto este comportamiento haya sido realizado en razón a su condicionamiento cultural.

Actualmente, el derecho penal no toma en cuenta la diversidad cultural, más que en caso del error de prohibición que por su configuración, por ejemplo, atenúa la pena del indígena en tanto se demuestre que este se encontraba en una situación que le impedía conocer la norma penal.

Es necesario recordar que existen instrumentos internacionales que reconocen la diversidad cultural como ser: Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La imputabilidad, o capacidad de culpabilidad, está constituida por las facultades síquicas y/o físicas que requiere el individuo para poder ser motivado por la ley penal, capacidad que puede hallarse disminuida o no existir, por su diversos supuestos: cuando el individuo no tiene

la madurez suficiente: minoría de edad, el individuo sufre de alteraciones síquicas: enfermedad mental, idiotez, grave alteración de la conciencia, etc.

Se critica esta opción por el hecho de que el indígena que realiza un delito motivado por sus patrones culturales, no es una persona inmadura, ni sufre de alteraciones síquicas.

Se entiende que la persona que realiza un delito condicionado por su cultura no se encuentra en capacidad de interiorizar la norma penal, incluso en el caso de conocerla, por lo cual su actuación se asemejará a una figura de error, la consecuencia en este caso, debería ser que se le exima o atenúe la pena.

El error de prohibición culturalmente condicionado ubica el análisis del problema a nivel de la culpabilidad o irreprochabilidad, definiendo a través de un desarrollo dogmático penal como una nueva forma de comprender el error de prohibición.

## HISTORIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

El error en términos generales es la ignorancia o falsa apreciación de la realidad<sup>1</sup>. En el Derecho penal

<sup>1</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Trota, Madrid, 2006, p. 363.

durante mucho tiempo dominó la distinción del derecho civil de error de hecho y de derecho. El error de hecho era aquel que recaía sobre las circunstancias fácticas del delito y el error de derecho sobre las circunstancias jurídicas y valorativas del delito.

El viejo adagio romano de que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” aparece proclamado en el Digesto, específicamente en el libro XXII, Título VI, Ley 9.1 cuando dice “*nemini licet ignorare ius*”, no se pensaba siquiera en la posibilidad de equivocación en cuanto a una realidad que tuviera en cuenta el error sobre la base de la ignorancia.

El origen del error de prohibición se encuentra en el error de derecho. La doctrina distinguió los errores de hecho y derecho (error *facti* y error *juris*), afirmando que el primero eximía de culpabilidad y el segundo era irrelevante, lo que se enunciaba con el llamado *error juris nocet*<sup>2</sup>. El derecho medieval en Las Partidas, Ley 20, Título I, Partida Primera se determinaba que el error de derecho natural no debía ser considerado porque el hombre debe entender el mal que causa, línea interpretación que continuó en la modernidad.

En la modernidad, el “error de derecho perjudica” *error juris nocet* pasó a tener consecuencias

similares al error de hecho, pero sólo en su forma de error de derecho extrapenal, negándose los efectos del error de derecho penal.

La distinción entre el error de hecho y de derecho nunca fue clara, porque el error de derecho “*es siempre un error sobre el hecho de la vigencia o sanción de una ley*”<sup>3</sup>, sin embargo la diferencia del error de derecho penal y extrapenal fue criticada en razón del carácter sancionador y fragmentario el Derecho Penal, resultando imposible realizar la pretendida clasificación.

Con el avanzar del tiempo y habiéndose creado la Teoría del Delito, se adoptó la terminología error de tipo para denominar el error sobre el conocimiento de lo que se hace, y error de prohibición para enunciar el error sobre el conocimiento de la licitud de lo que se hace, habiéndose desatado innumerables discusiones doctrinales acerca de la ubicación de ambos errores, actualmente analizándose el primero en la tipicidad (tipo objetivo) y el segundo en la culpabilidad.

Se destaca también que, en el Derecho Penal también puede existir el error de hecho y de derecho tanto en el error de tipo como en el de prohibición, como se podrá apreciar más adelante.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro. y ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 2ª ed., EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 411.

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro. y ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 411..

La existencia de un error de prohibición hace que la conducta no sea reprochable porque quien no posee la posibilidad de acceder al conocimiento de la norma actúa sin culpabilidad y tampoco puede por tanto ser castigado.

## 1. TEORÍAS EXPLICATIVAS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

### 1.1. EL ERROR DE PROHIBICIÓN DESDE LA PSICOLOGÍA

El fenómeno de la imputación subjetiva comienza a ser nombrado por Von Litz como culpabilidad, lo cual da nacimiento a la teoría psicológica de la culpabilidad al reducir la acción a un proceso causal originado en un impulso voluntario o como la responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario disponiendo que la relación subjetiva se agota en el dolo y la culpa<sup>4</sup>.

Es decir, se entendía como la relación de carácter subjetivo que tiene el autor con el acto, la relación psíquica del agente con el hecho, idea dentro de la cual se sustentaban dos especies diferentes, el dolo y la culpa, dependiendo de su incidencia.

Para Von Litz, la concepción de delito se amparaba en identificar el tipo penal como una cuestión de carácter objetivo que podía

ser descrita, dejando solamente para lo subjetivo a la culpabilidad, elaborando una definición de culpabilidad en la que se establece una relación entre el autor y el acto, comprendiendo el contenido de la voluntad separado del impulso de voluntad y agotándose en el dolo y la culpa<sup>5</sup>.

Debe tenerse en cuenta que dicha teoría, tenía una serie de problemas, en cuanto no podía explicar la imprudencia de los sujetos en su variante de la culpa sin representación, pues si se hace depender la imputación a la conexión entre la mente del sujeto y el hecho, como explicar el supuesto de responsabilizar a una persona que ni siquiera se había representado mentalmente la ocurrencia del suceso.

Por tales motivos, se buscó una idea que si explicara la determinación de la imputación subjetiva del agente, desde la incidencia del elemento normativo de la culpabilidad, que será la idea predominante.

### 1.2. EL CAUSALISMO CLÁSICO

El causalismo clásico hablaba de error de hecho y de derecho para expresar lo que actualmente se denomina error de tipo y de prohibición. El causalismo consideraba el conocimiento de la antijuridicidad del hecho como necesario para que

4 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, cit., p. 423.

5 *Idem*, pp. 423-424

ocurra el dolo, que se contempla en la culpabilidad. Ésta teoría concibe la existencia del *dolus malus*, como voluntad consiente no sólo del hecho, sino también de su significado antijurídico, en consecuencia el error de prohibición llamado error de derecho por los causalistas hace desaparecer el dolo, al privarle de una de sus partes.

La naturaleza dogmática del error de derecho coincide con el error de hecho, lo que conduce a un mismo tratamiento para ambas clases de error, si el error es invencible procede la impunidad por falta de dolo e imprudencia y si es vencible da lugar a la imprudencia, esta es la llamada teoría del dolo porque según ella el derecho excluye el dolo<sup>6</sup>.

### 1.3. EL FINALISMO

El finalismo redujo el dolo al conocer y querer los elementos de la situación típica, excluyendo de él el conocimiento de su significación antijurídica, con esto el dolo se transformó en dolo natural. Al pasar el dolo de la culpabilidad al injusto, no pasó con él el conocimiento de la juridicidad, éste permaneció en la culpabilidad, completamente separada del dolo, el error de prohibición y a no podía ser incluida en el dolo.

El finalismo estableció que el conocimiento de la antijuridicidad del

hecho debe valorarse como requisito autónomo de la culpabilidad, y su ausencia, el error de prohibición, no impide la subsistencia del injusto doloso, sino que afecta sólo a la culpabilidad de su autor. De ahí que esta doctrina reciba el nombre de Teoría de la Culpabilidad.

Si la culpabilidad se hace depender del “poder de actuar de otro modo”, cabe fundamentar la relevancia del error de prohibición diciendo que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no tiene razones para actuar de otro modo, por eso el error invencible determina la ausencia de culpabilidad. Quien desconoce la prohibición de forma evidente actúa culpablemente porque podría haberla conocido, pero su culpabilidad puede hallarse disminuida, en la medida en que el desconocimiento de la antijuridicidad reduzca su reprochabilidad<sup>7</sup>.

El finalismo reconoce tres tipos de error de prohibición, vencible, invencible y burdo, constituyéndose cada uno respectivamente en excluyente de la culpabilidad, atenuante o causal de mantenimiento de la misma. Se precisa la posibilidad de reconocer la prohibición del hecho, si dicha posibilidad falta, lo que ocurre en el error invencible, se excluye la culpabilidad y toda pena, en caso de error vencible, no queda excluida la

6 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, 9ª Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2012, p. 553.

7 WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Introducción a la doctrina de la acción finalista*, B de F Editores, Buenos Aires, 2004, p. 186.

culpabilidad porque no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición pero si disminuye la reprochabilidad, atenúa la culpabilidad, lo cual no sucede cuando el error es burdo.

Lo que importa en el finalismo ya no es si el autor conoce o no conoce la prohibición, sino si podía o no podía conocerla, importa el llamado conocimiento potencial. Lo que queda fuera del dolo, como elemento autónomo de la culpabilidad no es, el conocimiento de la antijuridicidad, sino la posibilidad de dicho conocimiento.

## 2. CONCEPTO

Existe error de prohibición cuando *“el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”*<sup>8</sup>.

La diferencia entre el error de prohibición respecto al error de tipo es, que el primero sólo afecta a la valoración jurídica global, en cambio en el segundo existe un error sobre circunstancias particulares, que puede ser un error sobre razones fácticas o jurídicas. Por ejemplo, sería un error de tipo si una persona sedujera a una menor de edad sin conocer que tiene dicha condición, pero incurriría en un error de prohibición si sabiendo que es una

menor de edad, el autor considera que no comete ningún delito.

No habrá lugar para un error de prohibición si el autor tiene seguridad respecto de la antijuridicidad de su acción, ya que el error requiere una falsa representación de la antijuridicidad. La cuestión es menos clara cuando el autor ha obrado con dudas sobre la antijuridicidad, conciencia condicionada de la antijuridicidad.

Es una figura similar a la que tradicionalmente se conoce como dolo eventual, pero, en lugar de estar referida a la conciencia de los hechos, se vincula con la conciencia sobre la antijuridicidad<sup>9</sup>.

JAKOBS sostiene que este tipo de error puede darse de dos formas: el autor puede suponer erróneamente que su comportamiento no constituye injusto, idea equivocada positiva, o puede no pensar en absoluto en el injusto, ausencia de idea<sup>10</sup>.

## 5. REGULACIÓN DE ERROR DE PROHIBICIÓN

El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma

8 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 861.

9 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999 p. 426.

10 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, p. 673.

prohibitiva como tal, error de prohibición directo, o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto, error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación<sup>11</sup>.

Como se estableció anteriormente, en el error de prohibición directo, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta, en cambio en el error de prohibición indirecto, el autor sabe que su conducta es prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos.

La responsabilidad por la acción u omisión estará determinada por la vencibilidad del error. Se configura el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad, por lo que, si el autor de un delito no pudo vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y ha de ser absuelto.

Si por el contrario, el error, como fue vencible, no excluye la culpabilidad, sino que conduce sólo a una atenuación de la pena. El error de prohibición, sea vencible

o invencible, no afecta al dolo del sujeto.

Sobre el error de prohibición vencible eximente de responsabilidad existen dos posturas, opuestas que se conocen con los nombres de *teoría del dolo* y *teoría de la culpabilidad*.

La teoría del dolo, contempla la esencia del delito en la rebelión consciente del sujeto contra la norma y en consecuencia sólo aprecia culpabilidad dolosa cuando el sujeto actuó con conciencia de la antijuridicidad<sup>12</sup>, convierte por tanto a la conciencia de la antijuridicidad en un presupuesto del dolo.

La teoría de la culpabilidad, bajo la influencia de la teoría finalista, parte de la idea de que la conciencia de la antijuridicidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad. A quien por indiferencia absoluta no se preocupa de la ley no se le ha de juzgar, en caso de infracción de ésta, más benignamente que a aquel que conscientemente la burla<sup>13</sup>, un error de prohibición podría atenuar la pena correspondiente al dolo según la medida de su reprochabilidad.

El error de prohibición directo es aquél que recae sobre los mandatos

11 MUÑOZ CONDE, Francisco. y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo. Blanch, Valencia, 2004, p. 387.

12 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, cit. p. 863.

13 DE LA FUENTE, Javier. -Error sobre los supuestos objetivos de Justificación- en: *Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad* (DONNA, Edargo. Dir.) Rubinzal – Culzoni Editorires, Buenos Aires, 2005, p. 365.

o prohibiciones de la ley penal: el sujeto no sabe que la ley penal prohíbe u ordena un determinado comportamiento, el sujeto no sabe que es delito apropiarse de las cosas ajenas, o desconoce la prohibición que existe bajo determinadas condiciones, cree que a su acción no le es de aplicación el tipo de hurto; o considera no vigente una determinada disposición legal, bien por entenderla derogada, bien por entenderla contraria a la Constitución<sup>14</sup>.

El error de prohibición indirecto es el que recae sobre las causas de justificación que excepcionalmente autorizan la violación de las normas penales: es decir, que aunque el sujeto sabe lo que hace y, además, sabe que lo que hace está abstractamente prohibido pero se cree no obstante excepcionalmente autorizado por una causa de justificación que en realidad no concurre a actuar como lo hace.

Estos casos en los que el sujeto se cree autorizado para realizar una conducta típica se conocen en la terminología jurisprudencial con el nombre de eximentes putativas. Dentro de esta modalidad de error de prohibición (indirecto) suelen distinguirse, a su vez, distintos supuestos.

El error sobre la existencia de una causa de justificación, se produce cuando el sujeto supone a su favor una causa de justificación que no existe en el ordenamiento jurídico, por ejemplo el médico opera contra la voluntad del paciente, creyendo ejercitar un derecho de la profesión médica que en realidad no existe.

El error sobre los límites de una causa de justificación refiere a que cuando el sujeto se equivoca sobre el alcance de una causa de justificación realmente admitida por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el sujeto se cree autorizado a matar en legítima defensa para evitar que le sustraigan el reloj.

El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: el sujeto cree erróneamente que concurren las circunstancias fácticas que le hubieran autorizado a actuar como lo hizo, ejemplo quien mata creyéndose víctima de agresión antijurídica inexistente.

En cuanto a los efectos jurídicos del error de prohibición, está fuera de toda discusión que el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad penal, sin embargo si se discuten sus efectos que dependen de cuál sea la posibilidad interpretativa<sup>15</sup>.

14 ZUGALDÍA, José. -Consideraciones Generales sobre el Artículo 6 Bis A) del Código Penal. La Regulación del Error de Tipo y del Error de Prohibición-, en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 20, 1993, p. 169.

15 DE LA FUENTE, Javier. -Error sobre los supuestos objetivos de Justificación", cit., p. 377.

La teoría estricta de la culpabilidad, sistema finalista de la teoría del delito, procedió a una redefinición del dolo en un doble sentido, en primer lugar, extrajo de él el elemento de la conciencia de la antijuricidad que, como conciencia potencial de la misma, paso a ser un requisito autónomo de la culpabilidad; en segundo término, el dolo resultante, un dolo natural ajeno totalmente al problema de la conciencia de la antijuricidad, dejó de ser entendido como forma de culpabilidad para ser conceptualizado como modalidad o forma de ilícito en la tipicidad<sup>16</sup>.

La teoría atenuada de la culpabilidad se distingue de la anterior sólo y exclusivamente en que considera que una modalidad del error de prohibición, indirecto que recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, debe ser tratado con arreglo a las normas que regulan el error de tipo<sup>17</sup>.

Para ello se argumenta que aquélla modalidad de error constituye una hipótesis sui generis en la que se reúnen tanto elementos del error de tipo como del error de prohibición, por lo que se propone tratarlo como

si fuera un error de tipo en base la aplicación.

La teoría de los elementos negativos del tipo llega a las mismas consecuencias prácticas que la teoría atenuada de la culpabilidad, aunque desde una óptica teórica distinta.

Para la teoría de los elementos negativos del tipo los presupuestos fácticos de las causas de justificación son, en realidad, elementos del tipo penal negativamente formulados, por lo que el error sobre los mismos, el autor supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación, es propiamente un error de tipo.

## 6. EL CONDICIONAMIENTO CULTURAL

La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste puede conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones, porque si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad o responsabilidad.

El sistema penal exige que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico, que su accionar se halle prohibido jurídicamente, y tal conocimiento no precisa de conciencia estricta

16 CERESO MIR, José. -La Regulación del Error de Prohibición en los Códigos Penales Español y Peruano-, en: *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, ARA Editores, Lima, 2006, p. 587.

17 DE LA FUENTE, Javier. -Error sobre los supuestos objetivos de Justificación-, cit., p. 367.

del precepto prohibitivo, sino debe atenderse al conocimiento que tiene *el hombre medio*.

El conocimiento de lo injusto es el elemento principal y el que le da la razón de ser a la teoría de la culpabilidad: la atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su actuación es prohibida. Siendo así, sin la conciencia de lo injusto, el comportamiento del sujeto carece de culpabilidad.

No obstante lo dicho, en una sociedad donde coexisten distintas culturas o pueblos indígenas o tribales, con sus respectivos sistemas de valores, es posible, teórica y fácticamente, plantearse que existan individuos, que aun pudiendo conocer la ilicitud de su actuación, no se planteen dicho problema, porque dicho hacer es normal y permitido al interior de su grupo social, en esos casos se habla de error de prohibición<sup>18</sup>.

Por el error de prohibición el sujeto actúa creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado, una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación

que realmente no se da, o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o, finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurren.

El error de prohibición culturalmente condicionado se produce cuando por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictivo de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

El error de comprensión del culturalmente condicionado es un error de prohibición que exime de responsabilidad; se trata de una respuesta política frente a la heterogeneidad cultural con el ánimo de superar la infeliz terminología usada en el paso, refiriéndose a las personas culturalmente distintas como salvajes, indígenas semi-incivilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre.

Antropológicamente ha quedado demostrado que, al comparar las culturas no se puede calificar unas respecto de otras como buenas o malas, o como evolucionadas o subdesarrolladas, es decir, no existen niveles culturales, simplemente las distintas culturas

18 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, IIDH, San José, 2010, p. 8.

coexisten y, en el mejor de los casos, se interrelacionan<sup>19</sup>.

La pertenencia de un sujeto a una determinada cultura le condiciona para entender y comprender los usos y costumbres que practican otros hombres en una cultura diferente.

Tan condicionamiento no está limitado tan sólo a la comprensión del carácter delictuoso de una conducta de la que es ajeno, sino que la posición de pertenencia a otro grupo social, le limita en la comprensión del ordenamiento jurídico del otro.

En consecuencia pudiera ocurrir que, un sujeto, comprendiendo el carácter delictivo de una conducta, toda vez que es parte de su sistema cultural, se aproveche que no tiene tal condición en una sociedad coexistente y culturalmente distinta, y la realice a sabiendas de que, en su fuero interno, si lo es.

Las conductas que se realicen por razones culturales, lícitas dentro de un ámbito culturalmente distinto, no son válidas en cuanto se oponga a las prescripciones prohibitivas del derecho penal.

## 7. CONCLUSIONES

La conducta del agente culturalmente condicionado, no deja de ser calificada como antijurídica; lo que ocurre es que, el desconocimiento

de dicha antijuridicidad le exime de responsabilidad.

El condicionamiento cultural no sólo puede ser advertido como una causal de inculpabilidad, sino que, en razón de la importancia dada, por la Constitución, al derecho de los pueblos indígenas y tribales, debe ser evaluado como una posible cualidad agravante de la conducta de los sujetos, siempre que, ésta suponga un aprovechamiento ventajoso en clara lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos valiosos.

Se requiere de un mejor conocimiento de la realidad de países que tienen población multicultural, en la que para efectos de la aplicación del derecho penal, exigirá de conocimientos especiales, que permitan dilucidar que conductas pertenecen o no a determinados ámbitos jurídicos.

## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Trota, Madrid, 2006.

CEREZO MIR, José. "La Regulación del Error de Prohibición en los Códigos Penales Español y Peruano", en: El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, ARA Editores, Lima, 2006.

19 GARCIA, Danilo. *Derecho Indígena*, Corporación de Gestión y Derecho Ambiental ECOLEX, Quito, 2007, p. 12.

DE LA FUENTE, Javier. “Error sobre los supuestos objetivos de Justificación” en: Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad (DONNA, Edargo. Dir.) Rubinzal – Culzoni Editorires, Buenos Aires, 200.

ZUGALDÍA, José. “Consideraciones Generales sobre el Artículo 6 Bis A) del Código Penal. La Regulación del Error de Tipo y del Error de Prohibición”, en: Cuadernos de Derecho Judicial, 20, 1993.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia, IIDH, San José, 2010.

GARCIA, Danilo. Derecho Indígena, Corporación de Gestión y Derecho Ambiental ECOLEX, Quito, 2007.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, 9ª Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, Tirant lo. Blanch, Valencia, 2004.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, Madrid, 1997.

WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Introducción a la doctrina de la acción finalista, B de F Editores, Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro. y ALAGIA, Alejandro. Manual de Derecho Penal: Parte General, 2ª ed., EDIAR, Buenos Aires, 2006.

# LA PIRÁMIDE DE KELSEN O JERARQUÍA NORMATIVA EN LA NUEVA CPE Y EL NUEVO DERECHO AUTONÓMICO

## THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND ITS IMPLEMENTATION IN BOLIVIA

*Mario Galindo Soza\**

Presentado: 20 de agosto de 2018. Aceptado: 19 de septiembre de 2018

### RESUMEN

La teoría de la jerarquía normativa del conocido teórico del derecho Hans Kelsen, se expresa en una jerarquía normativa, que expresa la prelación de normas, que debe respetarse, para fines de sometimiento de normas de inferior alcance o referencia, con normas más generales o de carácter más amplio. En el caso boliviano, desde la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado, del 2009, se tiene una equivalencia normativa, entre los distintos tipos de Autonomías, que tiene cualidad legislativa, que son la Autonomía Departamental, la Municipal y la Indígena originario campesina. Por tanto, se debate si la pirámide de Kelsen o jerarquía normativa sigue vigente en el caso boliviano, o se debe adecuar a esta nueva realidad constitucional.

**Palabras Clave:** Pirámide de normas, jerarquía normativa., autonomías, equivalencia o equipotencia normativa, cualidad legislativa.

**ABSTRACT** The theory of the normative hierarchy of the well-known legal theorist Hans Kelsen is expressed in a normative hierarchy, which expresses the priority of norms, which must be respected, for the purpose of submitting norms of lesser scope or reference, with more general norms or standards. broader character. In the Bolivian case, from the validity of the new Political Constitution of the State, of 2009, there is a normative equivalence, between the different types of Autonomies, which has legislative quality, which are the Departmental Autonomy, the Municipal and the original indigenous peasant . Therefore, it is debated whether the Kelsen pyramid or normative hierarchy is still valid in the Bolivian case, or should be adapted to this new constitutional reality.

**KEYWORDS** Pyramid of norms, normative hierarchy, Autonomies, equivalence or normative equipotency, legislative quality.

\* Doctorado en Ciencias Económicas y Administrativas UNIVALLE, Universidad Carlos III de Madrid. Universidad Nacional de La Plata, Argentina, Doctorante en Ciencia Política y Relaciones Internacionales. UMSA, Especialización en Financiamiento de la Salud, Maestría, Ciencias Sociales mención economía.

Profesor de Políticas Públicas de Salud. 2018 Doctorado en Gestión del Desarrollo y Políticas Públicas UMSA. Profesor de Política y Legislación Educativa. UPEA. Doctorado en Ciencias de la Educación e Investigación. 2018. Profesor de Evaluación de Políticas y Programas Preventivos y Sistemas de Servicios de Salud. UTB. Maestría en Salud Pública. 2017-2018. Profesor de Políticas Públicas. CGE, 2017-2018. Profesor de Gobierno Electrónico, Maestría de TICs de la carrera de Informática UMSA-La Paz. -megsoza@gmail.com

## Introducción

La nueva Constitución Política de Bolivia, aprobada el año 2009, establece la existencia de un edificio institucional basado en una nivel nacional y luego tres niveles autonómicos que tienen las dos características de una descentralización política administrativa, que son la transferencia de competencias y la transferencia de recursos, y las dos cualidades, que son: la cualidad ejecutiva (elección de su propio gobierno) y la cualidad legislativa (auto=uno mismo; nomos= norma). Estos tres niveles autonómicos son: la Autonomía Departamental, la Autonomía Municipal y la Autonomía Indígena originario campesina.

La nueva Constitución Política del Estado, establece la existencia de una cuarta autonomía, que es la Autonomía regional, que es la región del Chaco en Tarija. Esta Autonomía no tiene cualidad legislativa, no puede legislar, por lo que incluso se puede señalar que lleva un nombre que no le corresponde (autonomía).

El artículo 410 de la nueva Constitución Política del Estado del 2009, en su numeral II establece la jerarquía normativa, basado en el concepto de que las tres autonomías que cumplen los requisitos de una descentralización político administrativa (la Autonomía Departamental, la Autonomía

Municipal y la Autonomía Indígena originario campesina).

La igualdad o equipotencia de estas tres Autonomías, lleva a algunos juristas a considerar que ya no hay jerarquía normativa o pirámide de Kelsen, que es la expresión técnica de la jerarquía normativa.

Habernos otros teóricos de las autonomías, que consideramos que se mantiene esta jerarquía normativa o pirámide de Kelsen. Algunos la conciben unidimensionalmente, y otros, como el planteamiento que aquí desarrollamos, consideramos, que la misma se desarrolla en dos dimensiones. La razón se basa en que hay un grupo de normas que tienen una jerarquía a nivel estatal en todos los niveles de gobierno y otras que solo tiene jerarquía para el nivel de gobierno al que pertenece o en el que se han formulado, ligados a su jurisdicción y competencia.

El objetivo de este artículo, es el de esclarecer si la pirámide de Kelsen o jerarquía normativa aplica o no en la actual Constitución Política del estado, y si lo hace, de qué forma lo hace. O en su caso, si la nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, por el principio de igualdad o equipotencia de las tres Autonomías (la Departamental, la Municipal y la Indígena originaria campesina, ya que la Regional no legisla), termina por eliminar la aplicabilidad de una jerarquía normativa o de una

Pirámide de Kelsen o jerarquía normativa, en el sentido clásico.

## Metodología y técnicas

La metodología aquí empleada es de carácter deductivo-analítico-sistémico, debido a que se parte de formulaciones teóricas, de en qué consiste la jerarquía normativa y más específicamente lo que denominamos la técnica de jerarquía normativa, expresada en la pirámide de Kelsen o jerarquía normativa, y es analítica al comparar esta teoría y esta técnica, con los preceptos constitucionales en vigencia.

Cabe aquí una aclaración. La jerarquía normativa es un principio que “implica la existencia de un orden” (Durán y LaLaguna, 1996. Pag. 167) que responde a la armonía entre las normas, que responde a dos principios:

El principio de jerarquía, que señala que entre las normas hay una gradación, pudiendo ser entre normas fundamentales y normas de segundo orden.

Principio de competencia, no aplicable al contexto de superioridad de una norma sobre otras, sino de igualdad.

Así la Teoría Constitucional (Pereira-Orozco & Richter, 2004)<sup>1</sup>, establece

1 Pereira-Orozco, Alberto. Richter, Marcelo Pablo. Cap IV Teoría de la Constitución. Pag. 201. Derivado de Teoría de la Constitución de Carl

bases para que en constituciones como la de Guatemala se establezca que:

*Artículo 175. Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.*

Pero el concepto mismo de pirámide, no es de Kelsen sino de Kerl, entendida como jerarquía normativa, en base a los elementos antes expuestos. Aunque hay autores que insisten en poner a Kelsen como el creador de la pirámide, entendiendo que en su *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen H., 1982) sostuvo, un orden de prelación en las normas jurídicas, poniendo unas por encima de otras, a la hora de su aplicación. Parte de los Tratados Internacionales, la CPE, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y luego el resto de la legislación.<sup>2</sup>

Otros autores, sostienen que la jerarquía normativa, va direccionada a un sistema de normas. La teoría sistémica fue expuesta por varios autores (von Bertalanffy, 1951) (Mirabelli, 1975) (Gonzales, 2009).

Otra aproximación, es la de la interpretación constitucional, la

Schmitt. Alianza Editorial. 2011. España.

2 Surco, Robert. Jerarquía Normativa y Reforma de la Constitución en Bolivia. 14 de mayo de 2016. Prezi. <https://prezi.com/dxuufszzsvgt/jerarquia-normativa-y-reforma-de-la-constitucion/?webgl=0>

que desde el neoconstitucionalismo (Carbonell, 2006), tiene varias vertientes. La más común en tiempos actuales ha sido la del principio de proporcionalidad, que hace referencia tangencial a la jerarquía normativa desde el punto de vista constitucional (Barnes, 1994. Pags 193-199).

En la misma línea, la interpretación constitucional (Bianchi, 1992), requiere de ciertos procedimientos, que se basan en la validez de la ley y en la consistencia de la misma (Alexy, 1997).

Es sistémico, porque la jerarquía normativa o pirámide kelseniana representa gráficamente la idea de sistema jurídico escalonado. De acuerdo con Kelsen (Kelsen H., 1949), el sistema no es otra cosa que la forma en que se relacionan un conjunto de normas jurídicas y la principal forma de relacionarse éstas, dentro de un sistema, es sobre la base del principio de jerarquía.

La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa, es también un método jurídico estricto, mediante el cual quiere eliminar toda influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción jurídica, y acotar la misión de la ciencia del derecho al estudio exclusivo de las formas normativas posibles y a las conexiones esenciales entre las mismas. La jerarquía normativa o pirámide kelsiana, es categorizar

las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás, ej. Constitución, ley, decreto ley, ordenanza etc.

Incluso en términos del derecho comparado, se puede señalar que esta jerarquía normativa se respeta en varios países de Latinoamérica, sino en todos. Ponemos por caso, la de un país federal como Argentina (Haro, 2001), o la combinatoria entre países federales y unitarios en Latinoamérica (Lopresti, 2007) o la propia Europa (Jované Burgos, 2012).

Cuanto más nos acercamos a la base de la pirámide, el escalón es más ancho, es decir, hay un mayor número de normas jurídicas. Así, el escalón superior es muy pequeño, pues Constitución sólo hay una, el escalón por debajo es más ancho (porque hay más leyes que “constituciones”), el siguiente más ancho que el anterior (porque hay más reglamentos que leyes) y así sucesivamente. Ahora bien, por encima de la Constitución y, por ende, fuera de la pirámide, se encontraría la *Grundnorm* (norma básica o fundamental) (Kelsen, 1994). La pirámide sirve para reflejar la idea de validez (cada escalón es una especie de eslabón de la cadena de validez) dentro del sistema, pero quien otorga validez al sistema en sí es la norma fundamental. Ésta no es una norma positiva, sino una norma hipotética, una norma

presupuesta o, en última instancia, una norma ficticia. Es una ficción para evitar que la cadena de validez produzca una regresión hasta el infinito (de otra manera cabría la pregunta “¿y qué hay por encima de la norma fundamental?). Esta norma presupuesta vendría a decir: “La Constitución y el resto de normas emanada de ella son obligatorias”

En el caso de la aplicación de la jerarquía normativa o pirámide Kelsiana al ordenamiento jurídico en Bolivia podríamos mencionar tres niveles, los cuales son el Fundamental; Legal y Sublegal (Kelsen H. , 1994b).

En el **nivel fundamental** tenemos a la Constitución Política del Estado del Estado Plurinacional de Bolivia, que es la cristalización del acto constituyente del año 2009, en este nivel podemos destacar tres partes trascendentales: el **Preámbulo** que se refiere a los principios que rigen la constitución, la **Dogmática** que se refiere a la forma del Estado y los regímenes de los derechos, deberes y las garantías constitucionales y la **Orgánica** que establece la organización del Estado, Órganos, los entes que los representan, la función de éstos Órganos, protección de la constitución y modalidades para su reforma. En este nivel es importante señalar que se encuentran los **Tratados Internacionales en materia de derechos humanos**, puesto que ellos a través de los

artículos 13 y 14 de la CPE adquieren rango constitucional.

En el **nivel Legal** ubicamos lo que conocemos como leyes formales, entre las cuales están, **las Leyes Marco o Leyes Generales**, que según lo dictamina la CPE en su artículo 410 numeral II, que establece la jerarquía normativa partiendo de los **Tratados Internacionales, Leyes Generales**, Instrumentos Jurídicos de rango legal, sancionado por el Órgano Legislativo Plurinacional, representado por la Asamblea Legislativa Plurinacional, de conformidad con la facultad de legislar que le consagra la CPE y cuya finalidad no es otra que la de regular o normar una determinada rama del derecho, **Códigos**, que son las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a una determinada materia, **Decretos Supremos**, según la CPE que son Actos administrativos dictados por el Órgano Ejecutivo (Presidente o Presidenta) fundamentado y en el otorgamiento previo de una Ley Habilitante por medio de la cual, la rama legislativa delega temporalmente la potestad de legislar sobre aquellas materias establecidas en el marco normativo de la Ley (habilitante) en virtud de alguna excepción circunstancial o permanente, determinada, en el marco de las competencias privativas y exclusivas del nivel nacional, **Estatutos Autonómicos Departamentales, Cartas Orgánicas Municipales y Estatutos**

**Autonómicos Indígena originario campesinos**, son los que regulan el Órgano Público Estatal según lo plasmado en la Parte Tercera de la CPE de la Estructura Territorial del Estado Plurinacional de Bolivia y luego las Leyes Departamentales, las Leyes Municipales y las Leyes Indígena originario campesinas, del ámbito legislativo autonómico; los Decretos Departamentales, los Decretos Municipales y los Decretos Indígena originario campesinos, del ámbito del Órgano Ejecutivo de los niveles subnacionales autonómicos.

**Ordenanzas Municipales**, son los actos sancionados por las cámaras municipales o cabildos, cuya aplicación son para regular las actividades del municipio, entre otras.

Y por último encontramos el **nivel sublegal** que son todas aquellas normas jurídicas que no tienen el rango de una ley formal como son Resoluciones Supremas y Resoluciones Ministeriales del Órgano Ejecutivo del nivel nacional **Reglamentos** del Órgano Ejecutivo o del Órgano Legislativo del nivel nacional, que se plantea que son Actos administrativos de efectos generales emanados por el órgano representativo de la rama ejecutiva del nivel nacional. Lo mismo en el nivel departamental, las Resoluciones Departamentales del Órgano Ejecutivo del nivel departamental y los Reglamentos Departamentales, del Órgano

Ejecutivo o del Órgano Legislativo del nivel departamental, que se plantea que son Actos administrativos de efectos particulares en su jurisdicción y competencia departamental, emanados por el órgano representativo de la rama ejecutiva o legislativa del nivel departamental. También, las Resoluciones Municipales del Órgano Ejecutivo del nivel municipal y los Reglamentos Municipales, del Órgano Ejecutivo del nivel municipal o del Concejo Municipal, incluyendo las Ordenanzas Municipales, allí donde se mantuvieran como norma, que se plantea que son Actos administrativos de efectos específicos en su jurisdicción y competencia municipal, emanados por el órgano representativo de la rama ejecutiva o legislativa del nivel municipal. Finalmente, en el nivel Indígena originario campesino, las Resoluciones Indígena originario campesinas del Órgano Ejecutivo del nivel Indígena originario campesino y los Reglamentos Indígena originario campesinos, del Órgano Ejecutivo o del Órgano Legislativo del nivel Indígena originario campesino, que se plantea que son Actos administrativos de efectos particulares en su jurisdicción y competencia Indígena originario campesino, emanados por el órgano representativo de la rama ejecutiva o legislativa del nivel Indígena originario campesino, esta vez, en base a los usos y costumbres, como manda este nivel autonómico. Aquí

también se comprenden las Reglamentaciones emanadas por el órgano reglamentario (no legislativo) de la Autonomía Regional.

Esto incluye normas que buscan o tiene por finalidad es la de desarrollar los contenidos expresos en la ley sin alterar el espíritu, propósito y razón del legislador, como son los **Acuerdos**, Actos administrativos de efecto particular, emanados del órgano representativo de la rama Legislativa del Órgano Público (Nacional, Departamental, Municipal) en el ejercicio de sus competencias, **Contratos**, según el Código Civil “Es un convenio celebrado entre dos o más personas que permite constituir, reglar, modificar o transmitir entre ellos un vínculo legal. Siempre tiene aplicación preferente a la Ley, nunca pueden violar el contenido de la misma” entre otras. Para culminar es importante señalar que en este nivel no se puede reglamentar ningún hecho que contravenga al Nivel Legal.

Cinco gráficos muestran distintas formas de expresar la jerarquía normativa o Pirámide kelseniana:

### Pirámide de Kelsen a nivel nacional



Fuente: [https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB\\_esBO704BO704&hl=es&tbm=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAgEEAE&biw=1280&bih=890](https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB_esBO704BO704&hl=es&tbm=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAgEEAE&biw=1280&bih=890)

En este gráfico se muestra hasta el nivel ministerial nacional, la jerarquía normativa.

## Pirámide de Kelsen por planos de legalidad



Fuente: [https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB\\_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAgEEAE&biw=1280&bih=890](https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAgEEAE&biw=1280&bih=890)

En este gráfico se muestra la jerarquía normativa como distintos planos de legalidad,. Los planos pueden ser los niveles de gobierno.

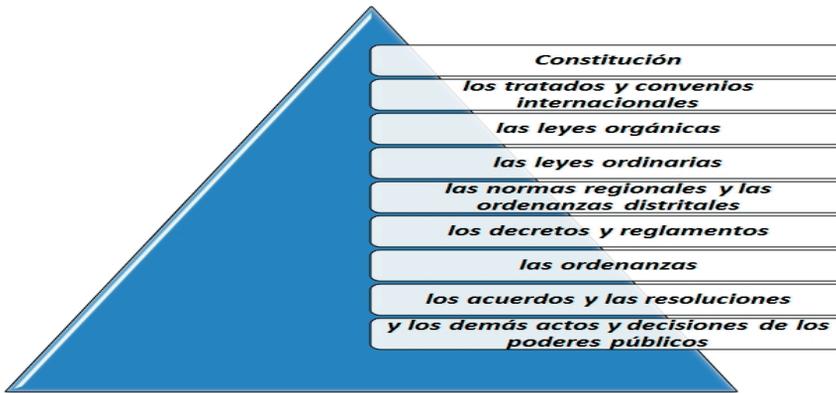
## Pirámide de Kelsen desde el nivel internacional hasta el comunitario



Fuente: [https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB\\_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAgEEAE&biw=1280&bih=890](https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAgEEAE&biw=1280&bih=890)

Como se observa, existe una relación entre la jerarquía normativa desde el derecho comunitario, entendido como el de las Comunidades de naciones, hasta los usos y costumbres de una comunidad local o indígena.

## Pirámide de Kelsen desde la Constitución hasta actos administrativos



Fuente: [https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB\\_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAGEEAE&biw=1280&bih=890](https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAGEEAE&biw=1280&bih=890)

Aquí, la jerarquía normativa parte de la norma constitucional hasta los actos administrativos.

## Pirámide de Kelsen por su origen y su alcance



Fuente: [https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB\\_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAGEEAE&biw=1280&bih=890](https://www.google.com/search?q=kerl+piramide+normativa&rlz=1C2AFAB_esBO704BO704&hl=es&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=2ahUKewihreOqkMrcAhXSxVkkKHQN6B3cQsAR6BAGEEAE&biw=1280&bih=890)

Finalmente, en este gráfico, la pirámide es invertida, dado que las normas mayores son elaboradas o tiene su origen en un nivel congresal, hasta las administrativas, que son circumscribas al Organismo Ejecutivo.

Este gran aporte de Kelsen de su pirámide normativa, como sistema de jerarquía de normas que sustentan la doctrina positivista, toda norma recibe su valor de una norma superior. Kelsen reconoce dos formas de control para este fin:

Por vía de excepción: que son los que hacen los tribunales ordinarios, en donde un juez dictamina —para un determinado caso— la aplicación de la norma y su relación con las demás partes de la pirámide, pudiendo en ciertos casos de justicia consuetudinaria, marcar un precedente en ciertas situaciones (por ejemplo, en el derecho estadounidense).

Por vía de acción: esta es la concepción de revisión judicial de Kelsen, en donde un organismo especializado declara inconstitucional una norma y de esta forma la norma pierde su entrada en vigor, no pudiendo formar parte del ordenamiento jurídico.

En el caso boliviano, estaríamos ante una forma de control, por vía de acción, dado que en la práctica, así se sustenta la aplicación de la jerarquía normativa.

### 3. Resultados

## La Constitución Política del Estado en su artículo 410, define la jerarquía normativa así:

### QUINTA PARTE

#### JERARQUÍA NORMATIVA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

#### TÍTULO ÚNICO

#### PRIMACÍA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

#### Artículo 410.

I. ...

II. *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. 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. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:*

1. *Constitución Política del Estado.*
2. *Los tratados internacionales*
3. *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena*

4. *Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.*

Sólo un tipo de Estado federal<sup>3</sup>, tendría una jerarquía normativa, totalmente diferenciada. En Estados unitarios, tal situación puede tener un rasgo y forma diferente<sup>4</sup>.

### **La posición del Dr. Rivera sobre interpretación constitucional**

El jurista constitucional José Antonio Rivera (Rivera Santivañez, Martes 26 de julio de 2011) sostiene que hay una *diferencia entre la interpretación jurídica general y la interpretación constitucional*

El Dr. Rivera sostiene que la interpretación constitucional debe entender la realidad social que opera como la Constitución material, para contrastarla con la Constitución formal, y como señala Fernández Segado, puesto que la Constitución y el derecho constitucional son realidades históricas, que surgieron, se desarrollaron y llegaron a nuestro tiempo, la reflexión sobre el sentido de una norma constitucional no puede ser atemporal, abstracta, sino que ha de encuadrarse en nuestras circunstancias de tiempo y lugar (Rivera Santivañez, 2012).

En definitiva, la interpretación de la Constitución no puede apartarse de la realidad histórico-social.

Por tanto hay clases de Interpretación constitucional. La primera que es la interpretación práctica, es la que realiza el juez constitucional para aplicar una norma de la constitución a un determinado caso. Esta forma de interpretación es funcional y práctica, orientada hacia una adecuada aplicación de la norma constitucional a una situación determinada, a hacer de la norma constitucional cada vez más operativa. Esto obliga a los jueces constitucionales a que, al dictar sus resoluciones, no pierdan de vista que su objetivo primario es solucionar un caso o problema que llega su conocimiento, más que desarrollar monográficamente temas jurídicos o hacer gala de la erudición con que poseen la cultura jurídica. Se trata entonces de una labor hermenéutica en la que el juez constitucional establece el sentido de la norma de la Constitución para aplicarla y resolver un caso concreto puesto a su conocimiento.

La otra es la interpretación creativa, que es la que permite desarrollar y adaptar la Constitución para su aplicación a un caso concreto, a partir de un esclarecimiento, compatibilización e integración de sus normas. Esta forma de interpretación se aplicará especialmente en aquellos casos en los que se presente un aparente vacío normativo o una

3 Arteaga Nava, Elisur. *Temas de Teoría Constitucional*. UAM. México. 1980. Pag. 124.

4 Arnaiz Amigo, Aurora. *Teoría Constitucional*. UNAM. México. 1991. Pag. 125 y ss.

imprevisión en el texto constitucional o en la normativa legal que debe ser aplicada en la resolución de un caso concreto; pues el juez constitucional no puede excusarse de resolver un caso sometido a su conocimiento alegando insuficiencia, ausencia u oscuridad en la norma, pues su obligación es realizar una interpretación integradora no sólo de las disposiciones constitucionales sino de las leyes ordinarias a partir de la Constitución.

Por otro lado, está la interpretación previsor, que es la que al ser realizada requiere que el juez constitucional adopte previsiones sobre los efectos y consecuencias de las decisiones asumidas a partir de la interpretación. Implica que el intérprete, a tiempo de desarrollar su labor deberá prever las consecuencias emergentes de su interpretación en el orden político, económico y social.

Finalmente, la interpretación política, que implica una labor encaminada a definir a la Constitución-instrumento de gobierno, al efectivizarla, al graduar y delimitar las competencias del Estado y armonizarlas con las de los particulares, al definir los conflictos entre los poderes del Estado. La interpretación política se opera en la medida en que la labor de hermenéutica tiene el encargo de proteger la supremacía de la Constitución, oficio que -a decir de Sagüés- encarna un doble cometido:

por una parte tutelar la supremacía normativa y, por otra, la supremacía ideológica, ya que las sentencias del juez constitucional deben afirmar los principios, los valores y la doctrina política de aquélla, así como reprimir las evasiones y los contrabandos ideológicos que pueden perpetrar los poderes constituidos.

### **Luego están los principios y criterios de interpretación constitucional, que son:**

- El Principio de unidad de la Constitución
- Principio de concordancia práctica
- Principio de la eficacia integradora
- Principio de corrección funcional
- Principio de eficacia o efectividad

Con base en estos tipos de interpretación y principios y criterios de interpretación constitucional, el Dr. Rivera concluye que en la doctrina contemporánea del derecho constitucional, la interpretación constitucional se constituye en el núcleo esencial de la Teoría de la Constitución. La interpretación constitucional tiene sus propias peculiaridades que la diferencian de la interpretación jurídica general, lo que significa que la interpretación de las normas constitucionales no puede equipararse a la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias. Si bien son aplicables a la interpretación constitucional, los métodos de

la interpretación jurídica, no son suficientes, lo que supone que la interpretación constitucional exija la aplicación de métodos, principios y criterios propios de interpretación. Si bien existen diversos intérpretes de la Constitución, en un sistema constitucional que cuenta con un mecanismo de control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental, que es la Jurisdicción Constitucional, cuya interpretación tiene el carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y los ciudadanos (Rivera Santivañez, 2004).

Con todo ello, la interpretación del artículo 410 de la CPE, al que se añade el art. 276, que señala:

*Artículo 276. Las entidades territoriales autónomas no estarán subordinadas entre ellas y tendrán igual rango constitucional.*

Este artículo, que el Dr. Carlos Romero, constituyente y redactor de los últimos ajustes de la Carta Magna con el Dr. Carlos Böhr, señala que es el de equipotencia (Böhr, Romero & Alarcón, 2008) entre los diferentes tipos de autonomías (Romero, Böhr, & Peñaranda, 2009), termina por permitir una interpretación, calificada por el Dr. Rivera, como interpretación práctica, que implica que la pirámide de Kelsen o la jerarquía normativa, ha desaparecido en el marco de esta nueva estructura del estado Plurinacional de Bolivia.

## **La propuesta de una Pirámide de Kelsen o jerarquía normativa autónoma en dos dimensiones**

Bolivia experimenta un proceso de transformación institucional, normativa y de sentido común de época. El proceso de transformación implica valoración, construcción y fortalecimiento de prácticas sociales en diversas escalas y en distintos momentos. Bolivia se autodefine como Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías.

Estado es una sociedad establecida en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. El Gobierno es Ejerce a través del Conjunto de Órganos el Poder Público.

Por tanto el nuevo ordenamiento orgánico y sistémico de Bolivia es (Galindo Soza, 2018):



Fuente: Elaboración propia

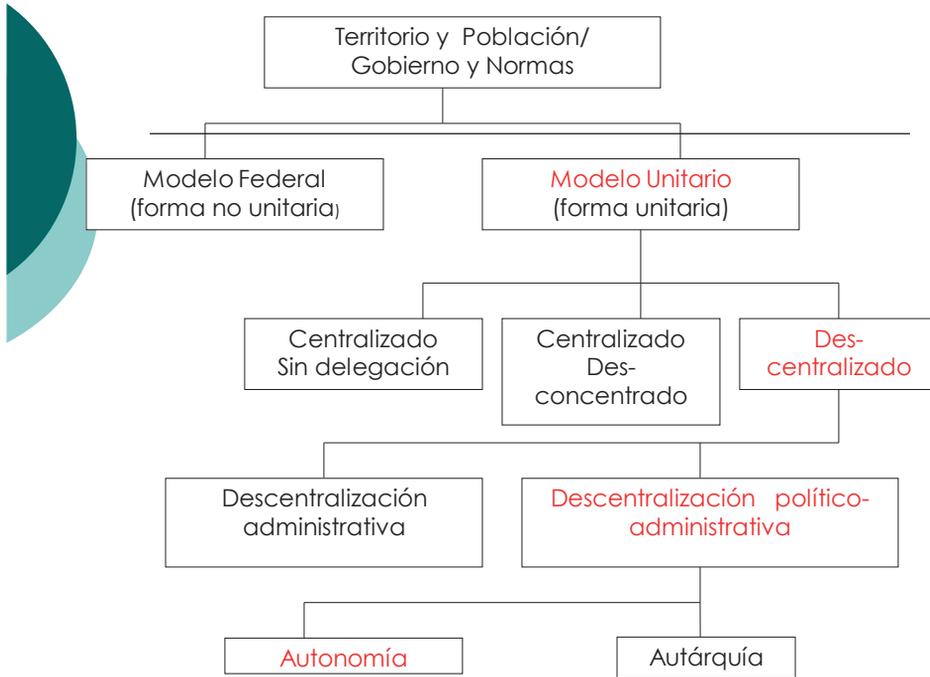
Otros órganos del Estado son:

- Defensoría del Pueblo
- Procuraduría del Estado

Y órganos a nivel local son:

- Defensorías del Consumidor
- Defensorías del Niño y el adolescente
- Servicios Legales Integrales de la Mujer
- Centros Integrales de Justicia

Al mismo tiempo, la descentralización político-administrativa se expresa así (Galindo Soza, 2017):



Fuente: Elaboración propia

Con lo que la estructura de los diferentes tipos de autonomías sería el siguiente (Galindo Soza, 2016):



Fuente: Elaboración propia

El Pluralismo (político, cultural, lingüístico, económico, jurídico) del Estado Plurinacional, se expresa en una Sociedad plural en un Estado plural. Los principios básicos constitucionales de este modelo son:

- Vivir Bien.
- Descolonización.
- Despatriarcalización.
- Democracia intercultural.
- Socialismo Comunitario.

En el Catálogo de Derecho de la CPE, se otorga el mismo rango constitucional e igualdad jerárquica a los derechos colectivos respecto a los individuales.

Los Derechos fundamentales Son aquellos derechos considerados irrenunciables, debido a que limitar, restringir y vulnerar el ejercicio de uno de ellos impide el ejercicio de los demás derechos, p. ej.: restringir el derecho de acceso al agua afecta el ejercicio de mi derecho a la salud y en consecuencia a la vida; por ello, se constituyen en prioritarios para que sean atendidos por el Estado a través de políticas públicas.

Los Derechos fundamentales son:

- A la vida.
- Integridad física, psicológica y sexual (se prohíbe las torturas, tratos crueles, violencia doméstica).
- Salud (universal sin exclusiones).
- A la educación (universal para todos).
- Al agua y alimentación (seguridad alimentaria).

- Hábitat y vivienda.
- A los servicios básicos (agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones).

También se reconoce Derechos Civiles, Derechos Políticos, Derechos Colectivos y Deberes

Las Garantías jurisdiccionales y Acciones de defensa en la CPE son las que se expresan en las sentencias emitidas están sometidas al control constitucional por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, los arts. 125, 126 de la CPE se refieren a la Acción de libertad, señalando que es una acción (no un recurso) constitucional que garantiza el derecho a la vida, el derecho a un debido proceso, el derecho a no ser perseguido ilegalmente y el derecho a no ser privado de libertad de modo ilegal. Se ejercita sin formalidades procesales (abogado, papeles formales o impresión computarizada) y se realiza ante cualquier juez o tribunal en materia penal para que éste resguarde la vida y el derecho a la libertad de quien lo solicita.

Los arts. 128, 129 de la CPE, hablan de la acción de amparo constitucional, que se interpone contra actos u omisiones ilegales o indebidos de servidores públicos, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Se incorpora el plazo de interposición de 6 meses.

Los arts. 130, 131 de la CPE, hacen hincapié en la acción de protección de privacidad, conocida como “habeas data”, es una acción que protege los datos personales (edad, sexo, enfermedad, pertenencia política, etc.) de cada quien y que figuran en centros de identificación, registro electoral, registros médicos, sistemas bancarios, etc. Estos datos son de propiedad exclusiva de su titular; por ello se establece que toda persona puede interponer esta acción cuando crea que está impedida de conocer sus datos, objetada en su eliminación, negada en la obtención de sus propios datos o, en su caso, impedida en la rectificación de los mismos.

Los arts. 132 y 133 de la CPE, se refieren a la acción de inconstitucionalidad, que se interpone por cualquier persona afectada por una ley, decreto o cualquier tipo de resolución que sea contraria a la CPE. La inconstitucionalidad declarada por sentencia, supone la inaplicabilidad de la norma impugnada.

El art. 134 de la CPE, se refiere a la acción de cumplimiento, que se aplica contra los servidores públicos que incumplan la Constitución o leyes, para que mediante sentencia se obligue al demandado el cumplimiento inmediato del deber omitido.

Los arts.: 135, 136 de la CPE, hablan

de la Acción Popular, que es aplicable contra los actos u omisiones cometidas por autoridades o personas individuales o colectivas que violen, amenacen violar derechos e intereses colectivos reconocidos por la CPE.

El tema del Control social responsable está en los arts. 241 y 242 de la CPE. (Participación y Control Social). En los mismos el Control social se refiere a que el pueblo participa en la toma de decisiones públicas y ejerce control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado. La sociedad civil establecerá sus propias normas y funcionamiento para cumplir estas funciones. El control social constitucionalizado es funcional y transversal en relación con todas las entidades públicas para efectivizar la participación social en la gestión pública.

Por tanto, la interpretación de la pirámide de Kelsen o jerarquía normativa, con el nuevo texto constitucional, según juristas como el Dr. Juan Carlos Urenda (Urenda, 2009) y el Dr. Jorge Asbun (Asbun, 9 de marzo de 2016) de Santa Cruz, es la siguiente:

## Pirámide Constitucional 410



Fuente: Jorge Asbun. 2016.

La que realicé en otro texto (Galindo Soza, 2016), se expresa de manera lineal de una manera similar:

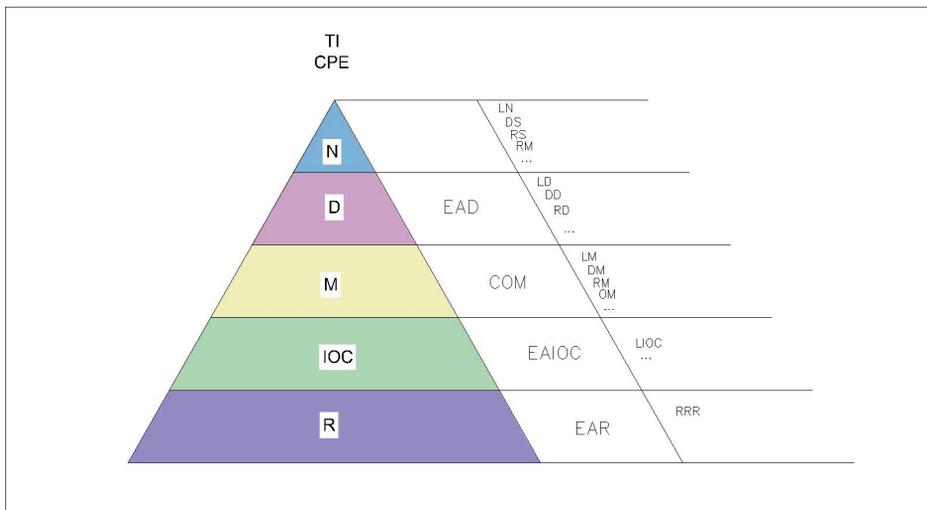
## Pirámide de Kelsen actual



Fuente: Mario Galindo. 2016.

Pero ninguna de ellas expresa claramente lo que se tiene que comprender exactamente, ya que la interpretación política y la interpretación práctica, la interpretación creativa y la interpretación previsora de los arts. 410 y 276 de la CPE es la siguiente (Galindo Soza, 2018):

## Pirámide normativa en dos dimensiones



Fuente: Elaboración propia

Donde:

TI = Tratados Internacionales

CPE = Constitución Política del Estado

EAD = Estatuto Autonomo Departamental

COM = Carta Orgánica Municipal

EAIOC = Estatuto Autonomo Indígena originario campesino

EAR = Estatuto Autonomo Regional

LN = Ley Nacional

DS = Decreto Supremo

RS = Resolución Suprema

RM = Resolución Ministerial

LD = Ley Departamental

DD = Decreto Departamental

RD = Resolución Departamental

LM = Ley Municipal

DM = Decreto Municipal

RM = Resolución Municipal

OM = Ordenanza Municipal

LIOC = Ley Indígena originario campesina

RRR = Resolución Reglamentaria Regional

N = Nivel Nacional

D = Autonomía Departamental

M = Autonomía Municipal

IOC = Autonomía indígena originario campesina

R = Autonomía Regional

Esta pirámide de Kelsen o jerarquía normativa, apoyada en la interpretación constitucional creativa (Zambrano, 2009. Caps. 2 y 3), establece una prelación de los Tratados Internacionales, la Constitución Política del Estado, los Estatutos Autonómicos Departamentales, las Cartas Orgánicas Municipales y los Estatutos Autonómicos Indígena originario campesinos, en ese orden de prelación.

Luego solo para cada nivel de gobierno viene la prelación o escala kelseniana:

- a. En el nivel nacional, las Leyes nacionales, los Decretos Supremos, las Resoluciones Supremas y las Resoluciones Ministeriales
- b. En el nivel departamental las Leyes Departamentales, los Decretos Departamentales, las Resoluciones Departamentales
- c. En el nivel municipal, las Leyes Municipales, los Decretos Municipales, las Resoluciones Municipales y las Ordenanzas Municipales, donde correspondan y lo hayan definido así en su Carta Orgánica Municipal.
- d. En las Autonomías Indígena originario campesinas, las Leyes Indígena originario campesinas y las Resoluciones que definan en sus respectivos Estatutos Autonómicos.

- e. En la Autonomía regional, que no tiene cualidad legislativa (arts. 281 y 301, además de la Ley Marco de Autonomías), las Resoluciones Reglamentarias, que son las que puede alcanzar como acción de la Asamblea Regional.

Se trata por tanto, de una pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en dos dimensiones, la primera que abarca el conjunto de normas y el segundo que se restringe a cada nivel de gobierno, que es bueno aclarar es horizontal a nivel autonómico.

#### 4. Conclusiones

La existencia de una pirámide de Kelsen o jerarquía normativa parece demostrada que es imprescindible. Por lo tanto, sostenemos que sí hay una pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en una forma que adopta dos dimensiones, con alcances, competencias y jurisdicción específica.

Si a ello añadimos los Instrumentos constitucionales territoriales

- Autonomía Indígena originaria campesina (289 y ss)
- Autonomía Municipal Indígena OC (291 I, 294 II)
- Autonomía Regional Indígena OC (291 I, 295 I)
- Región (Provincial o Municipal) . Constituida por una sola Provincia (280 I)

- Autonomía Regional, con gobierno constituido por una Asamblea Regional (281), constituidos mediante elecciones (282 I) y con competencias transferidas o delegadas (301)
- Municipio Autónomo (283s)
- Municipio Campesino (NUEVO), donde existan comunidades campesinas con estructuras organizativas propias... (294 III)
- Autonomía Departamental (277s)

Más aun, con la asignación competencial constitucional:

- 22 Competencias Privativas del nivel Central del Estado (298.I); 38 Competencias Exclusivas (298.II).
- 7 Competencias Compartidas entre el Nivel Central y las entidades territoriales autónomas (299.I); 16 Competencias Concurrentes (299.II)
- 36 Competencias exclusivas de los Gobiernos Departamentales Autónomos (300)
- 43 Competencias exclusivas de los Gobiernos Municipales (302)
- 23 Competencias exclusivas de la Autonomía indígena originario campesinas. (304.I); 4 Competencias Compartidas (304. II); 10 Competencias Concurrentes (304.III)

La resolución de controversias y conflictos entre los niveles subnacionales de gobierno, debe responder a esta jerarquía normativa.

Más aun, cuando la propia CPE define 4 tipos de leyes ahora:

- Leyes marco o generales
- Leyes de desarrollo
- Leyes reglamentarias
- Leyes de concordancia

Esta diversidad de tipos de leyes que están en todo lo largo de la nueva CPE, deben ser asignadas de acuerdo a si las competencias son:

- Privativas
- Exclusivas
- Compartidas
- Concurrentes.

Por todo ello, la existencia de una pirámide de Kelsen o jerarquía normativa es imprescindible. Esto permitirá además una codificación sustantiva y adjetiva del ordenamiento jurídico de Bolivia. Por último, conceptualmente, sin la existencia de la misma, no se puede concebir la propia aplicación de las leyes, con criterio de razonabilidad jurídica (Hart, 1961).

## Bibliografía

Alexy, Roberto, EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO, trad. De J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.

Arnaiz Amigo, Aurora. TEORÍA CONSTITUCIONAL. UNAM. México. 1991.

Arteaga Nava, Elisur. TEMAS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. UAM. México. 1980.

Asbun, Jorge. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. La Razón. La Paz, 9 de marzo de 2016.

Barnes, J., INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO Y COMUNITARIO, R.A.P. 135, septiembre---diciembre de 1994.

Bianchi, Alberto B., CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. EL PROCESO Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES, Buenos Aires, Ábaco, 1992.

Böhrt, Carlos; Chávez, Silvia; Torrez, Andrés. PUENTES PARA UN DIALOGO DEMOCRATICO. FES, NIMD, FBDM. La Paz, 2008.

Böhrt, Carlos; Alarcón, Carlos, Romero, Carlos. HACIA UNA CONSTITUCION DEMOCRATICA, VIABLE Y PLURAL. FES, NIMD, FBDM. La Paz, 2008.

Carbonell, Miguel (ed.), NEOCONSTITUCIONALISMO(S), Madrid, Trotta, 2006.

Durán y LaLaguna, Paloma. NOTAS DE TEORÍA DEL DERECHO. Universitat Jaume. Colección Manuals. España.

Galindo Soza, Mario. DESCRIPTORES DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. CEBEM. La Paz, Enero de 2018. 240 pags.

Galindo Soza, Mario. PARTICIPACION CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL CEBEM. La Paz, 2016. 200 pags.

Galindo Soza, Mario. LA DESCENTRALIZACION FISCAL FINANCIERA EN LAS AUTONOMIAS DE BOLIVIA (Tesis Doctoral en Ciencias Económicas y Administrativas). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera de Ciencia Política y Gestión Pública. Instituto de Investigaciones en Ciencia Política IINCIP. UMSA. La Paz, julio de 2017. 940 pags. 2 Tomos.

Gonzales, Mervy Enrique. EL ENFOQUE SISTEMICO DEL DERECHO. DERECHO Y TRIDIMENSIONALISMO. Caracas. 2009.

Haro, Ricardo. EL PER SALTUM EN LA JUSTICIA FEDERAL ARGENTINA. Academia de Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2001.

Hart, Herbert H. L. A., THE CONCEPT OF LAW, Oxford, OUP, 1961.

Jované Burgos, Jaime Javier. TRIBUNALES O CORTES CONSTITUCIONALES EN EUROPA. Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo. 2012.

Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO, Imprenta Universitaria, México, D. F., 1949.

Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS. Trad.: Hugo Carlos Delory Jacobs. Ed. Trillas, México, D.F., 1994.

Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO Y DEL ESTADO, EUDEBA, Argentina. 1982..

Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO, Trillas, México, D. F., 1994b.

Lopresti, Roberto Pedro. CONSTITUCIONES DEL MERCOSUR. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial La Ley. 2007.

Mirabelli, Luca. LA TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS. Buenos Aires. 1972.

Pereira-Orozco, Alberto. Richter, Marcelo Pablo. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Derivado de

Rivera Santivañez, José Antonio. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. PROCESOS CONSTITUCIONALES EN BOLIVIA. Segunda Edición Actualizada. Cochabamba (Bolivia). Grupo Editorial KIPUS, 2004. Págs. 68-69.

Rivera Santivañez, José Antonio. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU VINCULATORIEDAD. Revista digital Tren Fugitivo. Martes 26 de julio de 2011.

Rivera Santivañez, José Antonio. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA. Cochabamba (Bolivia). Grupo Editorial KIPUS. 2012.

Romero, Carlos; Böhr, Carlos; Peñaranda, Raúl. DEL CONFLICTO AL DIALOGO. FES, NIMD, FBDM. La Paz, 2009.

Schmitt, Carl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Alianza Editorial. 2011. España

Urenda, Juan Carlos. SEPARANDO LA PAJA DEL TRIGO, BASE PARA CONSTRUIR LAS AUTONOMÍAS DEPARTAMENTALES. Santa Cruz, Bolivia. 2009.

Schmitt, Carl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Alianza Editorial. 2011. España.

Surco, Robert. JERARQUIA NORMATIVA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN BOLIVIA. 14 de mayo de 2016. Prezi. <https://prezi.com/dxuufszsvgt/jerarquia-normativa-y-reforma-de-la-constitucion/?webgl=0>

Vicepresidencia del Estado Plurinacional. ANALES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. La Paz, 2012.

Von Bertalanffy, Karl Ludwig. A GENERAL SYSTEM THEORY. SUNY Buffalo. Buffalo USA. 1951

Zambrano, Pilar, LA INEVITABLE CREATIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Una aproximación filosófica a la tesis de la discrecionalidad, México, UNAM, 2009.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. Bolivia. 2009.

# MODELIZACIÓN MATEMÁTICA DE LO JURÍDICO EN BOLIVIA

## MATHEMATICAL MODELING OF THE JURIDICAL IN BOLIVIA

*Carlos Adán Gallardo Rivas\**  
*Lindsay Denise Villanueva Vacaflor\*\**

Presentado: 04 de septiembre de 2018. Aceptado: 30 de octubre de 2018

### RESUMEN:

En Bolivia, la construcción de modelos matemáticos en el ámbito jurídico es casi inexistente, de la revisión documental de los últimos 20 años se encontró tan solo un artículo, titulado “Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal”. El desarrollo del modelo es de autoría de Rafael Torrez Valdivia y en ella se explicita un conjunto de variables y momentos flujo-temporales interconectados, orientados a medir el grado de efectividad de las políticas criminales.

Con el fin de divulgar el trabajo de Torrez, en el presente artículo desarrollamos una breve explicación del proceso de modelización; describimos y analizamos el modelo desarrollado por Torrez y proponemos discutir la importancia relativa de la modelación matemática de lo jurídico en el ámbito académico boliviano.

### PALABRAS CLAVE:

Modelización, nivel de confianza del sistema, nivel de potencia del sistema, eficiencia y falla general del sistema, efectividad de la política criminal.

### Abstract:

In Bolivia, the development of mathematical models in the juridical field is almost non-existent, of the search of documents in the last 20 years only one article was found, named General Theory of the Effectiveness of Criminal Policy. The authorship of the development of the model is by Rafael Torrez Valdivia, in it a set of variables is explicitated and interconnected flow-temporal moments, oriented to measure the degree of effectiveness of criminal policies.

In order to publicize Torrez’ work, in this article a brief explanation of the modeling process is presented; the model developed by Torrez is described and analyzed and it is proposed to discuss the relative importance of the mathematical modeling of the juridical in the Bolivian academic field.

### Key Word:

Modelling, system’s confidence level, system’s power level, system’s general efficiency and failure, effectiveness of criminal policy.

\* Economista, Docente Emérito de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, Miembro de la Escuela de Simulación y Modelaje Matemático Yatichawi. - caos\_ltda@hotmail.com

\*\* Abogada, Maestrante en Derecho Constitucional. -linds\_yde@hotmail.com

## Introducción

La modelización como proceso de formalización matemática de la realidad a partir de la construcción de modelos, permite mejorar la comprensión e interpretación de realidades tan diversas, que van desde la física subatómica (modelo estándar de partículas) hasta modelos inteligentes de vigilancia del comportamiento humano para modificarlo (modelo publicitario de Google). En el ámbito jurídico, en los Estados Unidos de Norte América ya existen Modelos de revisión automática de documentos legales (Winick, 2017), y en Europa se desarrolló un modelo informático que es capaz de juzgar casos reales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Otal, 2016).

En Bolivia, la formalización teórica de «*lo jurídico*» a partir de modelos matemáticos, no es un acontecimiento habitual. De la revisión y exploración de documentos<sup>1</sup> producidos por bolivianos, sobre la modelación matemática de lo jurídico, encontramos tan solo un artículo que aborda esta temática en los últimos veinte años. El artículo es de autoría de Rafael Torrez Valdivia y se publicó en la Revista Teórica de la Facultad de Derecho y Ciencias

políticas de la Universidad Mayor de San Andrés.

Por ello, la Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal desarrollada por Rafael Torrez Valdivia (Torrez, Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal, 2008) cobra singular interés, principalmente por el rigor conceptual y matemático que contiene su trabajo, además de proponer bases para la medición de la efectividad de las políticas criminales bolivianas. Sin embargo, el trabajo de Torrez no ha tenido ninguna repercusión en el ámbito académico y menos en las esferas gubernamentales relacionadas con las medidas de política criminal.

Con el objetivo de estimular el interés de los investigadores en este campo, desarrollamos una breve explicación del proceso de modelización con un carácter estrictamente divulgativo; luego describimos y analizamos el modelo desarrollado por Torrez sin utilizar para ello el lenguaje matemático (con el propósito de lograr que lector, no iniciado en el ámbito del modelado matemático, alcance una mejor comprensión); posteriormente proponemos discutir la importancia de la modelación matemática de lo jurídico en el ámbito académico boliviano; y finalmente llegamos a conclusiones que nos permiten plantear recomendaciones.

1 La búsqueda se realizó en publicaciones de organismos gubernamentales y universitarios de Bolivia en un periodo comprendido entre 1990 y 2017. 2017 año que comenzó y finalizó la búsqueda.

## Modelización

La modelización es un proceso intelectual, que consiste en seleccionar del conjunto de propiedades que contiene una realidad concreta, aquellas que se consideran relevantes dada la finalidad del proceso de investigación o diseño. Este proceso también es conocido, como proceso de abstracción, cuando se eliminan intelectivamente las propiedades sensibles de una determinada realidad, por considerarlas generadoras de perturbaciones. Los modelos obtenidos, a partir del proceso señalado, tienen la cualidad de representar la realidad de manera simplificada, posibilitando con ello reducir la complejidad a proporciones manejables.

En tal sentido, la vinculación realidad-modelo es inmanente a los procesos de generación de ciencia y tecnología. Las características de los modelos resultantes de la modelización, están supeditadas no solo a los objetivos de investigación, sino también a las características de la realidad en un espacio-temporal específico a ser consideradas como objeto de investigación o diseño, además de las alternativas que ofrece el stock de herramientas modeladoras.

Los objetivos nacen de una necesidad cognoscitiva y sean cuales fueren los orígenes de esa necesidad, dan el carácter a todo el proceso de modelización. Los objetivos,

por lo tanto, desencadenan la acción modeladora que integra (metafóricamente hablando) la realidad con el stock de herramientas modeladoras, dando como resultado un modelo específico.

En cuanto a la realidad, consideramos que es altamente compleja, de ahí que para conocerla fue imprescindible fragmentarla en muchas realidades, de esa fragmentación nacieron las disciplinas científico-tecnológicas y cuya clasificación esta inevitablemente sujeta al criterio previo del clasificador.

Michel Foucault, respecto a la clasificación manifiesta:

Cuando levantamos una clasificación reflexionada, (...) ¿cuál es la base a partir de la cual podemos establecerlo con certeza? (...) Porque no se trata de ligar las consecuencias, sino de relacionar y aislar, de analizar, de ajustar y de empalmar contenidos concretos; nada hay más vacilante, nada más empírico (cuando menos en apariencia) que la instauración de un orden de las cosas; (...). Y, sin embargo, una mirada que no estuviera armada podría muy bien acercar algunas figuras semejantes y distinguir otras por razón de tal o cual diferencia: de hecho, no existe, ni aun para la más ingenua de las experiencias, ninguna semejanza, ninguna distinción que no sea resultado de una operación precisa y de la aplicación de un criterio previo (Foucault, 1986, pág. 5).

Conscientes de la advertencia realizada por Foucault, en cuanto a la arbitrariedad del criterio taxonómico, podemos indicar que al clasificar y nombrar a las disciplinas indirectamente nombramos y clasificamos a las realidades fragmentadas, de la realidad como totalidad. Esto se debe al hecho que las disciplinas para adquirir el estatus de ciencia y/o tecnología, construyeron un objeto de estudio y/o aplicación, estableciendo los límites de la realidad que pretenden conocer o diseñar. Al presente, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ha procedido a clasificar las áreas de la ciencia y tecnología en 24 campos delimitados afinadamente, estos van desde el campo de la Lógica hasta el campo de la Filosofía, en ese trayecto incorporan a las Ciencias Jurídicas y Derecho como un campo específico del quehacer científico (UNESCO, 2017) (UNESCO, 2004).

Si bien es cierto que “... el derecho es una disciplina institucionalizada a partir del siglo XI y XII, a raíz de los estudios que se generaron en virtud del redescubrimiento por parte del jurista Irnerio en 1135 del Corpus Iuris Justiniano o Digesto” (Farfán, 2016); no es menos cierto que: “El conocimiento del derecho no fue ajeno ni lo es hoy al desarrollo de las ciencias físicas y naturales. A cada revolución científica de éstas últimas el conocimiento jurídico fue

adecuado a los cánones de la misma” (Huanca Ayaviri, 2014, pág. 49). En cuanto a la determinación del objeto de la ciencia jurídica, el proceso de adecuación encuentra en él “quizás la mayor dificultad, (...). Así se resalta que, en pocas disciplinas científicas como en el derecho, la polémica respecto de su objeto propio ha sido motivo de tanta opinión divergente” (Mabel, 2011).

A nuestro entender, la dificultad de establecer un objeto de estudio, está en el fragmento de la realidad que se pretende estudiar, comprender y explicar. Las Ciencias Jurídicas y el Derecho como disciplinas con pretensiones científicas, dependiendo de la corriente del pensamiento jurídico, a su turno toman para sí, una porción cerrada o abierta de la realidad como totalidad. Tal es el caso del positivismo jurídico, para el cual “la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden” (Kelsen, 2009, pág. 37). En contraposición a esta corriente, el pluralismo jurídico considera como objeto del derecho a cualquier orden social que cuente de retórica, violencia y burocracia (Santos, 1998).

Para nosotros, lo jurídico es el status de la realidad jurídica. Status que se traduce en toda acción humana individual o colectiva, que

existe independiente del sujeto cognoscente, que condiciona a partir de la norma jurídica las interrelaciones entre los individuos actuantes, además de las relaciones de la sociedad y las formas de poder instituidas a diferentes escalas en ámbitos georreferenciados. Lo jurídico, dada su plasticidad, dependiendo de los objetivos de la investigación puede ser fragmentada, y a su vez los fragmentos pueden ser reconstituidos en otro, con un nivel mayor de generalidad. De tal forma que existirán modelos jurídicos a distintas escalas. Lo que convierte al objeto del conocimiento Jurídico y el Derecho en un objeto de estudio plástico, en tanto pueda moldearse en función de los objetivos de un conocimiento con pretensiones científicas y/o de otra índole.

El stock de herramientas modeladoras las podemos clasificar en modelos conceptuales, físicos y simbólicos. Los modelos conceptuales se caracterizan por describir cualitativamente y de forma organizada las categorías semánticas que explican la realidad. Los modelos físicos corresponden a representaciones de la realidad a escalas manejables, lo que permite su examen en diferentes circunstancias y escenarios, este stock de herramientas está constituido por modelos icónicos, analógicos y digitales. Los modelos simbólicos son representaciones notablemente abstractas debido a

que el objeto real puede codificarse matemáticamente, las herramientas para la modelización matemática está compuesta por modelos: determinísticos, probabilísticos, caóticos, de optimización, de toma de decisiones, de incertidumbre, de control óptimo y de catástrofes.

Dado que en Bolivia, la construcción de modelos matemáticos en lo jurídico es casi inexistente. La explicación del stock de herramientas modeladoras tendrá un carácter estrictamente divulgativo, razón por la cual, el rigor matemático ha sido sacrificado con el fin de permitir una exposición más liviana y facilitar la comprensión del lector.

### *Modelo determinístico*

Un modelo determinístico permite describir fenómenos en los cuales es perfectamente posible distinguir las variables dependientes de las variables independientes, además estos fenómenos no son sensibles a pequeñas modificaciones en las condiciones iniciales, es decir, que una pequeña modificación en una variable independiente (entrada) no modificara significativamente el comportamiento de la variable dependiente (salida). Al considerarse la iteración del fenómeno, el modelo matemático reproducirá invariablemente las mismas entradas y salidas, lo que conduce a predecir perfectamente el comportamiento del fenómeno, no existe azar. El modelo se encuentra

basado en el determinismo newtoniano que relaciona funcionalmente la(s) causa(s) (variable(s) independiente(s)) con el (o los) efecto(s) (variable(s) dependiente(s)); además estableciendo, entre ellas las condiciones funcionales necesarias y suficientes. La condición necesaria establece que siempre que existe el efecto debe estar presente la causa. La condición necesaria indica que siempre que exista el efecto está presente el efecto. El modelo requiere de información completa y verdadera.

#### *Modelo probabilístico*

Los modelos probabilísticos describen matemáticamente los fenómenos aleatorios (resultados azarosos, se asocia con todo fenómeno cuyo resultado no es previsible) y por tanto son apropiados para situaciones reales en condiciones específicas, pues, nos ayudan a predecir conductas futuras. El modelo se compone de dos elementos fundamentales el espacio muestral y la ley de probabilidades. El espacio muestral está dado por el conjunto de elementos que representan todos los resultados posibles. La ley de probabilidades implica que a cada evento se le asigna una probabilidad de ocurrencia, en base a las reglas de no negatividad, aditividad y normalización. Los modelos pueden ser discretos o continuos, en los modelos discretos la variable

aleatoria solo puede tomar una cantidad numerable de valores, mientras en los modelos continuos la variable aleatoria puede tomar infinitos valores dentro de un intervalo (Torrez, 2012).

#### *Modelo Caótico*

Los modelos caóticos se circunscriben a fenómenos no lineales aparentemente impredecibles y de alta sensibilidad a nimias variaciones de las condiciones iniciales. La base de estos modelos es la teoría del caos, la cual centra su estudio en segmentos de la realidad aparentemente impredecibles y desordenados dada la noción de orden del enfoque determinista clásico (visión newtoniana). Los modelos caóticos permiten encontrar otras formas de orden, pues, el caos es determinable y no es aleatorio porque los fenómenos poseen un orden subyacente. Un proceso caótico puede parecer desordenado, pero una observación más profunda conduce a la elucidación de algunos episodios ordenados entremezclados con otros aleatorios de los que se desconocen en ese instante las reglas que establecen su causalidad (Gleik, 1987).

Las características esenciales del modelo son la sensibilidad a las condiciones iniciales, su comportamiento es determinístico y en apariencia son desordenados; a estas características se pueden

agregar la auto organización y la intermitencia. La sensibilidad a las condiciones iniciales implica un cambio muy pequeño en los datos de entrada que producen resultados totalmente diferentes a los resultados de salida. Son deterministas porque es perfectamente posible encontrar ecuaciones matemáticas que determinan su comportamiento. Parecen desordenados, pero no lo son, porque existe un orden distinto al determinismo clásico presente en el enfoque newtoniano. La auto organización es el proceso por el cual la organización de los sistemas complejos se crea, reproduce o mejora. La intermitencia es la interrupción y continuación sucesivas a intervalos regulares de los fenómenos. En resumen, el caos de un segmento de la realidad no es un desorden abigarrado, es simplemente un orden diferente que debe verse desde distintos horizontes de visibilidad, además debe entenderse que las interacciones presentes en ese segmento generan a menudo un nuevo orden (Aldana, Gutiérrez, & Contreras, 2011).

### *Modelo de Optimización*

Según Arsham un modelo de optimización matemática consiste en:

“Una función objetivo y un conjunto de restricciones en la forma de un sistema de ecuaciones o inecuaciones. Los modelos

de optimización son usados en casi todas las áreas de toma de decisiones. (...) La optimización, (...) sirve para encontrar la respuesta que proporciona el mejor resultado. (...) Con frecuencia, estos problemas implican utilizar de la manera más eficiente los recursos, [de la índole que fueran]. Los problemas de optimización generalmente se clasifican en lineales y no lineales. (...) La Optimización Matemática, en general, aborda el problema de determinar asignaciones óptimas de recursos limitados para cumplir un objetivo dado. El objetivo debe representar la meta del decisor. (...) Entre todas las asignaciones de recursos admisibles, queremos encontrar la/s que maximiza/n o minimiza/n alguna cantidad numérica (...) El objetivo de la optimización global es encontrar la mejor solución de modelos de decisiones difíciles, frente a las múltiples soluciones locales. (...) [En resumen, el] modelo de optimización matemática consta de cuatro partes: un conjunto de variables de decisión, los parámetros, la función objetivo y un conjunto de restricciones” (Arsham, 2017).

### *Modelo de toma de decisiones*

Al momento de tomar una decisión la dificultad está en el hecho que las consecuencias de las decisiones no pueden ser controladas, pues, el proceso puede estar gobernado por el azar o simplemente porque la información es incompleta en el

instante que se toma la decisión. En ese sentido, los modelos basados en la teoría de la decisión analizan cómo una persona elige aquella acción entre las numerosas acciones posibles, que dadas sus predilecciones le conduce al mejor resultado. “Desde la perspectiva formal (...) lo único que importa es que dichas preferencias, sean las que fueren, satisfagan ciertos criterios básicos de consistencia lógica, entre los que cabe destacar ... los siguientes: Transitividad (...) Asimetría (...) Simetría de la indiferencia” (Aguilar, 2004, pág. 140). Además de estos criterios lógicos básicos se tiene que incluir “los elementos que intervienen en un proceso de decisión [que] son: [el] conjunto de estados de la naturaleza o posibles escenarios (...) [el] conjunto de posibles alternativas o decisiones (...) [la] consecuencia de tomar la decisión (...) En ocasiones también intervienen las probabilidades a la hora de tomar una decisión” (Begoña, 2007, pág. 7)

### *Modelo de Incertidumbre*

Un modelo de incertidumbre es útil cuando el decisor no puede predecir las condiciones futuras y tampoco puede efectuar suposiciones acerca de dichas condiciones como en los modelos probabilísticos. Por lo tanto, no es posible asignar probabilidades razonables a los acontecimientos futuros en relación a las decisiones tomadas en el presente. Para reducir la incertidumbre el modelo

considera los criterios de Laplace, Hurwicz, Wald, Optimista y Savage. El criterio de Laplace se basa en el principio de razón insuficiente, pues, el decisor no puede suponer diferentes probabilidades a los sucesos individuales futuros y supone que los sucesos son equiprobables. El criterio de Hurwicz indica que el decisor construye un conjunto de actitudes que van desde el más pesimista al más optimista y a partir de ellos define su coeficiente de optimismo. El criterio de Wald sugiere que el decisor razona de manera pesimista al suponer que el suceso futuro se encontrara en la peor situación. El criterio optimista identifica cada alternativa a elegir con el mejor resultado posible a ser alcanzado en el futuro. Finalmente el criterio de Savage transforma el conjunto de resultados en una matriz de errores, lo que le permite al decisor evaluar el costo de oportunidad al momento de tomar una decisión equivocada, y determinar para cada situación futura el mejor resultado (Chumacero, 2014).

### *Modelo de Control Óptimo*

La teoría del control óptimo para Bardey y Bonnet es:

“Una herramienta complementaria para resolver los problemas de optimización dinámica, integrando la teoría de cálculo de variación y el principio de optimalidad, (...) permite [además] resolver

problemas dinámicos de naturaleza muy variada, donde la evolución de un sistema que depende del tiempo puede ser controlada en parte por las decisiones de un agente. (...) Una de las ventajas de la teoría de control óptimo es su gran flexibilidad respecto a los espacios de definición de las variables de control y de los vectores de estado. La teoría de control óptimo requiere únicamente que tanto las variables de control, como los multiplicadores asociados a las variables de estado, sean definidas aparte. Si las variables de control presentan discontinuidades, la trayectoria seguida por las variables de estado se determina por pasos. (...) En un principio, el planificador puede estar sujeto a restricciones de igualdad o de desigualdad sobre las variables de control y las variables de estado. Así mismo puede estar enfrentado a un gran número de restricciones de transversalidad diferentes. Los problemas de control óptimo pueden también tener discontinuidades a nivel de las variables de estado y de los multiplicadores que le son asociados”<sup>2</sup> (Bardey & Bonnet, 2006, págs. 1-10).

### *Modelo de catástrofes*

El modelo de la catástrofe puede

2 Las variables de estado o vectores de estado en lo jurídico corresponden a lo que en la política criminal se llaman variables objetivo, y las variables de control o vector control corresponden a las variables instrumento.

representar fenómenos que por sus características no pueden ser descritos satisfactoriamente con el uso de ecuaciones diferenciales. Este modelo se basa en la Teoría de Catástrofes desarrollada por René Thom y Christopher Zeeman que expresa que cualquier forma es el resultado de un conflicto de atractores, da a los fenómenos no una explicación sino un entendimiento, es decir, permite representar los fenómenos, pero no actuar sobre ellos. Los modelos estudian la reacción de un sistema a la acción de varios estímulos. El estado interno del sistema está descrito por variables internas que están ocultas, ya sea por su número demasiado grande o porque son inaccesibles. Los sistemas están en equilibrio mientras la dinámica externa es lenta y la dinámica interna es rápida, pero este equilibrio se mantiene en un equilibrio estable hasta el último momento cuando desaparece. En ese sentido los sistemas estructuralmente estables tienden a manifestar cambios repentinos de comportamiento (discontinuidades), estas discontinuidades se presentan debido: a pequeñas divergencias que generan grandes divergencias (divergencia), y a la historia previa que determina su estado, pero cuando los comportamientos se invierten, estos conducen a que el estado no retorne a la condición inicial (histéresis) (Ekeland, 1977).

En resumen, la modelización es la acción de un investigador que en función de los objetivos propuestos, elige entre las herramientas modeladoras posibles, aquella que mejor se ajusta al objeto de estudio que intenta explicar, para con ella diseñar y construir «el modelo» requerido por los objetivos.

A continuación, presentamos el modelo desarrollado por Rafael Torrez con el nombre de “Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal”.

### **Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal**

Torrez, aborda la «*Política Criminal*» como la doctrina, los planes, las funciones y la acciones que tiene el Estado para reprimir el crimen. Considera que el Estado, en su acción represora, debe generar la «*confianza*<sup>3</sup>» y «*potencia*<sup>4</sup>» en el Sistema de Administración de Justicia Penal. En cuanto, a la construcción del modelo matemático, explicita un conjunto de variables, y momentos flujo-temporales interconectados, orientados a medir el grado

de efectividad de las políticas criminales.

Torrez, distingue cinco momentos importantes en el flujo originador y represor del delito, a saber: el momento en el cual se produce un hecho susceptible de ser calificado como delito; el tiempo en el cual el Estado es informado de su producción; el instante en el cual el Estado determina una sanción definitiva o la exclusión de responsabilidad penal; el momento en el cual empieza el cumplimiento de la sanción; y el instante en el cual finaliza la imposición de la pena.

También establece la secuencia temporal de estados jurídicos de un acto criminal<sup>5</sup>, en relación al proceso que determina la imposición de una pena. Esta secuencia como flujo, se presenta categorialmente como Ordenes Criminales, que van desde el instante en el que empieza la comisión del delito hasta el instante de reconversión del estado jurídico del delincuente. El primer orden criminal identificado como crímenes de orden primario, hace referencia a los hechos criminales realmente ocurridos y calificados socialmente como delitos que merecen sanción. El segundo orden criminal o crímenes de orden secundario asume los actos criminales calificados administrativamente. El tercer orden criminal o crímenes de

3 Capacidad del Estado para no acusar y menos condenar a los inocentes (Torrez, Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal, 2008, pág. 56).

4 Capacidad del Estado para condenar los crímenes efectivamente acaecidos, determinando una sanción y otorgando a sus agentes activos, la condición de delinquentes (Torrez, 2008, pág. 57).

5 Ver y analizar (Torrez, 2008), páginas 49 a 50

orden terciario incorpora los actos criminales calificados judicialmente. Y finalmente el cuarto orden criminal está determinado por el acto en decurso de cumplimiento de la sanción impuesta al delincuente.

Advierte que en la evolución del procedimiento de sanción se presentan accidentes que pueden interrumpir el procedimiento durante tres segmentos temporales: antes que la autoridad tome conocimiento del hecho criminal, después que la autoridad toma conocimiento del hecho criminal, y posteriormente al establecimiento de la condena. Torrez, en su construcción teórica<sup>6</sup>, enumera las causas que potencialmente generan la posibilidad y/o concreción de la interrupción del procedimiento de sanción; luego, evalúa los accidentes y los relaciona con lo que denomina la «*eficiencia y falla general del sistema de penalización de los crímenes*».

Torrez, para la medición del desempeño del sistema de penalización de crímenes<sup>7</sup>, explicita las variables: Crímenes de Orden Primario, Crímenes de Orden Secundario, Crimen de Orden Terciario, Crímenes Realmente Ocurredos y no Conocidos por

Autoridad, Crímenes Realmente Ocurredos Conocidos por Autoridad y que han Adquirido Condena, Denuncias Falsas, Denuncias Falsas que han Adquirido Condena, Denuncias Falsas Rechazadas por el Fiscal o el Juez, Denuncias de Crímenes Realmente Ocurredos no Condenados, y Crímenes que han Recibido Sanción Completa. A partir de las variables explicitadas desarrolla los indicadores siguientes: Coeficiente de Efectividad Principal del Sistema, Coeficiente de Falla Principal del Sistema, Coeficiente de Eficiencia de la Administración de Justicia, Coeficiente de Falla del Conjunto de los Órganos Judiciales y no Judiciales que conocen crímenes, el Nivel de Confianza y Error de Condena en la Actuación del Sistema, el Nivel de Potencia y Error de Absolución de Administración del Sistema.

A partir de la medición del desempeño del sistema de penalización de crímenes, Torrez, sostiene que las características deseables de todo Sistema de Represión del Crimen son: a) el «*Nivel de Confianza del Sistema*» (intervalo entre los extremos, “todos los denunciados inocentes serán condenados” y, “ningún denunciado inocente será condenado”); y b) el «*Nivel de Potencia del Sistema*» (intervalo entre los extremos, “no se efectivizara sanción para quien cometa un crimen” y, “todos los criminales serán sancionados”)

Con los niveles obtenidos

6 Ver y analizar (Torrez, Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal, 2008), páginas 51 a 54

7 Ver y analizar (Torrez, Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal, 2008), páginas 51 a 58

de Confianza y Potencia del Sistema, sujetos a una restricción presupuestaria (relaciona los costos incurridos con los recursos disponibles o asignados por el Estado en un periodo de tiempo), Torrez, procede al cálculo de la eficiencia del Sistema. Para ello, respetando las condiciones de optimización del enfoque de los multiplicadores de Lagrange<sup>8</sup>; propias de los modelos de optimización, maximiza la Eficacia de la Política Criminal dada una Restricción Presupuestaria (Presupuesto General Aprobado por la Ley Financiera<sup>9</sup> para un periodo de tiempo). El resultado de la maximización establece el Punto Crítico de Optimización en el cual, se obtiene los mejores niveles de Potencia y Confianza del Sistema dada una restricción presupuestaria.

Del análisis marginal del Punto Crítico de Optimización<sup>10</sup>, Torrez, concluye que desafortunadamente la Confianza del Sistema y la Potencia del Sistema se relacionan

de forma competitiva, es decir, que en un instante de tiempo ambas compiten por el uso de los recursos asignados al sistema de penalización. Este conflicto origina a la Política Criminal del Estado un problema bidimensional: a) de elección entre los niveles de confianza y potencia del Sistema, y b) la optimización de los niveles predeterminados de confianza y potencia con los limitados recursos disponibles. Por tanto, el problema en lo jurídico, plantea un conflicto entre los derechos del «imputado eventual» y el de la «víctima eventual» que tiene que ser valorado y optimizado por el Estado a partir de la efectividad de la «Política Criminal».

La Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal desarrollada por R. Torrez que acabamos de describir, esta formalizada matemáticamente. Esa modelización, fue quizá, la causa para que su trabajo no tuviese repercusión en el ámbito académico del Derecho y los organismos de administración del Sistema Jurídico. Como se dijo en un principio, no es habitual en Bolivia construir modelos matemáticos de lo jurídico, las razones principales tienen que ver con la no existencia de una tradición interdisciplinaria orientada a la investigación académica institucionalizada de los fenómenos socio-jurídicos matematizados, lo que existe son esfuerzos individuales de investigadores que no logran articularse de forma permanente

8 Los multiplicadores de Lagrange son un método que permite encontrar los máximos y mínimos de funciones de varias variables sujetas a restricciones. Ver (Trench, 2013).

9 La ley financiera: “Es una ley orgánica de carácter formal que aprueba el Presupuesto General del Estado Plurinacional de Bolivia, esta ley tiene dos características importantes: en primer lugar la temporalidad y en segundo lugar la especificidad” (Villanueva, 2017).

10 Ver y analizar (Torrez, Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal, 2008), páginas 59 a 66.

y duradera como comunidad científica.

Sin embargo, y pese a estas condiciones desfavorables, existe un trabajo con muy buen nivel académico. Esto nos permiten aseverar que es «posible desarrollar» teorías generales y locales con la probabilidad incluso de modelizarlas matemáticamente de manera exitosa. El trabajo de Torrez es una observación empírica que valida desde el punto de vista epistemológico nuestra aseveración.

### **Importancia de la modelización de lo Jurídico en Bolivia (Discusión)**

Los espacios académicos en cuanto pretensión científica, tienen la misión social de generar teorías que expliquen la realidad pertinente en sus campos específicos de intervención, de ahí que la modelización de lo jurídico, es potencialmente un instrumento que en el largo plazo, puede coadyuvar con la atenuación de los procesos teóricos que intentan explicar el comportamiento de lo jurídico, presente en espacios restringidos de ubicuidad.

Dado el actual estado de desarrollo de los modelos matemáticos, cabría preguntarse ¿si dicho desarrollo es suficiente para abordar la problemática de lo jurídico?, y si los modelos existentes posibilitan o no la organización de los procesos de

investigación que tiendan a disminuir los grados de subjetividad de los modelos no matemáticos. En ese sentido la academia boliviana, en el ámbito de lo jurídico, debe abordar esta problemática considerando, si es pertinente o no el criterio que indica:

La modelación matemática de lo jurídico en Bolivia ofrece al investigador, una herramienta útil para describir y explicar el comportamiento de un segmento específico de la realidad jurídica, y si a partir de ello es posible definir las condiciones e instrumentos que conduzcan a la solución de los problemas detectados en ese segmento de la realidad jurídica.

### **Conclusiones**

En Bolivia, en los últimos 20 años no se encuentran documentos que contengan trabajos sobre el desarrollo de modelos matemáticos en el ámbito de lo jurídico a excepción del trabajo de Rafael Torrez Valdivia. Lo que indica que la modelación matemática utilizada en otros campos del saber humano, no se incorporó en la agenda académica jurídica de los bolivianos.

El trabajo de Torrez cobra singular interés, no solo por ser el único trabajo en modelado matemático, sino principalmente por el rigor conceptual y matemático que contiene, además de proponer indicadores para la medición de la

efectividad de las políticas criminales bolivianas.

La no construcción de modelos matemáticos de lo jurídico, en Bolivia, se debe principalmente a la no existencia de una tradición interdisciplinaria orientada a la investigación académica institucionalizada de los fenómenos socio-jurídicos matematizados. Razón por la cual, el trabajo de Torrez no ha tenido ninguna repercusión en el ámbito académico y menos en las esferas gubernamentales relacionadas con las medidas de política criminal. Por lo que podemos reafirmar que en Bolivia se adolece del cuerpo teórico para abordar la construcción y crítica de modelos matemáticos jurídicos.

## Recomendaciones

Las universidades bolivianas en sus espacios de discusión académica deberían incorporar temáticas relacionadas con la modelización matemática de lo jurídico en segmentos de la realidad jurídica muy bien definidos.

Para la comprensión efectiva de los modelos matemáticos es recomendable la realización de talleres que en principio familiaricen a los abogados y estudiantes en abogacía con dichos modelos, para luego con los interesados realizar actividades académicas con un mayor grado de profundidad y alcance.

## Referencias

Aguilar, F. (2004). Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos. *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*(8), 139-160.

Aldana, R., Gutiérrez, A., & Contreras, C. (Abril-Junio de 2011). ¿Es tan caótico el caos? *Ciencia*, 68-75. Obtenido de [https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/62\\_2/PDF/12\\_Caos.pdf](https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/62_2/PDF/12_Caos.pdf)

Arsham, H. (18 de Agosto de 2017). *Modelos Deterministas: Optimización Lineal*. Recuperado el 2017, de <http://home.ubalt.edu/ntsbarsh/Business-stat/opre/SpanishD.htm>

Bardey, D., & Bonnet, H. (Enero de 2006). Teoría del Control Optimo: Una guía para principiantes. *Borradores de Investigación*(87). Obtenido de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10916/4356.pdf>

Begoña, V. (2007). *La teoría de la decisión: Decisión con Incertidumbre, Decisión Multi-criterio y Teoría de Juegos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Obtenido de [http://www.mat.ucm.es/~bvitoria/Archivos/a\\_dt\\_UCM.pdf](http://www.mat.ucm.es/~bvitoria/Archivos/a_dt_UCM.pdf)

Chumacero, A. (2014). *Teoría de probabilidades e incertidumbre*. Cochabamba: Kipus.

Ekeland, I. (Septiembre de 1977). Teoría del Desastre. (R. R. S.A., Ed.) *La Recherche*, 8(81), 745-754.

Farfán, M. (Enero-Junio de 2016). Crisis de Justicia y la formación del abogado (a) y/o jurista. *Revista Jurídica Derecho*, 3(4), 111-122.

Foucault, M. (1986). *Las Palabras y las cosas*. Mexico DF: Siglo XXI.

Gleik, J. (1987). *Caos (La creación de una ciencia)*. Editor digital Koothrapali 05.09.13. Recuperado el 10 de Septiembre de 2018, de Juan Antonio Gutiérrez Larraya

Huanca Ayaviri, F. (2014). Análisis Sociológico del Derecho. La Paz: El Original - San José.

Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Mabel, S. (Junio de 2011). El Derecho como ciencia. *Invenio*, 14(26), 13-38. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/877/87717621002.pdf>

Otal, A. (25 de Octubre de 2016). *Play Ground*. Obtenido de [https://www.playgroundmag.net/future/algirtmo-puede\\_22648872.html](https://www.playgroundmag.net/future/algirtmo-puede_22648872.html)

Santos, B. (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA.

Torrez, R. (2008). Teoría General de la Efectividad de la Política Criminal. *Revista Teórica de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la UMSA*(61), 47 - 66.

Torrez, R. (2012). *Estadística Descriptiva e Inferencia Estadística aplicada a la Ciencia Política*. La Paz: Quatro Hnos.

Trench, W. (2013). *The Method of Lagrange Multipliers*. (S. Traductor, Trad.) Obtenido de [http://ramanujan.math.trinity.edu/wtrench/texts/TRENCH\\_LAGRANGE\\_METHOD.PDF](http://ramanujan.math.trinity.edu/wtrench/texts/TRENCH_LAGRANGE_METHOD.PDF)

UNESCO. (2004). *Clasificación UNESCO de las áreas de ciencia y tecnología*. Obtenido de <https://web.ua.es/es/vr-investi/documentos/documentacion/clasificacion-unesco-de-las-areas.pdf>

UNESCO. (2017). *Nomenclatura internacional de UNESCO para los campos de ciencia y tecnología*. Obtenido de [http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2017/03/codigos\\_unesco.pdf](http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2017/03/codigos_unesco.pdf)

Villanueva, L. (2017). *La Ley Financial*. 14. Obtenido de <https://www.slideshare.net/Lindsay-V/la-ley-financial>

Winick, E. (22 de Diciembre de 2017). *MIT Technology Review*. Obtenido de <https://www.technologyreview.es/s/9855/los-abogados-roboticos-empiezan-sacudir-el-empleo-del-sector-legal>

# GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN BOLIVIA

MANAGEMENT OF STRATEGIC JOINT INVESTMENT ALLIANCES  
AS A PLATFORM TO INITIATE THE DISCUSSION REGARDING THE  
APPLICABILITY OF PUBLIC PRIVATE ASSOCIATIONS IN BOLIVIA

*Lenny Roxana Cáceres Frías\**

Presentado: 04 de septiembre de 2018. Aceptado: 31 de octubre de 2018

## RESUMEN

El presente artículo se encuentra orientado a realizar un análisis del marco constitucional y legal actual en Bolivia, en lo referido a las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta y sus características principales, con el propósito de iniciar la discusión respecto a la aplicación de las asociaciones público privadas, categoría emergente en el derecho administrativo para el financiamiento y ejecución de proyectos de interés público. De igual manera, se establecen las características principales de las asociaciones público privadas y se la diferencia de otros conceptos similares, con el propósito de identificar la viabilidad de su aplicación en Bolivia.

## PALABRAS CLAVES:

Alianzas Estratégicas Inversión Público-Privada, Contratos Administrativos

## Keywords:

strategic alliances investment public-private administrative contracts

## Abstract

This article is oriented to an analysis of the current constitutional and legal framework in Bolivia, with regard to the so-called strategic alliances of joint investment and their main characteristics, with the purpose of initiating the discussion regarding the application of public-private partnerships, an emerging category in administrative law for the financing and execution of projects of public interest. Similarly, the main characteristics of public-private partnerships are established and differentiated from other similar concepts in order to identify the feasibility of their application in Bolivia.

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica de Oruro, Licenciada en Teología Sistemática de la Universidad California Christian, especialista en administración y control gubernamental. - lennyroxana@hotmail.com

## Introducción

De manera general, la Administración Pública actúa unilateralmente, a través de los actos administrativos, entendidos como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria (Betancor, 2012), también actúa unilateralmente a través de la emisión de normas administrativas, blindadas de características específicas y un ámbito de aplicación determinado. Por otra parte, la Administración Pública, también actúa bilateralmente, buscando la colaboración del sector privado, a través de contratos. Estos contratos en la mayoría de los casos son el resultado de un proceso de contratación, donde los contratistas son seleccionados por la propia Administración Pública para establecer una relación contractual con la entidad para la provisión de bienes y servicios o la ejecución de obras o suministros de interés público.

Todo esto implica que la administración pública por sí sola no podría cumplir con todas las expectativas de la población, sino que requiere, necesariamente la participación de la sociedad, a través de las empresas y el sector privado, en función a los resultados que se busca alcanzar.

Por otra parte, es importante enfatizar la atención en el concepto de la denominada gestión pública entendida por Montoya (2017) como “una actividad especializada de la Administración Pública que desarrolla las funciones directivas en entidades del sector público, destinada a la correcta y eficiente administración de los recursos del Estado, con el propósito de satisfacer las necesidades de la ciudadanía e impulsar el desarrollo del país”.

En ese sentido, la gestión pública es responsable por la instrumentación de las políticas pública, la forma en la que esta funciona determina la eficiencia, eficacia y calidad de los resultados obtenidos con las intervenciones gubernamentales, por lo que, la gestión pública está comprendida por el conjunto de actividades que lleva adelante la administración para alcanzar el bienestar de la población.

Bajo ese contexto, es que se pone en relieve la importancia de llevar adelante un análisis profundo respecto a la diversas formas contractuales que van surgiendo en el marco de la gestión pública, de manera específica, para el caso de la ejecución de los grandes proyectos y obras públicas de interés de la población y la pertinencia constitucional y legal respecto a las denominadas asociaciones público privadas, cuyo alcance y enfoque es bastante diverso, y que

necesariamente requieren para su aplicación un marco legal, económico y técnico bastante sólido, coherente y funcional.

Sobre el tema es importante considerar que en Bolivia, desde la promulgación de la Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, ya se visibilizó la autorización para la suscripción de contratos para establecer las denominadas Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta, este aspecto ha sido ratificado en la Ley No. 516, de 4 de abril de 2014, de Promoción de Inversiones y reglamentado por el Decreto Supremo No. 3469 de 24 de enero de 2018.

Entonces si bien, el ámbito de aplicación de las normas jurídicas citadas precedentemente se encuentra situado en el campo empresarial público, donde de acuerdo a las tipologías empresariales vigentes en el país, se permiten las empresas estatales mixtas y empresas mixtas como formas para llevar adelante la inversión en el país, existe la necesidad de iniciar la reflexión respecto a la posibilidad que implican estas modalidades de inversión de un escenario para la aplicación de las denominadas asociaciones público privadas para llevar adelante proyectos complejos en Bolivia.

Este análisis pasa por la reflexión inicial respecto a la viabilidad constitucional, legal e institucional de la aplicabilidad de las asociaciones

público privadas en Bolivia, así como la reflexión respecto a los lineamientos jurídicos, que en el marco del derecho administrativo el Estado debería asumir para el desarrollo de proyectos complejos en el país.

El presente artículo también contiene un análisis del marco legal vigente en el país, respecto a la aplicación de las alianzas estratégicas de inversión conjunta, para contrastarlo con los lineamientos constitucionales de la empresa pública. Posteriormente, se realiza una revisión de los fundamentos teóricos doctrinales relativos a las asociaciones público privadas y la reflexión respecto a la viabilidad constitucional, legal e institucional de la aplicación de esta modalidad en las contrataciones estatales en Bolivia.

## **1. Análisis del marco jurídico de las Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta en Bolivia**

Es importante iniciar este análisis haciendo referencia a que conforme a lo previsto en la Constitución Política del Estado (Art. 308) se reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país. Por otra parte, también se considera pertinente hacer referencia a que el Texto Constitucional prevé que en el Estado se aplicará una economía plural que articula diferentes formas

de organización económica (Art. 306).

Asimismo, a partir de la promulgación de la Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, de la Empresa pública, se estableció la posibilidad de que las empresas públicas puedan suscribir contratos para establecer alianzas estratégicas de inversión conjunta con empresas públicas o privadas constituidas en el país y/o con empresas públicas o privadas extranjeras, siempre que estas cumplan con los requisitos para el ejercicio habitual de actos de comercio en el país.

Se prevé que las alianzas estratégicas que involucren inversiones para el desarrollo de sectores estratégicos deberán garantizar que el control y dirección de la actividad sea asumida por la empresa pública boliviana, siempre y cuando esta tenga participación mayoritaria en el contrato. (Art. 8, Ley No. 466).

Por otra parte, el referido marco legal también prevé como una modalidad de alianza estratégica la asociación accidental, ésta tiene carácter transitorio y es utilizada para el desarrollo o ejecución de una o más operaciones específicas a cumplirse mediante inversiones conjuntas. Es importante puntualizar que de acuerdo a lo previsto en el Código de Comercio Boliviano, el contrato de asociación accidental, también denominado de cuentas en participación, se cumple mediante

aportaciones conjuntas y no tiene personalidad jurídica propia. (Art. 365, Código de Comercio).

Asimismo, es importante considerar que como resultado de la promulgación de la Ley No. 466, se encuentra vigente la siguiente tipología empresarial:

Empresas estatales - EE, cuyo patrimonio pertenece en un 100% al nivel central del Estado.

Empresas estatales mixtas - EEM, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado mayores al 70% y menores al 100%, y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras; en este tipo de empresas podrán participar como otro socio las Entidades Territoriales Autónomas.

Empresas mixtas – EM, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% y hasta el 70%, y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras; en este tipo de empresas podrán participar como otro socio las Entidades Territoriales Autónomas.

Empresas estatales intergubernamentales – EEI, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% y menores al 100% y aportes de las Entidades Territoriales Autónomas.

Es importante hacer referencia a que de acuerdo a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley No. 1103 de 25 de septiembre de 2018, se ha previsto que en tanto las Empresas Públicas del nivel central del Estado migren al nuevo régimen de la Ley No. 466 de la Empresa Pública, podrán suscribir contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta, en el marco del artículo 8 de la mencionada norma, previa autorización del Consejo Superior Estratégico de la Empresa Pública – COSEEP.

Respecto a la citada disposición transitoria es importante mencionar que actualmente pese a encontrarse en plena vigencia la Ley No. 466, de la Empresa Pública, muchas de las empresas públicas, no han migrado a las tipologías descritas anteriormente. Es decir, la referida disposición transitoria adquiere importancia en sentido de permitir la suscripción de los contratos de alianzas estratégicas de inversión conjunta a las empresas cuya migración se encuentra pendiente, en función a una autorización especial del COSEEP.

Por otra parte, también se reconocen a las empresas denominadas gran nacionales conformadas por aportes de empresas públicas de países miembros de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América

- Tratado de Comercio de los Pueblos

ALBA-TCP1.

Asimismo, se establece la Corporación, como forma de organización empresarial, entendida como la integración de varias empresas públicas de diferente tipología, que se orienta al logro de un objetivo común, bajo el liderazgo de una empresa matriz que ejerce la dirección y control de sus empresas filiales y subsidiarias.

Asimismo, de acuerdo a lo previsto en la referida Ley No 466, la Empresa Corporativa es la empresa matriz de una corporación que tendrá la tipología de empresa estatal; podrá tener la tipología de empresa estatal mixta, siempre y cuando el nivel central del Estado posea una participación accionaria igual o superior al 97% (noventa y siete por ciento) y menor al 100%. La denominación de la empresa matriz de una corporación debe identificar el objeto principal de su giro comercial e incluir el término distintivo “Empresa Corporativa”. La Empresa Corporativa para el cumplimiento de los objetivos de la corporación podrá establecer empresas filiales en territorio extranjero, debiendo dar cumplimiento a las normas vigentes del país donde se establezcan.

1 ALBA- TCP organización internacional de ámbito regional, fundada en 2004, conformada por países de América Latina y el Caribe que pone énfasis en la lucha contra la pobreza y la exclusión social con base en doctrinas de izquierda <http://www.portalalba.org/index.php>

En ese sentido, queda claramente establecido que el marco jurídico nacional reconoce la posibilidad de las alianzas estratégicas de inversión conjunta, a través de la suscripción de contratos con empresas públicas o privadas, constituidas en el país o empresas públicas o privadas extranjeras, respetando la previsión constitucional de que las alianzas estratégicas que involucren inversiones para el desarrollo de sectores estratégicos garanticen el control y dirección de la actividad sea asumida por la empresa pública boliviana, siempre y cuando ésta tenga participación mayoritaria en el contrato.

Es así que el marco legal para las alianzas estratégicas de inversión, fue reforzado con la promulgación de la Ley No. 516, de 4 de abril de 2014, de Promoción de Inversiones, norma jurídica que prevé de forma expresa que la colocación de aportes de inversión se realiza a través de: a) Sociedades comerciales; b) Empresas públicas; c) Empresas de capital mixto donde el Estado tenga participación accionaria mayoritaria y d) Contratos u otros instrumentos de inversión conjunta. Asimismo, la referida Ley dispone que todos los mecanismos de inversión deben observar los preceptos constitucionales y sujetarse a las normas aplicables vigentes en el país (Art. 9).

De acuerdo al referido marco legal, se entiende por inversión toda

colocación de aportes de inversión en los diferentes mecanismos de inversión, destinados al desarrollo permanente de actividades económicas y a la generación de rentas que contribuyan al crecimiento y desarrollo económico y social del país. (Art. 4).

Asimismo, la referida Ley prevé la exclusividad del Estado, en sentido de que este controla y regula los sectores estratégicos de la economía del país establecidos en la Constitución Política del Estado, a través de las entidades públicas y del ejercicio de sus competencias y atribuciones. Sobre el particular, es importante precisar que se entiende por sectores estratégicos del país a los hidrocarburos, minería, electricidad y recursos ambientales. En ese sentido, el Estado se reserva el derecho de desarrollar los sectores estratégicos para el crecimiento económico y social del país con equidad, y ejercita su derecho participando como inversionista, a través de la inversión estatal productiva, en el marco de lo establecido en la presente Ley.

Es importante hacer referencia a la prohibición expresa de que los activos y las inversiones recuperadas a consecuencia de los procesos de nacionalización realizados por el Estado para la recuperación de los recursos naturales y de los sectores estratégicos, sean privatizados bajo ninguna modalidad. (Art.19).

En ese sentido, bajo dicho marco legal, el Órgano Ejecutivo, emitió el Decreto Supremo No. 3469 de 24 de enero de 2018, que tiene por objeto establecer los preceptos y el contenido mínimo de los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta. Dicho Decreto Supremo ha sido emitido en el marco de la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo y determina como preceptos orientadores los siguientes: i) El nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas, mantendrán la propiedad de sus bienes durante toda la ejecución del Contrato de Alianza Estratégica de Inversión Conjunta; ii) Los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta deberán observar la normativa sectorial que corresponda; iii) Los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta deberán promover la inversión y complementariedad de la economía plural. (Art. 2 Decreto Supremo No. 3469).

En virtud a ello, se identifica que si bien se cuenta con la autorización legal para la suscripción de contratos de alianzas estratégicas de inversión conjunta, el marco normativo se encuentra aún en desarrollo, considerando que pese a que la Ley de la Empresa Pública se encuentra vigente desde el año 2013, hasta la fecha muchas empresas públicas aún se encuentra en etapa de migración a fin de adecuarse a lo establecido

en el régimen legal de la empresa pública actual.

Asimismo, se importante señalar que para la aplicación de las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, se requiere de un marco jurídico más amplio, donde se establezcan los lineamientos a seguir en cuanto a esta modalidad de inversión, los aspectos relativos a las obligaciones, responsabilidad, características y particularidades de los proyectos que serán objeto de las mismas y solución de controversias.

Por otra parte, también es posible visualizar que en el marco de la economía plural, entendida como la articulación de las formas de organización económica estatal, privada, social, cooperativa y comunitaria, constitucionalmente existe una apertura hacia las inversiones conjuntas, aspecto que si bien, actualmente puede ser aplicada solamente por empresas públicas, en un futuro la autorización también podría ser extensiva al resto de la institucionalidad que representa la administración pública. Sin embargo, se debe precisar que la aplicabilidad de estas modalidades de ejecución de proyectos también deberá estar acompañada del desarrollo del marco jurídico correspondiente a fin de otorgarle certezas tanto al servidor público que en representación del Estado llevaría adelante estos actos administrativos así como al privado que invierta en

proyectos de forma conjunta con el Estado.

## 2. Conceptualizando las Asociaciones Público Privadas (APP)

Considerando todo lo señalado precedentemente es importante reflexionar respecto a la naturaleza de las Asociaciones Público Privadas (APP) y sus concepciones. En ese sentido, de acuerdo a lo señalado por el Foro Económico Mundial (2005), se tiene la siguiente definición de una asociación público – privada:

(...) se trata de una iniciativa de cooperación entre el sector público y el privado, basada en los conocimientos especializados de cada uno de los asociados que pueden contribuir más eficazmente a alcanzar objetivos claramente definidos mediante una clara asignación de los recursos, los riesgos y las retribuciones (p.24).

Por otra parte, en criterio de Emerson (2012) la doctrina de estas asociaciones público privadas han sido identificadas con la gobernanza colaborativa que requiere de un marco que integre las acciones conjuntas a ser realizadas así como los procesos de resolución de conflictos y la determinación del marco institucional correspondiente.

En ese sentido, Montoya (2017) respecto a las denominadas asociaciones público privadas señala lo siguiente:

“Las Asociaciones Público Privadas son una alternativa a la obra pública, en la medida que permite que participe la inversión privada en proyectos de infraestructura pública y/o sus servicios derivados, uniendo la fase constructiva con la de operación y mantenimiento, o solo involucrando la operación y mantenimiento de infraestructura existente”. (p. 36)

También es importante considerar que en criterio de Robalino (2010) “la asociación público privada es la conjunción de capitales públicos y privados para el desarrollo de un fin común” (p.12). En este sentido, la asociación público privada no es ni una privatización exclusivamente ni tampoco una concesión. La asociación público privada consiste en la creación de un vehículo o de un proyecto, en conjunto, entre un órgano público y un sujeto privado, mediante aportes mutuamente acordados.

Por otra parte, Vergara (2011) señala que “la asociación público privada tiene por objeto aunar esfuerzos y fortalecer la gestión en aras de garantizar los resultados de proyectos nacionales con objeto de ejecución, que puede ir desde la construcción de grandes obras de infraestructura para la prestación de servicios” (p. 17).

En ese sentido, es importante precisar que una APP como alternativa, a través de obligaciones contractuales,

establece las características y calidad de la construcción y la de los servicios derivados de la infraestructura, establecidos de manera específica en dicho contrato durante toda su vigencia. Lo que resalta la importancia de la precisión en la redacción de dichos contratos administrativos.

Por su parte, Rodríguez (2009, pp. 26,27) señala que “las obras públicas así como los servicios públicos o de interés general objeto de las licitaciones, deben ser realizados de la mejor manera posible en el nivel técnico y económico, en función a que los fondos públicos con los que se van a financiar esas actividades son de propiedad de la población en general”. Esta precisión resulta ser de bastante importancia considerando que las obras de interés público tienen como finalidad la satisfacción de necesidades la población. Esto coincide con la precisión realizada por Suto (2013, p.33) en sentido de que “el elemento más importante del contrato de APP, es el objeto contractual, pues este se destina a la satisfacción del interés público”.

Es necesario señalar que la denominación Asociación Pública Privada (APP), en otras legislaciones ha sido establecida como Participación Pública Privada (PPP) o también Iniciativa de Financiación Privada (PFI), sin embargo, todas estas constituyen de manera general en un acuerdo de cooperación entre entidades públicas y empresas

privadas, con el objeto que sea el sector privado el que pueda realizar alguna de las tareas de diseño, construcción, mantenimiento, gestión y financiación de infraestructuras y servicios de interés público, transfiriéndole buena parte de los riesgos y responsabilidades al sector privado, sin que ello implique que la entidad pública mantiene las potestades de control y regulación de la actividad del sector privado.

En ese sentido, se pone en relieve que el surgimiento de las Asociaciones Público Privadas responde a la necesidad de la administración de fortalecer la gestión pública de proyectos y obras de interés público de manera coordinada con la sociedad, por lo que a nivel jurídico se requiere otorgarle a dichas alternativas un escenario para su desarrollo.

Sobre ese punto, es importante reflexionar en sentido de que por más buena que sea la gestión a nivel técnico y financiero, no se logrará cumplir los objetivos sin el correcto acompañamiento legal, ya que la contratación estatal dependerá en gran magnitud de la existencia de una marco legal fuerte que permita cumplir los objetivos esperados y resolver los problemas que pudieran surgir.

Se entiende que la gestión de proyectos de interés público tiene sus diferentes matices en función a la envergadura de la obra pública

que se busca ejecutar, en virtud a ello, la asociación público privada tiene por finalidad crear alternativas para la ejecución de proyectos, a fin de satisfacer las necesidades de la población. Es necesario valorar el aporte, que tanto a nivel privado como público se llegue a realizar, desde el ámbito técnico, tecnológico, jurídico y financiero.

En criterio de Umezawa (2013) es necesario considerar a las asociaciones público privadas desde una óptica más amplia, a fin de aprovechar los beneficios que este mecanismo puede ofrecer para reducir la brecha en infraestructura de servicios públicos.

Es importante citar que la legislación peruana ha definido las asociaciones público privadas de la siguiente forma:

Las Asociaciones Públicos Privadas son modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente (art. 11 Decreto Legislativo No. 1224 República del Perú).

Otro aspecto importante para en análisis es que se hace necesario

distinguir el concepto de la asociación público privada de lo que son otras categorías como la concesión o la privatización que tienen un objeto y naturaleza totalmente distinta. Sobre el particular Gerrad (2001) puntualiza que las APP no son privatizaciones, toda vez que una empresa privatizada es una empresa que estaba en manos del sector público y que pasó a ser propiedad del sector privado. Es decir, puede operar en mercados altamente competitivos como una compañía aérea o puede ocupar una posición monopólica y por lo tanto debe ser objeto de regulación una vez que haya sido transferida al sector privado. En ambos casos, el sector público deja de participar en la empresa. En cambio, una asociación público privada, es una relación contractual entre los sectores público y privado que no corresponde a ninguno de esos modelos, y tiene como características: i) la existencia de la participación privada en el campo de la financiación y/o de la gestión, ii) existencia de una transferencia de riesgos, iii) existencia de una relación contractual entre los sectores público privado, a largo plazo.

En tal sentido, es posible sintetizar la concepción de las asociaciones público privadas como una alternativa de gestión pública para llevar adelante proyectos de interés público en beneficio de la población. Asimismo, se debe considerar que se tienen otros beneficios del esquema

de la participación conjunta público privada, como por ejemplo distribuir los riesgos que la administración pública por sí sola no podría asumir.

Sobre este punto, en criterio de Márquez (2013) “el particular asume un papel más importante en la conformación de los elementos finales y directrices del proyecto, incluyendo la preparación de los diseños de ingeniería (p.21)”, lo que pone en relieve la importancia de la aplicación de esta modalidad para la ejecución de proyectos de interés públicos.

Es por ello, que se hace necesario considerar esta modalidad de contratación pública como una alternativa orientada a implementar proyectos de inversión también en sectores como los de educación, salud, transportes y servicios básicos, que por su importancia resultan prioritarios para la población, es decir, se debe encontrar el equilibrio entre la rentabilidad social sin que dejen de ser de beneficio para el inversor privado.

Respecto a las características particulares de las asociaciones público privadas es importante considerar que, a diferencia de los requisitos tradicionales de contratación administrativa, la legislación de otros países ha adoptado la postura más flexible, especialmente en relación con documentos existentes con anterioridad y estudios técnicos

como condición para la apertura de la licitación; es decir, en las asociaciones público privadas es posible licitar sin que haya el proyecto básico de ingeniería o licencia ambiental previa ya emitida, documentos que generalmente son obligatorios en el régimen general de contrataciones.

Respecto a su clasificación Montoya (2017) señala que las Asociaciones Público Privadas pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

Las APP Autofinanciadas.- Son aquellos proyectos que, en general no necesitan de apoyo de financiamiento o garantías del Estado, pudiendo ser rentables con los ingresos propios del negocio.

Cofinanciada.- Son aquellas que requieren del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras, o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos. (p.40).

Esta clasificación resulta bastante importante toda vez que permite identificar las características principales de las posibles estructuras de las asociaciones público privadas, cuyos parámetros específicos deben ser definidos contractualmente.

Estas particularidades implican la necesidad de contar con un régimen jurídico especial, que debe contener además de lineamientos

generales aspectos específicos que deben ser desarrollados en función de la experiencia en el sector de las contrataciones estatales en el país, toda vez que la norma de contrataciones vigente en Bolivia, contenida en las normas básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, actualmente no prevé los aspectos procedimentales referidos a la aplicación de las alianzas estratégicas de inversión conjunta, quizás, con el criterio de que al haberse establecido que su aplicación será únicamente por parte empresas públicas, las mismas podrán utilizar las normas especiales de la gestión empresarial, sin embargo, no se puede pasar por alto la necesidad de contar con un régimen legal específico que permita llevar adelante esta modalidad de contratación solventando las particularidades que la diferencian, a través de una norma general, toda vez que esperar que cada empresa o sector realice genere su propia reglamentación, implicaría un riesgo en la aplicación de la modalidad con interpretaciones diferentes que pudieran surgir o por otra parte, la ausencia de normas generales podría generar que la previsión no llegue a aplicarse de forma concreta nunca.

Sobre el particular, se considera pertinente hacer referencia a que en criterio de Huapaya (2013) la aplicación de las asociaciones público privadas ha tenido éxito en

países con un adecuado entorno institucional de estudio, planificación y desarrollo de proyectos que estimulan la cohesión entre los aportes del sector privado, traducida en: experiencia técnica, obtención de fuentes frescas de financiamiento, creatividad empresarial privada y el aporte del sector público a través de: seguridades y garantías, o de financiamiento para así lograr la prestación de infraestructuras y servicios públicos de calidad.

Es necesario que para la aplicación de las denominadas asociaciones público privadas se cuente con un régimen jurídico expresamente establecido, toda vez que el Estado debe reglamentar el ejercicio de la actividad administrativa. De igual manera, la ausencia de los parámetros generales y necesarios podría llegar a implicar la ejecución de actividades de forma improvisada lo que en lugar de fortalecer la gestión administrativa llegaría a profundizar deficiencia de la contratación estatal, por lo que se requiere desarrollar los lineamientos teóricos y jurídicos necesarios para lograr el avance desde lo doctrinal hacia lo normativo para su aplicación en la realidad nacional.

Desde una perspectiva jurídica, se considera pertinente mencionar lo expresado por Magide (2012) quien precisa que es fundamental partir de la toma de conciencia de que lo que normalmente se ha dado en llamar colaboración público - privada es

un tipo de política pública o un modo de gestión, consistente en la colaboración de un socio privado en la ejecución, financiación y gestión de infraestructuras, equipamientos, servicios o suministros públicos.

En síntesis, se hace visible la necesidad de contar con el escenario adecuado para la aplicabilidad de las denominadas asociaciones público privadas en Bolivia, estableciendo los parámetros generales en función a las previsión constitucionales a través de normas legales y en el nivel procedimental reglamentario se debe fortalecer la fase de negociación y los acuerdos previos así como la definición de roles y el establecimiento de los adecuados controles públicos para evitar desviaciones que pudieran resultar en perjuicios para la gestión estatal.

Es importante señalar que en materia de contratación pública, los principios generales del derecho aplicables, en la mayoría de los países, se encuentran contenidos en normas jurídicas específicas, en el caso de Bolivia se cuenta con las normas básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, es decir, los principios que fueron surgiendo como resultado de la jurisprudencia y el desarrollo de la doctrina jurídica pasaron a estar explícitamente reconocidos en normas jurídicas. Es por ello que si se buscan nuevas alternativas de inversión conjunta,

se requiere expresamente dotar a la administración del marco jurídico completo que sirva de indicador para la aplicación de estas asociaciones público privadas de manera que se alcancen los objetivos de la gestión pública sin poner en riesgo la inversión del privado.

En ese sentido, se debe tener plena conciencia de que los acuerdos orientados a materializar las asociaciones público privadas, conllevan obligaciones recíprocas y responsabilidad mutua, relaciones voluntarias o contractuales, así como la aceptación conjunta de los riesgos relacionados con la inversión y la responsabilidad conjunta de la planificación y la ejecución. Todo este desarrollo requiere ser reglamentado de forma expresa previo análisis de la realidad de las contrataciones estatales y ejecución de proyectos.

### **3. Respecto a la viabilidad de la aplicación de las asociaciones público privadas en Bolivia**

Si se aplica como base para el análisis el desarrollo normativo vigente hasta el momento, es posible identificar inicialmente que en Bolivia no existe una restricción constitucional que limite la inversión de privados de forma conjunta con la administración pública, siempre y cuando se garantice la soberanía nacional y se respete la aplicación del ordenamiento jurídico nacional.

Es por ello, que surgió como un primer paso hacia la ejecución conjunta de proyectos, las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta. Lo que de ninguna manera implica poner en riesgo el control o la dirección de la economía nacional, subordinándola a un capital privado, al contrario implica una alternativa para fortalecer el ejercicio de la actividad estatal a través de la ejecución de proyectos de forma conjunta que, por su grado de complejidad técnica o financiera, no podrían realizarse sin la cooperación del sector privado.

Asimismo, es importante referir que el hecho de la administración pública aplica una asociación público privada no implica que delega su responsabilidad al privado inversor, es decir, que mientras en los contratos ordinarios de ejecución de obra, la Administración suele garantizar que la infraestructura tenga el nivel de calidad requerido, en el marco de un contrato de asociación público privada la administración recibe la obra al finalizar la ejecución y debe establecer los parámetros para la fase de operación, velando porque si se detectan defectos el contratista deberá corregirlos de forma continua sobre ello. (Banco de Desarrollo de América Latina, 2018).

En ese sentido, Sánchez (2015) señala que el contrato de asociación público privada, no debería ser apelable única y exclusivamente

en caso de incapacidad objetiva de la Administración para desarrollar por otros métodos el proyecto. Es adecuado pensar y regular que en casos de alta complejidad técnica es óptimo un proceso de diálogo competitivo, pero no solo en tales casos. Aunque parece claro que basta con justificar la necesidad de aplicarla por complejidad económico-financiera, no deberían ser vistas como una modalidad excepcional sino que su aplicación debería ser abierta a otros factores también.

En ese sentido, si bien la aplicación de las asociaciones público privadas en Bolivia, no tiene una limitación constitucional, se debe tomar en cuenta que para su aplicación, necesariamente se deberá contar con un marco legal específico, donde se establezcan todos los parámetros necesarios al tratarse de una relación contractual totalmente diferente a los contratos ordinarios de obra vigentes en función al régimen de las contrataciones estatales en Bolivia. Este régimen legal debe contener los parámetros necesarios para llevar adelante esta modalidad de inversión conjunta, lo que podría sin duda lograr constituir una importante alternativa para la ejecución de proyectos de interés público.

#### **4. Conclusiones**

De la revisión de todos los aspectos descritos precedentemente es

posible arribar a las siguientes conclusiones:

De acuerdo al marco Constitucional y régimen legal en Bolivia, actualmente, se encuentra vigente la autorización de la suscripción de alianzas estratégicas de inversión conjunta, como una modalidad para llevar adelante el financiamiento y ejecución de proyectos y obras de interés público. Esta autorización se encuentra circunscrita al ámbito de aplicación de las empresas públicas, es decir, se visibiliza como una forma de sociedad empresarial, transitoria para llevar adelante un objetivo común.

En el proceso de desarrollo del derecho administrativo y de forma específica en el ámbito referido a las contrataciones estatales, la doctrina ha identificado a las asociaciones público privadas como una alternativa de colaboración entre sectores para la ejecución de proyectos de interés público de alta complejidad, considerando la experiencia técnica y la gestión financiera que puede aportar el sector privado y la institucionalidad de la administración pública.

Es importante puntualizar que las asociaciones público privadas para su aplicación requieren de un desarrollo jurídico y procedimental, que permitan establecer la institucionalidad, lineamientos para la gestión de financiamiento, parámetros contractuales,

resolución de conflictos que pudieran surgir y los aspectos específicos de cada proyecto. Todos estos aspectos implican que para la aplicación de las asociaciones público privadas se requiere del desarrollo de un marco legal específico que permita otorgarle certeza tanto a la administración como al privado inversor.

En virtud a ello, si bien, en Bolivia se cuenta con la autorización general para las denominadas alianzas estratégicas de inversión conjunta, las mismas llegarían a convertirse en parte de una alternativa mayor, referida a la incorporación de las asociaciones público privadas para la ejecución de proyectos de interés público, ya que constitucionalmente no existe una limitante específica, siempre y cuando se respeten los principios de soberanía nacional, protección de los intereses estatales y se garantice el control del Estado en el caso de los sectores estratégicos, por lo que, a fin de viabilizar un nuevo escenario de colaboración entre los sectores público y privado, se considera factible el desarrollo de lineamientos teóricos, jurídicos y procedimentales que permitan la aplicación de las asociaciones público privadas en Bolivia. Por lo cual es necesario proseguir con la reflexión al respecto, con el propósito de otorgar nuevas alternativas al Estado para la ejecución de obras de interés público.

## Bibliografía

BETANCOR, Andrés (2012) “REVISIÓN DE LA CATEGORÍA DE ACTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO” Revista Jurídica de Castilla León No. 26, pp.20,44.

CASSAGNE, Ezequiel (2011) “COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA CONCRECIÓN DE PROYECTOS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE EN LA ARGENTINA”, Revista Círculo del Derecho Administrativo No. 23 Buenos Aires Argentina, pp.223,240.

EMERSON, K. N. (2012). “UN MARCO INTEGRADOR PARA LA GOBERNANZA COLABORATIVA” Journal Of Public Administration Research & Theory, No. 22, pp. 1-29.

HUAPAYA, R. (octubre 2013) “DIEZ TESIS SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS”. Revista de Derecho Administrativo, [En línea] Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13465> [Consulta 22/04/2018].

MAGIDE Mariano (2012) “INSTRUMENTOS CONTRACTUALES DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL” Revista Círculo del Derecho Administrativo No. 36 pp.125-142.

MONTOYA Hernández Pedro Isaías (2017) “LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADA” (Tesis Doctoral en Derecho y Ciencia Política) Universidad Nacional Mayor San Marcos, Lima Perú.

NAVARRO, A. (2013). ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA. Espiral Estudios Sobre Estado y Sociedad, XX, No. 57, [En línea] Recuperado en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/espiral/v20n57/v20n57a3.pdf> [Consulta 04/05/2018].

ROBALINO, J. (2010). LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP): UNA OPCIÓN PARA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LATINOAMÉRICA. Revista de Derecho UASB - Ecuador/CEN, [En línea] Recuperado en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2895/1/07-Robalino.pdf> [23/06/2018].

RODRÍGUEZ R Lizardo. (2009) “EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

SANCHEZ, Povis Lucio Andrés (2015) “LA NUEVA RELACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO PERUANO A LA LUZ DEL ACTUAL RÉGIMEN DE OBRAS POR IMPUESTOS” Revista Círculo del Derecho Administrativo No.60, pp.249-270.

SUTO FUJITA, F (2013). “RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE: DIAGNÓSTICO, ANÁLISIS Y PROPUESTA DE MEJORA” (Tesis de Maestría-U-ESAN) (Primera ed.), Lima, Perú: Universidad ESAN Ediciones.

UMEZAWA Angie (2013) “EVOLUCIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – APPS, CONFORME A LA REGULACIÓN NORMATIVA: UNA VISIÓN A TRAVÉS DE EXPERIENCIAS” Revista Círculo del Derecho Administrativo No.45, pp.51-62.

VERGARA, Aguilera Laura M. (2011) “EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS –APP DENTRO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA”, Revista Socio Jurídica No.3, pp. 56-70, Bogotá Colombia.

#### Normas Jurídicas Consultadas

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2009) Constitución Política del Estado.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2013) Ley No. 466 de 26 de diciembre de 2013, Ley de la Empresa Pública.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2014) Ley No. 516, de 4 de abril de 2014, Ley de Promoción de Inversiones.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2018) Decreto Supremo No. 3469 de 24 de enero de 2018.

GACETA OFICIAL DE BOLIVIA (2018) Ley No. 1103 de 25 de septiembre de 2018.

## REVISTA JURÍDICA - DERECHO

Revista del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis

Carrera Derecho, UMSA

ISSN 2413 – 2810 (Impreso), Volumen 7. Nro. 9

Julio – Diciembre, 2018

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Mayor de San Andrés

La Paz, Bolivia

### INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

#### 1. DESTINATARIOS

En la Revista Jurídica Derecho del Instituto de Investigaciones y Seminarios de la Carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andrés, pueden publicar todos los profesionales, docentes e investigadores, así como centros de investigación jurídica y programas de postgrado nacionales e internacionales, siendo el requisito imprescindible que los artículos sean de su autoría y originales e inéditos relacionados esencialmente al área del Derecho y Ciencias Sociales.

#### 2. FINALIDAD

Promover y difundir la producción intelectual científica generada en la investigación académica y jurídica, con el propósito de contribuir a la reflexión y análisis de la realidad en las distintas sociedades.

#### 3. METODOLOGÍA Y PROCESO DE REVISIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos recibidos por el Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis, para su publicación en la “*Revista Jurídica Derecho*” previamente son valorados por los siguientes comités<sup>1</sup>:

##### 3.1 COMITÉ DE REDACCIÓN

Verificará el cumplimiento de los requisitos técnicos de presentación formal y de fondo de acuerdo a los estándares internacionales. Tiene un plazo no mayor a diez (10) días hábiles para emitir un informe en el cual indicará la aceptación, aceptación con observaciones o rechazo.

1 Los datos personales de los autores y evaluadores tendrán un carácter reservado en todo el proceso de revisión y evaluación de los artículos, con la finalidad de evitar un posible conflicto de intereses.

- De emitir informe de aceptación se procederá a enviar el artículo al Comité Científico.
- Si es aceptado con observaciones se remitirá al autor para que en un plazo no mayor a 10 (diez) días calendario pueda subsanar lo indicado.
- De ser rechazado será devuelto al autor con nota de atención.

### **3.2 COMITÉ CIENTÍFICO**

Evalúa la calidad técnica, científica y pertinencia del artículo, conforme a la misión, visión y los requerimientos de los sistemas de indexación internacional de revistas acreditadas. Deberán pronunciarse con aceptación, aceptación con observaciones o rechazo en un plazo no mayor a 15 (quince) días hábiles.

- De ser aceptado el artículo será enviado al comité de pares internacionales.
- Si es aceptado con observaciones se remitirá al autor para que en un plazo no mayor a 5 (cinco) días calendario pueda subsanar lo indicado.
- De ser rechazado será devuelto al autor con nota de atención.

### **3.3 COMITÉ PARES EVALUADORES**

Como expertos temáticos evaluarán si los artículos son inéditos y cumplen con la originalidad, rigor y calidad académica, además de observar que se cumplan los requerimientos de los sistemas de indexación internacional de revistas acreditadas. Deberán pronunciarse con la aceptación, aceptación con observaciones o rechazo en un plazo no mayor a 20 (veinte) días hábiles.

- De ser aceptado el artículo será enviado al comité editorial.
- Si es aceptado con observaciones se remitirá al autor para que en un plazo no mayor a 5 (cinco) días calendario pueda subsanar lo indicado.
- De ser rechazado será devuelto al autor con nota de atención.

### **3.4 COMITÉ EDITORIAL**

Tiene la decisión y atribución final para autorizar la publicación del artículo conjuntamente al Director de la revista. Sus atribuciones son:

- Aprobar la publicación del artículo.
- Aprobar la publicación del artículo, con observaciones a corregir.

- Rechazar la publicación del artículo.

Para ello tiene un plazo no mayor a 20 (veinte) días hábiles.

- Si el artículo se aprueba con observaciones a corregir, el autor deberá subsanar las observaciones en un plazo no mayor a 10 (diez) días hábiles.
- De ser rechazado emitirá informe debidamente fundamentado al Director del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis, quien comunicará por escrito al autor de la decisión final.
- Una vez que se decida y precise cuales artículos serán publicados, el autor recibirá notificación por escrito informándole de esta decisión.

#### **4. CARACTERÍSTICAS DE LOS ARTÍCULOS**

##### **4.1.1 Estructura**

Los artículos deberán ceñirse a las especificaciones descritas en el presente documento:

- Título del artículo.
- Nombre del autor o autores y último grado académico obtenido.
- Resumen (Abstract), 10 (diez) líneas máximo.
- Palabras clave (key words), 5 (cinco) palabras máximo.
- Introducción, una (1) página máximo.
- Metodología y técnicas.
- Resultados.
- Discusión.
- Conclusiones/recomendaciones.
- Referencias bibliográficas, aplicar normas APA.
- Notas al pie de página, cuando se cite a un autor o documento.

##### **4.1.2 Formato**

- Interlineado: 1,15
- Fuente: letra Arial
- Tamaño de fuente: 12

- Tamaño hoja: carta (21 x 28 cm)
- Márgenes superior, inferior, izquierda, derecha: 2,5 cm
- Justificado.
- Mínimo: 15 (quince) páginas y máximo: veinte (20) páginas
- Utilizar una sola cara de la hoja.
- Cada artículo en la medida de las posibilidades debe tener una traducción al inglés u otro idioma del resumen y las palabras claves.

#### **4.1.3 Envío del artículo**

- Deben enviarse en medio impreso y en formato digital o electrónico.
- En caso de autores del interior del país y extranjeros que no puedan hacer llegar su artículo impreso, podrán hacerlo mediante el correo electrónico a la siguiente dirección: [revistajuridicaderecho@gmail.com](mailto:revistajuridicaderecho@gmail.com)

#### **4.1.4 En relación al (los) autor (es)**

Debe incluirse una breve biografía del autor, de no más de 50 (cincuenta) palabras incluyendo su último grado académico obtenido, cargos actuales, y publicaciones principales. También debe constar el correo electrónico personal, dirección, teléfono y fax.

#### **4.1.5 Referencias bibliográficas**

Las referencias bibliográficas deberán ajustarse a las normas de publicación de las *América Psychological Association (APA) "Publication Manual"* (Washington, 1994). Deberán ir al final del artículo, en minúsculas excepto en la primera letra, en orden alfabético.

### **5. CONFLICTO DE INTERÉS**

La Revista jurídica Derecho del Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Carrera de Derecho, aplicará mecanismos internos de seguridad y cautela para evitar posibles conflictos de interés que afecten la objetividad en todo el proceso editorial de nuestra revista y que involucre a los distintos miembros de los Comités Revisores en el proceso de evaluación.

## **6. PERIODICIDAD**

La Revista Jurídica Derecho es de publicación semestral.

- Para el número de enero a junio el plazo máximo de envío es el 30 de marzo.
- Para el número de julio a diciembre es el 30 de agosto.

## **7. DERECHOS DE AUTOR**

La aprobación de un artículo para su publicación, significa la cesión gratuita del copyright (Derechos de autor), a favor de la Revista Jurídica Derecho y al Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis, para la edición que se haga de la misma en cualquier medio y por cualquier soporte.

## **8. PUBLICACIÓN DUPLICADA**

Los artículos presentados Revista Jurídica Derecho deben ser inéditos, únicos y no haber sido publicados anteriormente. El envío o reenvío intencional del artículo para una publicación duplicada se considera un incumplimiento de la ética editorial.

## **9. GRATUIDAD**

La Revista Jurídica Derecho no genera lucro, es de distribución y suscripción gratuita para fines académicos y de investigación. Se autoriza la reproducción parcial o total señalando el autor y la fuente de obtención.

## **10. FRAUDE CIENTÍFICO**

El artículo debe evitar el fraude científico, referido a la presentación de datos o conclusiones falsas que no fueron generados en la investigación.

**REVISTA JURÍDICA DERECHO**  
**Carrera de Derecho**  
**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Mayor de San Andrés ISSN**  
**2413 – 2810 (Impreso)**  
**La Paz – Bolivia**

**LAW JOURNAL**

**Journal of the Institute for Research and Seminars**

**The Law Department, UMSA**

**ISSN 2413-2810 (Printed), Volume 7. No 9**

**July - December 2018**

**Faculty of Law and Political Science, Higher University of San Andres**

**La Paz, Bolivia**

**INSTRUCTIONS FOR THE PUBLICATION OF RESEARCH ARTICLES**

**1. RECIPIENTS**

The Law Journal of the Institute for Research and Seminars, of the Law Department, Higher University of San Andres allows publishing to all professionals, professors and researchers as well as centres of Juridical Investigation and Postgraduate national and international programs, the prerequisite being that the articles are of their authorship and authentic, as well as unpublished in essential relation to the area of Law and Social Sciences.

**2. PURPOSE**

To promote and disseminate scientific intellectual production generated in academic and legal research, with the aim of contributing to the reflection on and analysis of the reality of different societies.

**3. METHODOLOGY AND REVIEW PROCESS OF THE ARTICLES**

The articles received by the Institute for Research and Seminars, to be published in the Law Journal are previously evaluated by the following committees:

### **3.1 DRAFTING COMMITTEE**

It verifies compliance with the technical requirements of the formal presentation and background according to international standards. It has a period of no longer than 10 working days to issue a report which will indicate acceptance, acceptance with notes or rejection.

- The issuance of an acceptance report is followed by a submission of the article to the Scientific Committee.
- If the article is accepted with notes, it will be sent back to the author to correct the indicated, in a period not exceeding five calendar days.
- If the article is rejected, it will be returned to the author with a note of attention.

### **3.2 SCIENTIFIC COMMITTEE**

It evaluates the technical quality and scientific relevance of the article, according to the mission, vision and requirements of international indexing systems for accredited journals. They will issue a report with acceptance, acceptance with notes or rejection within no more than 15 working days.

- The issuance of an acceptance report is followed by a submission of the article to the International Committee.
- If the article is accepted with notes it will be sent back to the author to correct the indicated, in a period not exceeding five calendar days.
- If the article is rejected, it will be returned to the author with a note of attention.

### **3.3 INTERNATIONAL COMMITTEE**

Experts on relevant subjects will evaluate whether the articles have previously been unpublished and whether they meet the originality, rigor and academic quality requirements, in addition to observing the international indexing systems for accredited journals. They will issue a report with acceptance, acceptance with notes or rejection within no more than 20 working days.

- The issuance of an acceptance report is followed by a submission of the article to the Editorial Committee.
- If the article is accepted with notes it will be sent back to the author to correct the indicated, in a period not exceeding five calendar days.
- If the article is rejected, it will be returned to the author with a note of attention.

### 3.4 EDITORIAL COMMITTEE

It takes the final decision of whether to authorize the publication of the article together with the Director of the Journal. Their possible opinions include:

- The publication of the article is approved.
- The publication of the article is approved, with notes to be corrected.
- The publication of the article is rejected.

For this purpose, the committee has a period not exceeding 20 working days.

- If the article is approved with notes to be corrected, the author shall correct the remarks in a period not exceeding ten working days.
- If the article is rejected, the committee will issue a properly grounded report to the Director of the Institute for Research and Seminars, who will inform the author in writing of the final decision.
- Once the decision on and specification of the articles to be published has been made, the author will receive written notice of this decision.

The names of the authors and reviewers will be reserved at all times until the publication of the magazine, in order to avoid possible conflicts of interest.

## 4. CHARACTERISTICS OF THE ARTICLES

### 4.1.1 Structure

Articles must adhere to the specifications described in this document:

- Title of the article
- Name of author or authors and the last academic degree obtained
- Abstract (maximum 10 lines)
- Keywords (maximum 5 words)
- Introduction (maximum 1 page)
- Methodology and techniques

- Results
- Discussion
- Conclusions/ recommendations
- Bibliographic references. (Apply rules of APA style)
- Footnotes. (when an author or a document is quoted)

#### **4.1.2 Format**

- Line spacing: 1,15
- Font: Arial
- Font size: 12
- Paper size: letter (21 x 28 cm)
- Margins Top, Bottom, Left, Right: 2,5
- Justified
- Minimum: 15 pages and Maximum 25 pages
- Use only one side of the page
- Each article in the extent possible should have a translation into English or another language of the abstract and keywords.

#### **4.1.3 Submission of the article**

- The article must be submitted in printed and in digital or electronic format.
- In the case of authors within the country and abroad who are unable to deliver a printed version, they may do so via electronic- mail to the following address: [revistajuridicaderecho@gmail.com](mailto:revistajuridicaderecho@gmail.com)

#### **4.1.4 In relation to (the) author (s)**

A brief biography of the author, no more than 50 words including their last academic degree obtained, current positions, and major publications should be included, in addition the personal e-mail, address, phone and fax should be contained.

#### **4.1.5 BIBLIOGRAPHIC REFERENCES**

Quotations must comply with the rules of the American Psychological Association (APA) "Publication Manual" (Washington, 1994). They should be placed at end of the article in lowercase, except the first letter, in alphabetical order.

#### **5. CONFLICT OF INTERESTS**

The law journal of the Institute for Research and Seminars, of the Law Department Higher University of San Andres, apply internal security mechanisms to avoid conflict of interests that affect the editorial process of our magazine.

#### **6. FREQUENCY**

The Law Journal is a biannual publication. For the January to June issue, the deadline for submission is the 30th of March; for the July to December, the deadline passes on the 30th of August.

#### **7. COPYRIGHT**

The approval of an article for publication means the free transfer of copyright for the benefit of the Law Journal of the Institute for Research and Seminars in relation to editing by any media and means.

#### **8. DUPLICATED PUBLICATION**

The articles presented in the Law Journal must be original, unique and previously unpublished. Intentional submission or forwarding of an article with the purpose of duplicate publication is considered as a breach of editorial ethics.

#### **9. GRATUITY**

The Law Journal does not generate profit, distribution and subscription is free for academic and research purposes. Partial or total reproduction, indicating the author and source, is hereby authorized.

#### **10. SCIENTIFIC FRAUD**

The article should prevent scientific fraud, related to the submission of false data or conclusions that were not generated in the investigation.

## CANJE Y SUSCRIPCIONES

Nombre:

Documento de identidad o NIT:

Dirección:

Teléfono:

Celular:

E-mail:

Profesión:

Ciudad:

País:

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES, SEMINARIOS Y TESIS  
revistajuridicaderecho@gmail.com  
Calle Loayza (entre Obispo Cárdenas y Juan de la Riva)  
4to. Piso de la Carrera de Derecho  
Teléfonos: 2204280-2204218- Interno 146  
Casilla de Correos: No 6042, Fax: 2357515

La Paz, Bolivia

## EXCHANGE AND SUBSCRIPTIONS

Name:

Identification Document ID

Address:

Phone:

Cell phone:

E-mail:

Profession:

City:

Country:

HIGHER UNIVERSITY OF SAN ANDRES

FACULTY OF LAW AND POLITICAL SCIENCE

THE LAW DEPARTMENT

INSTITUTE FOR RESEARCH AND SEMINARS

revistajuridicaderecho@gmail.com

Loayza Street (between Bishop Cardenas and Juan de la Riva)

4th Floor of the Law Department

Phone: 2204280-2204218-146 Internal 136

Post Box No 6042, Fax: 2357515

La Paz, Bolivia



## CONTENIDO REVISTA JURÍDICA N° 9 - 2018

### LOS INDIGENAS EN NAYARIT, EL ANDAMIAJE JURIDICO DE SU PATRIMONIO INMATERIAL

Edgar Gabriel Ávila Verdín  
Nicté Rosas Topete  
Isma Sandoval Galaviz

### LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA E INDIANA

Silvia Bagni

### PANORAMA DEL DERECHO LABORAL EN MEXICO

Rosa Guadalupe Gomez Bustillo

### LA GARANTIA DE ACCESO A LA JUSTICIA UNA FALENCIA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Eliceo Muñoz Mena

### LA GARANTIA JURISDICCIONAL DE APLICABILIDAD DIRECTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION BOLIVIANA

Farit Rojas Tudela

### EL ERROR DE PROHIBICION CULTURALMENTE CONDICIONADO

Jorge Omar Mostajo Barrios

### LA PIRÁMIDE DE KELSEN O JERARQUÍA NORMATIVA EN LA NUEVA CPE Y EL NUEVO DERECHO AUTONÓMICO

Mario Galindo Soza

### MODELIZACIÓN MATEMÁTICA DE LO JURIDICO EN BOLIVIA

Carlos Adan Gallardo Rivas  
Lindsay Denise Villanueva Vacaflor

### GESTIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATEGICAS DE INVERSIÓN CONJUNTA COMO PLATAFORMA PARA INICIAR LA DISCUSIÓN RESPECTO A AL APLICABILIDAD DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICOS PRIVADAS EN BOLIVIA

Lenny Roxana Caseres Frias

