JURIS STUDIA

Revista especializada en ciencias jurídicas

AÑO 2
VOLUMEN 2
No. 3
ISSN: 3007-4320

Comité Científico

Presidente: Gustavo Mendoza Orosco
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: gmendozao@univalle.edu
ORCID: https://orcid.org/0009-0008-1237-8509

Erik Javier Betancourt Pereira
Afiliación: FACTUM Grupo Consultores Jurídicos
Contacto: academiaesinju@outlook.es
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6835-6295

Erika Geraldine Pérez Lemus
Afiliación: "Docente Área de Matemáticas Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Facultad de Estudios a Distancia y Escuela de Ciencias Agropecuarias y Ambientales"
Contacto: erikageraldine.perez@uptc.edu.co
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9786-3491

Cayo Salinas
Afiliación: Socio principal de "Cayo Salinas & Asociados – ESTUDIO DE ABOGADOS"
Contacto: c.salinas@cayosalinas.com

Alejandro Alberto Moriconi
Afiliación: Litigación Jurídica Nacional e Internacional Provincia de Rioja
Contacto: amoriconi@unlar.edu.ar
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2241-5226

Comité Editorial

C. Liliana Cano Burgoa
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: lcanob@univalle.edu
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3363-6289

Carlos Fernandez Reyes
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: cfernandezr@univalle.edu

Fernando Fernandez Ponce de León
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: ffernandezp@univalle.edu
ORCID:https://orcid.org/0000-0001-6373-7497

Andrea Oros Llorenti
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: aorosl@univalle.edu

Ana Cuellar Ribera
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: acuellarr@univalle.edu

Ivonne Rojas Cáceres
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: erojasc@univalle.edu

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2111-6048
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Afiliación: Supervisor Académico del curso de Posgrado en Derecho Privado, Tecnología e Innovación de la Escuela Brasileña de Derecho - EBRADI
Contacto: josefaleirosjr@outlook.com
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0192-2336

Mijhail Pavel Pardo Lafuente
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia.
Contacto: mijhailpavel49@gmail.com

Jubithsa Jinky Irusta Ulloa
Afiliación: Centro de Atención Integral Oficina Particular, atención casos, familia, civil, niñez.
Contacto: Jinky.irusta@gmail.com

Equipo Técnico
Giubell Mercado Franco
Coordinadora de Difusión Científica y Formación en Investigación
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia
Contacto: gmercadof@univalle.edu
ORCID:0009-0003-7864-499

Rommer Alex Ortega Martínez
Coordinador de Publicaciones Científicas, Académicas y Literarias
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia
Contacto: rortegam@univalle.edu
ORCID: 0000-0001-8702-3405

Luis Marco Fernández Sandoval
Coordinador de Producción Audiovisual Digital
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia
Contacto: lfernandezs@univalle.edu
ORCID: 0000-0003-0998-0837

María Fernanda Torrico Rojas
Asistente en Divulgación y Manejo de Redes
Afiliación: Universidad Privada del Valle, Bolivia
Contacto: mtorricor@univalle.edu
ORCID:0009-0007-4566-8329

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Autoridades universitarias

Gonzalo Ruiz Ostria, M.Sc.
Rector

Diego Alonso Villegas Zamora, Ph.D.
Vicerrector Académico Nacional

Sandra Marcela Ruiz Ostria, M.Sc.
Vicerrectora Interacción Social y Difusión Cultural

Daniela Zambrana Grandy, Lic.
Secretaria general

Franklin Nestor Rada, M.Sc.
Vicerrector académico sede La Paz

Carlos Torricos Mérida MBA.
Vicerrector académico sede Sucre

Lic. Miguel Ángel Añez Sameshima
Vicerrector académico sede Trinidad

Ana Cárdenas Angulo, M.Sc.
Vicerrector académico sede Santa Cruz

Jorge Ruiz de la Quintana, M.Sc.
Director nacional de investigación

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

ISSN 3007-4320
La reproducción parcial o total de los artículos está permitida en tanto las fuentes sean citadas.

Universidad Privada del Valle
Telf: (591) 4-4318800 / Fax: (591) 4-4318886.
Campus Universitario Tiquipaya.
Calle Guillermina Martínez, s/n, Tiquipaya.
Casilla Postal 4742.
Cochabamba – Bolivia.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

ÍNDICE

Páginas

Editorial
Editorial
Carlos Fernandez Reyes.....6-7

EL IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN, LA FALTA DE TRANSPARENCIA Y LA INCAPACIDAD GUBERNAMENTAL EN LA ESTABILIDAD POLÍTICA Y LA GOBERNABILIDAD EN BOLIVIA
IMPACT OF CORRUPTION, LACK OF TRANSPARENCY, AND GOVERNMENTAL INABILITY ON POLITICAL STABILITY AND GOVERNANCE IN BOLIVIA
VÍCTOR HUGO ROJAS ALCOCER.....8-20

EL JUEZ DE GARANTÍA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO: ENTRE EL FORMALISMO LEGAL Y LA JUSTICIA REAL
THE JUDGE OF GUARANTEES IN THE ACCUSATORY CRIMINAL PROCESS: BETWEEN LEGAL FORMALISM AND REAL JUSTICE.
ALEJANDRO ALBERTO MORICONI.....21-40

DERECHO AL HONOR: "LA MATÉ PORQUE ERA MÍA"
RIGHT TO HONOR: "I KILLED HER BECAUSE SHE WAS MINE"
JOSÉ TURPÍN SAORÍN.....41-58

INDETERMINACIÓN NORMATIVA EN EL DELITO DE CONSUMO Y TENENCIA PARA CONSUMO Y EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL SISTEMA PENAL BOLIVIANO
NORMATIVE INDETERMINACY IN THE OFFENSE OF CONSUMPTION AND POSSESSION FOR PERSONAL USE AND THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY IN THE BOLIVIAN CRIMINAL SYSTEM
MARISOL CAMPOS DORIA NAVAS.....59-81

NADIE VIO BLACK MIRROR: UN ANÁLISIS SOBRE BASES CONVENCIONALES DE LOS DELITOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 153 Y 153 BIS DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO
NO ONE WATCHED BLACK MIRROR: AN ANALYSIS BASED ON CONVENTIONAL STANDARDS OF THE OFFENSES CONTAINED IN ARTICLES 153 AND 153 BIS OF THE ARGENTINE CRIMINAL CODE
ABRIL CANDÁS, TOBÍAS ÁVILA.....82-110

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Editorial

Es un gran honor para mí haber sido invitado a escribir unas breves pero sentidas palabras en esta tercera edición de la revista Juris studia, que por cierto se empieza a consolidar como un espacio esperado por todos los académicos UNIVALLE de las ciencias jurídicas; espacio idóneo para socializar sus ideas a través de investigaciones y sus respectivos análisis que se proyectan como aportes en la constante evolución del derecho y su necesidad de reflexionar sobre sí mismo.

Este tercer número presenta tópicos muy interesantes y siempre contextualizados con la realidad jurídica que se atraviesa y que es de constante preocupación para el mundo académico y sus diferentes actores; planteando siempre la necesidad de iniciar el debate jurídico en esas temáticas y materializar las propuestas científicas (o como decimos en el lenguaje técnico jurídico) positivizando finalmente el aporte teórico doctrinario en la realidad normativa.

Son cinco artículos, siendo que cada uno generará consideraciones de parte de los lectores privilegiados para analizar su aporte y rescatando ideas para continuar el desarrollo científico del derecho, y desde mi perspectiva personal, esperando sean aterrizados en las aulas de nuestra casa de estudios superiores para compartir en ese constante proceso de enseñanza aprendizaje con los futuros académicos y profesionales del derecho, nuestros estudiantes.

Temas como “El impacto de la corrupción, la falta de transparencia y la incapacidad gubernamental en la estabilidad política y la gobernabilidad en Bolivia”, nos hará reflexionar sobre la crisis de credibilidad que atraviesa el sistema democrático boliviano y pensar en un rediseño normativo e institucional como principal mecanismo de solución.

El articulo “El juez de garantía en el proceso penal acusatorio: entre el formalismo legal y la justicia real”, dará al lector una idea de cómo se ha redefinido las responsabilidades de jueces, fiscales y defensores, exigiendo un mayor profesionalismo y autonomía toda vez que la eficacia jurídica puede condicionar la validez de la norma.

Por otra parte, el artículo titulado DERECHO AL HONOR: “La maté porque era mía”, nos introducirá en una profunda reflexión sobre determinadas prácticas sociales que no hacen más que ser el caldo de cultivo de las manifestaciones de violencia, en especial sobre las mujeres, como expresiones constantes de la sociedad.

Dr. Carlos Fernandez Reyes
Director del Departamento Académico de Derecho y Ciencias Jurídicas
cfernandezr@univalle.edu

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

El cuarto articulo versa sobre la “Indeterminación normativa en el delito de consumo y tenencia para consumo y el principio de taxatividad en el sistema penal boliviano”, el cual presenta un estudio que analiza críticamente el artículo 49 de la Ley Nº 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas en Bolivia, que sanciona el consumo y la tenencia para el consumo de sustancias controladas, para concluir si es un delito que se encuentra dentro del estándar de legalidad formal y material exigido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por último, pero no menos importante, esta tercera edición cierra con la presentación del artículo de un país hermano denominado “Nadie vio *black mirror*: un análisis sobre bases convencionales de los delitos contenidos en los artículos 153 y 153 bis del código penal argentino”, dando al lector la posibilidad de ampliar horizontes jurídicos, especialmente a los lectores bolivianos para estar al tanto de legislación comparada y el análisis de normativa de otros países.

Si duda todos estos temas serán de gran interés para la comunidad universitaria ampliando conocimientos y sentando bases para debates futuros. No quiero despedirme sin antes invitar a todos nuestros docentes y amigos académicos a ser parte activa de la investigación y la publicación de artículos en esta su revista Juris studia. Agradezco nuevamente la gran oportunidad de comentar brevemente este tercer número.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

JURIS STUDIA
Revista especializada en Ciencias Jurídicas
N°3, 2025 Junio

https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1341

Artículo original

EL IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN, LA FALTA DE TRANSPARENCIA Y LA INCAPACIDAD GUBERNAMENTAL EN LA ESTABILIDAD POLÍTICA Y LA GOBERNABILIDAD EN BOLIVIA

IMPACT OF CORRUPTION, LACK OF TRANSPARENCY, AND GOVERNMENTAL INABILITY ON POLITICAL STABILITY AND GOVERNANCE IN BOLIVIA

VÍCTOR HUGO ROJAS ALCOCER
victorhugorojas@hotmail.com

RESUMEN

La crisis de credibilidad que atraviesa el sistema democrático boliviano presenta características estructurales que comprometen seriamente el Estado de derecho. La corrupción institucionalizada, la opacidad en la gestión pública y la percepción generalizada de un Poder Judicial cooptado por intereses políticos han socavado la legitimidad de las instituciones (Transparencia Internacional, 2024; World Justice Project, 2023). En 2024, la confianza ciudadana en la justicia descendió a un 13% (Latinobarómetro, 2024), lo que evidencia una ruptura crítica en la relación entre el ciudadano y el aparato estatal, afectando directamente la eficacia de los mecanismos de control y garantía de derechos.

Este deterioro institucional se ve agravado por la ineficiencia del Estado para responder a demandas sociales fundamentales, como el acceso a servicios básicos y la reducción de la pobreza, lo que ha generado un clima de conflictividad social y desafección democrática (CEPAL, 2023; Human Rights Watch, 2023). Frente a este escenario, se vuelve imperativo impulsar reformas estructurales orientadas a fortalecer la independencia judicial, garantizar la transparencia administrativa y fomentar una participación ciudadana efectiva (IDEA Internacional, 2024). Solo mediante un rediseño normativo e institucional que aborde tanto las causas como las manifestaciones de esta crisis, será posible restablecer la gobernabilidad democrática y la vigencia plena del Estado constitucional de derecho en Bolivia.

Palabras clave: Derecho a la información, derecho a la intimidad, protección de datos, privacidad, vida privada, acción de defensa.

ABSTRACT

The credibility crisis facing the Bolivian democratic system presents structural characteristics that seriously compromise the rule of law. Institutionalized corruption, opacity in public management, and the widespread perception of a judiciary co-opted by political interests have undermined the legitimacy of institutions (Transparency International, 2024; World Justice Project, 2023). In 2024, citizen confidence in the justice system fell to 13% (Latinobarómetro, 2024), highlighting a critical breakdown in the relationship between citizens and the state apparatus, directly affecting the effectiveness of oversight mechanisms and the guarantee of rights.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

This institutional deterioration is exacerbated by the state's inefficiency in responding to fundamental social demands, such as access to basic services and poverty reduction, which has generated a climate of social conflict and democratic disaffection (ECLAC, 2023; Human Rights Watch, 2023). Given this scenario, it is imperative to promote structural reforms aimed at strengthening judicial independence, ensuring administrative transparency, and fostering effective citizen participation (International IDEA, 2024). Only through a regulatory and institutional redesign that addresses both the causes and manifestations of this crisis will it be possible to restore democratic governance and the full validity of the constitutional rule of law in Bolivia

Keywords: Corruption, Transparency, Governance, Political Stability, Bolivia.

Revisado: 30/05/2025. **Aceptado:** 05/06/2025.
Citar como: Rojas Alcocer, V. H. EL IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN, LA FALTA DE TRANSPARENCIA Y LA INCAPACIDAD GUBERNAMENTAL EN LA ESTABILIDAD POLÍTICA Y LA GOBERNABILIDAD EN BOLIVIA: Democracia y crisis de gobernabilidad. Juris Studia, 2(3). https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1341

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

INTRODUCCIÓN

La crisis de legitimidad institucional que enfrenta Bolivia presenta un carácter estructural que compromete gravemente el Estado de derecho. Los datos más recientes de 2024 revelan un panorama alarmante: la confianza ciudadana en el sistema judicial ha descendido a un histórico 13%, mientras Bolivia ha obtenido apenas 28 puntos en el Índice de Percepción de la Corrupción 2024 de Transparencia Internacional, un punto menos que en 2023, ubicándose en el puesto 133 de 180 países evaluados y en el lugar 25 de 32 países americanos. Este deterioro institucional, caracterizado por la corrupción sistémica, la opacidad en la gestión pública y la percepción generalizada de un aparato judicial instrumentalizado ha generado una fractura crítica entre ciudadanía y Estado que amenaza la estabilidad política y compromete la gobernabilidad democrática del país.

1. La corrupción y su impacto en Bolivia

1.1. Definición y tipologías de corrupción

La corrupción, entendida como el abuso del poder encomendado para obtener beneficios particulares, constituye un fenómeno multidimensional que socava las bases del Estado de derecho. En el contexto boliviano, este fenómeno se manifiesta a través de diversas modalidades que han evolucionado adaptándose a los mecanismos de control y aprovechando las vulnerabilidades institucionales existentes.

La corrupción administrativa representa una de las manifestaciones más visibles y extendidas en el aparato estatal boliviano. Esta incluye prácticas como el soborno (conocido coloquialmente como “coima”), la malversación de fondos públicos, el nepotismo y el uso indebido de recursos estatales. Según el último informe de Transparencia Internacional (2024), estas prácticas se han normalizado en ciertos sectores de la administración pública, generando costos adicionales para los ciudadanos que buscan acceder a servicios básicos. La normalización de estas conductas ha creado un círculo vicioso donde los procedimientos formales coexisten con mecanismos informales que priorizan intereses particulares sobre el bien común.

Por otra parte, la corrupción política se ha institucionalizado a través del clientelismo, el financiamiento irregular de campañas electorales y la manipulación de procesos democráticos. Esta dimensión resulta particularmente dañina para la legitimidad del sistema político, ya que distorsiona la voluntad popular y compromete la independencia de los representantes elegidos. La encuesta Latinobarómetro 2024 revela que Bolivia ocupa el último lugar de la región en percepción sobre el funcionamiento de la democracia, un indicador que refleja el profundo impacto de estas prácticas corruptas en la credibilidad del sistema democrático.

Finalmente, la corrupción judicial emerge como una de las tipologías más preocupantes, dado su impacto directo en la protección de derechos fundamentales. El World Justice Project (2023) sitúa a Bolivia en el penúltimo lugar global en materia de justicia penal, solo por delante de Venezuela, evidenciando la magnitud de esta problemática. La cooptación del sistema de justicia por intereses partidarios ha generado una crisis de imparcialidad que compromete gravemente la seguridad jurídica y la protección efectiva de derechos ciudadanos.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

1.2. Casos emblemáticos en Bolivia

El panorama reciente de la corrupción en Bolivia se caracteriza por casos de alto impacto que han exacerbado la desconfianza ciudadana en las instituciones. Entre los más significativos destacan situaciones que reflejan la instrumentalización política del sistema judicial y la utilización del aparato estatal para intereses particulares.

Un caso ilustrativo de la intersección entre corrupción e impunidad es el despido del reconocido guardaparques Marcos Uzquiano de una dirección del Servicio Nacional de Áreas Protegidas (Sernap) en 2024. Según fuentes periodísticas, Uzquiano fue removido de su cargo tras denunciar múltiples casos de minería ilegal y caza furtiva en áreas protegidas, actividades frecuentemente vinculadas a redes de corrupción que involucran a funcionarios públicos. El guardaparques declaró que su despido se debió a la "incomodidad" que generaron sus denuncias entre las autoridades gubernamentales, evidenciando los mecanismos de silenciamiento que operan contra quienes intentan exponer actos de corrupción.

Otro caso significativo es la destitución del ministro de Medio Ambiente y Agua, Humberto Lisperguer, en enero de 2025, tras acusaciones de corrupción que actualmente son investigadas por la Fiscalía boliviana. Este episodio pone de manifiesto cómo la corrupción ha permeado incluso los niveles más altos del gabinete gubernamental, afectando áreas críticas para el desarrollo sostenible del país y la protección del patrimonio natural boliviano.

En el ámbito judicial, el World Justice Project (2023) ha documentado que Bolivia se sitúa en el puesto 131 de 142 países en su Índice de Estado de Derecho, con resultados particularmente críticos en materia de justicia penal, donde el país ocupa el penúltimo lugar a nivel global. Esta situación refleja una profunda crisis institucional que trasciende casos particulares para configurarse como un problema estructural que compromete la legitimidad del sistema judicial en su conjunto.

1.3. Impacto institucional

La corrupción ha debilitado gravemente las bases del Estado de derecho en Bolivia, generando una crisis institucional que trasciende gobiernos y ciclos políticos. La percepción generalizada de que las instituciones están al servicio del poder político de turno, y no del interés público, ha erosionado profundamente la legitimidad del sistema democrático en su conjunto.

El sistema judicial boliviano, pilar fundamental para la protección de derechos y la resolución imparcial de conflictos, ha sido particularmente afectado por esta dinámica. El Índice de Estado de Derecho 2023 del World Justice Project ubica a Bolivia en una posición alarmante: puesto 131 de 142 países evaluados, con un deterioro sostenido desde 2015, cuando el país ocupaba la posición 94 de 102 naciones. Esta evolución negativa sugiere un problema estructural que se ha agravado con el tiempo, comprometiendo la seguridad jurídica y el acceso efectivo a la justicia para la ciudadanía.

La instrumentalización política de organismos de control como el Ministerio Público, la Procuraduría General del Estado y el Tribunal Constitucional Plurinacional ha generado un sistema de justicia selectiva, donde la aplicación de la ley depende frecuentemente de afinidades políticas más que de criterios jurídicos objetivos. Esta realidad se refleja

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

en la desconfianza ciudadana: según datos recientes, solo el 13% de los bolivianos confía en su sistema de justicia, uno de los niveles más bajos de América Latina.

El impacto institucional de la corrupción no se limita al sistema judicial, sino que permea todo el aparato estatal, comprometiendo la capacidad del Estado para cumplir sus funciones esenciales. La politización de la administración pública, el debilitamiento de los mecanismos de rendición de cuentas y la captura de instituciones por intereses particulares han configurado un entorno institucional vulnerable, donde la corrupción encuentra terreno fértil para reproducirse y socavar los fundamentos del Estado democrático de derecho.

1.4. Consecuencias económicas y sociales

La corrupción trasciende el ámbito institucional para impactar directamente en el desarrollo económico y el bienestar social de Bolivia. El desvío de recursos públicos destinados a servicios esenciales como salud, educación o infraestructura no solo representa una pérdida directa para el Estado, sino que perpetúa ciclos de pobreza y desigualdad al privar a la población de derechos fundamentales.

En términos macroeconómicos, según el informe 2023 de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Bolivia experimentó un crecimiento económico del 2.2%, por debajo del promedio regional, influenciado por factores como la crisis hidrocarburífera, el efecto desplazamiento del crédito privado por el sector público, y los impactos del fenómeno El Niño en la producción agrícola. Esta situación económica se ve agravada por prácticas corruptas que distorsionan la asignación eficiente de recursos y generan costos adicionales para la actividad productiva.

La puntuación de 28 sobre 100 obtenida por Bolivia en el Índice de Percepción de la Corrupción 2024, que representa una disminución respecto del año anterior, refleja un entorno institucional altamente vulnerable. Esta percepción negativa no solo desalienta la inversión extranjera, sino que también incrementa los costos de transacción en la economía local, afectando especialmente a pequeños productores y emprendedores que no pueden absorber los costos adicionales derivados de prácticas corruptas.

La CEPAL (2023) advierte que la política fiscal expansiva se mantuvo a pesar de una fuerte caída en los ingresos provenientes de impuestos y "se espera que los hidrocarburos resulten en un déficit general de alrededor del 8% del PIB". Esta persistencia en políticas fiscales expansivas a pesar de la caída en ingresos refleja la subordinación de criterios técnicos a consideraciones políticas de corto plazo, comprometiendo la sostenibilidad macroeconómica y agravando desbalances fiscales que podrían generar consecuencias negativas para generaciones futuras.

En el ámbito social, la corrupción profundiza la desigualdad y la exclusión al distorsionar la provisión de servicios públicos y crear barreras adicionales para los sectores más vulnerables. Los recursos desviados por actos de corrupción representan escuelas no construidas, medicamentos no adquiridos y programas sociales no implementados, afectando directamente la calidad de vida de la población boliviana, especialmente en zonas rurales y periurbanas con mayores índices de pobreza.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

1.5. Rol del sistema judicial y órganos de control

El sistema judicial boliviano, lejos de constituir un contrapeso efectivo contra la corrupción, ha sido señalado por su falta de independencia y su instrumentalización con fines políticos. El abogado experto en Derechos Humanos del Centro de Documentación e Información de Bolivia (Cedib), Franco Albarracín, señala que "esta situación es trágica y hemos empeorado a diferencia de años anteriores. Con relación a la justicia civil, nos ubicamos en el antepenúltimo lugar; con relación a la justicia criminal, nos ubicamos en el penúltimo lugar y si dejamos de lado gobiernos dictatoriales como Venezuela, estaríamos en el último lugar de la mayoría de los países en el mundo".

Esta problemática se manifiesta en el proceso de selección de altas autoridades judiciales, que en la práctica ha resultado en la designación de magistrados con afinidades políticas más que por méritos profesionales. La influencia política en el nombramiento de jueces y fiscales ha configurado un sistema judicial vulnerable a presiones externas, incapaz de investigar y sancionar eficazmente casos de corrupción que involucran a figuras políticas poderosas.

Los órganos especializados en la lucha anticorrupción enfrentan limitaciones presupuestarias, técnicas y políticas que comprometen su eficacia. La Contraloría General del Estado, institución fundamental para la fiscalización de recursos públicos, ha sido cuestionada por su falta de autonomía real frente al poder político. Si bien realiza auditorías y emite informes, esta rara vez se traducen en procesos efectivos contra funcionarios de alto nivel, generando una percepción de impunidad selectiva que socava la credibilidad del sistema de control.

En este contexto, resulta especialmente preocupante la situación de los denunciantes de corrupción, quienes frecuentemente enfrentan represalias profesionales, acoso judicial e incluso amenazas a su integridad física. El caso del guardaparques Marcos Uzquiano, mencionado anteriormente, ilustra esta problemática: tras denunciar actividades ilegales en áreas protegidas, fue removido de su cargo, ejemplificando los riesgos que enfrentan quienes intentan exponer redes de corrupción en Bolivia.

2. La transparencia como mecanismo de garantía social

2.1. Concepto de transparencia y acceso a la información pública

La transparencia en la gestión pública representa un pilar fundamental para el funcionamiento democrático, constituyendo no solo un principio administrativo sino un derecho ciudadano esencial para el ejercicio efectivo de la participación y el control social. En su dimensión conceptual, la transparencia trasciende la mera publicidad de actos gubernamentales para configurarse como un sistema integral que garantiza el acceso oportuno, comprensible y verificable a la información sobre la gestión de recursos públicos y la toma de decisiones que afectan al conjunto de la sociedad.

En el contexto boliviano, el marco normativo de transparencia y acceso a la información se articula principalmente a través de la Ley N.º 341 de Participación y Control Social, promulgada en 2013, que establece el derecho ciudadano a acceder a información pública como requisito para el ejercicio de la fiscalización social. La Organización de Naciones Unidas (ONU) por medio de su Oficina de las Naciones Unidas para la lucha contra la Droga y el Delito (UNODC) y otros órganos, señalan que "en orden para

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

mejorar la transparencia y combatir la corrupción, Bolivia tiene un marco regulatorio compuesto por regulaciones y convenciones nacionales e internacionales".

Sin embargo, la implementación efectiva de este derecho ha enfrentado obstáculos significativos derivados de prácticas burocráticas restrictivas, interpretaciones limitantes del concepto de "información reservada" y, fundamentalmente, una persistente cultura institucional del secretismo. Esta brecha entre el reconocimiento formal y la materialización práctica del derecho a la información limita el potencial transformador de la transparencia como herramienta anticorrupción y mecanismo de participación ciudadana efectiva.

La transparencia, cuando funciona adecuadamente, opera como un mecanismo preventivo contra la corrupción al incrementar los riesgos y costos potenciales para quienes incurren en prácticas indebidas. Asimismo, contribuye a la eficiencia administrativa al promover la racionalización de procesos y facilitar la detección de inconsistencias o irregularidades. Este doble impacto - preventivo y correctivo- convierte a la transparencia en un elemento esencial para la construcción de instituciones públicas más eficientes, confiables y responsivas a las necesidades ciudadanas.

2.2. Instrumentos de transparencia en Bolivia

Bolivia ha desarrollado gradualmente un conjunto de instrumentos institucionales orientados a promover la transparencia gubernamental, aunque su implementación y efectividad presentan limitaciones significativas que comprometen sus resultados. La UNODC ha reconocido ciertos avances, señalando que "en los últimos años, Bolivia ha logrado progresos significativos en la promoción de la transparencia y la lucha contra la corrupción".

El primer paso significativo fue "la preparación e implementación de la Política Nacional de Transparencia y Lucha Contra la Corrupción (PNTLCC) en 2007, seguida en 2010 por la promulgación de la Ley No. 004 – Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas, que está en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción". Este marco normativo estableció las bases formales para el desarrollo de políticas de transparencia a nivel nacional.

En el ámbito local, el Compendio de Diseño e Implementación de la Política/ Plan Municipal de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, desarrollado por la UNODC en colaboración con el Ministerio de Justicia, ha proporcionado herramientas metodológicas para fortalecer la transparencia en los gobiernos municipales. Este instrumento representa un esfuerzo significativo para descentralizar las políticas anticorrupción y adaptarlas a las realidades locales.

Sin embargo, diversos estudios evidencian que estos instrumentos enfrentan desafíos significativos en su implementación efectiva. La actualización irregular de portales de transparencia institucional, la información incompleta sobre ejecución presupuestaria y la transformación de audiencias públicas en eventos protocolares sin capacidad real de incidencia ciudadana reflejan la brecha entre el diseño formal de estos instrumentos y su impacto real en la gestión pública.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Esta situación se agrava por el deterioro en los indicadores de percepción de corrupción. Según Transparencia Internacional, Bolivia obtuvo en 2024 su puntuación más baja en los últimos 12 años en el Índice de Percepción de la Corrupción, evidenciando que los instrumentos formales de transparencia no han logrado traducirse en una mejora sustantiva de la integridad institucional percibida por la ciudadanía y observadores internacionales.

2.3. Relación entre transparencia y participación ciudadana

La transparencia constituye un requisito indispensable para la participación ciudadana efectiva, estableciendo una relación simbiótica donde el acceso a la información potencia la capacidad de incidencia social, mientras que la participación activa demanda y fortalece los mecanismos de transparencia. Esta interrelación resulta fundamental para la construcción de un círculo virtuoso de gobernanza democrática y control social.

En el contexto boliviano, donde la participación ciudadana está formalmente reconocida como un derecho constitucional, la falta de transparencia ha operado como un obstáculo estructural para su ejercicio efectivo. Cuando los ciudadanos carecen de información clara, oportuna y comprensible sobre la gestión pública, su capacidad para incidir significativamente en los procesos de toma de decisiones se ve severamente limitada, relegando la participación a un plano meramente formal o simbólico.

La UNODC (2017) señala que "el monitoreo continuo proporcionará información sobre el progreso hacia la implementación de las medidas y mejorará la transparencia en la gestión municipal", reconociendo implícitamente que la transparencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para facilitar el control social y la participación ciudadana efectiva. Sin embargo, este potencial se ve limitado cuando los mecanismos de acceso a la información son deficientes o están capturados por intereses políticos.

Los recientes datos de Latinobarómetro 2024 revelan que Bolivia ocupa el último lugar de la región en percepción sobre economía, democracia y justicia, lo que evidencia una profunda desconexión entre las instituciones y la ciudadanía. Esta desafección democrática se relaciona directamente con la percepción de opacidad en la gestión pública y la incapacidad de los mecanismos participativos formales para incidir efectivamente en decisiones que afectan la vida cotidiana de la población.

La experiencia internacional demuestra que cuando se implementan mecanismos efectivos de transparencia, la participación ciudadana se fortalece cualitativa y cuantitativamente. Este potencial transformador requiere no solo de instrumentos normativos adecuados, sino también de una voluntad política genuina para abrir espacios de deliberación pública y rendición de cuentas que permitan a la ciudadanía ejercer efectivamente su derecho a participar en los asuntos públicos.

2.4. Obstáculos a la transparencia

La implementación efectiva de la transparencia en Bolivia enfrenta múltiples obstáculos que trascienden el ámbito normativo para arraigarse en prácticas institucionales y culturales profundamente establecidas. Identificar y comprender estos obstáculos

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

resulta fundamental para desarrollar estrategias que permitan superarlos y avanzar hacia una gestión pública más abierta y participativa.

La cultura del secretismo institucional constituye quizás el obstáculo más arraigado y difícil de erradicar. Durante décadas, la administración pública boliviana ha operado bajo la premisa de que la información generada por el Estado pertenece a la institución y no a la ciudadanía, creando resistencias estructurales frente a iniciativas de apertura informativa. Esta concepción patrimonialista de la información pública se manifiesta en prácticas cotidianas como la exigencia de justificaciones para solicitudes de información, la imposición de barreras burocráticas innecesarias o la clasificación excesiva de documentos como información reservada.

La brecha digital representa otro obstáculo significativo en un país donde las desigualdades en el acceso a tecnologías de información son pronunciadas, particularmente entre áreas urbanas y rurales. Esta realidad limita severamente el alcance de iniciativas de transparencia basadas en plataformas digitales, excluyendo precisamente a los sectores más vulnerables y con menor capacidad de acceder a información por canales tradicionales.

La fragmentación y desactualización del marco normativo sobre acceso a la información constituye una barrera adicional. Bolivia carece de una ley específica de acceso a la información pública, dependiendo de disposiciones dispersas en diferentes normas, lo que genera incertidumbre sobre procedimientos, plazos y garantías para el ejercicio de este derecho. Esta dispersión normativa facilita interpretaciones restrictivas y discrecionales que obstaculizan el acceso ciudadano a datos públicos.

La ausencia de sanciones efectivas por incumplimiento de obligaciones de transparencia contribuye a la persistencia de prácticas opacas. Cuando las autoridades o funcionarios que niegan indebidamente información pública no enfrentan consecuencias significativas, se genera un entorno de impunidad que desalienta la implementación efectiva de mecanismos de transparencia.

Esta situación se agrava por la debilidad de instancias de fiscalización y la lentitud de procesos administrativos o judiciales para garantizar el derecho a la información. Finalmente, la politización de los órganos de control ha generado desconfianza ciudadana en los mecanismos formales de fiscalización. El deterioro en el Índice de Percepción de Corrupción, pasando de 29 puntos en 2023 a 28 en 2024, refleja esta percepción negativa sobre la independencia y efectividad de las instituciones encargadas de garantizar la transparencia y combatir la corrupción en Bolivia.

3. La gobernabilidad y los efectos de la corrupción de Estado

3.1. Gobernabilidad democrática vs. gobernabilidad autoritaria

La tensión entre modelos de gobernabilidad adquiere particular relevancia en el contexto boliviano, donde el Índice de Estado de Derecho 2024 del World Justice Project revela un deterioro del -1.6% respecto al año anterior, situando al país en el puesto 131 de 142 naciones evaluadas. Este retroceso se manifiesta en la creciente concentración de poder en el Ejecutivo, evidenciada por la prolongación irregular de mandatos judiciales y la instrumentalización de organismos de control.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

La reciente tentativa golpista de junio de 2024, documentada por IDEA Internacional, expone las fragilidades institucionales de un sistema donde el 59% de la población desconfía de los mecanismos democráticos formales.

El modelo de gobernabilidad actual presenta características híbridas: mientras se mantienen formalidades democráticas como elecciones periódicas, persisten prácticas autoritarias como la persecución judicial a opositores. El caso paradigmático es la inhabilitación constitucional del expresidente Evo Morales para las elecciones de 2025, decisión del Tribunal Constitucional que generó tensiones internas en el MAS y movilizaciones sociales polarizadas. Esta dualidad institucional crea un "autoritarismo competitivo" donde las reglas democráticas se distorsionan para mantener el control del poder.

3.2. Corrupción como factor de inestabilidad institucional

La captura institucional ha alcanzado niveles críticos según el Índice de Percepción de Corrupción 2024, donde Bolivia obtuvo 28/100 puntos, su peor puntuación en doce años. Este fenómeno trasciende lo meramente administrativo: la red clientelar que controla el 37% de los cargos públicos (según auditorías de la Contraloría 2023) ha creado un sistema paralelo de toma de decisiones que opera al margen de los canales formales. La reciente destitución del ministro de Medio Ambiente Humberto Lisperguer por presuntas irregularidades en licitaciones ambientales ilustra cómo la corrupción permea incluso las áreas estratégicas para el desarrollo sostenible.

Los efectos desestabilizadores se manifiestan en la incapacidad estatal para gestionar crisis: durante las protestas por escasez de combustibles en abril de 2024, auditorías revelaron que el 42% de los recursos destinados a subsidios fueron desviados a través de empresas fantasmas. Esta disfuncionalidad institucional explica en parte la caída del índice de estabilidad política del Banco Mundial, que pasó de -0.19 en 2022 a -0.31 en 2023, su peor registro en una década.

3.3. Desconfianza ciudadana y crisis de representación

El colapso del contrato social se evidencia en los datos del Latinobarómetro 2024: solo el 23% de los bolivianos confía en los partidos políticos y el 81% considera que la democracia "no resuelve sus problemas cotidianos". Esta crisis de representación se agudiza por la desconexión entre demandas sociales y agenda política: mientras el 64% de la población prioriza combate a la corrupción (Encuesta Lapop 2023), el legislativo destina solo el 0.3% del presupuesto nacional a políticas anticorrupción.

La judicialización de la política ha profundizado esta fractura. El reciente encarcelamiento de Luis Fernando Camacho, gobernador de Santa Cruz, bajo cargos de "terrorismo" sin pruebas concluyentes, fue percibido por el 68% de la población como persecución política según monitoreos de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos. Estos patrones explican que Bolivia ocupe el puesto 141/142 en ausencia de corrupción según el World Justice Project, indicador clave de la crisis de legitimidad institucional.

3.4. Impacto en la formulación de políticas públicas

La distorsión en el ciclo de políticas públicas alcanza su máxima expresión en el ámbito económico. La CEPAL (2024) advierte que la política fiscal expansiva mantiene un

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

déficit del 8% del PIB pese a la caída de ingresos por hidrocarburos, priorizando clientelismo político sobre sostenibilidad macroeconómica. Esta lógica se repite en el sector salud: un estudio de la Universidad Mayor de San Andrés reveló que el 62% de las contrataciones de equipos médicos durante la pandemia se realizaron sin licitación, derivando en sobrecostos del 214%.

El clientelismo tecnocrático emerge como nueva modalidad de captura estatal. El reciente escándalo del "Sistema Único de Información Ambiental" muestra cómo consultorías técnicas fueron adjudicadas a empresas vinculadas a funcionarios, generando sobreprecios de $us 12 millones según la Contraloría. Estas prácticas han convertido al Estado en un "botín burocrático" donde el 43% de los proyectos de inversión pública presentan irregularidades según auditorías de 2023.

4. La estabilidad política y credibilidad del sistema democrático

4.1. Indicadores de estabilidad institucional

El Índice de Estado de Derecho 2024 revela retrocesos críticos en Bolivia:

- Puesto 141/142 en Justicia Penal
- Puesto 139/142 en Justicia Civil
- Puesto 141/142 en Ausencia de Corrupción

Estos datos explican el deterioro simultáneo en estabilidad política (-0.31 puntos Banco Mundial 2023) y competitividad económica (puesto 51.8/100 Foro Económico Mundial 2024). La paradoja boliviana muestra crecimiento económico moderado (2.2% CEPAL 2023) coexistiendo con colapso institucional, confirmando la tesis de North sobre "Estados extractivos" donde el crecimiento no se traduce en desarrollo institucional.

4.2. Crisis de legitimidad y protesta social

El mapa de conflictos del Defensor del Pueblo (2024) registra 147 conflictos activos, 68% vinculados a demandas de transparencia y anticorrupción. La "Guerra del Litio" en Potosí (marzo 2024), donde comunidades bloquearon plantas de extracción exigiendo auditorías a contratos con empresas extranjeras, ejemplifica cómo la opacidad en gestión de recursos naturales alimenta ciclos de violencia política. Estos patrones coinciden con hallazgos de la CEPAL: el 78% de conflictos socio ambientales en la región tienen como trasfondo fallas en rendición de cuentas.

4.3. Reformas institucionales pendientes

La reciente aprobación del Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública (octubre 2024) representa un avance significativo, aunque insuficiente. El texto obliga a instituciones públicas a publicar información sobre contrataciones, ejecución presupuestaria y decisiones administrativas en portales actualizados semanalmente. No obstante, organizaciones civiles como la Fundación Jubileo señalan vacíos en protección a denunciantes y ausencia de sanciones por incumplimiento.
El desafío radica en implementar reformas integrales que aborden:

1. Independencia judicial: Establecer concurso de méritos para selección de magistrados, con veeduría internacional

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

2. Fortalecimiento anticorrupción: Crear Fiscalía Especializada con autonomía presupuestaria y técnicas de inteligencia financiera
3. Participación ciudadana: Implementar observatorios locales con poder vinculante en auditorías sociales
4. Transparencia proactiva: Digitalizar el 100% de procesos administrativos mediante blockchain para trazabilidad pública.

Conclusión: Hacia un nuevo pacto de integridad institucional

La crisis boliviana exige superar enfoques punitivistas para adoptar una perspectiva sistémica. Como demuestran casos exitosos en Uruguay y Costa Rica, la reconstrucción institucional requiere:

- Sinergia internacional: Articulación con mecanismos como MESICIC (Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción) y UNCAC (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción) para auditorías cruzadas
- Innovación tecnológica: Plataformas de gobierno abierto con inteligencia artificial para detectar patrones corruptivos
- Educación cívica: Incorporar ética pública como eje curricular desde educación primaria
- Incentivos institucionales: Carrera administrativa en la función pública basada en desempeño y protección a denunciantes.

Solo mediante este enfoque multidimensional, respaldado por voluntad política y vigilancia ciudadana constante, Bolivia podrá transitar desde la ingobernabilidad actual hacia un modelo de democracia sustantiva donde transparencia y eficacia institucional sean pilares del desarrollo humano integral.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Referencias Bibliográfícas

Albarracín, F. (2024). Crisis institucional y deterioro del Estado de derecho en Bolivia. Centro de Documentación e Información de Bolivia.

Banco Mundial. (2023). Informe sobre estabilidad política en América Latina 2023. https://www.bancomundial.org

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2023). Estudio económico de Bolivia 2023. Naciones Unidas.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2024). Perspectivas fiscales y desafíos macroeconómicos en la región andina. Naciones Unidas.

Defensor del Pueblo de Bolivia. (2024). Mapa de conflictos sociales 2024. https://www.defensoria.gob.bo

Foro Económico Mundial. (2024). Informe de competitividad global 2024. https://www.weforum.org

Human Rights Watch. (2023). Informe anual sobre derechos humanos en Bolivia. https://www.hrw.org

IDEA Internacional. (2024). La calidad de la democracia en América Latina: Caso Bolivia. https://www.idea.int

Latinobarómetro. (2024). Informe anual 2024: Percepciones democráticas en América Latina. Corporación Latinobarómetro.

Lisperguer, H. [Entrevista]. (2025, enero 15). La Razón. https://www.la-razon.com
Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2023). Informe sobre implementación de la Convención contra la Corrupción en Bolivia. https://www.unodc.org

Transparencia Internacional. (2024). Índice de Percepción de la Corrupción 2024. https://www.transparency.org

Uzquiano, M. (2024). Denuncia pública sobre minería ilegal en áreas protegidas. Servicio Nacional de Áreas Protegidas.

World Justice Project. (2023). Índice de Estado de Derecho 2023. https://worldjusticeproject.org

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

N°3, 2025 Junio
JURIS STUDIA
Revista especializada en ciencias jurídicas
https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1295

Artículo de investigación científica

EL JUEZ DE GARANTÍA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO: ENTRE EL FORMALISMO LEGAL Y LA JUSTICIA REAL

THE JUDGE OF GUARANTEES IN THE ACCUSATORY CRIMINAL PROCESS: BETWEEN LEGAL FORMALISM AND REAL JUSTICE

DR. ALEJANDRO ALBERTO MORICONI.
amoriconi@unlar.edu.ar
https://orcid.org/0000-0003-2241-5226

RESUMEN

El proceso penal acusatorio en Iberoamérica ha transformado profundamente la dinámica judicial, asignando roles específicos y estratégicos a cada actor del sistema. En este modelo, el juez de garantía cumple una función clave al asegurar el respeto de los derechos fundamentales de las partes, supervisando la legalidad de la investigación y garantizando el equilibrio entre la acusación y la defensa. Su papel resulta esencial para evitar abusos procesales y reforzar la imparcialidad del sistema. El estudio destaca cómo la implementación del modelo acusatorio en diferentes países de la región y en especial sobre el Código Procesal Penal Federal Argentino, ha redefinido las responsabilidades de jueces, fiscales y defensores, exigiendo un mayor profesionalismo y autonomía toda vez que la eficacia jurídica puede condicionar la validez de la norma.

Palabras Clave: Juez de garantía, proceso penal acusatorio, sistema de justicia.

ABSTRACT

The accusatory criminal process in Ibero-America has profoundly transformed the judicial dynamic, assigning specific and strategic roles to each system actor. In this model, the guarantee judge plays a key role in ensuring respect for fundamental rights, overseeing the legality of investigations, and maintaining balance between the prosecution and the defense. Their role is essential to preventing procedural abuses and reinforcing the system's impartiality. The study highlights how the implementation of the adversarial system in different countries of the region, especially in relation to the Argentine Federal Code of Criminal Procedure, has redefined the responsibilities of judges, prosecutors, and defense attorneys, demanding greater professionalism and autonomy, as legal effectiveness may condition the validity of the norm.

Keyword: Guarantee judge, accusatory criminal process, justice system.

Revisado: 02/04/25. **Aceptado:** 29/05/2024.
Citado: Pardo Moriconi, A. A. EL JUEZ DE GARANTÍA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO: ENTRE EL FORMALISMO LEGAL Y LA JUSTICIA REAL. Juris Studia, 2(3). https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1295

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca establecer si la actuación del juez de garantía en las audiencias del proceso penal acusatorio está dada por la formalidad que la ley adjetiva sostiene en el ordenamiento jurídico de un Estado o, por el contrario, la eficacia jurídica condiciona la validez de la norma aguardando su pleno ejercicio.

El concepto de juez de garantía es una figura jurídica que no puede atribuirse exclusivamente a un diseño estatal o concepción de juristas; sin embargo el termino alcanza un mayor protagonismo contemporáneo en el contexto de la reforma penal iberoamericana, especialmente en países como Bolivia, Colombia, Chile y México, donde el contexto social fue generando una corriente de pensamiento dentro de la cual el proceso penal estuviese en condiciones de garantizar un sistema adversarial movilizado por la legalidad, la oralidad y la transparencia que deben asumir las partes.

Bajo esa lógica racional, la reforma judicial de Bolivia[1] en la década de 1990 y posteriormente en Colombia (2002), Chile (2005) y México (2008) durante la primera década del siglo veintiuno, le otorgaron a la judicatura, un rol critico de relevancia procesal y formalización acusatoria para hacer frente a la problemática de un sistema inquisitivo cuya concentración de funciones y poderes en un mismo juez, dejaban en evidencia las falencias de un método carente de control de legalidad sobre los actos de investigación cómo así también la aplicación de medidas cautelares restrictivas de la libertad (prisión preventiva) cuya prolongación por periodos injustificados, no solo afectaban la dignidad y salud mental de las personas, sino el principio de inocencia y el derecho a un juicio en tiempo razonable.

Para Ferrajoli (2018) la figura del juez de garantía se da naturalmente bajo una concepción garantista que prioriza la protección de los derechos individuales frente al poder punitivo del Estado y cita textualmente:

> *"El garantismo, no es sólo un modelo de derecho caracterizado por la presencia de garantías dirigidas a asegurar el máximo grado de efectividad al catálogo de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquél es, antes bien, una filosofía política sobre los fines y fundamentos que justifican el derecho y, a la vez, una teoría jurídica de las garantías de aquellos principios de justicia que están formulados en las constituciones de los ordenamientos democráticos (pp. 6-12)*[2]

En ese contexto, se concibe al juez de garantía cómo una figura imparcial y neutral, encargada de supervisar que las acciones del Ministerio Publico y de la policía se apeguen a la legalidad, respetando los derechos humanos y el debido proceso. De allí la pertinencia que reviste este tema,toda vez que el juez de garantía no participa en la determinación de la culpabilidad o inocencia, sino que centra su actuación procesal sobre la base de tres criterios o principios de relevancia: 1) el control de legalidad; 2) la protección de los derechos fundamentales, y 3) la imparcialidad y autonomía (Ferrajoli et al, 1995:146)[3].

1 En el Estado de Bolivia, la reforma judicial penal se materializo con la promulgación del Codigo de Procedimiento Penal -Ley Nº 1970 (1999), a través del cual abandono el sistema inquisitivo y adopto un sistema acusatorio y oral caracterizado por el respeto al debido proceso, la igual de partes y la concentración de audiencias.

2 Ferrajoli, L. (2018). Un caso clínico di patologia giudiziaria. Edhasa

3 Ferrajoli, L y Bobbio, N (1995). Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trotta.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Lo expuesto por Ferrajoli, me permite inferir que el sistema garantista y la figura del juez de garantía son primordiales para un sistema de justicia penal que tutele las libertades de las personas y evite arbitrariedades, resguardando al individuo contra posibles abusos del poder estatal, en especial sobre las medidas cautelares personales que requieren de un control efectivo a fin de evitar la prisión preventiva sin que se hayan cumplido con los extremos de ley. En esta línea de razonamiento, considero adecuado destacar las expresiones de Blanco Suarez[4] cuando cita: "En la Convención Americana de Derechos Humanos esta garantía está fuertemente explicitada no solo en la proscripción de la arbitrariedad en la detención o encarcelamiento, tal como ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino especialmente con relación al derecho que toda persona privada de libertad tiene a recurrir ante un tribunal para que el mismo decida sobre la legalidad de tal medida" (Blanco Suarez, 2024:19-20).

Cuando el sistema procesal penal acusatorio no logra cumplir con las funciones normativas para el que fue diseñado, los sujetos del proceso cuestionan su eficacia y los órganos de los Estados vuelven a plantearse en el marco de un contexto social la actuación de la justicia. Desde la sana critica racional, la doctrina resalta la importancia que reviste en este sentido, no solo la formalidad que la ley puede otorgarle al ejercicio de las garantías judiciales, sino su cumplimiento efectivo. De allí que el problema que identifico en el tema de estudio está dado en plantear el siguiente interrogante: ¿La actuación del juez de garantía responde al formalismo legal o la eficacia jurídica condiciona la validez de la norma?

Desde una perspectiva metodológica, el estudio se desarrolla a partir de un análisis normativo y doctrinario, complementado con la revisión de jurisprudencia relevante y comparaciones con sistemas procesales de otros países que han adoptado modelos acusatorios similares. Se emplea un enfoque cualitativo que permite comprender la evolución del rol del juez de garantía y su impacto en la configuración actual del proceso penal.

Como conclusión, se sostiene que la consolidación del juez de garantía como un actor clave en el sistema acusatorio es un factor determinante en la protección de los derechos individuales y en la construcción de un proceso penal más justo. Sin embargo, su efectividad depende de la correcta aplicación de los principios del sistema acusatorio, de la capacitación de los operadores judiciales y de la superación de desafíos estructurales en la administración de justicia.

DESARROLLO

1. Construcción teórica del proceso penal acusatorio: entre la eficacia jurídica y la validez de la norma

Para construir teóricamente el proceso penal acusatorio adversarial partiremos de la premisa lógica del razonamiento que nos plantea Kelsen[5] desde el positivismo jurídico. Bajo su sana critica racional, el jurista discurre sobre la imputación en el pensamiento normativo toda vez que para describir su objeto -ya sea que se trate de una fuente formal general o particular de derecho en el plano internacional o nacional de un Estado-,

4 Blanco Suarez, R (2024). El rol del juez de garantía en el debate de medidas cautelares personales. Revisión normativa de los sistemas procesales penales de Chile, Uruguay y Argentina federal. Revista de Derecho, (30), e3961.

5 Kelsen, H. (2017). Teoría Pura del Derecho. Eudeba, 245 p.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

la ciencia jurídica apela a la formulación de reglas[6]. Este último presupuesto: apelar a la formulación o enunciación de reglas, se convierte en un factor determinante al momento de procurar explicar la conformación o construcción de una posición teórica del derecho.

Si nos preguntamos ¿Por qué? Podemos fundamentar que la construcción de una o más reglas de derecho trae aparejado en su concepción, la representación de un nexo que se genera entre dos o más hechos susceptibles de producirse en un tiempo y lugar determinado pero que, a diferencia de la ley natural, no constituye el resultado de una relación de causa a efecto, sino que se configura en el marco de una norma que establece una conducta determinada.

Por consiguiente, en el sentido del silogismo racional jurídico, la causalidad no interviene en la construcción de una teoría del derecho como sucede en la ley natural. Al contrario, en ella construcción teórica positiva- la regla es creada por uno o más sujetos de derecho bajo circunstancias que responden a un contexto social por el que viene atravesando un Estado, región o comunidad internacional en un momento y espacio determinado.

La regla parte del comportamiento humano y se configura como un principio que hace a las leyes sociales mediante la cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social que expresa el carácter normativo de su objeto declarando que tal consecuencia debe seguir a un hecho o condición[7].

Cabe resaltar que son esas reglas las que establecen o fijan que comportamiento es permisivo o prohibitivo llevar a cabo en el relacionamiento intraestatales o internacional y, razonablemente, sobre la base de uno o más hechos u actos jurídicos evaluar si sus consecuencias son el resultado de una aprobación o reproche a la regla, según si esos comportamientos se hayan ajustado a derecho o contrariado el mismo.

En ese contexto, el Código Procesal Penal Federal Argentino (2019), en su artículo 129 cita textualmente:

> *Principios generales. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados cómo presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en este Código. Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obsten al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del representante del Ministerio Publico Fiscal (CPPF, 2019, L. 3, AP, Título II).*

Frente a lo expuesto precedentemente, podemos deducir que la existencia de una norma positiva depende de la creación de uno o más actos que transcurren en un lugar y tiempo categórico. A partir de ese momento, la norma tendrá una validez material, debido a los hechos particulares o de las diversas conductas sobre las cuales se aplica y una validez personal, referida hacia los sujetos cuya conducta regula.

6 Ibídem, p. 17.
7 Ibídem, pp. 49-51.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Sobre esta última expresión Kelsen cita textualmente: "…Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea, o a la humanidad entera. (…) Sin embargo, una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez"[8].

Entiendo que estos últimos dos principios: validez y eficacia de la norma, adquieren una relevancia significativa para nuestro objeto de estudio: "roles críticos de los actores del proceso penal acusatorio en Iberoamérica", toda vez que la norma pueda entrar en tensión con el hecho y por lo tanto cuestionar la eficacia del derecho si es que los órganos competentes para hacerlo cumplir, no poseen la capacidad suficiente para ponerlo en práctica -bajo las circunstancias condicionantes de tiempo, modo y lugar- a los fines de resolver el caso, conflicto o controversia que se plantee.

Si esto último sucede, el orden normativo perderá su validez cuando deje de ser eficaz y, por lo tanto, no responda a la realidad de los hechos. Por ese motivo, considero que para que el ordenamiento jurídico del estado de derecho sea válido -emitido por un órgano competente-, es necesario que sea eficaz, o sea que los sujetos que sean parte de él lo cumplan y lo hagan cumplir, puesto que todo sistema normativo institucionalizado en el cual conviven instituciones creadoras e instituciones aplicadores de las normas se sostiene en el tiempo si existe una congruencia jurídica en torno a su eficacia.

Ahora bien, si la efectividad de la norma está sujeta o condicionada al poder que detentan las instituciones aplicadoras (Jueces, Ministerio Publico Fiscal, -Fuerzas de Seguridad-), la relación entre la validez y la eficacia de la norma podrá verse limitada por la reciprocidad que se genere entre el derecho interno y el respeto al compromiso asumido convencionalmente[9]. En ese caso, el principio de legalidad (entendido cómo el ejercicio del poder público de acuerdo con la norma y su jurisdicción) y de legitimidad (entendida cómo la capacidad de un poder que posee un órgano o autoridad pública para obtener la obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción porque actúa conforme a un mandato legal) en virtud del cual las normas son válidas, serán aceptados siempre y cuando interactúen en concordancia con el propósito del acto de creación o fuente formal del derecho para el que ha sido instituido.

Si esto sucede, el sistema acusatorio estará en condiciones de equilibrar el poder punitivo del Estado conformando una estructura capaz de proteger los derechos del imputado, evitar irregularidades o detenciones arbitrarias, satisfacer los derechos de la víctima, y otorgar una participación activa en el proceso y acceso a la reparación del daño.

De manera congruente con estos últimos elementos de juicio citados prevalecerán en la práctica del proceso penal acusatorio, principios contemplados en el ordenamiento del derecho interno e internacional, que, para el caso argentino, se materializan en los artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional tutelando los siguientes derechos humanos y garantías Judiciales: Toda persona tiene derecho… A ser oído en un plazo razonable, art. 8.1; A que se presuma su inocencia mientras se establezca legalmente su culpabilidad, art. 8.2.; A ser asistido por traductor o interprete, si no comprende o hable el idioma del juzgado, art. 8.2.a); A que se le comunique de manera previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, art. 8.2.a); A ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, art. 8.2.e); A que la defensa interrogue a los

8 Ibídem, pp. 35-36.

9 Ibídem, pp. 142-143.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia de testigos, peritos u otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, 8.2.f); A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, A recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, art. 8.2.h), A que el proceso penal sea público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia, art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[10].

Para Ferrajoli, el termino acusatorio parte de un sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción[11].

En nuestro caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que, para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra[12], a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos[13]. Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional[14], cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho[15]. Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal[16].

Según la teoría pura del derecho, el derecho internacional, aparece como un orden jurídico jerárquicamente estructurado dentro del cual toda norma es creada por un método o fuente de derecho; es decir todos los ordenamientos jurídicos dependen de una norma primaria o básica (Grundnorm) que presume el deber de los gobernados de obedecer a sus gobernantes y reafirma que, a pesar de tener un carácter primitivo respecto a los órdenes jurídicos nacionales, se preserva como un sistema de normas que regulan la coacción puesto que permiten o prescriben ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito.

Bajo esa concepción Kelsen escribe: ¨Puesto que el orden jurídico internacional no solo requiere de los órdenes jurídicos nacionales cómo una necesaria complementación, sino que, además, determina sus esferas de validez en todos sus ámbitos, entonces el derecho internacional y el derecho nacional forman un todo inseparable¨[17].

10 García Ghirelli, J (2001). Tratados y Documentos Internacionales. Zavalia 11 Ferrajoli, Luigi (1995) Derecho y razón. Trotta, p. 564 12 Fallos: 304:1820; 314:1849.
11 Ferrajoli, Luigi (1995) Derecho y razón. Trotta, p. 564 12 Fallos: 304:1820; 314:1849.
12 Fallos: 304:1820; 314:1849.
13 Fallos: 313:1149; 327:769.
14 Fallos: 306:940; 312:802.
15 Fallos: 310:937; 312:1484.
16 CSJN Fallo 331:858 Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art**.** 14, 1° párrafo ley 23.737 -causa N° 28/05. Sentencia del 23 de abril de 2008.
17 Ibídem, p. 215.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Con esa expresión Kelsen introduce el argumento fundamental de lo que se conocerá cómo Teoría Monista.

Desde mi perspectiva, y sobre la base del silogismo racional, Kelsen deja claro en primer término, la existencia de un derecho positivo que, a diferencia de las ciencias naturales, este ordenamiento jurídico, es el resultado de las ciencias sociales ya que, a todo hecho o acontecimiento le corresponde una consecuencia o sanción porque así lo dispone u ordena la norma. La norma es creada por un órgano competente en un tiempo y lugar determinado y apunta al comportamiento humano en interferencia interpersonal. Entonces la existencia de la norma adquiere vigencia y por lo tanto es válida.

En el análisis que estoy desarrollando, tomare cómo lugar de validez de la norma al Estado o lo que llamamos derecho interno, interpretando cómo lo hace Kelsen que, la validez de la norma dependerá de la eficacia, es decir del cumplimiento por parte de la sociedad estatal y del propio Estado u órganos competentes que la han creado -Estado de Derecho-.

En ese contexto, nos encontraremos por un lado con un sistema formal diseñado por los órganos competentes con rigor de aplicación desde una perspectiva teórica. Y digo esto, porque si acudimos al Código Procesal Penal Federal Argentina serán considerados inválidos todos aquellos actos procesales que no se hayan realizado conforme a derecho. Es decir, no hayan contemplado y/o respetado los derechos y garantías previstos en el ordenamiento jurídico argentino, o bien los actos cuyas formas en términos de ley fuesen inobservadas afectando el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio cuya obligación pesa sobre los representantes del Ministerio Publico Fiscal cómo de las Fuerzas de Seguridad. Tal afirmación recae puntualmente sobre un marco teórico ideal y formal, pero cuya eficacia jurídica no responde a la realidad de la norma.

Pero en contraste con la teoría de Kelsen y la posición que expuse en el párrafo precedente, puedo determinar que Hart[18] cotejó su postura y sostuvo que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no era un concepto a priori, o una presunción, sino un hecho a la que denomina “regla de reconocimiento”.

Para este autor la validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de “si son aceptadas y funcionan como tales”[19]. Esto significa que la regla de reconocimiento permite identificar cual es la fuente de derecho que le dio origen (norma o regla primaria) y que condiciones debe reunir la norma para tener validez jurídica, teniendo en cuenta que esa validez no deriva de otras normas, sino que es una regla que existe por la aceptación que le confieren las partes. Y hago referencia a Hart, porque no solo comparto su visión respecto al entendimiento del hecho cómo regla de reconocimiento, sino porque me permite advertir en prospectiva que el sistema acusatorio iberoamericano se nutre de estándares internacionales en materia de derechos humanos y por lo tanto el derecho comparado puede llegar en un determinado momento a ser homogéneo en la formalidad pero lo trascendente estará dado si la eficacia jurídica, no condiciona la validez de la norma y el rol de los actores del proceso ejercen sus funciones competentes en un plano de igualdad, lealtad y transparencia.

Finalmente, sobre el análisis de esta construcción teórica, creo pertinente introducir a esta temática de estudio que atraviesa el proceso penal acusatorio, la distinción que

18 Hart, H. (2007). El Concepto de Derecho. Abeledo Perrot, 336 p.

19 Ibídem, “…If they are accepted and function as such”, p. 230.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

hace Dworkin entre norma y regla de derecho cuando dice: "La palabra regla presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: norma, cuando por el contexto tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta, y regla, cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad"[20].

A mi saber y entender, la distinción que hace Dworkin entre norma y regla, resulta relevante para poder determinar, oportunamente, si las etapas que componen el Código Procesal Penal Federal Argentino actúan formalmente, en el marco de un estándar de derechos y garantías previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos o bien lo hace bajo el empleo de reglas que responden a determinados hechos por los que atraviesa el sistema acusatorio adversarial Iberoamericano procurando instrumentar acciones que aborden, frente a casos concretos, métodos de resolución similares.

2. El rol crítico del juez de garantía: un criterio de rigor formal en el marco de la ley adjetiva

En el caso concreto del Código Procesal Penal Federal Argentino[21], el juez de garantías es responsable de cumplir con sus funciones a través de audiencias. En ellas, controla que la etapa de investigación preparatoria se realice en términos de ley y resuelva cualquier situación que pueda comprometer los derechos de las partes o la equidad del proceso. La investigación preparatoria tiene por objeto establecer si existe o no merito suficiente para abrir un juicio respecto a una o más conductas con relevancia jurídica penal[22].

Desde una perspectiva practica del proceso puedo definir al sistema de audiencias como una metodología de trabajo que coadyuva a la toma de decisiones y, desde el punto de vista técnico jurídico cómo un acto procesal formal en donde el juez interviene en uso de sus competencias para conocer: a) En el control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria; b) En el procedimiento abreviado cuando se presenten acuerdos plenos; y c) En la suspensión del proceso a prueba[23] (CPPF, art. 56).

Más allá de las particularidades de cada audiencia es válido afirmar que hay principios generales que guían la actuación de los sujetos procesales, los que sirven como estándares de la labor para la etapa previa al juicio. En ese contexto, los nuevos códigos adversariales iberoamericano[24], han fijado la resolución de los conflictos como finalidad principal del proceso, motivo por el cual resulta evidente que el juez de garantías se aboque formalmente a verificar la posibilidad de arreglos o convenios entre las partes. En ese caso, deberá propender a generar un contradictorio genuino, evitando un lenguaje técnico jurídico que dificulte la comprensión y el consentimiento necesario para arribar a acuerdos en el marco de la oralidad, publicidad y transparencia.
A modo preliminar considero oportuno observar las etapas del proceso penal acusatorio argentino y su rigor desde el punto de vista formal:

20 Dworkin, R (1999). Los Derechos en Serio. Ariel, p. 63.

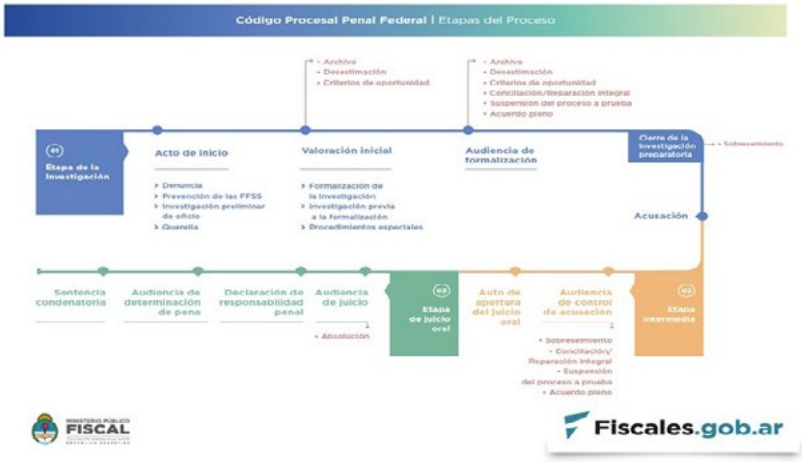
21 Código Procesal Penal Federal (2019). SAIJ.

22 Ibídem, art. 228.

23 Ibídem, art. 56.

24 En Iberoamérica varios países han adoptado el proceso penal acusatorio adversarial con el objetivo de alcanzar una justicia penal más transparente, justa y respetuosa de los Derechos fundamentales (progresivamente se destacan: Chile, México, Colombia, Perú, Guatemala, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Uruguay, Brasil, Bolivia, Argentina…)

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)



En ese escenario, resulta importante que los litigantes comprendan que las audiencias previas al juicio, al no haberse producido aún la prueba, solo cuentan con evidencias o antecedentes de investigación para fundamentar sus peticiones. De allí que se trata de audiencias estrictamente argumentativas donde las partes deben fundamentar sus peticiones en base a la información con la que cuentan en sus legajo-carpetas investigativas[25].

En el caso concreto del proceso penal federal argentino, la concentración de funciones judiciales en materia de protección de derechos y garantías en la **Etapa de la Investigación** *se centra en las siguientes audiencias -implícitas y explicitas- a las que me referiré en concordancia con el cuadro que nos precede ut supra:*

2.1. Control de legalidad de la detención

Esta audiencia se desprende de los derechos del imputado. La ley adjetiva define textualmente cómo imputado a toda persona a la que se le atribuye la autoría o participación de un delito de acuerdo con las normas de este Código y seguidamente establece que todo imputado tiene derecho a que se aseguren las garantías necesarias para su defensa a cuyo fin las autoridades intervinientes le informaran los siguientes derechos: …a) A ser informado de las razones de su aprehensión o detención, la autoridad que la ha ordenado, entregándole si hubiera copia de la orden judicial emitida en su contra, y el de ser conducido ante un juez, sin demora, para que decida sobre la legalidad de aquella (CPPF, art. 65, inciso a)).

2.2. Formalización de la investigación preparatoria

La formalización de la investigación es el acto por el cual el representante del Ministerio Publico Fiscal (MPF) comunica en audiencia al imputado, en presencia del Juez, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta. A partir de ese momento comenzara a correr el plazo de duración del proceso (CPPF, art. 254).

25 Duce, M; Riego C. (2007). Proceso penal. Editorial Jurídica.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Cabe aclarar que el MPF estará obligado a ello cuando se encuentre cumplido el plazo establecido en el artículo 253, es decir la investigación previa a la formalización en la cual el MPF podrá realizar las medidas probatorias que considere pertinentes con miras a satisfacer los requisitos de la formalización de la investigación (…el plazo para la formalización de la investigación no podrá exceder los noventa (90) días, prorrogables por el mismo término ante el juez de garantía en audiencia unilateral conforme a lo establecido por el art. 253, 3er par del CPPF).

- **Formalidad de la solicitud de audiencia.** Si el representante del MPF debiera formalizar la investigación preparatoria respecto de un imputado, solicitara al juez la realización de una audiencia, individualizando al imputado, indicando el hecho que se le atribuye, la fecha y lugar de su comisión, su calificación jurídica y su grado de participación. A esta audiencia se citará al imputado, a su defensor y a las demás partes del procedimiento (CPPF, art. 257).

- **Audiencia de formalización.** En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al representante del MPF para que exponga verbalmente la imputación y las solicitudes que considere necesarias. A continuación, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente. Luego, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen y resolverá inmediatamente las cuestiones articuladas. "Si el imputado se encontrare detenido, se discutirá la legalidad de la detención producida por las autoridades de prevención".

Resalto entre comillas este último aspecto, ya que existe una contrariedad manifiesta de forma y fondo respecto a la presunta prerrogativa que le confiere el 2do párrafo del artículo 258 del CPPF al imputado. Y digo presunta prerrogativa porque desde mi sana critica racional jurídica el imputado tiene derecho conforme a lo establecido por el artículo 65, inciso a): A ser informado de las razones de su aprehensión o detención, la autoridad que la ha ordenado, entregándole si hubiera copia de la orden judicial emitida en su contra, y el de ser conducido ante un juez, sin demora, para que decida sobre la legalidad de aquella. Este derecho rige para todas las personas, aun cuando la detención se de en caso de flagrancia (Ver arts. 96, 215, 216, 217, 245 e concs, del CPPF). Por eso motivo puedo colegir que la norma (art. 258, 2do par) no solo resulta extemporánea en materia procesal, sino que se contradice y atenta contra los derechos fundamentales y garantías constitucionales que el propio sistema judicial debe fiscalizar y tutelar sin interrupción de tiempo.

2.3. Desarrollo y conclusión de la investigación preparatoria

Toda medida cuya realización pueda verse frustrada de no ser practicada en esa oportunidad o dependiera de ellas la resolución de una medida cautelar, o el anticipo jurisdiccional de prueba; *las partes podrán solicitar una audiencia al juez de garantía para que decida sobre la procedencia de las diligencias propuestas.*

La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de 1 año desde la formalización de la investigación. El incumplimiento al plazo constituirá falta grave y causal de mal desempeño del representante del MPF, no obstante, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que fije un plazo menor si no existiera razón para la demora, *aspecto que se resolverá en audiencia.* De igual manera procederá *en audiencia el pedido de*

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

prorroga a pedido del MPF, querellante o imputado, pudiendo ser concedida por el juez con un plazo máximo de 180 días (CPPF, arts. 260-266).

2.4. Cierre de la investigación preparatoria y audiencia de sobreseimiento

Nuestro código prevé que una vez practicadas las diligencias necesarias para la investigación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y para garantizar el comiso; el representante del MPF declarará cerrada la investigación preparatoria, y podrá: a) Solicitar el sobreseimiento, o bien, b) Acusar al imputado. En el primer caso, *el representante del MPF solicitara el sobreseimiento en audiencia ante el juez* y con la presencia de todas las partes pudiendo no existir oposición, en cuyo caso el juez deberá resolver el sobreseimiento del imputado o bien que el querellante se oponga al sobreseimiento ante el juez y, en ese caso, deberá formular acusación (CPPF, arts. 268-273).

3. El Juez de Garantía y el Control de las Técnicas Especiales de Investigación en el Proceso Penal Acusatorio

En el marco del proceso penal acusatorio instaurado por el Código Procesal Penal Federal Argentino (Ley 27.482), el juez de garantía asume un rol esencial en la supervisión de las técnicas especiales de investigación. Estas herramientas, que incluyen la interceptación de comunicaciones, el empleo de agentes encubiertos, la entrega vigilada y la vigilancia electrónica, buscan fortalecer la persecución penal de delitos complejos, como el narcotráfico y el crimen organizado. Sin embargo, su aplicación sin un adecuado contrapeso judicial podría derivar en graves vulneraciones a derechos fundamentales.

El diseño del proceso penal acusatorio, basado en la separación de funciones entre la investigación y la decisión jurisdiccional, otorga al juez de garantía la responsabilidad de garantizar que la utilización de estas técnicas se ajuste a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Su intervención no es meramente formal, sino que implica un análisis sustancial de cada solicitud presentada por el Ministerio Público Fiscal. En este sentido, el juez debe ponderar si la medida es idónea para los fines de la investigación, si existen alternativas menos lesivas y si la afectación a los derechos individuales resulta razonable en función del interés público comprometido.

3.1. Control sobre la Vigilancia Electrónica y la Interceptación de Comunicaciones

Uno de los desafíos más significativos que enfrenta el juez de garantía en esta materia es el control sobre la proporcionalidad del uso de la vigilancia electrónica y la interceptación de comunicaciones. Estas técnicas, previstas en los artículos 146 y 150 del CPPF (Congreso de la Nación Argentina, 2019), pueden aportar pruebas decisivas en investigaciones complejas, pero también representan un riesgo elevado para la privacidad de las personas. La autorización de estas medidas requiere una motivación detallada, que explique de manera específica la relación entre el delito investigado y la necesidad de afectar el derecho a la intimidad del imputado o de terceros.

Un ejemplo concreto de este dilema se observa en investigaciones de cibercrimen o narcotráfico digital, donde las comunicaciones encriptadas y el uso de redes privadas virtuales (VPN) dificultan la recolección de pruebas. En estos casos, la intervención del juez de garantía es clave para evaluar la pertinencia del acceso a dispositivos electrónicos

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

o la obtención de datos en la nube. Un caso paradigmático es el del operativo "Darknet", en el cual se desmanteló una red de narcotráfico que operaba en la internet profunda mediante criptomonedas (Europol, 2020)[26]. En este tipo de investigaciones, el desafío radica en equilibrar la necesidad de acceder a la información sin vulnerar el derecho a la privacidad de usuarios que no están vinculados con la causa penal.

3.2. Agentes Encubiertos y la Entrega Vigilada: Riesgos y Desafíos

El empleo de agentes encubiertos y la entrega vigilada, regulados en los artículos 147 y 149 del CPPF (Congreso de la Nación Argentina, 2019), plantea un reto adicional: evitar que estas estrategias de investigación se transformen en mecanismos de provocación del delito. El juez de garantía debe asegurarse de que el uso de agentes encubiertos responda a una necesidad concreta y que su intervención no implique inducir a la comisión de un delito que, de otro modo, no se habría cometido. La jurisprudencia ha señalado que la provocación del delito por parte del Estado socava la legitimidad del proceso penal y afecta el principio de debido proceso (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2018)[27].

Además, en investigaciones relacionadas con el narcotráfico internacional, la cooperación con fuerzas de seguridad extranjeras introduce nuevas dificultades. El juez de garantía debe velar por el cumplimiento de la normativa nacional y evitar que agentes encubiertos de otros países actúen sin las debidas autorizaciones, lo que podría generar conflictos de jurisdicción y nulidades en el proceso penal.

3.3. Inteligencia Artificial y Big Data en la Investigación Criminal

En la era digital, otro reto emergente es la utilización de inteligencia artificial y big data en la investigación criminal. Si bien estas herramientas permiten identificar patrones delictivos con mayor precisión, su uso indiscriminado sin supervisión judicial podría dar lugar a sesgos en la selección de sospechosos o a una vigilancia masiva sin justificación. El juez de garantía debe evaluar si la utilización de algoritmos predictivos o sistemas de reconocimiento facial se ajusta a los estándares de proporcionalidad y legalidad establecidos en la normativa vigente.

Un aspecto preocupante es la falta de transparencia en los algoritmos utilizados para la detección de actividades delictivas. En algunos casos, los sistemas de reconocimiento facial han sido cuestionados por generar errores en la identificación de sospechosos, afectando de manera desproporcionada a ciertos grupos de la población (Garvie, Bedoya & Frankle, 2016)[28]. La supervisión judicial es clave para garantizar que estas tecnologías no se conviertan en herramientas de criminalización indiscriminada, sino en medios legítimos y proporcionales para la persecución penal.

26 Europol. (2020). Darknet and Crypto Crime Report. Europol Publications.

27 Argentina (2018). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallos: Provocación del delito y debido proceso. SAIJ.

28 Garvie, C., Bedoya, A., & Frankle, J. (2016). The Perpetual Line-Up: Unregulated Police Face Recognition in America. Georgetown Law Center on Privacy & Technology.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

3.4. Conclusión parcial

El rol del juez de garantía en el control de las técnicas especiales de investigación es una manifestación concreta de su función como protector de derechos en el proceso penal acusatorio. Su labor no se limita a un examen formal de los requisitos legales, sino que exige un análisis profundo de cada medida, ponderando la necesidad de una investigación eficaz con la protección de los derechos fundamentales. La correcta supervisión judicial de estas técnicas no solo contribuye a la validez de las pruebas obtenidas, sino que refuerza la legitimidad del sistema de justicia penal en su conjunto.

4. El juez de garantía y el control de la prueba ilícita en el proceso penal

Uno de los aspectos más controvertidos dentro del proceso penal acusatorio es la admisibilidad de la prueba y el control que ejerce el juez de garantía sobre aquellas obtenidas de manera ilícita. Este punto resulta fundamental, ya que define los límites de la actuación de los órganos de persecución penal y garantiza el respeto por los derechos fundamentales de los imputados.

4.1. Fundamentación doctrinaria

Desde una perspectiva doctrinaria, Ferrajoli (1995) sostiene que la regla de exclusión de la prueba ilícita es una garantía esencial dentro de los sistemas acusatorios, en la medida en que busca evitar que el Estado se beneficie de actos que vulneren derechos fundamentales. Asimismo, Binder (2002)[29] resalta que el juez de garantía no solo debe rechazar la prueba ilícita sino también analizar sus efectos en el proceso, evitando la contaminación de otras pruebas derivadas de la misma fuente ilícita (doctrina del "fruto del árbol envenenado").

Por su parte, Maier (1996)[30] señala que el respeto por la legalidad probatoria no solo es un requisito formal, sino una condición sustantiva para que el proceso penal sea legítimo. En esta línea, Zaffaroni (2011)[31] advierte que la permisividad en el uso de prueba ilícita genera un incentivo para que los órganos de persecución penal recurran a prácticas irregulares, debilitando el Estado de derecho.

4.2. Legislación internacional y derecho comparado

Diversos ordenamientos jurídicos han regulado de manera expresa la exclusión de la prueba ilícita. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8) establecen el derecho a un debido proceso, lo que implica que toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser excluida.

En el derecho comparado, países como **México**, a través del artículo 20 de su Constitución, han reforzado el papel del juez de garantía en el control de las pruebas obtenidas ilícitamente. Del mismo modo, en **Chile,** el Código Procesal Penal (artículo 276) establece la nulidad de las pruebas obtenidas con infracción a los derechos fundamentales; en **Colombia**, la Corte Constitucional ha ratificado en diversas sentencias (como la C-799/05 y la C-396/07) la prohibición del uso de pruebas ilícitas

29 Binder, A. (2002). Introducción al proceso penal acusatorio. Ad-Hoc.

30 Maier, J. (1996). Derecho procesal penal: Fundamentos. Editores del Puerto.

31 Zaffaroni, E. (2011). La cuestión criminal. Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

en juicio; mientras que en **Bolivia**, su Código de Procedimiento Penal (Ley N° 1970, artículo 13), también establece la nulidad de la prueba obtenida de manera ilegal.

4.3. Jurisprudencia relevante de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile y México

4.3.1. Argentina

En Argentina, la Corte Suprema ha sentado precedentes clave en relación con la exclusión de prueba ilícita en los siguientes casos:

- **Caso "Casal" (2005):** Se definió que toda prueba obtenida sin el respeto del procedimiento constitucional debe ser excluida, salvo en casos excepcionales que beneficien al imputado.

- **Caso "Díaz Bessone"[32] (2007)**: Se declaró inconstitucional el uso de pruebas obtenidas bajo tortura o apremios ilegales, reafirmando los estándares internacionales sobre derechos humanos.

- **Caso "Benítez" (2017):** Se estableció que la garantía del debido proceso implica la exclusión de pruebas obtenidas sin autorización judicial, reforzando la función del juez de garantía en el control de legalidad.

4.3.2. Bolivia

En Bolivia, la exclusión de pruebas ilícitas está contemplada en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, que establece que carecerán de eficacia probatoria los actos que vulneren derechos y garantías consagrados en la Constitución Política del Estado, en tratados internacionales vigentes y en otras leyes. Este principio ha sido desarrollado en diversas decisiones judiciales:

- **Auto Supremo 0394/2014[33]:** En esta decisión, el Tribunal Supremo reiteró que la proposición y producción de toda la prueba necesaria para ilustrar el conocimiento del juez respecto a la verdad histórica de los hechos es esencial. Sin embargo, enfatizó que las exclusiones probatorias son necesarias para apartar del juicio aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y garantías o sin observar las formalidades legales.

- **Auto Supremo 0704/2015-RRC-L:** El Tribunal Supremo de Justicia señaló que las exclusiones probatorias permiten apartar del juicio aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y garantías o en desconocimiento de las formalidades legales. Además, estableció que la admisión de elementos probatorios se verifica

32 El caso "Díaz Bessone" (2007) se centró en la inconstitucionalidad del uso de pruebas obtenidas bajo tortura o apremios ilegales en procesos judiciales en Argentina. Este fallo reafirmó los estándares internacionales de derechos humanos que prohíben tales prácticas y destacó la importancia del debido proceso y la presunción de inocencia.

33 El Auto Supremo 0394/2014 es un fallo relevante para el sistema judicial de Bolivia que reafirma la necesidad de garantizar la legalidad y legitimidad de la prueba en el proceso penal boliviano. Si bien la verdad de los hechos es el objetivo del juicio, esta no puede alcanzarse a costa de la violación de derechos fundamentales. Por ello, el fallo resalta que la exclusión probatoria es una herramienta esencial para proteger la integridad del proceso penal y asegurar que las decisiones judiciales sean justas y basadas en pruebas obtenidas de manera lícita.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

en la audiencia de juicio oral, y que la exclusión de pruebas ilícitas debe plantearse en el momento de su judicialización, mediante un incidente fundamentado.

- **Sentencia Constitucional Plurinacional 0596/2012:** El Tribunal Constitucional Plurinacional determinó que, dentro del juicio oral y contradictorio, la parte afectada puede invocar el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal para solicitar la exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente. En este caso, se denegó una acción de amparo constitucional por considerar que existían otros medios de defensa en el proceso penal para hacer valer la exclusión de la prueba cuestionada.

- **Sentencia Constitucional Plurinacional 1949/2013:** Esta sentencia concedió una acción de amparo por lesión al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en relación con la exclusión probatoria. El Tribunal señaló que no se resolvieron de manera individual y fundamentada cada una de las exclusiones probatorias propuestas, lo que vulneró el derecho al debido proceso.

De lo expuesto, puedo inferir que la jurisprudencia del Bolivia ha enfatizado la importancia de excluir del proceso penal aquellas pruebas obtenidas en violación de derechos y garantías fundamentales. El juez de garantías desempeña un papel crucial al controlar la admisibilidad de las pruebas y asegurar que el proceso se desarrolle conforme a los principios de legalidad y respeto a los derechos humanos.

4.3.3. Colombia

En Colombia, la Corte Constitucional ha abordado la exclusión probatoria en múltiples fallos, razón por la cual considero apropiado resaltar los siguientes:

- **Sentencia C-799/05[34]:** Se ratificó la regla de exclusión y se determinó que el juez debe evaluar los efectos expansivos de una prueba ilícita en el resto del proceso. La Corte Constitucional reafirmó que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser excluida del proceso. Esto significa que las pruebas ilícitas no pueden ser valoradas por el juez ni utilizadas como fundamento para una condena.

- **Sentencia C-396/07:** Se reforzó la doctrina del "fruto del árbol envenenado", señalando que las pruebas derivadas de una fuente ilícita también deben ser excluidas.

4.3.4. Chile

En Chile, la Corte Suprema ha aplicado estrictamente el principio de exclusión, motivo por el cual considero pertinente poner escena dos casos relevantes:

34 La Sentencia C-799/05 de la Corte Constitucional de Colombia es un fallo clave en materia de prueba ilícita dentro del sistema procesal penal colombiano. En esta decisión, la Corte reafirmó la regla de exclusión y estableció un criterio esencial sobre los efectos de una prueba obtenida de manera ilegal en el resto del proceso.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

- **Caso "Matute Johns"[35] (2010):** Se invalidaron pruebas obtenidas sin autorización judicial, consolidando la doctrina de exclusión de prueba ilícita en el sistema procesal penal chileno. Este caso se convirtió en un precedente en Chile sobre la exclusión de prueba ilícita y reflejó la importancia de la protección de derechos fundamentales en la recolección de evidencia.
- **Caso "Figueroa"[36] (2016):** Se rechazó el uso de una confesión obtenida sin la presencia de un abogado defensor, reafirmando el estándar de debido proceso.

4.3.5. México

En México, **la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)** ha abordado el tema en múltiples resoluciones las que procurare sintetizar bajo los siguientes elementos de juicio:

- **Amparo en Revisión 504/2019:** Se reafirmó la exclusión de pruebas obtenidas sin orden judicial en casos de allanamientos ilegales.

- **Tesis 1a./J. 70/2018:** Se estableció que el uso de pruebas ilícitas no solo afecta el caso concreto, sino que pone en riesgo la legitimidad de todo el sistema penal.

Por todo lo expuesto en este punto puedo inferir que el control de la prueba ilícita es un aspecto clave dentro del sistema acusatorio y fortalece la función del juez de garantía como protector de los derechos fundamentales. Su adecuada aplicación no solo refuerza la legalidad del proceso penal, sino que también incrementa la confianza ciudadana en la administración de justicia. La revisión de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparada demuestra que el estándar de exclusión de prueba ilícita es un pilar del debido proceso, y su correcta aplicación por parte del juez de garantía es esencial para la protección de los derechos humanos.

5. El juez de garantía como garante de los derechos humanos en el proceso penal

El rol del juez de garantía en el proceso penal no solo se limita a asegurar el cumplimiento del formalismo legal o a garantizar la eficacia jurídica del procedimiento, sino que también se vincula directamente con la protección y promoción de los derechos humanos de las partes involucradas. En este sentido, el juez de garantía actúa como un verdadero contrapeso dentro del sistema penal acusatorio, evitando que las prerrogativas del Ministerio Público o de la defensa se traduzcan en vulneraciones a los derechos fundamentales de los imputados y de las víctimas.

5.1. La función del juez de garantía desde una perspectiva de derechos humanos

35 Es una de las investigaciones más emblemáticas en Chile y se refiere a la desaparición y muerte de Jorge Matute Johns, un joven universitario que fue visto por última vez en 1999 en Concepción. La investigación del caso se prolongó por más de una década, hasta que en 2010 la Corte Suprema de Chile tomó decisiones clave sobre el proceso. 36 Se trata de un fallo relevante en materia de debido proceso y derecho a la defensa. En este caso, se rechazó el uso de una confesión obtenida sin la presencia de un abogado defensor, reforzando la importancia del derecho a la asistencia letrada desde el inicio del proceso penal. El tribunal de Chile determinó que dicha confesión no podía ser utilizada como prueba en su contra, ya que vulneraba principios fundamentales del proceso penal acusatorio.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Desde el ámbito internacional, el respeto a los derechos humanos en el proceso penal ha sido ampliamente desarrollado por organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La CIDH ha sostenido reiteradamente que la labor de los jueces en el sistema penal debe orientarse hacia la protección efectiva de garantías fundamentales como el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa (Corte IDH, 2005).

En este marco, el juez de garantía debe actuar como un garante frente a posibles abusos del poder punitivo del Estado, asegurando que las medidas cautelares, la obtención de pruebas y el desarrollo del juicio se ajusten a los principios de legalidad y proporcionalidad. Esto implica no solo aplicar la normativa interna, sino también interpretar el derecho penal a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por cada país.

5.2. La protección de los derechos humanos en Bolivia, Colombia, Chile y México

La evolución del sistema acusatorio en diversos países de América Latina ha permitido consolidar la figura del juez de garantía como un pilar fundamental en la tutela de los derechos humanos:

- **Bolivia:** La Sentencia Constitucional Plurinacional 0596/2012 reafirmó que el juez de garantía debe velar por la exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente, protegiendo el derecho al debido proceso.

- **Colombia:** La Corte Constitucional, en la Sentencia C-591/2005, ha señalado que el juez de control de garantías cumple una función esencial en la protección del derecho a la libertad y al acceso a la justicia.

- **Chile:** El Código Procesal Penal establece en su artículo 95[36] que el juez de garantía debe resolver sobre la legalidad de las detenciones y medidas cautelares, garantizando que no se produzcan privaciones arbitrarias de libertad.

- **México:** El artículo 20 de la Constitución Política[37] otorga al juez de control la facultad de vigilar el respeto a los derechos fundamentales de los imputados y víctimas en la etapa de investigación.

5.3. Jurisprudencia y doctrina sobre el juez de garantía y los derechos humanos

Diversos pronunciamientos han consolidado la importancia del juez de garantía en la defensa de los derechos humanos. En la sentencia del caso “Barbani Duarte vs.

36 El Codigo Procesal Penal de Chile prescribe en su artículo 95 textualmente: Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

37 El articulo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos de México establece: El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Uruguay"[38] (Corte IDH, 2011), se estableció que la garantía judicial efectiva depende de la existencia de jueces imparciales y comprometidos con la legalidad y la equidad en los procesos penales. Asimismo, doctrinarios como Ferrajoli (1995)[39] han argumentado que el juez de garantía es una pieza clave para evitar el uso desproporcionado del derecho penal y la criminalización de sectores vulnerables de la sociedad.

Antes de finalizar el abordaje de este eje temático, podemos sostener que el juez de garantía no solo representa un mecanismo de control procesal, sino que desempeña un rol trascendental en la protección de los derechos humanos dentro del sistema penal acusatorio. Su actuación debe estar orientada a la defensa de los principios fundamentales del derecho penal democrático, asegurando que la aplicación de la justicia no solo sea eficaz, sino también legítima y respetuosa de la dignidad humana.

CONCLUSIONES

El juez de garantía es una pieza clave en el proceso penal acusatorio. Su rol, en teoría, es proteger el debido proceso y evitar abusos de poder. Sin embargo, al analizar su función en la práctica, queda en evidencia una tensión constante entre lo formal y lo real: entre la aplicación estricta de la norma y la necesidad de impartir justicia en su sentido más humano.

A lo largo de este análisis, observamos cómo el sistema acusatorio busca equilibrio, estableciendo reglas claras para que la acusación, la defensa y el juez cumplan sus roles sin interferencias. También exploramos cómo distintos países han adoptado este modelo con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales y asegurar que ninguna prueba obtenida fuera del procedimiento legal pueda ser utilizada. Pero esta rigurosidad, aunque necesaria, plantea un dilema: ¿es siempre un camino hacia la verdad o, en ocasiones, un obstáculo para alcanzarla?

Lo cierto es que el juez de garantía tiene en sus manos una enorme responsabilidad. No solo debe respetar la ley, sino también interpretar su verdadero sentido. Porque si algo queda claro es que la justicia no se agota en el cumplimiento de un procedimiento impecable. Sin una mirada crítica y comprometida con la realidad de los casos, corremos el riesgo de que la justicia se convierta en un mero ritual, donde el derecho se aplica con precisión, pero sin alma.

Así, la pregunta inicial se responde con una certeza inquietante: el sistema de justicia se debate constantemente entre el formalismo legal y la justicia real. La diferencia la marcarán aquellos jueces que, sin salirse de los límites del derecho, recuerden siempre que su verdadero propósito no es solo hacer cumplir la norma, sino garantizar que esta sirva para lo que realmente importa: hacer justicia.

38 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta en proporcionar a un grupo de ahorristas del Banco de Montevideo una audiencia imparcial y un recurso adecuado para sus reclamos en relación con la transferencia de sus fondos. La Corte concluyó que el Estado violo el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana.

39 Ferrajoli, op. cit. p.132.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

Binder, A. (2002). Introducción al proceso penal acusatorio. Ad-Hoc.

Blanco Suarez, R (2024). El rol del juez de garantía en el debate de medidas cautelares personales. Revisión normativa de los sistemas procesales penales de Chile, Uruguay y Argentina. Revista de Derecho, (30), e3961.

Dworkin, R (1999). Los Derechos en Serio. Ariel.

Duce, M; Riego C. (2007). Proceso penal. Editorial Jurídica.

Europol. (2020). Darknet and Crypto Crime Report. Europol Publications.

Ferrajoli, L. (2018). Un caso clínico di patologia giudiziaria. Edhasa.

Ferrajoli, L y Bobbio, N (1995). Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trotta.

García Ghirelli, J (2001). Tratados y Documentos Internacionales. Zavalia

Garvie, C., Bedoya, A., & Frankle, J. (2016). The Perpetual Line-Up: Unregulated Police Face Recognition in America. Georgetown Law Center on Privacy & Technology.

Hart, H (2007). El Concepto de Derecho. Abeledo Perrot.

Kelsen, H. (2017). Teoría Pura del Derecho. Eudeba.

Maier, J. (1996). Derecho procesal penal: Fundamentos. Editores del Puerto.

Zaffaroni, E. (2011). La cuestión criminal. Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Legislación y Jurisprudencia Internacional

Argentina (1994). Constitución de la Nación Argentina. Ley Nº 24.430. Ordénese la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional, sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). SAIJ.

Argentina (2019). Código Procesal Penal Federal. SAIJ, Ley No 27.482, publicado en Boletín Oficial del 08 de febrero de 2019. Numero 34052 y Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 188/2024 por el cual establece su implementación progresiva en todo el territorio de la República Argentina. SAIJ.

Argentina (2007). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Díaz Bessone. Fallos: 330:4027. SAIJ.

Argentina (2018). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallos: Provocación del delito y debido proceso. SAIJ.

Bolivia. (1999). Código de Procedimiento Penal (Ley Nº 1970). Gaceta Oficial de Bolivia.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Bolivia (2012). Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional Plurinacional 0596/2012. https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion

Bolivia (2013). Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1949/2013. https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion

Bolivia (2014). Tribunal Supremo de Justicia Bolivia. Auto Supremo AS/0394/2014-RRC.
Juristeca.com/bo/tsj.

Bolivia (2015). Tribunal Supremo de Justicia Bolivia. Auto Supremo AS/0704/2015-RRC-L. Juristeca.com/bo/tsj

Colombia (2005). Corte Constitucional. Sentencia C-799/05. www.corteconstitucional.gov.co

Colombia (2007) Corte Constitucional. Sentencia C-396/07. www.corteconstitucional.gov.co

Chile (2000). Código Procesal Penal de Chile, Ley N° 19.696 y su modificatoria. Biblioteca del
Congreso Nacional de Chile.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Entro en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la citada convención y aprobada por la República Argentina mediante Ley N° 23054. SAIJ.

México (2019). Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en Revisión 504/2019.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

N°3, 2025 Junio
JURIS STUDIA
Revista especializada en ciencias jurídicas
https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1276

Artículo de investigación científica

DERECHO AL HONOR: "LA MATÉ PORQUE ERA MÍA"

RIGHT TO HONOR: "I KILLED HER BECAUSE SHE WAS MINE"

JOSÉ TURPÍN SAORÍN.
jose.turpin@um.es

HTTPS://ORCID.ORG/0000-0001-6043-5821

La mujer es la mitad del cielo, pero no la mitad de la tierra y menos aún la mitad del poder.

Proverbio chino.

RESUMEN

La cultura patriarcal, el hombre considerado el centro de todo, si lo ligamos a la carga jurídica del concepto honor, expresión o acción de deshonra descrédito, encarnado y en relación con la mujer y cuya preservación depende del comportamiento femenino; da lugar a contribuir, dichas prácticas, a tener amparo jurídico en algunos sistemas legales, pero y sobre todo lo que nos vendría a interesar, tener justificación social, basándose en prácticas culturales reprochables. El artículo se ha construido bajo el paraguas de una conceptualización, la mía bebiendo de un repaso laxo de jurisprudencia, para entrar de lleno en la cultura como eje vertebrador y de justificación. Todo ello acompañada de una crítica que sostengo desde unos contextos a traducir e interpretar; acompañado de preguntas que buscan la implicación en acción del lector/a. En definitiva; prácticas sociales sustentadas en un relato social dónde la mujer como sujeto subordinado deberá mostrar no sólo su sumisión, sino demostrar su inocencia ante actos potencialmente recurridos de deshonra o derecho al honor del hombre/es y una legislación jurídica débil que en más de una ocasión vendría a justificar.

Palabras Clave: Cultura, Género, Honor, Jurídica, Patriarcado.

SUMMARY

The patriarchal culture, the man considered the center of everything, if we link it to the legal burden of the concept of honor, expression or action of dishonor discredit, embodied and in relation to women and whose preservation depends on female behavior; gives rise to contribute, such practices, to have legal protection in some legal systems, but above all what we would be interested in, to have social justification, based on reprehensible cultural practices. The article has been constructed under the umbrella of a conceptualization, mine drinking from a lax review of jurisprudence, to enter fully into the culture as a backbone and justification. All this accompanied by a critique that I sustain from contexts to be translated and interpreted; accompanied by questions that seek the reader's involvement in action. In short; social practices sustained in a social story where the woman as a subordinate subject will have to show not only her submission, but to demonstrate her innocence before potentially resorted acts of dishonor or right to the honor of the man/s and a weak juridical legislation that in more than one occasion would come to justify.

Keywords: Culture, Gender, Honor, Legal, Patriarchy.

Revisado: 12/02/2025. **Aceptado:** 28/05/2025.
Citado: Turpín Saorín, J. DERECHO AL HONOR. LA MATÉ PORQUE ERA MÍA. Juris Studia, 2(3). https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1276

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

1. PRESENTACIÓN

Lo primero a lo que deberíamos aproximarnos y haremos, es a definir qué es o podría ser lo que conocemos como "crímenes de honor", es decir, nos referimos a la hora de hablar de crímenes de honor a toda aquella actuación de uno que viene a generar un daño a la dignidad de un tercero o terceros. En el caso que nos ocupa y dentro de una sociedad patriarcal perfectamente institucionalizada, serían todos aquellos actos producidos por una mujer y en consecuencia no tendrían nunca una valía en sí misma, sino que esos actos públicos y publicitados de una mujer en un sistema social y cultural y legislativamente patriarcal, sus actos serían siempre cuestionados y sobre todo valorados por terceros quienes se podrían ver perjudicados en su honor y/o deshonrados.

De ahí, ya no sólo comprobar lo que son los crímenes de honor que bien entraremos sino de la importancia a la hora de hablar de quiénes son, que vendría a suponer y sobre todo cuando estaríamos hablando potencialmente de perjudicados en su honor. Como podemos avanzar en un sistema sexo/género sustentado o bajo el paraguas de un modelo patriarcal, estamos hablando que todo quehacer de una mujer siempre se verá cuestionado, vigilado y sobre todo valorado por el otro, los otros, pues la mujer nunca es considerada madura ni responsable de sus actos, de ahí que un sistema cultural y en ocasiones incluso judicial será quienes velen por esas actuaciones. Y que viene a representar la consolidación de una idea en donde una mujer puede o podría pagar por sus actos ante la propia sociedad al ser tachados como "crímenes de honor".

Sirvan para comenzar en esta presentación las palabras que, no hace tanto, profería uno de los máximos ideólogos de la cultura falangista en España, ulteriormente ideario franquista, respecto al papel de la mujer en la sociedad:

> *No somos feministas. No entendemos que la manera de respetar a la mujer consista en sustraerla a su magnífico destino y entregarla a funciones varoniles…. El hombre… es torrencialmente egoísta, en cambio, la mujer acepta una vida de sumisión, de servicio, de ofrenda abnegada a una tarea. El verdadero feminismo no debiera consistir en querer para las mujeres las funciones que hoy se estiman superiores, sino en rodear cada vez de mayor dignidad humana y social a las funciones femeninas. (J.A. Primo de Rivera, Líder de Falange Española de la Jons, 1938)*

Y es que esta cuestión de sumisión abnegada e indudable de la mitad de la población (mujeres) hacia la otra mitad (hombres) y su normalización, son el fruto de la justicia ejercida por sistemas patriarcales donde el hombre es centro de atención y todo lo demás incluido, como señalamos, la mitad de la población (mujeres) son o están a su servicio. Pues los hombres en nombre de la tradición, con la aprobación social correspondiente, y en ocasiones de la ley y de la justicia, tienen un enorme impacto en las vidas de una inmensa mayoría de mujeres en todo el mundo.

El hecho de que en países como Emiratos Árabes se aprobara en 2022 una ley para poner fin a los crímenes de honor en sus tribunales como parte de una revisión legal más amplia, no viene ni mucho menos a significar que de hecho y sobre todo social y culturalmente estemos disfrutando de ello, como así se debiera suponer y sobre todo amparar. Pues como vengo señalando en tantas ocasiones es algo más que hablar de una ley. Pues sabemos que el marco legal, ayuda evidentemente, pero no podrá acabar con

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

la lacra por sí sólo y sobre todo sin ir acompañado de políticas sociales en línea y sobre todo con políticas educativas que vayan a la raíz cultural.

Esta presentación-reflexión me viene sugiriendo la siguiente pregunta: **¿Por qué el asesinato de una mujer, puede ser tomado/vivido como un asesinato cultural?** No es menor la pregunta, entiendo o he querido con la pregunta centrar el objetivo de este artículo, es decir, porque siendo real el amparo legal, incluso el apoyo político y mediático del asunto, ya no en países entendidos o comprendidos en el marco de democracia fallidas o incluso sin democracia, sino en países occidentales, con democracias consolidadas, nos podemos encontrar con esa misma pregunta y/o situación. Son conductas que culturalmente siguen considerándose deshonestas, impuras y aceptadas por parte, una gran mayoría de los hombres de estas sociedades bien avanzadas. ¿Una cultura legitimadora de violencia y cargadas de sobradas razones?

El hecho mayor está claro las conductas culturales basadas en tradiciones y en el sistema social sustentado en la familia tradicional vendrá cogido de la mano de unas tradiciones que en demasiadas ocasiones siguen sustentándose en una cultura del patriarcado que se acepta al menos tácitamente y no tan tácitamente. El concepto de deshonra e impureza son los símbolos más claros de la estructura social patriarcal y misógina de la que debemos deshacernos para garantizar una vida segura y digna ya no de todas las mujeres, sino de todos/as como una sociedad más justa. Amparándonos en las propias definiciones propuestas por Real Academia Española, el honor remitiría a un sentimiento íntimo, al individuo y propicia posición, estatus, superioridad, distinción y "nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes" (Serrano, 1956: 1). Mientras que la honra atendería a una actuación un quehacer de la vida, "consiste en la aprobación del mundo que nos rodea" (Serrano, 1956: 1).

> *¡Oh, viejo desventurado!*
>
> *Negra fue la muerte mía*
>
> *en casarme con María*
>
> *por quien fuese deshonrado.*
>
> *Lo que dice JOSEPE, sospechando de Nuestra Señora1*
>
> ***Gómez Manrique.***

Pero ¿de qué hablamos cuando nos preguntamos sobre asesinato cultural? Será lo primero a tratar en este artículo, lo que la cultura nos tiene que decir al respecto para a continuación profundizar en la mirada antropológica eje central de nuestra propuesta el cómo se ha llegado a normalizar lo que no sería más que una construcción cultural a revisar, susceptible de ser utilizada para legitimar la violencia directa, simbólica y/o estructural[2], para terminar con potenciales propuestas de mejora, pero sobre todo será

1 : Se observa la tradición popular de considerar a San José viejo, por lo que éste tiene un motivo más para considerarse en un plano desventajado y propicio al engaño de la esposa. Son estos versos una muestra del "honor conyugal", que tanta importancia y desarrollo tendrá en la cultura y sociedad española.

2 : Interesante al respecto lo señalado por Galtung (1978) "la cultura profunda almacén de suposiciones donde todo cabe y en file:///C:/Users/USUARIO/Desktop/Nueva%20HONOR/doc-14-violencia-cultural.pdf

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

un intento por colocar las suficientes pistas interrogativas que puedan conducir a la lectora/lector a lo mejor de sus esfuerzos y ulterior respuesta de mejora, transversal que siempre intento inculcar en mis artículos con la idea fuerte de que sean ustedes con una lectura activa, cuestionada y cuestionable los y las protagonistas de la misma. Y como no puede ser de otra manera concluiremos recogiendo lo más importante y destaco de la propuesta junto, ahora sí, algún posicionamiento abierto del autor.

Y es que resulta extremadamente sospechoso que si nos focalizamos en lo que podríamos llamar occidente entendido como los países que tienen su origen principal en Europa y similares y nos concentramos en la masa social y amparo sobre todo legislativo, podríamos coincidir del avance legal y amparo respecto a avances sociales en favor de la igualdad de género con una legislatura en muchos de esos países que muestran un despreció social y en defensa y contra la violencia de género o de modo más general violencia contra la mujer en todos sus ámbitos. Violencia y maltrato que suelen tener un marcado rol machista y en la mayoría de las ocasiones ocasionada por hombres cercanos a esas mujeres (parejas, exparejas, amigos, conocidos). Y lo más sospechoso…las investigaciones llevadas a cabo hasta el momento no determinan un perfil concreto de esos hombres o lo que es lo mismo… "el que es te libre de pecado que tire la primera piedra". Pues empecemos y empecemos por repasar cuestiones básicas en torno al honor y sus potenciales justificaciones sociales culturales y… ¿legales?

2. DE QUÉ HABLAMOS (Una aproximación teórica)

De qué hablamos cuando nos referimos al honor, es importante partir de una concepción o incluso idea para ulteriormente poder posicionarnos, de hecho dependiendo de Estados, la jurisprudencia al respecto es más que sustancial, sin olvidarnos de las potenciales interpretaciones (subjetivación) de un mismo marco jurídico, pero como inicié en mi presentación no será esta una lectura jurídica y sí de aplicabilidad de la misma al mundo social y su papel cultural como práctica construida y alimentada en algunas ocasiones, permítanme la licencia, de "aparente" sustento legal. He intentado no caer en falsas teorías que están más cerca de culpabilizar a "las otras culturas" que a una misma que es lo podríamos caer e insisto la acogida del amparo social, cultura y legítimo-legal de "las tradiciones" del patriarcado y sus efectos.

Pero como digo, si cabe más importante es para nosotros, antropólogas/os, acercarnos a definiciones y su injerencia en los modos y formas de vida que generan o podría generar, es decir, cómo funcionan las palabras contextualizadas en un aquí y en una ahora. Y que en el caso que nos ocupa, antes de entrar insisto, en línea recordar que hasta 1978[3] en el código civil español se hablaba literalmente en su art.57: "El marido debe proteger a la mujer y esta obedecer al marido" incluso en ese mismo Código entre los tipos penales aparecía el delito al "Uxoricidio[4] por causa de honor", delito que suponía un privilegio concedido al hombre en defensa de su honor, ya que podía lesionar o incluso matar a la esposa sorprendida en flagrante adulterio o a la hija menor de veintitrés años, mientras viviere en la casa paterna, cuando fuese encontrada en similares circunstancias.

3 : Aprobación en España de Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

4 : La justificación y privilegio, legal, que se otorgaba a un hombre de cometer un crimen cuando sentía ofendida su "honorabilidad" a causa de una posible infidelidad por parte de su esposa y a consecuencia de ello, acabar con la vida de esta incluso. Socialmente conocido como "Delito del adulterio".

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Y es que en la "Cultura del Honor" se han observado diferencias de género (Shackelford, 2005), que pueden influir en la violencia de género cuando se defiende una idea de masculinidad y feminidad que implica control por parte del hombre y sumisión por parte de la mujer. Señalar, discutir, presentar que entiendo el honor como una categoría que es adquirida, es decir, le pertenece del otro/a, siempre que este o esta sea de la familia o de la nueva familia, dota de honor de representatividad ante una figura masculina. Requiere en el caso que nos ocupa de un imaginario social y de un sustento jurídico y de grandes tintes de moralidad que transciende el ámbito familiar, generando sin exagerar sociedades clasistas.

Pero volviendo a lo que nos toca, destacar que el honor era, es considerado el principal capital simbólico que una familia podía ostentar. Y es que el código del honor asignaba, asigna, modelos de conducta diferentes de acuerdo al sexo y en el caso de la mujer se centraba el contenido a la moral sexual, que principalmente consistía en la preservación de la virginidad antes del matrimonio y la fidelidad después de haberlo concretado. ¿Qué vendría a significar? Primero, me interesa aludir a Peristiany (1968:12) cuando afirmaba aquello de que… "todas las sociedades evalúan la conducta refiriéndola a patrones ideales de acción, todas poseen sus propias formas de honor y vergüenza y en todas las referencias de la mujer va ligada en mayor o menor medida a la moral sexual." Es decir, la cultura de todas las sociedades lleva arraigado ciertos tintes misóginos fundamentado en una tradición patriarcal en base al honor adquirido por la figura masculina y en segundo lugar el nada despreciable hecho del desarrollo de un movimiento feminista evidentemente en contra de adquisiciones del honor basada en estas tradiciones y sobre todo de sus efectos.

Un feminismo sobremanera la segunda ola (Germaine Greer, Anne Koedt, Kate Millett, entre otras), que se sustentaba bajo el principio de la liberación de la mujer y de alguna manera en la máxima foulcotniana de "El control de la mujer en gran medida pasa por el control de su sexualidad". Así pues, una segunda ola que veía que en gran medida se les escuchaba y se les iba teniendo en cuenta, así se podía observar al menos en algunas sociedades y ante todo en teoría, una mayor tolerancia de las relaciones sexuales fuera del matrimonio, mayor expresividad de diversas formas de sexualidad, menor pudor a manifestar en público comportamientos sexuales, pérdida de valor de cuestiones como la virginidad y la pureza sexual, etc.

A pesar de ello y del reconocimiento evolutivo en cuanto a calidad del desarrollo de una sociedad más permisiva y menos radical en tradiciones patriarcales, como vengo anunciando, la cultura del honor siguió circulando, es más entiendo sigue circulando en la actualidad bajo una presión normativa (expectativas de una sociedad y el comportamiento del individuo). El honor es tanto el valor que una persona tiene para sí misma como lo que vale para los que constituyen su sociedad. Complejo cultural que se marca en las infraestructuras culturales del sujeto-social bajo la máxima…"al-qué-dirán" una visión la que se recoge aquí que alude a la autoestima, es decir, a lo que cada cual siente que vale en relación con esas mismas aptitudes, comportamientos y condiciones, pudiéndose hablar dentro de esa misma, máxima, de la autoestima, el reconocer o la imbricación, mejor dicho, del menosprecio de alguien.

Y es en ese menosprecio de alguien o por alguien…, donde podríamos preguntarnos ¿se podría comprender de una mujer (pareja, esposa, novia, hija), hacia el hombre, (yo)? Evidentemente no hay pregunta inocente y menos a estas alturas, ya que parte de lo que pretendo discutir pasa por ello, por entender que a los hombres les corresponde

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

practicar una defensa activa del honor y a las mujeres se les asigna una defensa pasiva del mismo, permítaseme la licencia, algo así como la mujer: **una simple espectadora de la vida.** De ser así, vamos dando con la clave de lo que convengo a presentar… Un hombre puede batirse en duelo arriesgado su propia vida o cometer un asesinato para salvaguardar su honra; algo así, como que el honor está por encima, incluso de la legalidad. Queda recogida de esta manera el factor socio-jurídico-cultural, para que los hombres se vean social y públicamente perjudicados en su honor cuando las relaciones con su mujer o de su mujer no si rigen bajo lo establecido.

Mientras, encontramos justificación, teoría y amparo legal en donde la mujer sería en estos casos y en relación a la honra un sujeto presto y dispuesto a enseñar, y transmitir, ahora bien públicamente ni significarse ni mucho menos mostrarse "ser sencilla, justa y modesta, ahí estriba la virtud de una mujer[5]".. ¿Podemos comprender?

Respecto a otra cuestión a analizar y en relación es el propio concepto de **dignidad**, jurídicamente hablando desde la antropología, me valdría algo así como… Dignidad: "Léase como lo que es o sería conveniente para una persona merecedora de ser respetado por los demás, dicho de otra manera; logro personal como un poder interior a ser intachable y exige de un deber". Visto así, …la dignidad recoge cierto tinte de honorabilidad al reconocerse y en relación al grado de autoestima que viene implícito en el honor; es decir, el sentimiento o emisión de todo ser humano, en el caso que nos ocupa, del hombre, de exigirse ser el mejor en lo tratado, que y respecto a nuestro tema sería el sentirse ser el mejor y tener una relación intachable ya no sólo él como marido, sino también su pareja como esposa tutelada. Toda una cultura del patriarcado y la dignidad, junto al honor fortificando y sustentando una realidad a todas luces lesiva para miles de mujeres y un modelo social del patriarcado y porqué no misógino enmarcándolo.

Evidentemente, de qué hablamos, hablamos de un modelo social que a todas luces se ampara en ciertos fundamentos jurídicos e incluso, porqué no decirlo de claros fundamentos legales, que hacen de la cultura patriarcal un modelo no tan sencillo a superar, interesante las aportaciones en este sentido de López-Zafra, 2007; Shackelford, 2005; Speckman Guerra, 2006; Vandello, Cohen y Ransom, 2008; López-Zafra, Rodríguez Espartal, Jiménez-Morales, 2008; en línea a como se puede justificar a través del acervo cultural toda una carga despreciable de unos (hombres) sobre otras (mujeres).

Lacra, que como señalamos en la presentación justificarían los crímenes de honor enmarcados en esos "contextos culturales" en el que las mujeres son vistas como propiedad del hombre y donde el honor constituye el valor primordial, naturalizando las violaciones de los derechos fundamentales de las mujeres. Del mismo modo, lo que distingue los crímenes del honor (la maté porque era mía) de otras formas de violencia es el objetivo que cae bajo la máxima del "honor familiar", Chesler (2009). Y es que nos habituamos a determinadas prácticas culturales y que van en detrimento del bienestar físico, emocional y mental sobre todo mujeres. Y que nos deja ante la razón de tener que aproximarnos al patriarcado, una construcción social, que en demasiadas ocasiones es vivido y sobre todo entendido como un derecho, un derecho… ¿histórico?

5 : Anne-Therese de Marguenat de Courcelles, Mme DE LAMBERT, "Consejos de una madre a su hija" en Los tratados para la mujer. Traducción, estudio y notas de M. J. BONO GUARDIOLA, Alicante, 2006, p. 71.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

3. EL PATRIARCADO COMO DERECHO.

No está mal planteada esa pregunta final, pues venir a hablar de patriarcado es venir a hablar de cultura y hablar de cultura hasta cierto punto es entrar de lleno a hablar de antropología y sobre todo y ante todo de cómo nos construimos, de cómo nos hacemos, si bien no es menos cierto que la naturalización de determinados conceptos, definiciones que durante años, decenas años, cuentos de años, han venido a conformarnos, han hecho como he avanzado de la construcción, de la creación, casi un hecho natural, que siempre ha sido así que nunca ha cambiado y por ende ni tenemos, ni podemos, ni debemos cuestionar.

Y es que a lo largo de la historia, el patriarcado como elemento a analizar y sobre todo a vislumbrar comienza allá por la década de los 70, siglo pasado, y comienza a ser un elemento a considerar y destacar desde las teorías feministas, sobremanera las teorías que se conformaban alrededor de la segunda ola[6] de reivindicación, de visualizar lo femenino y como contraste la construcción de un sistema sexo/género de claro y vinculante parcialidad del "pater" (patriarcado). Es decir, en el que prevalece la autoridad y el poder de los hombres sobre las mujeres, mientras, las mujeres de manera general son desposeídas de todo ejercicio de poder económico, social como político. Lerner, (1986:2) decía sobre el patriarcado: *"La manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres , niños/as de la familia y ampliación de ese dominio sobre las mujeres de la sociedad en general".*

Encontramos como a partir de entonces… las antropólogas feministas[7], en especial, han puesto en duda muchas de las antiguas generalizaciones, que sostenían que la dominación masculina era virtualmente universal en todas las sociedades conocidas, por ser asunciones patriarcales, y de alguna manera de parte de los etnógrafos de esas culturas. Y es que más bien lo que se ha venido a discutir es que cuando el trabajo lo realizaban parte de estas antropólogas se han ido encontrando con que no se ha dado una dominación universal de lo masculino; y donde la asimetría sexual no tenía que ser sinónimo de dominio o subordinación de la mujer con el hombre. En estas sociedades se cree que los sexos son "complementarios"; tienen papeles y estatus diferentes, pero son iguales[8].

Reconocer que la dominación del patriarcado, surgió tras el denominado contrato social, en letras de Pateman (1995) fue denominado como el "contrato sexual". Y para llegar al reto citado se utiliza como marco teórico la "crítica feminista", desarrollada por autores como Cobo (2012), Pateman (1995), Porlán (2014), Posada (2012), quienes mediante sus estudios muestran esa desigualdad de poder entre hombres y mujeres y la

6 : Entendemos, se entiende por segunda ola feminista al movimiento social que va evolucionando entorno al feminismo y que se popularizo por distintos momentos y/o reivindicaciones, el nombre ola se propuso como metáfora de estar en movimiento constante como una ola y su fuerza que arrastra allá por donde pasa.

7 : En los setenta (Rosaldo, 1974; Ortner, 1974; Friedl, 1975; Schegel, 1972). En la década de los ochenta estas autoras junto con otros y otras antropólogos/as (Yanagisako, 1979; Collier, 1987; Burton, 1985; Rapp, 1979; Rogers, 1978; Strathern, 1984; Tilly, 1978) vieron la necesidad de cuestionarse, la suposición de la división entre los dominios público y privado, pues no todas las culturas articulan una contraposición radical entre lo público y lo doméstico, y que esta oposición puede ser más o menos notoria según el sistema social e ideológico.

8 : Michelle Zimbalist Rosaldo y Louise Lamphere, "Introduction", en M. Z. Rosaldo y L. Lamphere, Woman, Culture and Society, Stanford, 1974, p. 3.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

preeminencia de un patriarcado que no desaparece con la modernidad, que es más sutil pero igual de nocivo y excluyente.

En definitiva, el contrato social, que explica la existencia del poder y su ejercicio, constituye, a la vez, la libertad y la dominación, considerando que:

> *La libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea a través del contrato original, y el carácter de la libertad civil no se puede entender sin la mitad despreciada de la historia, la cual revela como el derecho patriarcal de los hombres sobre las mujeres se establece a partir del contrato. La libertad civil no es universal. La libertad civil es un atributo masculino y depende del derecho patriarcal (Pateman, 1995: 11).*

De ahí que se sirva, se apoye en el derecho para justificar de hecho la diferencia entre sexos; y es que la institucionalización del dominio masculino en detrimento de las mujeres tanto en la familia como supremacía al resto de la sociedad, no es algo "natural", ni mucho menos biológico (gen femenino), sino el resultado de un proceso histórico sustentado y justificado desde la propia ley. En casi todos los países, antes o después, han sufrido de leyes las cuales de manera más o menos explícita, mandaba a la mujer a un segundo plano e incluso las anulaba, las anula como ser responsable. Esto ha hecho, ha ido produciendo, creando un modo de dominación patriarcal; una conexión cuasi mágica entre patriarcado y contrato y el paralelismo a lo contractual entre patrón y trabajador y el contrato matrimonial entre marido y esposa.

Así es, el matrimonio comienza, apela a un contrato como asociación social y el asumir como ya dije determinados papeles dentro del mismo de modo implícito y en ocasiones "ad hoc". Y como muestra: "La familia se construyó entorno al matrimonio y a los hijos (…) tanto en cuanto padre como en cuanto marido, la esposa queda supeditada a él que es el jefe de la familia."[9] Resulta evidente que estas cuestiones socialmente e incluso en democracia, no puede pasar por alto, y si repasásemos todas y cada una de las leyes a lo largo del tiempo y en los distintos países entendidos hoy como modernos y democráticos encontraríamos ejemplos parecidos como el señalado aquí y referente la historia del derecho en España; sin ir más lejos y ejemplo paradigmático nuestro Código Penal que hasta 1990 recogía: Que la mujer casada, debería seguir la vecindad civil del marido y los hijos no emancipados, la de su padre .art. 14.4 O art.756 consideraba indigno el hecho de que los padres prostituyeran a las hijas, sin embargo; no eran susceptibles los hijos. El art. 1.267 consideraba a la mujer carne de cañón a la hora de ser intimidada para contratar, y por ende, había que atenderse al sexo masculino.

De esto se trata, de esto trataremos, de cómo el patriarcado no juega solo con unas cuestiones más o menos culturales que nos hace ser lo que somos, ni incluso con tradiciones especialmente y sobremanera machistas, sino que de hecho la historia política y sobre todo la historia del derecho se ha escrito en base a una discriminación real sobre la mujer. O como obviar el Código Civil napoleónico fundamento ulterior de tantos otros en el que sin rubor alguno se institucionaliza el principio de jefatura familiar al regularse en el precepto 213 que: "El marido debe protección a la mujer, la mujer debe obediencia al marido"[10] Y como consecuencia encontramos que se refuerza el principio de incapacidad de la mujer en comparación al hombre al cual debe estar siempre sometida. En suma… observamos cómo se crea una realidad jurídica que

9 : F. Tomás y Valiente, Manual de Historia del Derecho Español, p. 552.
10 : Anderson y Zinsser, Historia de las mujeres: una historia propia, Barcelona, 1992, P.136.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

nuevamente subordina a la mujer respecto al varón al poder controlarle sus relaciones jurídicas.

Pero lo que insistimos desde la antropología, el hábito[11] viene, viene de muy lejos así incluso si viajamos temporalmente un poco más atrás podríamos observar como ya la Edad Media, la mujer, se halla en una situación de **inferioridad de derecho**; manifiesta en la propia legislación "alfonsina" de calado aristotélico sobre todo la de la máxima de: "La mujer es un varón frustrado"… "fue necesaria la creación de la mujer, para ayudar al varón no en alguna obra cualquiera, ya que para otras obras podían prestarle mejor ayuda los otros hombres, sino para ayudarle en la procreación". (De Aquino, 1992, cuestión 62).

Lo que convengo a afirmar es como la concepción simbólica de la antropología que aborda los fenómenos culturales bajo el ángulo de la significación, ha venido a significar que una buena descripción de los aconteceres a buen seguro nos va a ayudar en el diagnóstico final de acompasar que la mujer ha sido y ha hecho historia, si bien una historia sumisa y al rebufo del hombre. Una historia que dibuja un estar en ocasiones tan alejado de lo deseable y otras ocasiones tan cercano de lo inapropiado. Y es que debe o debería resultarnos evidente el hecho de que el papel de las mujeres en la creación de sociedad se dio, se ha dado, Si bien podríamos llegar a apreciar un sufragio de marginación en el proceso de interpretar.

Consecuencia inequívoca de un patriarcado de amplio espectro y mayor calado cultural de inevitable dominación masculina, fenómeno que se universalizó y condujo a justificar cuasi con una terminología entendible y de profundidad religiosa, la mujer se debe al hombre, porque así… **lo quiso Dios.** Y que alguna refleja un nosotros aparentemente de iguales, pero que de hecho nos encontremos en "todas" las sociedades que implica dar un valor mayor a los hombres sobre las mujeres, favoreciendo la desigualdad a fin de mantener el "statu quo".

Y en torno a Derecho un patriarcado que lejos de la retórica se convierte en esencia de una realidad que a lo largo de la tradición se conmuta, como avanzamos, en formato de reputación personal que se juega ante la mirada de los otros. Estrategias de encubrimiento, de reparación o restitución a todas luces que nos sitúan frente a una situación social no siempre asegurada y que ha permitido afirmar que el honor también podía ser o mejor dicho convertirse en un tema de negociación[12]. Y en sentido social, se podría considerar a las injurias graves, públicas y escandalosas, es decir, como un "acto de muerte social."

Viniendo a observar que en sociedades occidentalizadas como la nuestra en donde el ser se reduce al parecer, si nos vamos al cuidado extremo; las apariencias se convierten en un hecho de vital importancia. Reconocerse en la mirada del otro remite a un qué dirán y obliga a una representación adecuada de la identidad personal que de no darse conduce a un camino único… la defensa y rectificación de las percepciones discordantes;

11 : Introduzco el termino como sinónimo de "habitus", Bourdieu (1988), es decir; lo que hace a personas de un entorno social homogéneo, tiendan a compartir, sensaciones, estilos de vida y formas de ver el mundo parecidas e incluye
formas de actuar ante determinados hechos o sucesos y se aprende/aquiere, a través de la cultura.

12 : Ver Twinam, The negotiation of honor . Elites, Sexuality, and Illegitimacy in Eighteenth-Century Spanish America. En Johnson, y Lipsett-Rivera, (eds.); The Faces of Honor. Sex, Shame and Violence in Colonial Latín America, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1998.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

interesante al respecto la obra de Goffman (1994) en la que desarrolla la importancia del "parecer" puede llegar, es incluso más importarte que el ser en según qué ocasiones. Pues no me cabe la menor duda el patriarcado ha sido de alguna manera interpretado socialmente e incluso políticamente hablando como un avance necesario para sentar las bases del surgimiento de la civilización, en línea interesante las aportaciones de Coward (1983) donde se insiste en que el patriarcado termina siendo red de cierto paternalismo que termina triunfando. Un triunfo que para ser entendido, pasa necesariamente por el sustento contractual hegeliano del amo y el esclavo. Con las consiguientes conexiones entre el contrato "personalizado" en la esfera doméstica y el contrato "impersonal" en el mundo capitalista público. Pues pregunto, no sin intención, ¿podemos obviar la retroalimentación patriarcado-capitalismo?

Todo suma, en el mundo de la antropología y considero que la complejidad de un sistema social tan instaurado como el patriarcado queda, ha quedado suficientemente justificado que la sociedad civil incluyendo la economía capitalista, se haya sustentado y se sustente bajo una estructura patriarcal. Y siempre descansando bajo el argumentario de que el derecho político se originó de manera natural… en la paternidad. Así… llegamos a asumir un contrato matrimonial que y siguiendo al antropólogo Lévi-Strauss, lo que se intercambia durante la realización del contrato de matrimonio es una forma singular de propiedad , "la más preciosa categoría de bienes, las mujeres"[13]. Lo que nos deja bien a las claras es que el patriarcado funciona como costumbre de calado legal y lo que esto conlleva, la no necesidad de intervención de los tribunales de justicia; pues… la fuerza de la costumbre…lo legitima.

4. ¿DÓNDE ESTAMOS, DÓNDE ESTARÍAMOS?

Es innegable, sería innegable el no reconocer que el honor es, realmente, de concepción difícil de aprehender y de explicar en su significación jurídica, y lo es tanto por su sutileza como por la inmaterialidad de su contenido. Si bien es una cuestión de dónde estábamos y no se ciñe tanto a nuestro epígrafe, no es menos cierto y en línea al final de nuestro argumentario vertido en epígrafe anterior; mirando al pasado como fuente de sustento de lo que tenemos ahora, observamos como en 1734, el diccionario de la Real Academia Española ya señala, para que la honra sea sinónimo de honor ha de tener "esplendor y publicidad" y amplía, el honor: *"se toma muchas veces por reputación y lustre de alguna familia… . Significa también la honestidad y recato en las mujeres y se toma así mismo por dignidad como el honor de un empleo."*[14]

De alguna manera, recogemos esto porque es un eficaz mecanismo social que pone de manifiesto algo que me interesa destacar; la forma en que se relacionan individuo y sociedad. Es decir, el qué dirán se convierte casi en lo más importante. Y es que el honor se ha venido sustentado bajo un correlato que aludía al honor del hombre (marido) y ofensa de la mujer (esposa). Creo resuelto que si estuviésemos fuera de un modelo social conformado por el patriarcado el relato o más; estaríamos hablando de correlato. De un correlato que asignará o recogiera igualitariamente ya no sólo los delitos contra el honor (entre el hombre y la mujer) si no que esta sería una opción cultural de hecho.

Si bien es cierto que podríamos hablar sin miedo a equivocarnos que la ley, al menos en los estados modernos y democráticos se recoge de igual manera, no es menos cierto que, por ejemplo, en relación con las conductas sexuales, en numerosos trabajos se

13 : Lévi-Strauss , The Elementary structuctures of kinship, 1969, p.61.

14 : REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Castellana se recuerda el sentido de las voces, su naturaleza y calidad, Tomo cuarto, Madrid, 1734.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

ha señalado la existencia de un código de doble moral, que permitía a los hombres un grado mayor de libertad sexual, que no los deshonraba ni hacía peligrar su situación social como en el caso de las mujeres.

Mientras, hemos encontrado legislación que podría ayudar en contra de lo aquí remarcado, sin ir más lejos comienzos del siglo XX la Revolución rusa, en concreto, su Código soviético de 1918 hablaba de derechos del padre y de la madre tratándolos de igual a igual. O por ejemplo los países escandinavos que de manera meridiana son los primeros que coronan la plena igualdad de los cónyuges[15]. Y fuera de nuestro continente 1928 el Código civil mexicano (consolidado 1932) reconoce que ninguno de los dos necesitaría el consentimiento del otro para actuar con capacidad jurídica y algo muy destacable… recoge la consagración de igualdad en la patria potestad. ¿Entonces?

Y es que el patriarcado se presenta de manera excelsa fruto de la transformación y no de la eliminación, trata de un pacto sostenido bajo el prisma de lo fraternal, un pacto entre hermanos que tan bien se necesitan y se entiende. La fraternidad de los varones tiene que ver con la constitución de los hombres como "maridos" "trabajadores" y "ciudadanos". En este sentido, Pateman (1995) considera que la construcción de la teoría política moderna se sustenta bajo la ficción que desplaza lo privado al espacio de la naturaleza y traza la línea entre subordinación y libertad. Las mujeres pasan así a ser olvidadas y como no subordinadas a los hombres por… "naturaleza". Otras como Jónasdóttir (1993), hablan de que es la utilidad del propio sexo femenino al sistema y al nuevo orden y no la prueba de la naturaleza lo que sostiene y justifica el argumento patriarcal, mujeres subordinadas y al servicio de los hombres y del Estado.

Realmente, lo que convengo es que se da género,[16] en cuanto al honor, género que implica que a los hombres les corresponda aplicar una defensa del honor activa y de la mujer pasiva; esto significa que en el caso de los hombres y siguiendo una línea marcada por el patriarcado, de defender el deshonor producido sobre o de la mujer (familiar, "el fin justifica los medios") se vean ante "la obligación" de hacerlo aunque sea… " bajo la incorrección política". En línea, Bourdieu (2005) en La dominación masculina, imprime bajo una mirada cultural parte de lo aquí expresado y lo denomina "Pragmática masculina del control", consiste en la necesidad del hombre, debido al patriarcado, de verse controlador de su cuerpo, de sus emociones y del mismo modo al ser "amo" de la familia o potencial familia; de todos los miembros de la misma, incluida a su otro igual en la presunta pirámide poder familiar, la mujer.

Al tiempo y como hemos adelantado las mujeres en contraste con los hombres, ese papel pasivo que viene ejerciendo en las cuestiones del honor suponía ante todo o se veía reflejado en la evitación de actos vergonzosos . Pues los actos del honor incluían el cómo vestirse, el cómo comportarse e incluso el cómo dirigirse a los otros (hombres) hasta el punto de mostrar a la mujer como en la obligación de evitar situaciones "vergonzosas". Llegando en muchas culturas a mostrar la valía de la mujer en base a su modestia, lealtad y fidelidad (Ortner, 1978).
Interesante lo que venía a plantear Bourdieu (2005) cuando lanzaba la idea fuerte de que el honor, una mala concepción masculina del honor, la cual, pasa por una capacidad reproductora tanto sexual como social y actitud de combate eje por el que gira en la

15 : Con las leyes sueca de 11 de junio de 1920, danesa de 28 de marzo de 1925, finlandesa de 18 de junio de 1929 y noruega de 19 de junio de 1931.

16 : Modo o forma de comportarse, mostrarse incluso formas de sentir del ser humano atendiendo al sexo y en el caso que nos ocupa papeles que se asigna a los sexos hombre/mujer (dimorfismo sexual).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

actualidad las relaciones existentes entre masculinidad y violencia. Y no es realmente en su obra Bourdieu especialmente optimista, pues declara bajo la máxima de que en la actualidad, las democracias occidentales modernas, siguen perpetuando un modelo de hombre (macho) de superioridad "natural" de los varones sobre las mujeres a lo que añado… y el dimorfismo sexual Hombre/Mujer como excusa perfecta.

Recordar, aclarar, que cuando hablo de crímenes de honor en referencia a lo que de manera clara nos define los propios derechos humanos (2001) como *"actos de violencia, por lo general los homicidios, cometidos por miembros masculinos de la familia contra las mujeres de la misma, percibiendo que han manchado el honor de la familia*". Así es, delitos que manifiestan de manera clara y prácticas culturales basadas en el honor y ejercidas o llevadas a cabo en nuestras sociedades dejando a las mujeres en una clara y manifiesta posición de subordinación ante los hombres. ¿estamos siendo conscientes de esta máxima, de esta lacra? Y lo pregunto sobre todo y ante todo a los hombres. Y es más… ¿existe un antes, entiéndaseme , sintomatología previa ante lo señalado aquí?

Evidentemente, no es nada fácil restrellar dicha sintomatología, pero sí son interesante distintas percepciones que se dan y sobre todo se cuentan en cuanto a un trabajo fundamentado en las encuestas y las etnografías. Es necesario entender bien el papel social y el cómo funciona el patriarcado sobre esa sociedad para a su vez , mejor entender las acciones, en muchos casos violentas y siempre dominadoras del hombre (macho) sobre la mujer (hembra) con el fin y para poder generar otras culturas, culturas alternativas que entre sus potencialidades esté la erradicación de la sintomatología del patriarcado. Es una de las maneras más efectivas de poder ir construyendo una sociedad más igualitario, equitativa y sobre todo justa.

El hecho de que todavía se den encuestas[17] en donde los datos dejan bien a las claras que el patriarcado sigue acampando socialmente entre nuestro jóvenes no es menos cierto que en esas mismas encuestas se revela también el dato de jóvenes más concienciados en superar el patriarcado y la brecha de género. De ahí que estime que estaríamos en una sociedad en donde el consenso político vaya en línea de concienciación al respecto[18] mientras encontramos de hecho en lo social y por ende en las estructuras culturales mucho por hacer.

Recuperar al respecto la explicación psicológica que aporta Chodorow (1978: 9-10) en *The Reproduction of Mothering Sostiene* que ciertas "…asimetrías sexuales son generadas por la maternidad de la mujer" creando así una cierta justificación de la propia mujer (madre) en la transmisión de una ulterior política y sobre todo social del patriarcado. De alguna manera, lo que convengo a estas alturas es mostrar que el patriarcado se sustenta bajo estructuras del subconsciente y bajo la máxima *"Ser varón es ser importante"* (Marqués, 1991: 48) conformándose una subjetividad masculina de orgullo y perpetuidad del sujeto (masculino) al colectivo masculino. El ser hombre en sí mismo designa poder, pertenece por naturaleza a un colectivo importante en detrimento de otro menos importante el de la mujer. Todo un relato llenos de estereotipos, lo que

17 : Véase al respecto "Percepción Social de la Violencia en la Pareja desde los Estereotipos de Género" de Leonor M. Cantera y Josep M. Blanch. En Intervención Psicosocial Vol. 19, n.° 2, 2010 - Págs. 121-127 .

18 : Convenio de Estambul (Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica). En España la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 10/2022 o México entre otras Ley General de acceso de las Mujeres a una vida Libre de Violencia del 2007 y reforma 26-01-2024; Basada en Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém Do Pará".

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Bourdieu (2005) hablaba de jugar en serio a ser hombre, reconduciéndonos al sentido del honor. Y es la cultura del honor se da y se conforma en nuestro tejido social y de forma duradera como el propio discurso ideológico patriarcal.

Ahora bien esta perpetuidad, retomando actores producidos y productores de su realidad, no es del todo insuperable, pues de esa forma habríamos terminado ya sin más, el hecho de que un hombre actúe según "su deber" no garantiza de modo alguno el éxito. ¿Entonces? Los hombres están siendo educados en las sociedades modernas y democráticas en igualdad y solidaridad, al tiempo que se les sigue estimulando para mostrar una masculinidad sustentada en un desgarrador androcentrismo ideológico de hecho y en la práctica.

Como acabo de adelantar, se va haciendo imprescindible marcos normativos capaces de vislumbrar una transformación global efectiva del sistema sexo/género. El propio Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw) nos da alguna pista, pues es el único tratado internacional de carácter universal que invoca a los Estados a la erradicación de las prácticas culturales perjudiciales para la mujer, si bien y en contrapartida ni especifica ni alude directamente al crimen de honor.

No podemos obviar que el honor, está dotado de una enorme subjetividad y su afectación se encuentra condicionado por la cultura; de ahí que para poder objetivar el alcance de los crímenes de honor sería necesario definirlo de manera expresa en un texto legal y consiguiente amparo internacional, para no dejarlo así a la cultura de tal o cual país y que dichos países consensuen a través de ese marco legal internacional. En la actualidad y a falta de esta legislación deseada nos tenemos que valer a través de comités de las Naciones Unidas o los propios Estados miembros de la Cedaw.

Va tocando a su fin y lo que hemos podido saber y en efecto si como dice Sepper (2008: 638) *"Los primeros treinta años del funcionamiento de la Cedaw no han sido suficientes para garantizar el cambio de la prácticas culturales nocivas y las creencias sobre el género que siguen profundamente arraigadas".* Ni legislación meridiana de comienzos del siglo XX como hemos añadido. Solo nos queda ir concluyendo y nunca perder la esperanza.

CONCLUSIÓN

Con este artículo he pretendido mostrar el hecho de como la cultura[19] posibilita todo un marco social (individuos, grupos, roles, normas, instituciones, tecnologías…)[20] capaz de llegar a legitimar "cierta violencia" de forma directa o estructural en caso de que esta se sustente bajo la máxima del honor, junto a una lectura jurídica "pasiva" de las leyes al respecto que hacen de las sentencias se conformen de manera laxa entorno a toda una cultura del honor que hacen que se perciban, cargadas de razón.
Para ello, partimos de una máxima "La legitimación de la violencia de género bajo la cultura del honor" y es que deberíamos comprender como distintas facetas culturales de una u otra forma apoyan o justifican las realidades y prácticas de violencia en la pareja del hombre hacía la mujer, todo en base a una cultura del honor que incluso funciona a

19 : "Lo que nos hace ser lo que somos." Intencionadamente, lo coloco al final para así mantener cierta tensión y al final encontrar ese choque cognitivo del lector con el autor sobre sus propias concepciones.

20 : Basado en la estructura de sistemas viables de Beer (1972,1979, 1985) basado en asumir y percibir la realidad como un todo integrado e interrelacionado.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

la hora de formular denuncias y el pronunciamiento de sentencias por parte de la propia judicatura.

Así es, a nadie se nos debería olvidar que otra máxima que suele circular en alguna que otra manifestación en favor del feminismo y contra el machismo afirma… "El machismo mata" se encuentra más que justificada y, del mismo modo, todos deberíamos saber que es una formulación construida en y desde la cultura. Cultura que no sólo determina modos de entender, ver y vivir la vida de pareja y a la mujer, así como al hombre, sino que construye, diseña y también termina haciendo leyes a todas luces y como no podría ser de otra manera en base a esa propia cultura y su ineludibles constructos de todo tipo incluidos los de género. Pues la cultura no sólo justifica y explica, sino que favorece la acción en un determinado sentido, de ahí que nos haya preocupado y nos hemos ocupado de como disculpa pudiendo incluso promocionar discursos y acciones violentas.

En línea la cultura del honor no hace más que redundar en ello, percepción del honor que no sólo es amplia, sino subjetivamente extrema, interesante al respecto lo que la propia Unión Europea (2009) dijo al respecto: *"La idea de honor es tan subjetiva y sujeto a diferentes interpretaciones que deja a las mujeres en una situación desprotegida dentro de sus familias y comunidades (Council of Europe).* Insisto…. más que esclarecedor al tiempo que limitador de hasta donde se puede llegar y hasta donde se podría justificar sin más.

"La maté porque era mía" la hermenéutica seguro que tendría mucho que decir al respecto de la frase, ¿verdad, estimado Heidegger? Compresión de un ser humano (hombre) dirigido a un destino sin remisión; no es menos cierto que de ello trataremos en otro artículo, pero una pincelada hoy, se hace necesario. Y es que la auto-compresión en este asunto se convierte en un supremo ejercicio de cinismo; un ser humano (hombre) justificándose a lo largo de la vida de sujeto privilegiado, víctima de una devenir que le coloca casi sin remisión en el pedestal de liderazgo y poder.

De eso deberíamos ser conscientes de una conciencia de poder, conformación de una historicidad propia que se adquiere por parte de unos hombres con el fin de someter a otras mujeres. Por lo general se habla, hablamos del contenido, pero más importante, entiendo, es el proceso por el que se adquiere; y de eso hemos tratado, del competitivo liderazgo de un machista capaz de matar ya no por lo más querido, sino que mata a lo más querido, se supone por amor ¿Cómo lo podríamos concluir?

Invoco que bajo ningún concepto, los actos violentos sobre la mujer ejercidos por hombres en base al honor puedan ser justificados bajo la tradición, costumbre o incluso basados o solapados por ciertos relatos culturales. De hecho el art.42 del Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres (2011), refuerza la tesis y va en esa línea.

No nos cabe duda, de que los crímenes y la violencia en base y sustentada en el honor viene a ser un hándicap de múltiples miradas y percepciones, es evidente que nos queda la dificultad de la universalización de lo aquí expresado y planteado, pues no existe de hecho un consenso ni legislativo, ni mucho menos cultural al respecto. Y es que como he venido a plantear que es el sustento o modo cultural (costumbres, hábitos, tradiciones lo que identifica y hace único a un pueblo) lo más complicado a la vez que complejo; a unificar.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

De ahí que…resulte meridiano al afirmar que la cultura presente en toda expresión humana y de la misma forma no elude su conformación en los propios ordenamientos jurídicos, no debe ser razón suficiente ni justificación de que dicha cultura sea la excusa de vulneración de los derechos humanos de las mujeres. Y es que detrás de normalizar determinados discursos, saberes y verdades, lo que se esconde son representaciones, contextos culturales que osadamente normalizan la violencia contra la mujer; pudiendo significar que llegamos a crear una legitimación de la violencia contra la mujer en base a una cultura del honor.

Considero, siguiendo entre otras/os a Cohen (1996), Vandello, Lorente-Acosta (2007), Cohen y Ransom, (2008) o López-Zafra (2009), que el resultado de la máxima "La maté porque era mía" fundamentada en la pregunta que planteé al inicio del artículo de ¿Por qué el asesinato de una mujer podía ser asumido como asesinato cultural? Se esconde en un manifiesto patriarcado a ponderar y que coloca a la mujer en un papel de sumisión ante el hombre, junto a un concepto muy particular de la ofensa respecto al honor siempre del hombre que debe redimir dichas ofensas producidas por una mujer y para finalizar, terminamos con unas grandes dosis asumidas de una violencia de género como forma "lícita" de resolver los problemas y/o conflictos entre supuestos iguales (hombre/mujer). Y la mayéutica siempre necesaria ¿hasta qué punto somos conscientes? ¿hasta qué punto podríamos intervenir? Y… ¿una ética de la responsabilidad? ¡Todo por hacer!

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

BIBLIOGRAFÍA

Anderson , B.S., y Zinsser, J.P., (1992), Historia de las mujeres: una historia propia, t. II, Barcelona: Crítica.

De Aquino, Tomás,(1993), Suma teológica, Parte 1ª, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Beer, Stafford, (1972), Brain of the Firm, John Wiley & Sons.

Beer, Stafford, (1979), The Heart of Enterprise, John Wiley & Sons.

Beer, Stafford, (1985), Diagnosing the System: For organizations John Wiley & Sons.

Bourdieu, Pierre, (1988), La distinción, Madrid: Taurus.

Bourdieu, Pierre, (2005), La dominación masculina. Barcelona: Anagrama.

Chesler, Phyllis, (2009). Are Honor Killings Simply Domestic Violence? Middle East Quarterly, Spring, 61-69.

Cohen, D., Nisbet, R.E., Bowdle B.F. y Schwarz, N. (1996), "Insult, aggression, and the sourthern culture of honor: an experimental ethnography", En Journal of Personality and Social Psychology, 70, 945-960.

Coward, Rosalind, Patriarchal Preccdells: Scxuality alld Social Relations, Londres: Routlcdgc & Kegan Paul.

De Lambert, Mme, (2006) "Consejos de una madre a su hija" en Los tratados para la mujer. Traducción, estudio y notas de M. J. Bono Guardiola, Alicante: Universidad de Alicante.

Durkheim, Émile., (1951), Sociología y filosofía, Buenos Aires: Alianza Editorial.

Foucault, Michel, (1976). La historia de la sexualidad. Madrid: Siglo XXI.

Galtung, Johan, (1978), Peace and social structure. Essays in peace research, vol. III, Copenhague: Ejlers.

Gómez Manrique, (1458-1468), Representación del Nacimiento de Nuestro Señor, Instituto Cervantes- En https://cvc.cervantes.es/actcult/obras/poesia/poemas.asp?bookmark=6. Consultado 6/11/2024.

Goffman, Erving; (1994), La presentación de la persona en la vida cotidiana, Buenos Aires: Amorrortu.

Johnson, L., y Lipsett-Rivera, S., (1998), The Faces of Honor. Sex, Shame and Violence in Colonial Latín America, Albuquerque: University of New Mexico Press.

Jónasdóttir, Anna G., (1993), El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?, Madrid: Cátedra.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Lévi-Strauss, Claude,(1969), The Elementary structuctures of kinship, Boston: Beacon Press.

Lerner, Gerda, (1986), La creación del patriarcado. En https://www.solidaridadobrera.org/ateneo_nacho/libros/Gerda%20Lerner%20-%20La%20creacion%20del%20patriarcado.pdf Consultado 31/10/2024.

López-Zafra, Emilio, (2007): "Elaboración de una escala para medir Cultura del Honor", Revista de Psicología Social, 22 (1), 31.42.

López-Zafra, E; Rodríguez-Espartal, N Y Jiménez-Morales, M.I (2008), "Cultura del Honor e Inteligencia Emocional: ¿conceptos compatibles o relacionados?", Summa Psicológica UST, 5 (2,) 17-26.

López-Zafra, E. y Rodríguez- Espartal, N.(2008): "Relación entre cultura del honor, celos y Satisfacción en la pareja", Boletín de Psicología, 94, 7-22.

López-Zafra, Esther, (2009), "Cultura del Honor: Influencia de las variables sociodemográficas y dimensiones Psicosociales en la predisposición a reaccionar con violencia ante ofensas al honor". En López-Zafra, (Dir). Violencia contra las mujeres: descripción e intervención biopsicosocial. pp.117-142. Universidad de Jaén.

Lorente-Acosta, Miguel, (2007), "Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones", Revista de Educación, pp. 19-35.

Marqués, Josep Vicent y OSBORNE, R.(1991), Sexualidad y sexismo, UNED, Madrid, Fundación Universidad-Empresa.

Ortner, Sherry B., (1978), Sherpas through their rituals, Cambridge: Cambridge University Press.

Ortner, Sherry B. y Harriiet W. (eds.) (1981), Sexual Meanings: The Cultural Construction of Gender and Sexuality, Cambridge: Cambridge University Press.

Pateman, Carole, (1995). El contrato sexual. Barcelona: Anthropos.

Peristiany, John G., (1968), El concepto de honor en la sociedad mediterránea, Barcelona: Labor.

Pitt-Rivers, Julian A., (1977). "The fate of shechem or the politics of sex". Essays in the anthropology of the mediterranean,Cambridge: Cambridge University Press.

Pitt-Rivers, Julian Y Peristiany, J G , (1993), Honor y Gracia, Madrid: Alianza Ed.

Porlán, Ana. (2014). De esposas y madres a ciudadanas. Muy historia.

Posada, Luisa, (2012). Sexo, vindicación y pensamiento. Madrid: Huega & Fierro Editores.

Rosaldo, Michelle, Z., Y Lamphere, L, (1974), Woman, Culture and Society, Stanford: University Press.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Serrano Martínez, Encarnación, (1956), "Honneur» y «Honor»: Su significación a través de las literaturas francesa y española (Desde los orígenes hasta el siglo XVI)". Murcia: Universidad de Murcia, Digetum.

Shackelford, Todd, K.(2005): "An Evolutionary Psychological perspective on cultures of honor", Evolutionary Psychology.

Speckman Guerra, Elisa, (2006), "Los jueces, el honor y la muerte. Un análisis de la justicia (ciudad de México. 1871-1931)", Historia Mexicana 4: 1411-1466.
TOMÁS Y VALIENTE,Francisco, Manual de Historia del Derecho Español, Madrid: Tecnos.

Vandello, J.A., Cohen, D.(2003), "Male Honor and Female Fidelity: Implicit Cultural Scripts That Perpetuate domestic violence", Journal of Personality and Social Psychology, 84, 997-1010.

Vandello, J.A., Cohen, D. y Ransom, (2008), "U.S. Southern and Northern Differences in perceptions of norms about aggression: Mechanisms for the perpetuation of a culture of honor", Journal of cross-cultural psychology, 39, 162-177.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

N°3, 2025 Junio
JURIS STUDIA
Revista especializada en ciencias jurídicas
https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1316

Artículo de investigación científica

INDETERMINACIÓN NORMATIVA EN EL DELITO DE CONSUMO Y TENENCIA PARA CONSUMO Y EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL SISTEMA PENAL BOLIVIANO

NORMATIVE INDETERMINACY IN THE OFFENSE OF CONSUMPTION AND POSSESSION FOR PERSONAL USE AND THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY IN THE BOLIVIAN CRIMINAL SYSTEM

MARISOL CAMPOS DORIA NAVAS
https://orcid.org/0009-0008-6953-3805
marisol2.campos@gmail.com

RESUMEN

El presente estudio analiza críticamente el artículo 49 de la Ley Nº 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas en Bolivia, que sanciona el consumo y la tenencia para el consumo de sustancias controladas. A través de un enfoque cualitativo, con base en el método jurídico dogmático, el trabajo examina cómo la indeterminación de esta norma vulnera el principio de legalidad penal en su dimensión de taxatividad, al impedir que los ciudadanos prevean con certeza las consecuencias jurídicas de sus actos. Esta vaguedad normativa habilita una aplicación discrecional del poder punitivo y afecta garantías fundamentales como la seguridad jurídica, la presunción de inocencia y el debido proceso.

Se evidenció que el tipo penal se configura como un delito de peligro abstracto, pero sin delimitar adecuadamente el riesgo jurídico, lo que impide aplicar los principios de imputación objetiva, proporcionalidad y culpabilidad. La investigación incorpora también un estudio de la jurisprudencia constitucional e interamericana, y aplica el test de proporcionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se concluye que el artículo 49 no cumple con el estándar de legalidad formal y material exigido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resultando inconvencional e inconstitucional.

Palabras claves: legalidad penal, taxatividad, consumo de drogas, derechos fundamentales, política criminal, control de convencionalidad

ABSTRACT

This study critically analyzes Article 49 of Law No. 1008 on the Regime of Coca and Controlled Substances in Bolivia, which penalizes the consumption and possession for consumption of controlled substances. Through a qualitative approach based on the dogmatic legal method, the research examines how the indeterminacy of this provision violates the principle of criminal legality in its requirement of specificity, as it prevents citizens from reasonably foreseeing the legal consequences of their actions. Such normative vagueness enables the discretionary application of punitive power and undermines fundamental guarantees such as legal certainty, the presumption of innocence, and due process.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

The study demonstrates that the offense in question is configured as an abstract endangerment crime, yet it lacks a clear delineation of the legally relevant risk, which obstructs the proper application of the principles of objective imputation, proportionality, and culpability. The research also incorporates an analysis of constitutional and Inter-American jurisprudence, applying the proportionality test developed by the Inter-American Court of Human Rights. It concludes that Article 49 fails to meet the formal and substantive legality standards required by the American Convention on Human Rights, rendering it both unconstitutional and incompatible with international human rights law.

Keyword: criminal legality, strict legality, drug use, fundamental rights, criminal policy, conventionality control.

Revisado: 03/05/2025. **Aceptado:** 06/06/2025.
Citado: Campos Doria Navas, M. LA INDETERMINACIÓN NORMATIVA EN EL DELITO DE CONSUMO Y TENENCIA PARA CONSUMO Y EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL SISTEMA PENAL BOLIVIANO: Un enfoque desde el principio de taxatividad y el control de convencionalidad. Juris Studia, 2(3). https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1316

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

INTRODUCCIÓN

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad penal, en su dimensión de taxatividad, exige que los tipos penales estén formulados con precisión suficiente para permitir a los ciudadanos prever con razonable certeza las conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas (Castillo, 2016). Esta garantía se ve comprometida cuando el legislador incurre en formulaciones vagas, ambiguas o carentes de parámetros objetivos, como ocurre con el artículo 49 de la Ley Nº 1008, referido al consumo y tenencia para el consumo de sustancias controladas. A más de tres décadas de su promulgación, dicha disposición continúa sin establecer una cantidad específica de cocaína o marihuana que delimite jurídicamente el uso personal del tráfico ilícito, otorgando un amplio margen de discrecionalidad a fiscales y jueces, y generando afectaciones a la seguridad jurídica, la presunción de inocencia y el debido proceso (Suárez, 2006; Achá & Carballo, 2021; Stippel & Serrano, 2018).

La problemática no es menor. En Bolivia, el 0,6 % de la población entre 15 y 64 años consume cocaína, marihuana o sustancias inhalables (Achá, 2021; Calvo, 2019), lo que representa un universo estimado de 37.806 personas potencialmente expuestas a una criminalización desproporcionada. Estudios académicos y empíricos han advertido esta situación. Suárez (2006), desde hace casi 20 años sostiene que la Ley Nº 1008 vulnera el principio de legalidad por carecer de determinación objetiva en sus tipos penales. Bustamante (2023), en un estudio comparado entre Bolivia, México y Colombia, identifica la ausencia de parámetros cuantitativos como un obstáculo para una aplicación proporcional del derecho penal. A su vez, Silvestre (2015) en Guatemala, Huacac (2017) y Mogollón y Salvador (2018) en Perú, y Marchan-Bednarek (2021) en Polonia, destacan la inseguridad jurídica derivada de legislaciones antidrogas sin límites claros entre uso y tráfico.

Frente a este panorama, la presente investigación analiza cómo la indeterminación de una cantidad específica de marihuana y cocaína en el tipo penal previsto en el artículo 49 de la Ley Nº 1008 compromete la vigencia efectiva del principio de taxatividad. Desde una perspectiva constitucional, penal y comparada, el estudio se justifica por la urgencia de adecuar la legislación boliviana a estándares mínimos de legalidad, racionalidad punitiva y respeto de los derechos fundamentales

.

La investigación adoptó un enfoque cualitativo, que permitió interpretar las implicancias jurídicas y doctrinales de la ausencia de parámetros cuantitativos (Creswell, 2012). Se utilizó el método jurídico dogmático para analizar el artículo 49 a la luz del principio de taxatividad (Martín, 2021), a través de revisión documental, el análisis de legislación comparada y el estudio de jurisprudencia. Asimismo, el análisis se desarrolló mediante una interpretación sistemática, garantista y argumentativa del derecho penal y constitucional, incorporando el test de proporcionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instrumento hermenéutico claves para evaluar la compatibilidad de la norma con los derechos fundamentales.

I. Análisis Jurídico del Artículo 49 de la ley Nº 1008

1.1. Conceptualización jurídica y multidimensional de la droga

Para Marchan-Bednarek (2021), el término droga carece de una definición unívoca, debido a la diversidad de criterios desde los cuales se aborda. La Real Academia

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Española (s.f.) la define como una sustancia de efecto estimulante o depresor que altera la percepción o el juicio, mientras que la Organización Panamericana de la Salud (2025) amplía el concepto señalando que se trata de toda sustancia capaz de alterar funciones del organismo y generar dependencia. Desde esta perspectiva, se entiende como droga cualquier sustancia que modifica la percepción, el estado de ánimo o el comportamiento, sea con efectos estimulantes, depresivos o alucinógenos.

Existen diversas clasificaciones de estas sustancias, entre las más relevantes destacan los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. Para Marchan-Bednarek (2021), los estupefacientes son sustancias que producen efectos nocivos sobre el sistema nervioso central y generan dependencia. Por su parte, las sustancias psicotrópicas también afectan el sistema nervioso, alterando la conciencia, el comportamiento o el estado emocional. Su distinción no siempre es clara ni se basa en efectos diferenciados sobre el organismo, sino más bien en razones jurídico-políticas derivadas de tratados internacionales, como el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.

De este Convenio, el Anexo de la Ley N.º 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas de Bolivia (Poder Legislativo, 1988), agrupa las sustancias estupefacientes y psicotrópicas en cuatro listas según su peligrosidad, potencial de abuso y uso médico. En la Lista I se encuentran sustancias de alta peligrosidad y sin uso médico reconocido, como la cocaína, cannabis y su resina, heroína, LSD, MDMA, DMT, mescalina y psilocibina[1], las cuales se encuentran prohibidas de su tráfico, fraccionamiento y consumo, acorde al Art. 37 de la Ley 1008 (Poder Legislativo, 1988). La Lista II incluye sustancias con uso médico restringido, pero con alto potencial de abuso, entre las que destacan la morfina, la metadona, el fentanilo, la oxicodona, así como las anfetaminas, la metanfetamina y el metilfenidato. La Lista III agrupa sustancias con menor potencial de abuso y uso médico aceptado, como la codeína, la dihidrocodeína, el etilmorfino, el amobarbital, la pentazocina y el pentobarbital. Finalmente, la Lista IV comprende sustancias de uso médico común y bajo riesgo de abuso, principalmente benzodiacepinas como el diazepam, el alprazolam, el clonazepam, el lorazepam y el triazolam. Estas clasificaciones determinan el grado de control legal y sanitario sobre dichas sustancias en el país.

1 Se hace un repaso de las principales definiciones de las sustancias controladas prohibidas y reguladas por la Ley 1008. La cocaína es un estimulante potente que se presenta como un polvo blanco o marfil, derivado de la hoja de coca. El cannabis, por otro lado, es una sustancia vegetal obtenida de la desecación de las flores y hojas de la planta de cannabis, mientras que su resina, conocida como hachís, es una secreción seca de color negro o marrón extraída de las flores de la planta. La heroína es una droga adictiva con propiedades analgésicas, derivada de la morfina, que se presenta comúnmente como un polvo blanco o marrón. El LSD (dietilamida de ácido lisérgico) es una droga semisintética obtenida del ácido lisérgico, una sustancia presente en un hongo que crece en el centeno y otros cereales. La MDMA (3,4-metilendioximetanfetamina), también conocida como éxtasis, es una sustancia sintética relacionada con las anfetaminas, conocida por sus efectos estimulantes y empatógenos. La DMT (N,N-dimetiltriptamina) es un alucinógeno potente que se encuentra naturalmente en diversas plantas y animales, conocido por producir intensas experiencias visuales y auditivas. La mescalina es una sustancia alucinógena que se encuentra en el cactus peyote (Lophophora williamsii), utilizada tradicionalmente en ceremonias religiosas. La psilocibina es un compuesto químico presente en ciertos hongos, conocido por sus efectos alucinógenos y su uso en ceremonias tradicionales (Drug Enforcement Administration, 2024; Instituto Costarricense sobre Drogas, s.f.; Instituto Nacional sobre el Abuso de Drogas, 2023; Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2000, 2005a, 2005b, s.f.).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Desde una perspectiva legal, especialmente en países como Polonia o España, se considera droga cualquier sustancia –natural o sintética– que actúe sobre el sistema nervioso central, sin importar su uso médico o nivel de toxicidad. Esta ambigüedad normativa genera tensiones al momento de diferenciar entre drogas aceptadas cultural o legalmente (como el alcohol o el cacao) y aquellas prohibidas, cuya ilegalidad muchas veces responde más a criterios históricos y sociopolíticos que científicos (Marchan-Bednarek, 2021). Finalmente, la determinación de qué constituye una droga puede observarse bajo tres dimensiones:

1. **Farmacológica**, en cuanto a sus efectos fisiológicos.
2. **Sociológica,** considerando su impacto social y cultural.
3. **Jurídica,** referida a su fiscalización y clasificación legal.

Esta perspectiva integral permite abordar con mayor precisión el fenómeno de las drogas, evidenciando la necesidad de una regulación coherente que contemple tanto el riesgo sanitario como el contexto cultural y legal (Marchan-Bednarek, 2021). Sin embargo, en esta investigación se abordará el fenómeno desde el ámbito jurídico en cuanto a la lucha entre los Estados por prohibirlas, controlarlas y regularlas, en este sentido, el Consejo Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas del Estado Plurinacional de Bolivia (2020) (CONALTID) señala que el problema mundial de las drogas abarca diversas actividades ilícitas relacionadas con estupefacientes y sustancias psicotrópicas, incluyendo su cultivo, producción, fabricación, venta, demanda, tráfico y distribución y consumo, así como la desviación de precursores químicos y otras actividades delictivas conexas, lo que representa un desafío significativo para la salud, seguridad y bienestar humanos.

Se hace especial énfasis en el consumo y microtráfico para consumo, ya que la investigación aborda el consumo y tráfico para consumo como tipo penal, y en este sentido, Achá (2021) señala que este sistema prohibicionista ha sido duramente cuestionado ya que, señala, esta estrategia de represión ha provocado más daño social que soluciones, alimentando mitos y percepciones distorsionadas sobre las personas que consumen drogas, sin diferenciar entre quienes presentan una relación problemática con las drogas y quienes no. Este marco ha sido replicado en legislaciones como la Ley 1008 en Bolivia, que equipara todo consumo de sustancias controladas con conducta delictiva, sin considerar las variables clínicas, sociales y personales del consumo.

Los estudios epidemiológicos realizados en Bolivia durante la última década muestran que las drogas ilícitas más consumidas son la marihuana, los inhalantes y la cocaína en sus diversas formas (Achá G. , 2021). No obstante, los índices de prevalencia son bajos en comparación con otros países de la región. Lo más relevante es que, de acuerdo con datos de la UNODC y la OMS, solo el 12% de la población que consume drogas llega a desarrollar una adicción o dependencia, mientras que el 88% restante mantiene un consumo no problemático, ya sea experimental, ocasional o habitual (Achá G. R., 2021). Sin embargo, la legislación vigente en Bolivia, basada en la Ley 1008, no distingue entre los diferentes tipos de consumo y responde de forma homogénea con sanciones penales.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

1.1. Evolución normativa de la lucha contra las drogas en Bolivia

La configuración normativa de la lucha contra las drogas en Bolivia debe entenderse como un proceso de progresiva subordinación del marco legal interno a los dictados del sistema internacional de fiscalización de estupefacientes, promovido por potencias hegemónicas, particularmente Estados Unidos. Tal como señala Marchan-Bednarek (2021), el origen de la prohibición contemporánea de las drogas no responde a criterios sanitarios ni científicos, sino a una construcción histórica y cultural que transformó sustancias tradicionalmente empleadas con fines rituales, medicinales o recreativos en objetos de criminalización, claro que hubieron razones en cuanto su dependencia de los consumidores a las mismas, pero no siempre fueron razones de salud, encontrándose de por medio el eje político y geopolítico que entró en juego con la sociedad globalizada que pasó de moderna a contemporánea y pos contemporánea, con una lucha contra el crimen organizado que partió desde la figura del *derecho penal máximo* y del *derecho penal del enemigo* (Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 2008; Mir Puig, *La perspectiva "ex ante" en Derecho penal*, 1983; Zaffaroni y otros, 2007; Jakobs, 2019).

Desde el siglo XIX, el desarrollo de la industria farmacéutica y el control colonial de cultivos como el opio y la coca establecieron el nexo entre interés económico y regulación normativa. En este contexto, Estados Unidos adoptó una serie de leyes internas, como la Harrison Act de 1914, que progresivamente criminalizaron la tenencia y el consumo de opiáceos y otras sustancias (Marchan-Bednarek, 2021).

Bolivia se inserta en esta dinámica a partir de su adhesión a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (Naciones Unidas, 1961), instrumento que instauró un modelo prohibicionista que impuso un enfoque global de fiscalización con el fin de lograr la "protección de la salud y el bienestar de la humanidad " (Naciones Unidas, 2021), ya que establece un marco internacional para el control de drogas, limitando su uso a fines médicos y científicos. Enmendada por el Protocolo de 1972 y con una adhesión casi mundial [2], esta convención clasifica sustancias en listas según su potencial de abuso y valor terapéutico, la cual fue reproducida por Bolivia en la Ley 1008.

Según varios críticos, esta Convención definió arbitrariamente qué sustancias eran lícitas o ilícitas, ya que se basó más en posiciones políticas más que científicas (Achá G. , 2021). En este sentido, por primera vez clasificó a la hoja de coca como una sustancia fiscalizable y proscripta, pese a su uso ancestral entre los pueblos andinos[3].

2 La mayoría de los países del mundo han ratificado los tres principales tratados internacionales sobre drogas: la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Esta adhesión casi universal —que abarca al 99 % de la población mundial— refleja el respaldo global sostenido a los objetivos y mecanismos de control establecidos en dichos instrumentos, incluso décadas después de su adopción (Naciones Unidas, 2021).

3 La hoja de coca fue incluida en la Lista I, junto con la cocaína y la heroína, basándose en un informe de 1950 que recomendaba su erradicación, a pesar de su uso tradicional en culturas andinas. Bolivia, reconociendo la importancia cultural y medicinal de la hoja de coca, se retiró de la convención en 2011 y se reincorporó en 2013 con una reserva que permite su uso tradicional en el país. En 2023, Bolivia solicitó a la OMS una revisión crítica de la clasificación de la hoja de coca, buscando su exclusión de la Lista I. Esta revisión, respaldada por Colombia, podría resultar en su eliminación de la lista, su transferencia a una menos restrictiva o mantener su estatus actual (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2023) (García-Sayán, 2025).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Aunque la Ley 171 de 1962 no incorporó dicha clasificación, la posterior Ley de Control de Sustancias Peligrosas de 1973, promulgada durante la dictadura de Banzer, incluyó expresamente al arbusto de coca como estupefaciente, consolidando su estigmatización legal (Stippel & Serrano-Moreno, 2018). Esta normativa fue el punto de partida para una política de control que no solo desconocía las prácticas culturales y económicas locales, sino que también institucionalizaba formas de intervención extranjera en la definición de las políticas públicas nacionales (Giacoman, 2008).

En este interín de tener una normativa clara sobre la lucha contra las drogas, se tuvieron grandes abusos contra los consumidores y detentores de sustancias controladas, en especial en niños, niñas y adolescentes, con mecanismos punitivos desproporcionados. En 1978, el *Informe sobre Uso Indebido de Drogas y Medidas de Prevención y Educación* —elaborado con el respaldo de la UNESCO— ya denunciaba la selectividad de las intervenciones policiales, evidenciando que solo eran aprehendidos quienes consumían en espacios públicos o eran denunciados, mientras que otros quedaban invisibilizados por el entorno familiar o la tolerancia cultural. Este proceso de etiquetamiento estigmatizante se intensificó con la vigencia de una normativa administrativa desde 1976, que obligaba a los consumidores detenidos a pagar una multa al Ministerio del Interior. Además, eran registrados por las Direcciones Departamentales de Sustancias Controladas tras ser conducidos por la Radio Patrulla. Esta dinámica institucional consolidó la representación de las personas consumidoras como "sujetos desviados", y justificó prácticas de violencia estructural y represión estatal en nombre del control social (Achá G. R., 2021).

Un antecedente jurídico relevante en este marco fue el *Decreto Ley N.º 2740 de 1951* y su posterior formalización en la Ley Orgánica de la Policía Nacional (1985), que otorgaba a la Policía la potestad de calificar a personas como *vagos y malentretenidos* mediante jueces policiales, habilitándola para arrestar sin orden judicial y trasladar a los detenidos a las llamadas Granjas de Rehabilitación[4] (Achá G. R., 2021), estas fueron suprimidas formalmente en el gobierno de Jaime Paz Zamora.

Durante las décadas de 1970 y 1980, Bolivia adoptó una serie de medidas orientadas al control y erradicación de cultivos de coca, impulsadas por la presión internacional, que condicionaba la lucha mundial contra las drogas al acceso a financiamiento y préstamos internacionales. La creación de la Comisión Interministerial de Estupefacientes, la suscripción del protocolo de Ginebra de 1972 y la implementación del Proyecto de Desarrollo Chapare-Yungas (PRODES) en 1975 fueron intentos iniciales de fiscalización interna (Giacoman, 2008). Sin embargo, dichas medidas tuvieron escasa eficacia, lo que derivó en una radicalización del enfoque represivo. La operación "Blast Furnace", ejecutada en 1986 con participación directa de fuerzas militares estadounidenses, marcó un punto de inflexión, al consolidar la injerencia foránea en el aparato de seguridad interna (Giacoman D., 2010).

4 La más infame de estas fue la Granja de Espejos, escenario de torturas, ejecuciones extrajudiciales y condiciones análogas a campos de concentración. Casos documentados por Amnistía Internacional revelan crímenes graves, como el asesinato de Roberto Pérez Franco (1986) y Edwin Parada Vaca (1988), ambos sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes bajo custodia estatal. Estos hechos culminaron en una intervención forense promovida por organismos internacionales y defensores de derechos humanos, que exhumó múltiples cuerpos y derivó en la condena del coronel responsable, así como en la clausura de la granja y la derogación de la ley que permitía tales detenciones arbitrarias (Inchaurregui, 2006 citado por Achá G. R., 2021).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

La culminación normativa de este proceso fue la promulgación de la Ley N.º 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas en 1988. Esta ley, elaborada bajo la tutela informal de asesores estadounidenses, estructuró el marco legal antidrogas sobre cuatro pilares: erradicación, interdicción, desarrollo alternativo y prevención del consumo, aunque esta última con carácter marginal (Giacoman D., 2010). La norma introdujo una categorización tripartita de zonas de cultivo (tradicional, excedentaria e ilícita), estableciendo un límite máximo de 12.000 hectáreas legales. Además, incorporó un régimen penal con 32 tipos penales y procedimientos especiales de juzgamiento, caracterizados por la ambigüedad normativa, la presunción de culpabilidad, la detención preventiva obligatoria y la aplicación de medidas patrimoniales sin resolución judicial firme (Giacoman D., 2010; Achá, 2021).
Stippel y Serrano-Moreno (2018) identifican en esta legislación la cristalización de un paradigma de "derecho penal máximo", que eliminó toda proporcionalidad entre la conducta y la sanción. La ley no distingue entre pequeños productores o intermediarios y grandes operadores del narcotráfico, criminalizando por igual a los eslabones más vulnerables de la cadena. A ello se suma la inequitativa distribución de recursos: mientras el 84 % de los fondos internacionales fue destinado a acciones de erradicación y militarización, apenas un 16 % se orientó al desarrollo alternativo (Giacoman, 2008).

Durante los años noventa, la aplicación de la Ley 1008 fue reforzada mediante planes como *Ciudadela y Dignidad*, que profundizaron la represión en el Trópico de Cochabamba y consolidaron la doctrina de seguridad nacional en clave antidrogas. A pesar de la promulgación de normas complementarias como la Ley de Fianza Juratoria (1996) y el nuevo Código de Procedimiento Penal (1999), el régimen punitivo de la Ley 1008 se mantuvo intacto, perpetuando la vulnerabilidad procesal de los acusados, que en general suelen venir de situaciones precarias en contextos de pobreza y violencia (Giacoman D., 2010; Giacoman D. , 2008; Achá, 2021).

Un supuesto cambio discursivo y operativo emergió con la llegada al poder del Movimiento al Socialismo en 2006. Bajo el lema *coca sí, cocaína no*, el gobierno de Evo Morales impulsó la nacionalización de la política antidrogas, expulsó a la DEA en 2008 y, en 2013, se reincorporó a la Convención Única de 1961 con una reserva sobre el uso tradicional de la hoja de coca (Stippel & Serrano-Moreno, 2018). Este giro se consolidó con la promulgación de la Ley General de la Coca en 2017, que reconoce los usos rituales, medicinales e industriales de la planta y sustituye las sanciones penales por sanciones administrativas en casos de transgresión normativa. No obstante, la Ley 1008 permanece vigente, y existen muchas críticas al modelo empleado por este gobierno, que señalan que solo se centró en la erradicación de cultivos, y aun así estos continúan de forma exacerbada, asimismo que el hacinamiento carcelario continúa creciendo (Stippel & Serrano-Moreno, 2018; Miranda, 2017).

En balance, la evolución normativa de la lucha contra las drogas en Bolivia evidencia una tensión estructural entre la imposición internacional de marcos represivos, una política criminal expansiva y con una dinámica de derecho penal de segunda o tercera velocidad (Jakobs, 2019) y los intentos parciales de recuperación de la soberanía penal y el respeto por las garantías constitucionales. Sin embargo, el sistema vigente, lejos de haber erradicado el narcotráfico, ha concentrado su acción sobre los actores más frágiles de la cadena productiva y distributiva, consolidando un modelo de criminalización selectiva que reproduce desigualdades y debilita el Estado de derecho.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

1.2. Análisis del marco penal de delitos y penas de la Ley 1008 (Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas) en la política criminal boliviana

En Bolivia, la política criminal anti drogas orientada a la persecución penal y se concreta a través de diversas normativas: la Ley 1008 (Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas), la Ley 913 de 2017 (referida a la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias controladas), la Ley 1970 de 1999 (Código de Procedimiento Penal) con sus respectivas modificaciones, y la Ley 004 de 2010 (Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, enfocada en la lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito). La Ley 1008 (Poder Legislativo, 1988), continúa en aplicación específicamente en el título que establece los tipos penales relacionados con sustancias controladas, como el consumo y la tenencia con fines de consumo (Achá, 2021).
La Ley Nº 1008 (Poder Legislativo, 1988) establece el Régimen de la Coca y Sustancias Controladas en Bolivia, diferenciando entre el uso tradicional y el uso ilícito de la hoja de coca. Regula su cultivo, comercialización y fiscalización, delimitando zonas de producción (tradicional, excedentaria en transición e ilícita) y estableciendo mecanismos de erradicación, sustitución y desarrollo alternativo. Además, define un procedimiento especial más eficaz y severo, ya que se restringe ciertas garantías fundamentales como la libertad provisional o el recurso de apelación en etapas tempranas del proceso. Se crea una judicatura especializada y se concentra en el control punitivo, más que en una política integral preventiva, de salud y derechos (Achá, 2021).

El Título III de la Ley Nº 1008 (Poder Legislativo, 1988) tipifica una amplia gama de delitos vinculados a la coca y las sustancias controladas, estableciendo un sistema penal altamente severo. Se sanciona desde el cultivo ilícito de plantas hasta el tráfico, fabricación, administración, suministro y tenencia de drogas, con penas que van desde uno hasta treinta años de presidio y miles de días multa. Las figuras penales abarcan también delitos conexos como inducción, instigación, encubrimiento, complicidad, falsificación de documentos, cohecho, evasión, receptación, y hasta apología del delito, con agravantes específicas si se involucra a niños, niñas o adolescentes, se causa muerte o si el autor es funcionario público. Se imponen además sanciones accesorias como la confiscación de bienes, la suspensión del ejercicio profesional y la inhabilitación para la función pública. La rigidez del sistema y la ausencia de criterios claros de diferenciación entre usuarios y grandes traficantes reflejan un enfoque punitivista que desatiende principios garantistas, dejando escaso margen para la rehabilitación efectiva y el respeto a derechos fundamentales (Achá, 2021).

Ahora bien, en cómo se aplicó la Ley 1008, durante la última década, acorde a Achá (2021), las estadísticas de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico (FELCN) muestran que una parte considerable de su accionar se ha enfocado en aprehensiones por consumo y tenencia para consumo de drogas, especialmente de marihuana. La autora señala que si bien no existen datos públicos sobre las intervenciones policiales que no llegan a la FELCN, los reportes oficiales indican que entre 2006 y 2015 se registraron variaciones significativas en las aprehensiones, alcanzando su punto más alto entre 2011 y 2013. En ese periodo, la marihuana fue la sustancia más frecuentemente asociada a estas detenciones, seguida por la pasta base y el clorhidrato de cocaína. Esta tendencia guarda coherencia con los estudios de prevalencia de consumo en Bolivia, que señalan a la marihuana como la droga ilícita de mayor uso en la población (Consejo Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, 2020).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Con lo que se consolida que el consumo y la tenencia para consumo han sido la segunda causa más común de aprehensión, después del tráfico. Sin embargo, es interesante señalar que en algunos años, estas aprehensiones representaron hasta el 34% del total de casos atendidos por la FELCN. Sin embargo, esta cifra contrasta con los registros de la Fiscalía General del Estado, donde las causas judiciales por consumo rara vez superan el 5% del total de casos ingresados por delitos de la Ley 1008. Esta desproporción evidencia que la mayoría de las aprehensiones por consumo se resuelven en el ámbito policial sin avanzar al proceso penal, lo que sugiere un uso intensivo de recursos estatales en tareas de represión a consumidores, más que a estructuras del narcotráfico. Cabe recalcar que este régimen de lucha contra las drogas se encuentra *justificado* en la política criminal boliviana y, en general, la política penal contemporánea, en el entendido de que se lleva adelante una política criminal *utilitarista y pragmática* basada en la lucha contra el crimen organizado (Momblanc & Sosa, 2022; Basauri & Cerdán, 2020; Benancio, 2020), que toma elementos del derecho penal del enemigo para lograr una eficacia social en la lucha, reduciendo el costo social y volviendo más eficaces al poder judicial y fuerzas policiales, como sucede en la implementación de mecanismos de derecho premial en fenómenos de legitimación de ganancias ilícitas y corrupción, directamente relacionados con la lucha contra las drogas, ya que, en orden de combatir la criminalidad no convencional "los mecanismos tradicionales que guardan compatibilidad con garantías y derechos fundamentales resultan insuficientes e ineficaces" (Momblac & Sosa Zuñigas, 2022, p. 65), lo que significa que se restringe garantías procesales y se presume peligrosidad a partir de factores como la cantidad de droga poseída. Al igual que la lógica del derecho premial, la política antidrogas boliviana persigue un beneficio colectivo, la seguridad nacional y la disuasión del narcotráfico, mediante mecanismos que privilegian la eficiencia por sobre el respeto absoluto de los derechos fundamentales.

1.3. Análisis y estructura del artículo 49 (Consumo y tenencia para el consumo) de la Ley 1008

El Art. 49 de la Ley 1008, a la letra señala:

> Artículo 49º.- CONSUMO Y TENENCIA PARA EL CONSUMO: El dependiente y el consumidor no habitual que fuere sorprendido en posesión de sustancias controladas en cantidades mínimas que se supone son para su consumo personal inmediato, será internado en un instituto de farmacodependencia público o privado para su tratamiento hasta que se tenga convicción de su rehabilitación.
> La cantidad mínima para consumo personal inmediato será determinada previo dictamen de dos especialistas de un instituto de farmacodependencia público. Si la tenencia fuese mayor a la cantidad mínima caerá en la tipificación del articulo 48º de esta ley. A los ciudadanos extranjeros sin residencia permanente en el país que incurran en la comisión de estos hechos se les aplicará la ley de residencia y multa de quinientos a mil días (Poder Legislativo, 1988, p. 10).

Para abordar este análisis, se recurrió a la teoría general del delito, la cual, según Muñoz Conde y García Arán (2010), identifica los elementos esenciales que debe reunir cualquier conducta para ser calificada como delito. Esta teoría propone un sistema de hipótesis que permite establecer si una acción humana puede dar lugar o no a una

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

consecuencia penal, sirviendo de base para que los jueces verifiquen si una conducta encaja dentro de un tipo penal (Peña Gonzales & Almanza Altamirano, 2010; Zaffaroni y otros, 2007).

La función inicial de esta teoría, desde la dogmática jurídica, es definir el delito como un juicio de desvalor que recae tanto sobre el acto como sobre su autor (Muñoz & García, 2010). El Auto Supremo N.º 72/2015-RRC del 29 de enero de 2015 (Tribunal Supremo de Justicia, 2015) sostiene que delito es toda conducta típica, antijurídica y culpable contemplada en la ley penal, que genera una pena o medida sancionatoria. Asimismo, el Auto Supremo N.º 12/2013 de 6 de febrero de 2013 (Tribunal Supremo de Justicia, 2013) exige a los jueces aplicar esta estructura dogmática al momento de subsumir hechos ilícitos, conforme a los elementos desarrollados por la Escuela Moderna del Delito, basada en el enfoque finalista[5] y la teoría del riesgo[6]. Por tanto, el análisis partió de cada uno de estos elementos.

Sin embargo, en el marco del artículo 49 de la Ley N° 1008, la tenencia de sustancias controladas en cantidades mínimas debe ser voluntaria y consciente. En cuanto a la antijuricidad, por otro lado, la conducta de consumo y tenencia de sustancias controladas para consumo personal se considera antijurídica en la medida en que contraviene la normativa especial sobre estupefacientes. No obstante, este tipo penal plantea una problemática específica relacionada con su naturaleza pluriofensiva, ya que no resulta del todo claro si protege exclusivamente la salud pública, la salud del propio consumidor o el orden social general (Suarez, 2006). Esta ambigüedad en el bien jurídico tutelado abre un debate que excede el alcance del presente estudio. En cuanto a la culpabilidad, se le reprochará el injusto al que obre con conciencia y sea imputable ante la ley, en este sentido, no se tiene mucho conflicto.

Por otro lado, para Momblanc (2020), la tipicidad consiste en la cualidad de una conducta humana que coincide con la descripción de delito contenida en una norma penal. Peña y Almanza (2010) añaden que se trata del proceso de subsunción o encaje jurídico del acto humano voluntario en el tipo penal, es decir, en la figura normativa que define una conducta como delito, lo cual constituye un indicio de su posible comisión. En este marco, Muñoz y García (2010) recuerdan que, conforme al principio de legalidad —particularmente en su formulación del nullum crimen sine lege— solo las conductas tipificadas expresamente por la ley penal pueden ser tratadas como delitos, lo cual constituye un requisito fundamental del debido proceso.

Asimismo, Peña y Almanza (2010) sostienen que el tipo penal es una construcción legislativa que describe de forma abstracta conductas prohibidas, individualizando aquellas que son penalmente relevantes. Por tanto, el análisis de un tipo penal debe considerar tanto los elementos objetivos y subjetivos de la conducta, como la relación de causalidad o la imputación objetiva. En relación con los elementos objetivos del tipo penal, su análisis debe considerar al sujeto activo, el verbo rector, los elementos objetivos del tipo y la sanción prevista. Así lo sostienen Muñoz y García (2010), Momblanc (2020) y Mir Puig (2008), quienes destacan que estos componentes permiten delimitar con precisión la conducta descrita por la norma penal. Además, que en este análisis se determina la clasificación del delito, es decir, si es un delito de resultado o de peligro, propio o impropio.

5 La teoría finalista, impulsada por Hans Welzel (1904–1977) en la década de 1930, surge como una revisión crítica de la teoría del delito dominante hasta entonces: la teoría causalista. Esta última entendía la acción desde una perspectiva física o naturalista, como un movimiento corporal que genera un cambio en el mundo externo a través de una relación causal. Sin embargo, enfrentaba dificultades al abordar delitos por omisión o de mera actividad. En contraposición, el enfoque finalista redefine la acción como una conducta orientada a un fin, es decir, como un acto consciente guiado por la voluntad de alcanzar un resultado específico, restando centralidad al vínculo causal en el análisis penal (Peña & Almanza, 2010).Principio del formularioFinal del formulario

6 En la actualidad, existe consenso en la dogmática jurídico-penal respecto a que no basta con comprobar el nexo causal entre una acción y su resultado para atribuir penalmente dicho resultado al autor (Muñoz & García, 2010). Por ello, se ha adoptado el enfoque de la relación de riesgos. Según la teoría de la imputación objetiva, también conocida como Teoría del Riesgo, un resultado solo puede considerarse imputable cuando la conducta del autor generó un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido y dicho riesgo se concretó en el resultado típico (López, 2016, p. 127).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

En la doctrina penal contemporánea, la categoría especial de delitos conocida como delitos de peligro abstracto se caracteriza por sancionar conductas que, aunque no generen un daño concreto, implican una aptitud para producirlo. Este es el caso de delitos vinculados a la salud pública, como los relacionados con sustancias controladas (Cerezo, 2022). En el contexto del artículo 49 de la Ley 1008, la tenencia de drogas en cantidades mínimas para el consumo personal se enmarca dentro de esta lógica: se reprime la mera posesión porque representa, en sí misma, una situación objetivamente peligrosa para el bien jurídico protegido —la salud pública o incluso la salud del propio consumidor—, para Achá (2021), se consuma con la sola realización de la conducta riesgosa, sin necesidad de que se materialice un daño ni exista una víctima concreta. Se trata de figuras penales que se satisfacen con la mera creación de un riesgo para el bien jurídico tutelado, en este caso, la salud. El juicio de peligrosidad es ex ante, es decir, se evalúa si, desde una perspectiva objetiva y según el conocimiento común disponible, la conducta implicaba una probabilidad no insignificante de generar daño. Por tanto, la conducta se considera penalmente relevante no por sus consecuencias materiales, sino por su capacidad inherente de generar riesgo.

Este aspecto reviste especial importancia, ya que conforme a la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Claus Roxin —y posteriormente desarrollada por Jackobs (2019) e interpretada por Argnani (2017)—, para atribuir responsabilidad penal debe verificarse la creación o el aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. La sanción penal, en consecuencia, debe guardar proporcionalidad con dicho riesgo incrementado. En el caso analizado, esta proporcionalidad no resulta del todo clara, pues no se determina con precisión cuándo el riesgo generado afecta de forma relevante a la sociedad en su conjunto o únicamente a un individuo. En ese sentido, la conducta debe ser evaluada considerando el grado de riesgo generado, lo que permitiría determinar con mayor certeza la pertinencia y la magnitud de la sanción penal correspondiente.

En este sentido, el artículo 49 de la Ley 1008 establece dos conductas penalmente relevantes: el consumo de sustancias ilícitas y la posesión para consumo personal. En el primer caso, se criminaliza incluso el consumo en ámbitos privados, sin considerar el ejercicio del derecho a la autonomía personal. En el segundo, se presume que toda persona que consume ha debido poseer previamente la sustancia, por lo que la tenencia se convierte en condición necesaria. Algunos autores sostienen que la tenencia no implica una acción propiamente dicha, sino un estado fáctico, lo cual cuestiona su tipificación como delito basado en una conducta humana voluntaria.

Sobre la cualificación del sujeto activo, este debe circunscribirse como dependiente o consumidor no habitual, es decir, acorde a Marchan-Bednarek (2021) y Achá (2021), se estaría penalizando a consumidores frecuentes y problemáticos y ocasionales y no problemáticos en un mismo tipo penal, aunque su puesta en peligro del bien jurídico protegido, claramente es diferente del uno y el otro. En cuanto a los elementos objetivos, el artículo 49 tipifica dos comportamientos interdependientes: consumir una sustancia controlada de forma personal en la intimidad y poseer una sustancia controlada para fines de consumo personal, es decir, tener una disposición real de la misma, y al considerar el término de tenencia, no es un problema el hecho de que esa sustancia sea de su propiedad o no (Rus, 2018), es decir, que sea portador, y en realidad no llega a tener importancia si la consume o no, lo cual genera un marco de indeterminación jurídica, ya que se basa en hechos y no actos. Esto genera un tratamiento homogéneo y punitivo que no toma en cuenta la heterogeneidad de los sujetos activos, es decir, si este consumidor realizó la acción una vez, o si es dependiente, ni sus acciones,

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

exponiéndolos a detenciones, requisas, procesos penales y posibles encarcelamientos por una cuestión que no es clara, con una estigmatización de por medio (Achá, 2021).

Asimismo, el tipo penal prevé dos tipos de sanciones, una medida de seguridad de internamiento forzoso en un instituto de fármaco dependencia "hasta que se tenga convicción de su rehabilitación" (Poder Legislativo, 1988), cuestión que tampoco es clara, y mucho más problemática, considerando que no hay una separación entre un consumidor habitual y consumidor esporádico, que quien sabe consumió la sustancia por primera vez. Esta medida no puede entenderse como un tratamiento adecuado desde el punto de vista clínico, ya que carece de base en criterios médicos especializados (Achá, 2021). En la práctica, muchas instituciones de salud privadas han rechazado órdenes judiciales de internación al considerar que no existe justificación terapéutica en dichos casos, especialmente cuando no se trata de consumos problemáticos. Diversos estudios han documentado que incluso señales indirectas, como el "olor a marihuana", han sido causa de arrestos, configurando una criminalización sistemática (Achá, 2021)
.
Y el segundo tipo de sanción es aún más problemático, ya que supone que, cuando la cantidad de sustancia supera lo considerado para consumo personal, se presume automáticamente un fin de comercialización. Esto lleva a procesar al consumidor por el delito de tráfico —tipificado en el artículo 48 de la Ley 1008, que a letra señala:

> Artículo 48º.- TRAFICO: El que trafique con sustancias controladas será sancionado con presidio de diez a veinticinco años y diez mil a veinte mil días de multa. Constituye circunstancia agravante el tráfico de sustancias controladas en volúmenes mayores. Este artículo comprende toda conducta contemplada en la definición de tráfico dada en el inciso m) del artículo 33º de esta ley (Poder Legislativo, 1988, p. 10).

Es decir, la sanción es severa, y esta presunción, basada únicamente en la cantidad poseída, ha sido aplicada incluso en casos de tenencia de un solo gramo, como lo advirtió la Fiscalía Antinarcóticos en 2013 (Achá G. , 2021). Siendo este el problema mayor, ya que la determinación judicial de la cantidad límite para consumo personal inmediato carece de criterios claros y uniformes, ni siquiera en la Ley 1008 ni su reglamentación, es decir, el Decreto Supremo N.º 22099 (Estado de Bolivia, 1998) sugiere una referencia de 48 horas de consumo, no existe una normativa específica que delimite cantidades.

Esto da lugar a interpretaciones dispares y a la imputación arbitraria de delitos como suministro o tráfico. Las pericias toxicológicas y psiquiátricas requeridas por el artículo 49 son difíciles de aplicar en la práctica, debido a la ausencia de especialistas en instituciones públicas como el IDIF, lo que agrava aún más la inseguridad jurídica para las personas consumidoras de drogas (Achá G. , 2021).

Esta problemática llega a extremos, Giacoman (2010) señala que se tiene documentado que el subsistema penal boliviano, desde hace mucho tiempo, en el marco de la aplicación de la Ley 1008, incurre en reiteradas violaciones a derechos fundamentales, tanto durante la fase de detención como en el desarrollo de las investigaciones preliminares. La investigación de De Achá citada por Giacoman (2010) reporta que aproximadamente el 68 % de los hombres y el 71 % de las mujeres detenidas bajo dicha normativa fueron víctimas de malos tratos, tortura física y psicológica, amenazas, coacción o extorsión al momento de su aprehensión. Esta violencia institucional se ve agravada por la

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

ausencia de un control jurisdiccional real durante las diligencias policiales, ya que el fiscal actúa simultáneamente como director de la investigación y parte acusadora, en contravención al principio del debido proceso y a la presunción de inocencia, y la prueba principal para los arrestos es la tenencia de las sustancias controladas, es decir, su conducta se adecua al Art. 49 de la Ley 1008, el estudio reveló que en el 55 % de los casos analizados, la única prueba utilizada para la imputación penal fue la posesión de la sustancia controlada, sin evidencias adicionales que acrediten participación en actividades organizadas, aun cuando la participación haya sido secundaria o de carácter instrumental, como la de un consumidor.

En conjunto, esta evidencia empírica permite concluir que el subsistema penal en materia de drogas en Bolivia no solo reproduce lógicas de castigo desproporcionado, sino que también perpetúa un sesgo estructural que recae principalmente sobre los sujetos más débiles y marginados del sistema, en abierta contradicción con los principios constitucionales de dignidad humana, debido proceso, presunción de inocencia y proporcionalidad de la pena. Se determina entonces que el tratamiento penal que otorga el artículo 49 de la Ley 1008 al consumo y tenencia de drogas para consumo personal refleja una política criminal desproporcionada, anclada en criterios punitivos antes que en enfoques de salud pública o respeto por los derechos fundamentales, con un énfasis de una punición encubierta hacia el consumo y no así hacia el tráfico y comercialización (Achá G. R., 2021).

II. El principio de Taxatividad como Garantía Constitucional

2.1. El principio de legalidad penal y sus dimensiones

El principio de legalidad constituye un eje estructurante del Estado Social y Democrático de Derecho, al garantizar que tanto las autoridades como los ciudadanos se encuentren sometidos a la Constitución, la ley y el resto del ordenamiento jurídico. Este principio, recogido en los artículos 1, 108.1, 180.I, 232 y 410.I de la Constitución Política del Estado (CPE) (2009), asegura la supremacía del derecho sobre la arbitrariedad, ofreciendo seguridad jurídica y cohesión social mediante la previsibilidad de las actuaciones estatales.

Este principio establece que ninguna autoridad puede apartarse del marco normativo, y que incluso el Órgano Legislativo carece de facultades para restringir derechos fundamentales fuera de los límites constitucionales. Como efecto jurídico esencial, el principio de legalidad impone un estándar de certeza normativa, exigiendo la estricta sujeción de toda actuación estatal al texto constitucional y legal vigente. Esto se respalda en lo que señala la Sentencia Constitucional 085/2006 (Tribunal Constitucional, 2006) señala que este principio reemplaza al *gobierno de los hombres* por el *gobierno de la ley*, y se erige como soporte de la seguridad jurídica, orientando todo el sistema jurídico y vinculando incluso a los funcionarios públicos sin distinción jerárquica. La Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014 (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2014), amplía este principio hacia una dimensión constitucionalizante, afirmando que toda actuación administrativa o penal, dentro de la potestad sancionatoria, debe regirse no solo por la ley sino por el valor normativo directo de la Constitución, lo que implica la aplicación directa de derechos fundamentales y el sometimiento del poder público al bloque de constitucionalidad.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

El **principio de legalidad** se configura como una **garantía estructural del Estado Constitucional de Derecho,** especialmente en materia penal y administrativa sancionatoria. Este principio se expresa en su fórmula clásica *nullum crimen, nulla poena sine lege,* que exige que toda conducta punible esté previamente tipificada en una ley formal y que toda sanción tenga fundamento legal expreso (SCP 0770/2012, Fund. III.2; Villamor Lucía, citado en SCP 0770/2012).

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) ha identificado dos vertientes esenciales del principio de legalidad: la sustantiva y la procesal. La vertiente sustantiva impide que se califique como delito cualquier conducta que no haya sido previamente descrita de manera taxativa por una norma legal formal, fundamental en esta investigación. La vertiente procesal, por su parte, garantiza el respeto al debido proceso, estableciendo que nadie puede ser sancionado sin que medie un procedimiento conforme a las reglas establecidas por ley (SC 0062/2002; SCP 0275/2010-R; SCP 0394/2014).
Además, la jurisprudencia ha desarrollado los subprincipios integrados al principio de legalidad, entre ellos:

- **Taxatividad**

Exige la precisión normativa en la descripción de conductas y sanciones, evitando normas vagas que faciliten la arbitrariedad judicial (SCP 0770/2012).

- **Tipicidad**

Impone el deber de subsumir estrictamente los hechos en el tipo penal, con el fin de evitar defectos insubsanables que vulneren el debido proceso.

- **Reserva legal**

Prohíbe la creación de delitos y sanciones mediante normas infralegales o reglamentarias sin habilitación expresa de una ley formal (SC 57/2002).

- **Favorabilidad**

Conforme al art. 116.I de la CPE, que impone la aplicación de la norma más beneficiosa en caso de duda durante el proceso penal.

De manera complementaria, la jurisprudencia constitucional (SC 0035/2005 y SC 0062/2002) aclara que la mera existencia de una ley no garantiza per se el cumplimiento del principio de legalidad, ya que es necesaria su claridad, predeterminación y adecuación material, especialmente en el proceso de subsunción del hecho al tipo normativo, cuestión fundamental en esta investigación.

En suma, el **principio de legalidad** en la jurisprudencia boliviana no se limita a su formulación clásica, sino que comprende una serie de garantías materiales y formales que refuerzan el Estado de Derecho y aseguran la protección de los derechos fundamentales frente a la arbitrariedad. Este desarrollo doctrinal y jurisprudencial garantiza que ninguna persona sea sancionada sin una norma previa, escrita, clara y constitucionalmente válida, cumpliendo así con los estándares del debido proceso y la seguridad jurídica.

2.2. El principio de taxatividad como garantía material del principio de legalidad en el estado constitucional de derecho

El principio de taxatividad constituye una manifestación esencial del principio de legalidad, particularmente en su dimensión material, al exigir la predeterminación clara y precisa de las conductas ilícitas y de sus consecuencias jurídicas. Su función es asegurar la certeza jurídica y evitar la arbitrariedad en la aplicación del poder punitivo del Estado, ya sea en el ámbito penal o administrativo.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0394/2014 señala que del principio de legalidad emerge el principio de taxatividad, el cual demanda que las normas penales o disciplinarias describan de forma inequívoca las conductas sancionables y las sanciones respectivas, sin dejar margen para interpretaciones amplias que permitan a la autoridad crear tipos sancionadores ex post. Esta exigencia se reafirma en la SCP 0022/2006 (Tribunal Constitucional, 2006), que indica que cualquier falta de claridad en el texto normativo podría dar lugar a una "deslegalización material encubierta".

El artículo 116.II de la Constitución Política del Estado (CPE) (2009) establece que toda sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible, configurando una garantía jurisdiccional de no ser sancionado sino conforme a una norma vigente y conocida al momento de los hechos. Esta garantía es reiterada por la jurisprudencia constitucional, particularmente en la SCP 0770/2012 que exige una descripción precisa de los tipos sancionadores para evitar la discrecionalidad en su aplicación. La SCP 0141/2018-S3 (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018) destaca que el principio de taxatividad forma parte del carácter material del principio de legalidad, y que este garantiza la seguridad jurídica al permitir que los ciudadanos conozcan de antemano cuándo y por qué pueden ser sancionados. En igual sentido, la SCP 0074/2017 y la SCP 0060/2015 reafirman que la aplicación de una norma punitiva debe observar el principio de taxatividad, de modo que la conducta sancionada se encuentre claramente descrita en el ordenamiento jurídico, permitiendo a las personas ajustar su comportamiento a un marco legal previsible y seguro. Cualquier ambigüedad podría invalidar la disposición por violación del principio de legalidad.

Asimismo, en la SCP 0004/2022, el Tribunal Constitucional reafirma que el principio de legalidad penal sustantiva incorpora el subprincipio de taxatividad, junto con los de tipicidad, reserva de ley e irretroactividad. Este principio ha sido ampliamente reconocido tanto en el derecho interno como en el sistema interamericano de derechos humanos. El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Organización de Estados Americanos, 1963) y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), exigen que toda sanción penal se base en una ley previa, cierta y expresa.

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el contexto del control de convencionalidad y el principio de legalidad penal en su vertiente de taxatividad o lex certa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado reiteradamente que cualquier restricción a los derechos fundamentales, especialmente en el ámbito penal, debe estar establecida en una ley formal y material, con los más altos estándares de precisión y certeza jurídica. Esto implica que los tipos penales deben formularse en términos expresos, claros, taxativos y previos, tal como lo expresa el Caso Kimel vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008), donde se advierte que la ambigüedad en las normas penales puede abrir margen al arbitrio de las autoridades, lo cual es inadmisible cuando están en juego bienes fundamentales como la vida o la libertad. En este fallo se sostuvo que la falta de delimitación estricta de los tipos penales vulnera el principio de legalidad previsto en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De igual forma, en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, 30 de mayo), la Corte enfatizó que la protección de los derechos humanos impide que el poder público afecte indebidamente esferas individuales

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

inviolables, y reiteró que los tipos penales deben redactarse con terminología estricta y unívoca. Esta claridad permite diferenciar entre conductas punibles y actos no penales o ilícitos sujetos a otras medidas sancionatorias. Nuevamente, se consideró que la vaguedad normativa infringe el principio de legalidad del artículo 9 de la Convención.

En el Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016), la Corte desarrolló ampliamente el principio de legalidad como pilar del Estado de Derecho y subrayó que los tipos penales deben definir con exactitud los elementos objetivos y subjetivos de las conductas reprochadas, de forma que se elimine cualquier posibilidad de arbitrariedad. Se insistió en que estas disposiciones deben ser formuladas de manera expresa, precisa, taxativa y previa. En el mismo sentido, se señaló que algunos delitos, como los relacionados con el terrorismo o crimen organizado, requieren especial rigurosidad en su definición para evitar que se utilicen con fines políticos o para penalizar actos comunes.

La Corte también ha advertido que la labor del juez penal debe ceñirse estrictamente al marco legal, evitando toda interpretación analógica que amplíe el ámbito del tipo penal más allá de lo previsto por el legislador. En suma, estos pronunciamientos reafirman que el principio de legalidad penal y sus subprincipios (taxatividad, tipicidad, irretroactividad y reserva de ley) constituyen garantías esenciales para el debido proceso y la protección de los derechos humanos en el ejercicio del ius puniendi estatal.

Finalmente, se concluye que el principio de taxatividad no solo refuerza la legalidad sustantiva penal, sino que es un límite infranqueable para el ejercicio del ius puniendi estatal. La claridad normativa es una condición indispensable para garantizar el respeto a los derechos fundamentales y evitar el uso arbitrario del poder sancionador.

III. Análisis Crítico y Discusión Teórica

3.1. El Test de proporcionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como herramienta hermenéutica en el análisis del Art. 49 de la Ley 1008

En el marco del control de convencionalidad sobre las restricciones a derechos fundamentales, la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye un hito interpretativo clave. En ella, la Corte analizó el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que establece quelas restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

Este artículo impone un triple estándar que debe ser satisfecho de manera concurrente para que una restricción a derechos fundamentales resulte legítima: (i) que la restricción se encuentre expresamente prevista por la Convención en las condiciones que esta permite; (ii) que persiga una finalidad legítima, es decir, fundada en razones de interés general y conforme al propósito para el cual fue establecida; y (iii) que sea impuesta por una ley formal, adoptada por el poder legislativo conforme al procedimiento constitucional, y que sea clara, previsible y accesible (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

En este contexto, la Corte precisó que el término "leyes", tal como se utiliza en el artículo 30, no puede ser entendido en un sentido amplio o material, sino que debe referirse a normas emanadas del poder legislativo, aprobadas conforme al principio democrático y con todas las garantías del debate público y del control institucional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986). Esta exigencia garantiza que las restricciones a los derechos no queden al arbitrio del poder público y asegura un marco mínimo de seguridad jurídica y previsibilidad para los ciudadanos.

Además, la Corte sostuvo que la legalidad en materia de restricciones a derechos fundamentales exige que las limitaciones se impongan en términos expresos, precisos, taxativos y previos, excluyendo toda forma de analogía o interpretación extensiva. Esta interpretación refuerza la noción de que la legalidad actúa como una garantía material frente al poder punitivo o limitativo del Estado, en línea con los principios de proporcionalidad, necesidad y finalidad legítima. Así, la Opinión Consultiva OC-6/86 sienta las bases del test de proporcionalidad convencional, al establecer que toda restricción debe ser impuesta por ley formal, perseguir un fin legítimo y ser proporcional al objetivo buscado.

En el marco de la criminalización del consumo y tenencia para consumo en Bolivia, el artículo 49 de la Ley N.º 1008 presenta una restricción a derechos fundamentales —como el principio de legalidad y taxatividad como vertientes del debido proceso— que no cumple con los estándares exigidos por el control de convencionalidad. La ausencia de parámetros objetivos y la ambigüedad en la determinación de cantidades mínimas no solo vulneran el principio de taxatividad penal, sino que también incumplen el requisito de legalidad en sentido estricto previsto en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al no tratarse de una norma precisa, clara, previsible ni accesible, se debilita el carácter garantista del derecho penal y se habilita la posibilidad de que las autoridades apliquen discrecionalmente medidas restrictivas sin suficiente base normativa. La falta de claridad legislativa en el tipo penal contenido en el artículo 49 impide satisfacer el triple estándar de legitimidad, legalidad y proporcionalidad exigido por dicho pronunciamiento. En consecuencia, la criminalización imprecisa del consumo personal de sustancias controladas no solo afecta la seguridad jurídica interna, sino que también resulta incompatible con los compromisos internacionales asumidos por el Estado boliviano en materia de derechos humanos.

3.2. Evaluación del artículo 49 a la luz del principio de taxatividad

El artículo 49 de la Ley N.º 1008 representa una grave afectación al principio de taxatividad como vertiente sustantiva del principio de legalidad penal, al establecer un tipo penal impreciso, ambiguo y carente de parámetros objetivos. Su redacción, al no definir de forma clara la cantidad mínima de sustancia controlada para consumo personal, ni el cuidado en los sujetos activos, y las sanciones establecidas, habilita una aplicación discrecional del poder punitivo del Estado, comprometiendo garantías esenciales como la previsibilidad de la norma, el debido proceso y la seguridad jurídica (SCP 0770/2012; SCP 0141/2018-S3).

Desde la perspectiva dogmática, este tipo penal se configura como un delito de peligro abstracto, cuya consumación no requiere la producción de un resultado lesivo, sino la mera generación de un riesgo jurídicamente desaprobado (Cerezo, 2022). Sin embargo, la falta de delimitación de dicho riesgo —ni en términos cuantitativos ni cualitativos— impide realizar un juicio objetivo de peligrosidad, como lo exige la teoría

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

de la imputación objetiva (Roxin, 2006; Jakobs, 2019), lo que infringe los criterios de proporcionalidad y culpabilidad del derecho penal moderno.

El análisis del tipo penal revela además una problemática en la determinación del sujeto activo, al no diferenciar entre consumidores problemáticos y no problemáticos, lo cual se traduce en un tratamiento homogéneo y punitivo, contrario a los principios de racionalidad y mínima intervención penal (Achá, 2021). Este déficit de taxatividad se agrava por la ausencia de criterios uniformes en la práctica judicial y pericial, como lo demuestran las dificultades para aplicar dictámenes toxicológicos o psiquiátricos en instituciones públicas (Achá G. R., 2021).
Desde el control de convencionalidad, esta indeterminación normativa contraviene el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige que toda sanción penal esté contenida en una ley formal, previa, clara y precisa. Así lo ha establecido reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como *Kimel vs. Argentina* (2008) y *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1999), donde se advirtió que la vaguedad normativa vulnera el principio de legalidad penal y habilita la arbitrariedad judicial.

Finalmente, al no cumplir el triple estándar de legalidad, finalidad legítima y proporcionalidad exigido por la Opinión Consultiva OC-6/86, el artículo 49 configura una restricción inconvencional al goce y ejercicio de derechos fundamentales, particularmente al derecho a la libertad personal, al debido proceso y al principio de legalidad penal en su dimensión más estricta. Por tanto, se concluye que la redacción actual del artículo 49 de la Ley N.º 1008 resulta incompatible tanto con el bloque de constitucionalidad interno como con los compromisos internacionales asumidos por el Estado boliviano.

CONCLUSIONES

La investigación permite concluir que el artículo 49 de la Ley N.º 1008, referido al consumo y tenencia para el consumo personal de sustancias controladas, constituye una grave vulneración al principio de legalidad penal en su dimensión de taxatividad. Al no establecer parámetros objetivos —como una cantidad mínima determinada, criterios clínicos claros o una tipificación diferenciada de los sujetos activos—, la norma abre la puerta a interpretaciones amplias y discrecionales, lo cual contradice los estándares constitucionales e interamericanos sobre garantías penales y procesales. Esta falta de precisión normativa impide a los ciudadanos prever con certeza las consecuencias jurídicas de su conducta, afectando directamente su derecho al debido proceso, a la libertad personal y a la seguridad jurídica.

Desde el análisis dogmático, el tipo penal se configura como un delito de peligro abstracto, pero su indeterminación normativa impide aplicar adecuadamente los principios de imputación objetiva, proporcionalidad y culpabilidad. En la práctica, esto ha generado una política criminal desproporcionada y selectiva, que recae sobre los eslabones más vulnerables de la cadena del narcotráfico —principalmente consumidores y personas en situación de pobreza— y no sobre las estructuras organizadas. Además, la presunción automática de tráfico por la tenencia superior a una “cantidad mínima” no definida ha derivado en imputaciones arbitrarias e internamientos forzosos sin sustento clínico.

El artículo 49 de la Ley N.º 1008 evidencia una regresión normativa que refuerza la criminalización del consumo desde una lógica prohibicionista y punitivista, sin

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

diferenciar entre usuarios problemáticos y no problemáticos, ni considerar criterios de salud pública. A la luz del control de convencionalidad y de los estándares desarrollados por la jurisprudencia constitucional boliviana, la norma resulta inconvencional e inconstitucional, por lo que urge su reforma. El Estado debe adecuar su legislación penal en materia de drogas a la racionalidad punitiva y respeto pleno de los derechos fundamentales, estableciendo parámetros claros, diferenciados y proporcionales para el tratamiento penal del consumo de sustancias controladas, en consonancia con el paradigma de un derecho penal democrático y garantista.

BIBLIOGRAFÍA

Achá, G. (2021). Análisis de la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Ley 1008. Acción Andina Bolivia.

Achá, G. R. (2021). Contextos de privación de libertad frente a la criminalización del consumo de drogas: El caso de Bolivia. Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Discusiones actuales en torno a la prohibición y regulación de los estupefacientes, 16, 187–198.

Argnani, P. I. (2017). Responsabilidad penal del médico. ASTREA.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf

Basauri, L. M., & Cerdán, M. R. (2020). Razones jurídicas para la modificación del Decreto Supremo N.º 007-2017-JUS sobre las normas que regulan el proceso especial por colaboración eficaz. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.

Benancio, M. P. (2020). El proceso de colaboración eficaz y el Derecho Procesal del Enemigo en el Distrito Judicial de Huanaco. Universidad de Huanaco.

Bustamante, J. C. (2023). Análisis crítico del delito de sustancias controladas en la legislación nacional y la legislación comparada [Monografía, Universidad Mayor de San Simón]. http://ddigital.umss.edu.bo:8080/jspui/bitstream/123456789/38010/1/Monografia%20Bustamante.pdf

Castillo Alva, J. L. (2016). El principio de taxatividad en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador: Una lectura constitucional y convencional. Université de Fribourg. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140908_01.pdf

Cerezo, J. (2022). Lo de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. Revista de Derecho Penal y Criminología, 10, 47–72.

CICAD & OEA. (2019). Informe sobre el consumo de drogas en las Américas 2019. http://www.cicad.oas.org/main/pubs/Informe%20sobre%20el%20consumo%20de%20drogas%20en%20las%20Américas%202019.pdf

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

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Consejo Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas. (2020). Estrategia nacional contra el narcotráfico y la economía ilegal de las drogas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso Kimel vs. Argentina.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Caso Pollo Rivera vs. Perú.

Creswell, J. W. (2012). Investigación cualitativa y diseño investigativo. Sage Productions. https://academia.utp.edu.co/seminario-investigacion-II/files/2017/08/INVESTIGACION-CUALITATIVACreswell.pdf

Drug Enforcement Administration. (2024). N,N-Dimethyltryptamine (DMT). https://deadiversion.usdoj.gov/drug_chem_info/dmt.pdf

Estado de Bolivia. (1998). Decreto Supremo Nº 22099, 28 de diciembre de 1998. Gaceta Oficial del Estado.

García-Sayán, D. (2025, 8 de marzo). Criminalizando la hoja de coca: negación de derechos. El País. https://elpais.com/america/2025-03-08/criminalizando-la-hoja-de-coca-negacion-de-derechos

Giacoman, D. (2008). Reproducción de las estructuras de poder: discursos contra la pobreza y el narcotráfico en Bolivia. En A. Cimadamore (Ed.), La economía política de la pobreza. CLACSO.

Giacoman, D. (2010). Política de drogas y situación carcelaria en Bolivia. En P. M. Youngers (Ed.), Sistemas sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina (pp. 21–49). Transnational Institute (TNI) & Washington Office on Latin America.

Instituto Costarricense sobre Drogas. (s.f.). Peyote. https://www.icd.go.cr/portalicd/index.php/inf-uid/59-drogas-uid/160-peyote

Jakobs, G. (2019). La imputación objetiva en el Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc.

López Casa, Y. (2016). La imputación objetiva y sus criterios en el derecho de daños costarricense. Revista Judicial, (119), 120–152.

Marchan-Bednarek, M. (2021). El castigo penal del consumo y posesión de drogas para uso propio: el caso de Polonia. Universitat de València.

Ministerio de Relaciones Exteriores. (2023, 20 de marzo). Bolivia inicia gestiones para desclasificación de la hoja de coca de la Convención Única de Estupefacientes de la ONU de 1961. https://cancilleria.gob.bo/mre/2023/03/20/1804/?utm

Momblac, L. C., & Sosa Zuñigas, A. (2022). La figura del colaborador eficaz como componente del Derecho Penal Premial. Lex, 232.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Momblanc, C., & Sosa, A. (2022). La figura del colaborador eficaz como componente del derecho premial. Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Atlas Peruanas, 10, 231–257.

Momblanc, L. C. (2020). Una necesaria aproximación a la responsabilidad penal por mala praxis médica. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 505.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). Derecho Penal. Parte General. Tirant Lo Blanch.
Naciones Unidas. (1961). Convención Única sobre Estupefacientes.

Naciones Unidas. (2021). Celebración de los 60 años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2000). Terminología e información sobre drogas (3.ª ed.). https://www.unodc.org/documents/scientific/Terminology_Spanish.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2005). Cocaína. https://www.unodc.org/pdf/26june05/fs_cocaine_S.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2005). Cannabis. https://www.unodc.org/pdf/26june05/fs_cannabis_S.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s.f.). Heroína. https://www.unodc.org/drugs/es/get-the-facts/heroin.html

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (s.f.). Alucinógenos. https://www.unodc.org/drugs/es/get-the-facts/hallucinogens.html

Organización de Estados Americanos. (1963). Pacto de San José.

Organización Panamericana de la Salud. (2025). Uso de sustancias. https://www.paho.org/es/temas/uso-sustancias#:~:text=Las%20sustancias%20psicoactivas%20son%20diversos,pensamientos%2C%20emociones%20y%20el%20comportamiento.

Peña Gonzales, O., & Almanza Altamirano, F. (2010). Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación a la teoría del caso. APECC.

Poder Legislativo. (1988). Ley N.º 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Real Academia Española. (s.f.). Diccionario del estudiante. https://www.rae.es/diccionario-estudiante/droga

Rodríguez Calizaya, M. L. (2021). Estudio sobre el procedimiento legal de la mala praxis médica en cirugía y su responsabilidad penal significativa en salud y propuesta jurídica normativa en hospitales y clínicas del Estado Plurinacional de Bolivia [Tesis de licenciatura, Universidad Mayor de San Andrés].

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Rus, J. E. (2018). Derechos reales. V Editorial.

Suárez Saavedra, C. (2006). Inaplicación del principio de taxatividad y existencia de desproporcionalidad en las sanciones de los delitos de narcotráfico en la legislación penal boliviana [Tesis doctoral, UMSS-UANL]. http://eprints.uanl.mx/20257/1/1020155224.pdf

Tribunal Constitucional. (2002). Sentencia Constitucional 57/2002.

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia Constitucional 0035/2005.
Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia Constitucional 0022/2006.

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia Constitucional 085/2006.

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2002). Sentencia Constitucional 0062/2002.

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2010). Sentencia Constitucional Plurinacional 0275/2010-R.

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2012). Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012.

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2014). Sentencia Constitucional Plurinacional 0394/2014.

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2018). Sentencia Constitucional Plurinacional 0141/2018-S3.

Tribunal Supremo de Justicia. (2013). Auto Supremo N.º 12/2013 de 6 de febrero de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia. (2015). Auto Supremo N.º 72/2015-RRC.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2007). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

JURIS STUDIA
Revista especializada en Ciencias Jurídicas
N°3, 2025 Junio

https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1278

Artículo de investigación científica

NADIE VIO BLACK MIRROR[1]: UN ANÁLISIS SOBRE BASES CONVENCIONALES DE LOS DELITOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 153 Y 153 BIS DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

NO ONE WATCHED BLACK MIRROR: AN ANALYSIS BASED ON CONVENTIONAL STANDARDS OF THE OFFENSES CONTAINED IN ARTICLES 153 AND 153 BIS OF THE ARGENTINE CRIMINAL CODE

ABRIL CANDÁS
abrilcandas1@gmail.com

TOBÍAS ÁVILA
tobiasavila17@gmail.com

"(...) el ser humano está condenado de antemano a morir sin necesidad de someterse a una desaparición de recuerdos, y a ello debemos resignarnos. Forma parte intrínseca de la vida misma".

Yoko Ogawa en La Policía de la Memoria (página 262)

RESUMEN

En el presente se examina la tipificación de los delitos consagrados en los artículos 153 y 153 Bis del Código Penal Argentino, a la luz de la Constitución Nacional Argentina, los Tratados suscritos por la República Argentina y las visiones tanto jurisprudenciales como de los más prestigiosos doctrinarios en la materia. Combinando el análisis doctrinal con el jurisprudencial, se indaga en la estructuración típica de estas figuras penales, sus elementos constitutivos y agravantes, así como en los criterios hermenéuticos adoptados por los tribunales argentinos en su aplicación. Desde este prisma, se abordan controversias a la hora de su análisis, como lo es la determinación de la competencia judicial, evaluando la pertinencia de la intervención de la justicia federal o provincial en razón de la incidencia de las tecnologías de la información en el ámbito penal. A modo de conclusión, se expondrá la correspondencia (o no) de la normativa argentina con instrumentos internacionales, los principios penales imperantes en el diseño jurídico de la Argentina y propondremos nuestra propia visión de la misma.

Palabras Clave: Conductas, intimidad, Código penal, Derecho penal, Garantías constitucionales.

1 Un juego de palabras con dos títulos: el libro Nadie Vio Matrix de Walter Graziano y la serie de Netflix Black Mirror, la cual muestra una visión interesante sobre lo que la tecnología puede llegar a generar en nosotros en un futuro no tan lejano.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

ABSTRACT

This study examines the codification of the offenses enshrined in Articles 153 and 153 Bis of the Argentine Penal Code, considering the Argentine National Constitution, international treaties ratified by the Argentinian Republica, and the perspectives of both jurisprudence and the most esteemed doctrinarians in the field. By combining doctrinal and jurisprudential analysis, this work explores the typological structure of these criminal offenses, their constitutive elements and aggravating factors, as well as the interpretative criteria adopted by Argentine courts in their enforcement. From this perspective, it addresses key controversies in their legal assessment, particularly the determination of judicial jurisdiction, evaluating whether federal or provincial courts should preside over these matters given the increasing impact of information technologies on criminal law. In conclusion, the study will examine whether Argentine legislation aligns with international legal instruments, the prevailing principles of criminal law within Argentina's legal framework and will ultimately put forward our own perspective on the matter.

Ketwords: Behaviors, Privacy, Penal Code, Criminal Law, Constitutional Guarantees

Revisado: 02/03/2025. **Aceptado:** 03/06/2025.
Citado: Avila, T., & Candás, A. NADIE VIO BLACK MIRROR: UN ANÁLISIS SOBRE BASES CONVENCIONALES DE LOS DELITOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 153 Y 153 BIS DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. Juris Studia, 2(3). https://doi.org/10.52428/30074320.v2i3.1278

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

I. PRIMERO LO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

A la reflexión utilizada como puntapié de este escrito podemos sumarle que no estamos obligados a someternos tanto a una desaparición, como a una apertura, como a un apoderamiento o incluso a una interceptación y/o captación no de nuestros recuerdos, sino de nuestra correspondencia.

Asimismo, tampoco deberíamos vernos vulnerados a través de un acceso no autorizado a un sistema o dato propio de carácter informático y de acceso restringido.

En este sentido, nuestro legislador ha compartido criterio con la autora japonesa citada y ha tipificado en nuestro Código Penal (a través de una reforma realizada en el año 2008 a través de la Ley N°26.388) en su artículo 153 las conductas señaladas el primer párrafo del presente y, en el 153 Bis, lo señalado en el segundo.

Ahora bien, no es ajeno a nosotros que el apabullante avance de las Tecnologías de la Información vuelven cada vez más compleja la persecución penal de conductas que atentan contra la intimidad y/o libertad de todos los ciudadanos, debido a la zona gris en la que los internautas o hackers se movilizan.

Se extrae, entonces, que resultaría imposible intentar abordar en un único trabajo las múltiples (por no decir infinitas) conductas realizables por los amigos virtuales de lo ajeno atentando contra la intimidad y/o libertad. No obstante, sí es posible realizar un análisis crítico tanto de lo tipificado por nuestro Código Penal en sus artículos 153 y 153 Bis como la forma de resolver e interpretar el texto legal por parte de Cámaras, Superiores Tribunales de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación[2].

De esta manera, nos proponemos realizar un recorrido por las cuatro figuras contempladas por el artículo 153 y la única contenida en el 153 Bis del Código Penal a la luz de lo dicho por los más importantes doctrinarios de habla hispana en la materia.

Así, y como lo indica el título de este artículo, surge como horizonte arribar a la respuesta a la interrogante ¿se condice lo tipificado en estos dos artículos del digesto punitivo con los principios del Derecho Penal, las garantías constitucionales y lo dicho por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos elevados a aquella categoría?

Es menester aclarar, consecuentemente, que el trabajo a realizar es de carácter cualitativo, basándonos en una investigación doctrinal y jurisprudencial para arribar a la contestación que buscamos.

2 En principio, nuestra intención era traer a este trabajo un análisis de jurisprudencia estrictamente regional, es decir, de tribunales chaqueños y/o correntinos. No obstante, debido a la complejidad que reviste la novedad de las figuras que analizaremos (ya que nos enfocamos en sus modalidades informáticas), no ha sido posible encontrar precedentes tanto en tribunales inferiores como en Cámaras de Apelaciones e incluso en los Superiores Tribunales de Justicia tanto del Chaco como de Corrientes. Es por ello que las sentencias que traeremos a colación son, en esencia, de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Extendemos nuestra inmensa gratitud para con la Dra. Yamila Semhan, quien nos facilitó el acceso de esta investigación a la biblioteca del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes y para con el Dr. Hugo Robledo, por permitirnos acceder a la Biblioteca del Superior Tribunal de Justicia del Chaco.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Sin más que aclarar, comenzaremos analizando las figuras penales y sus núcleos típicos, para luego avanzar sobre el cumplimiento (o no) de su redacción con las pautas constitucionales y convencionales del plexo normativo argentino.

II. UNA NORMA COMPLEJA: EL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL Y LA VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA

II. A. El artículo 153 y el bien jurídico protegido

El artículo 153 de nuestro Código Penal inaugura el Capítulo III titulado "Violación de Secretos y de la Privacidad" y, en particular, se trata de un artículo compuesto y extenso. Decimos esto en virtud de que en el mismo se tipifican cuatro (4) delitos y dos (2) agravantes.

Asimismo, se tutelan derechos directamente constitucionales. En primer lugar, por lo dispuesto en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. Y es que dicha norma, en el espacio que nos importa aquí, señala que, así como el domicilio es inviolable, lo es "también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

En este mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (elevada a jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la C.N.) establece en su artículo 11.2 que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la familia, en su domicilio o en su correspondencia".

Así también, el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", reforzando lo dicho por el anterior artículo 18 con respecto a la inviolabilidad de todo aquello que sea considerado "privado", como lo es la correspondencia (Fontán Balestra, 2013).

Debido a ello es que adscribimos con el sector de la doctrina que señala que el bien jurídico protegido por el artículo 153 es la inviolabilidad de la correspondencia, "independientemente de que el contenido de esa correspondencia pueda ser secreto[3]" (Molina, 2021, p.473).

En otras palabras, lo que se protege es la comunicación escrita entre dos personas, penando la ilegítima intromisión de un tercero ya sea "accediendo a ella, interceptándola o desviándola de sus fines" (Donna, 2011, p. 410).

No resulta excluyente sino ampliatorio el criterio de Edgardo Donna en considerar que se protege "lo que el Tribunal Constitucional alemán ha llamado 'la esfera de intimidad de la persona', a la que sólo se debe acceder con orden de juez competente" (2010, p. 410).

En resumen, el objeto de los delitos tipificados en este artículo es la correspondencia (ya sea escrita o electrónica, como se verá en breve) y el bien jurídico protegido es la inviolabilidad de la misma, protegiendo a su vez el ámbito de privacidad de las

3 "Poco importa el contenido de la carta, sino que la protección es formal, en el sentido de que es suficiente que se proteja el secreto de la carta" (Donna, 2011, p. 411)

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

personas[4], infranqueable tanto para un tercero, como para el Derecho, salvo contadas excepciones.

Retomando lo dicho, el texto legal del artículo 153 tipifica cuatro delitos y dos agravantes, por lo cual sería confuso y antipedagógico intentar explicar las cuatro figuras en paralelo. En consecuencia, comenzaremos con el tratamiento de la primera de ellas (Apertura Indebida o Acceso Indebido de una Comunicación Ajena) para luego continuar con las siguientes, culminando esta sección con la explicación de las agravantes, también contempladas por esta misma norma.

II. B. Artículo 153 Primera Parte: Apertura Indebida o Acceso Indebido a una Comunicación Ajena[5]

En la primera parte del artículo 153 (primer renglón, hasta el primer punto y coma) del Código Penal no nos encontramos con uno, sino con dos tipos penales, como bien lo consigna el subtítulo de este apartado. Veamos el segmento de la norma que aquí nos interesa:

> Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica[6], una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido…

Lo primero que identificamos en este enunciado es que estamos en presencia de dos verbos típicos: "abrir" y "acceder", ambos, indebidamente. Si recurrimos a la pura definición gramatical, siguiendo en particular a Fontán Balestra, "abrir" consiste en "descubrir o hacer patente lo que está cerrado u oculto" mientras que "acceder" hace referencia a "entrar en un lugar o pasar a él" (2013, Tomo II, p. 482). Este autor

4 Entiéndase, la libertad de mantener en secreto ciertos aspectos de la vida y de la personalidad.

5 La mayoría de los autores, como se dirá, deciden desdoblar el tipo penal en dos: apertura de correspondencia por un lado y acceso indebido a una comunicación electrónica, por otro. En ese sentido Molina (2021, página 472 y siguientes), Carlos Fontán Balestra (2013, Tomo II, página 482 y siguientes) Daniel Altmark y Eduardo Molina Quiroga (2012, Tomo III, página 268 y siguientes), entre otros. No obstante, no termina de sernos del todo claro la necesidad de distinguir entre "abrir" y "acceder", siendo que son dos caras de una misma moneda, se "abre" una carta física dirigida a otra persona y se "accede" a un e – mail ajeno. Aún, así, podríamos intercambiar ambos términos y seguir dando a entender lo mismo: "accedí" a través de la rotura de un sobre a una carta física ajena y "abrí" un correo electrónico que no estaba dirigido a mi persona o "abrí" una backdoor en un sistema para leer e – mails ajenos. En ambos casos se gana acceso a información que no debería ser accesible para el autor. Partiendo de la hipótesis de que la interpretación de la norma penal no puede ser estrictamente gramatical (se da también un análisis sistemático y teleológico) entendemos la decisión del legislador de utilizar ambos términos para intentar aggiornar el Código a las nuevas tendencias, anticipándose a las distintas formas de comisión de este delito en su modalidad electrónica e incorporar un término, si se quiere, menos arcaico. Por ello, es necesario distinguir aun así dos tipos penales, ya que nos encontramos con dos verbos, valga la redundancia, típicos, por lo que en el texto se apreciará la distinción. Empero, a fines prácticos, la relevancia en separar ambos términos es nula, entendiéndose, hoy en día, lo que quiere decirse indistintamente con la expresión "acceso a una comunicación ajena" ya sea si utilizamos el verbo "abrir" como si utilizamos el verbo "acceder", así también como si se trata de una comunicación digital o analógica.

6 La Ley N°26.388 del año 2008, reformadora del Código Penal y que ya mencionamos en la Introducción del presente, añade esta conducta al artículo 153, actualizando el clásico delito de la apertura de correspondencia para contemplar la modalidad electrónica del delito, en esta redacción en particular y para una parte de la doctrina, como un delito distinto.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

especifica que "abrir" hace referencia a la correspondencia en soporte papel mientras que "acceder" se refiere al soporte digital (2013).

Jorge Buompadre (2009), por su parte y en análogo sentido, coincide en esta separación basada en el tipo de soporte en el cual se plasme la comunicación y agrega que la modalidad digital consiste en "acceder indebidamente" a una comunicación electrónica, ingresando, penetrando o utilizando un procedimiento similar a una correspondencia digital, sin importar la modalidad escogida por el autor.

Resulta interesante traer a colación la forma de concebir esta figura por parte de los autores Marcos Salt y Víctor Hugo Portillo, quienes doctrinan que:

> [Los términos] Abrir o acceder [se entienden de la siguiente manera]: "Abre quien encuentra que una comunicación electrónica (email, mensaje de texto, chat privado, mensaje directo en plataformas de redes sociales, etc.) está "cerrada" y su acción lo abre y accede quien, aun estando abierta pero no accesible o disponible públicamente, ingresa para conocer su contenido" (Aboso [et ál], 2022, página 505)

Consideramos que esta última forma de definir o entender los términos "abrir" y "acceder" a correspondencia es la óptima debido a que se adapta tanto a la versión analógica (o "papel") como a la versión electrónica del delito bajo examen.

De esta forma, podemos recrear ejemplos de apertura de correspondencia no sólo en casos de un sobre con una carta dentro, sino en el de una notificación de WhatsApp en una pantalla desbloqueada (que no despliega el contenido de la comunicación) de un smartphone ajeno en la cual, al hacer click, se abre el chat completo de manera indebida.

Siguiendo esta línea, un caso de acceso indebido sería el supuesto en que P deja su cuenta de WhatsApp Web abierta en la computadora de X, quien en vez de cerrar la sesión una vez ausente aquél, procede a acceder indebidamente a las comunicaciones de P.

Surge, a todas luces, que el objeto del delito (tanto de la apertura como del acceso indebido) es la correspondencia, a la cual entendemos como cualquier mensaje[7] transmitido por un emisor a un receptor a través de cualquier medio, tecnología o aplicación, tanto escrito como electrónico. Se trata de un concepto amplio que persigue adaptarse a cualquier actualización promovida por las nuevas Tecnologías de la Información (TICS) pero delimitado suficientemente[8] para no alterar el Principio de Legalidad[9].

7 No resulta lógico limitar la definición de comunicación y/o mensaje a la transmisión de un pensamiento de manera escrita. Hoy en día, con la vigencia de variadas aplicaciones de mensajería instantánea, no puede dejarse de lado la posibilidad de enviar un mensaje de audio e incluso la conocida práctica de enviar un video breve y/o una imagen con fines comunicativos.

8 Se remite única y exclusivamente al caso del envío y recepción de correspondencia/mensajes, no a cualquier dato, lo que diferenciaremos en oportunidad de analizar el artículo 153 Bis del Código Penal.

9 Sobre la cuestión de la afectación del Principio de Legalidad, si bien la actual redacción del artículo 153 zanja la cuestión en favor de la posibilidad de imputar la apertura o acceso indebido a una comunicación electrónica, ello no siempre fue así. En efecto, es destacable el fallo "Lanata Jorge S/ Desestimación" en la cual a merced de la reclamación al conocido periodista de publicar información

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Ahora bien, si decimos que la protección se centra en la intimidad de las personas, al abrir o acceder a una comunicación ¿se afecta al emisor o al receptor del mensaje? Entendemos, debido a que constitucionalmente se protege a la generalidad de la población ante la vulneración de su intimidad y el Código Penal norma en consecuencia, que se afecta a ambos.

Esta conclusión deriva en la ineluctable consecuencia de posibilitar el accionar contra el autor por parte de ambos sujetos (emisor y/o receptor), independientemente de que la persona a partir de la que se produce la apertura o acceso indebido haya sido uno u otro, ya que el bien jurídico protegido es la intimidad de ambos[10].

De igual modo, cabe preguntarse quiénes pueden ser sujetos tanto activos como pasivos del delito que venimos comentando. La doctrina[11] coincide, y nosotros con ella, en que el sujeto pasivo de este delito puede ser cualquier persona destinataria o receptora de la comunicación[12]. Así también, cualquier persona física[13] puede ser sujeto activo[14], "siempre que no resulte ser el propio destinatario de la comunicación en cuestión ('que no le esté dirigida')" (D' Alessio, 2009, p. 521).

Se trata de una figura dolosa que no admite accionar culposo. Ello resulta positivo en virtud de que con el avance de la tecnología puede resultar que, una persona no familiarizada con los procesos digitales, acceda involuntariamente a un mensaje de una persona que, por ejemplo, se encuentra enseñándole como utilizar una computadora o un teléfono inteligente, lo cual no sería prudente penar.

Los autores Altmark y Molina Quiroga subrayan que "específicamente la expresión 'indebidamente', que aparece repetida cuatro veces [en el artículo 153], tiene el sentido de fundar el delito sobre una firme y delineada figura objetiva y subjetiva de licitud que excluye toda posibilidad de imputar el delito en forma culposa" (2012, Tomo III, p. 271).

Ya hemos dicho, al menos implícitamente, que los requisitos para abrir o acceder a una comunicación ajena es, justamente, "que la correspondencia debe estar cerrada de cualquier modo que exteriorice la voluntad del remitente" (Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle, 2019, p. 357) de serle dirigida única y exclusivamente al receptor.

---

no destinada a ese fin y que había sido enviada por correo electrónico, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dijo que "la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los artículos 153 al 155 en la época de redacción del código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos" (Sentencia N°10.389, 1999). En realidad, y como bien señalan Salt y Portillo (Aboso et ál, 2022), desde una perspectiva gramatical con miras hacia el principio de la lex certa, la redacción en aquel entonces de la norma no preveía la vulneración ejercida sobre comunicaciones digitales y, en particular, se equiparaba un término con otro y eso está vedado por el Principio de Legalidad. Por ello y a la postre, el legislador retocó la redacción en el año 2008 e incorporó el término "comunicación electrónica" en este artículo.

10 Recordemos que, por imperio del artículo 73 del Código Penal, los delitos contenidos en el artículo 153 (todos ellos) son acciones exclusivamente privadas. Dicha norma en el segmento que aquí importa establece que "son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: (…) 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157…"

11 En este sentido Buompadre (2009), Molina (2021), Salt y Portillo (Aboso et ál, 2022), Donna (2011), D' Alessio (2009), entre otros.

12 Sobre el sujeto pasivo, Gonzalo Molina agrega que pueden serlo incluso los cónyuges, ya que no se posee un derecho a invadir la intimidad de la pareja (2021); y Andrés D'Alessio cita al autor Carlos Creus para aclarar que "incluso el despacho dirigido a un destinatario imaginario o a uno fallecido, sigue siendo un objeto cuya apertura es típica, ya que este delito protege el derecho al secreto tanto del destinatario como del remitente, que será violado en ambos supuestos" (2019, p. 521).

13 Moisés Barrio Andrés aclara que se trata de un delito que no puede ser cometido por personas jurídicas (2020).

14 Donna agrega, en cita de Muñoz Conde que "además de la voluntad de apoderarse de la comunicación, es necesario que el sujeto activo tenga intención de descubrirlos, ya que, si su intención es destruirlos, no entraría en este tipo penal" (2011, p. 415). En efecto, el tipo penal en dicho caso sería el de supresión o desvío de correspondencia, que veremos oportunamente.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Dicho esto, es deducible que podría ser admisible la tentativa (Buompadre, 2009; Donna, 2011; Fontán Balestra, 2013). Puede darse la situación de que un cónyuge intente adivinar la clave de acceso de la cuenta de correo electrónico del otro con la finalidad de espiar los e – mails de su pareja sin tener éxito.

Carece de importancia, por su parte, la imposición del contenido de la misiva, consumándose el delito al momento de abrir o acceder (es suficiente el mero intrusismo) a la correspondencia de manera indebida (Buompadre, 2009). Tampoco interesa penalmente si con posterioridad se intenta cerrar el pliego/sobre/mensaje o que no se entienda lo que se lee en el correo electrónico abierto (Donna, 2011).

Por último, debe admitirse la posibilidad de formas de participación[15]. Puede plantearse la situación de que A le pide prestado su teléfono celular desbloqueado a C y comienza a revisar sus conversaciones con B; o que X solicita la ayuda de Y, quien sabe la clave de la laptop de Z, y comienzan a abrir sus correos electrónicos[16].

II. C. Artículo 153 Segunda Parte: Apoderamiento Indebido de Correspondencia o de Comunicación Electrónica

Siguiendo el orden propuesto ab initio, es momento de analizar la segunda parte del artículo 153 (desde el primer punto y coma, hasta el segundo). A saber:

> Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que (…) se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado…

En esta norma se tipifica el delito conocido como Apoderamiento Indebido de Correspondencia o de Comunicación Electrónica. El primer rasgo distintivo de este delito (a diferencia de la Apertura/Acceso Indebida/o a Comunicación Ajena) es la innecesaridad de cerramiento de la comunicación en cuestión.

Asimismo, en este tipo el autor se apodera de la comunicación, en el sentido de "introducir o hacer permanecer el objeto en la propia tenencia" (Molina, 2021, p. 475). No obstante, este término en particular merece ciertas consideraciones de rigor.

La disyunción permanece: tenemos, por un lado, la correspondencia "tradicional"; y, por el otro, la electrónica. Si nos remitimos a la correspondencia "tradicional" vista como cartas, pliegos o papeles privados, es dable afirmar que la acción típica es la misma que en el hurto[17]: "aprehensión del objeto por parte del autor" (Donna, 2011, p. 417), "no siendo suficiente la mera imposición del contenido de la correspondencia" (Buompadre, 2009, p. 710).[18]

15 En este sentido, Fontán Balestra (2013).

16 Este mismo caso admite la posibilidad de variarlo hacia la participación necesaria, imaginando que X le solicite a Y la contraseña de la laptop de Z pero Y no participe de la lectura de los correos electrónicos de Z.

17 En este sentido, Fontán Balestra (2013).

18 Debe ponerse de manifiesto, como bien señalan Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019), que "la redacción de esta figura ha sido cuestionada por quienes entienden que se produce la superposición de distintos tipos penales como el hurto (art. 162), la retención indebida (art. 173, inc. 2°) o la defraudación atenuada (art. 175, inc. 2°)" (p. 359). Ahora bien, coincidimos con Molina (2021) en afirmar que (si bien se exige, al igual que en el hurto, el apoderamiento ilegítimo de una cosa ajena)

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Empero, como bien señala D'Alessio, "esta analogía no se ajusta respecto de la comunicación electrónica" (2009, p. 525). En esta modalidad de comunicación, el apoderamiento no equivale exclusivamente al que estudiamos en la figura del hurto, sino que "se trata de una expresión de amplio contenido" (Buompadre, 2009, p. 709) que al no existir posibilidad de apoderarse o aprehender la comunicación (en el sentido de su intangibilidad), lo que importa es imponerse[19] de su contenido.

Salt y Portillo (2022) marcan que el escozor, en el contexto del "apoderamiento" de comunicaciones electrónicas surge a raíz de que "puede darse el caso de que el autor solamente copie el contenido para llevárselo, sin necesidad de desapoderar a la víctima" (Aboso [et ál], p. 510)[20].

Tengamos en cuenta que casi todos los datos informáticos pueden ser víctimas de la práctica conocida como copy and paste (copiar y pegar) y el legislador no ha sido ajeno a esta realidad, por lo que se ha buscado castigar el hecho de llevarse el autor el contenido (en este caso no la comunicación material strictu sensu) de un mensaje que no le pertenece y que no le está dirigido.

Expuesto lo anterior, concluimos (en cuanto a la acción típica) que se trata de un hurto cuyo objeto material está determinado específicamente y que desplaza al "hurto tradicional" por especialidad. Podemos visibilizar la diferenciación a través de la resolución del caso Millán por la Cámara Federal de San Martín (1991) y recordado por D'Alessio: "concurren en forma material los delitos de violación de correspondencia y el hurto consumado a raíz del apoderamiento de cheques existentes en el interior del sobre" (2009, p. 526)[21].

Al igual que la figura analizada en el anterior acápite, se trata de un delito doloso que no admite su comisión culposa y cualquiera puede ser autor, siempre y cuando no sea destinatario de la comunicación (Buompadre, 2009; Donna, 2011). Asimismo, es

---

este artículo desplaza al del hurto por especialidad por tratarse, como señalaran Molinario y Aguirre Obarrio, de un hurto con un objeto material específico (Donna, 2011).

19 No siempre es recomendable recurrir a la textualidad para expresar la significación de un término y/o palabra. Aun así, a fines prácticos, la segunda acepción del verbo "imponer" es "instruir a alguien en algo, enseñárselo o enterarlo de ello" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es> [21/01/2025]). De esta manera, entendemos que "imponerse del contenido" de la comunicación es enterarse de su contenido, lo que tendrá sentido en los párrafos siguientes para el entendimiento de la figura sub examine en su afectación a comunicaciones electrónicas.

20 En tal sentido, Donna (2011): "Ahora bien, en lo que concierne a la COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA, incorporada al tipo recientemente, aparece dudosa la posibilidad de que pueda ser susceptible de apoderamiento indebido en los términos tradicionalmente conocidos, dado que el autor puede hacerse de una 'copia' de un e-mail al reenviarlo a su propia casilla o bien al imprimirlo, sin embargo la comunicación 'original' permanecerá en poder de su titular. Pero en este sentido, basta con que el sujeto se apodere, en el momento en que 'entra' al correo electrónico, para que se consume el delito" (p. 418).

21 "Núñez señala que el delito puede concurrir materialmente con el hurto: 'Aclara que el concurso no puede suceder por el solo apoderamiento de lo que en sí mismo es una correspondencia, porque ésta, incluso si se admite su valor pecuniario, constituye el objeto de un tipo delictivo especial separado ex profeso del tipo del hurto (art.162) y que, por consiguiente, no lo puede involucrar. El concurso que aquí nos interesa ocurre cuando a la par de la pieza que constituye una comunicación, el autor se apodera de otra pieza con valor económico. El concurso es material porque el autor, aunque lo hace en el mismo contexto, se apodera de dos cosas distintas, cuyo apoderamiento produce efectos jurídicos distintos'" (Donna, 2011, p. 417)

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

también admisible la tentativa y cualquier forma de participación (Fontán Balestra, 2013).

II. D. Artículo 153 Tercera Parte: Supresión o Desvío de Correspondencia o de Comunicación Electrónica

Ahora bien, arribamos a la última figura del primer párrafo del artículo 153 (desde el segundo punto y coma, hasta el punto y aparte), que dice así:

> Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que (…) indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

Al igual que en la primera parte de este artículo, nos encontramos con dos figuras típicas: la supresión y la desviación indebidas de correspondencia o comunicaciones electrónicas.

En cuanto a la supresión indebida, existen dos posturas al respecto de la interpretación que debe dársele al verbo típico. Un sector de la doctrina, minoritario (Salt y Portillo), considera que por suprimir debe entenderse "hacer desaparecer" (Aboso [et ál], 2022).

Por otra parte, la doctrina mayoritaria[22] (a la que adscribimos) entiende que por suprimir no necesariamente debe entenderse (o al menos de manera excluyente) "destruir" sino quitarla de su curso definitivamente, traspapelarla maliciosamente, suprimiendo no la correspondencia sino su entrega al destinatario (Fontán Balestra, 2013).

Esto último, no obstante, es aplicable a la correspondencia física. Por el lado de la comunicación electrónica puede entenderse que se suprime cuando se la elimina, en palabras de Fontán Balestra, "por el procedimiento con el que está dotado al efecto el elemento electrónico en el que se la recibió" (2013, p. 490) sin que sea necesaria la erradicación total de la memoria o disco duro del aparato.

Como ejemplos puede imaginarse el clásico acto de eliminar e – mails de la bandeja de entrada de la casilla de correo electrónico de una persona o, en las aplicaciones modernas como WhatsApp o Instagram, vaciar chats, eliminar mensajes específicos e, incluso, visualizar mensajes "autodestructivos" (los conocidos "mensajes bomba" o "x1") con la finalidad de que el destinatario no pueda acceder a ellos[23].

Pasando ahora a la desviación indebida de una comunicación, se trata de darle un curso distinto al que tenía originariamente, no importando que la misma se encuentre

22 En este sentido Buompadre (2009), D' Alessio (2009), Donna (2011), el mencionado Fontán Balestra (2013), Molina (2021) y Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019).

23 Aquí es posible objetar que la visualización de este tipo de comunicación (que puede ser un video, un mensaje de audio o una imagen) encuadra en la figura de apertura indebida de correspondencia. Sin embargo, nos inclinamos por entender que el hecho de "abrir" el mensaje y que automáticamente desaparezca, hace que la figura que analizamos en esta sección desplace a la consagrada en la primera parte del artículo 153 por especialidad. En el peor de los casos, la cuestión se limitará a la posibilidad de demostrar en el proceso en qué se basaba el dolo del autor: ya sea que pretendía abrir simplemente la comunicación o hacerla inaccesible al destinatario. Si llegara a ser posible probar que su intención era solo abrirla y no comprendió que con su acción la comunicación desaparecería, será únicamente imputable la figura de la primera parte del artículo 153 por no contemplarse figura culposa para la que aquí analizamos.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

abierta o cerrada[24]. En esta figura es requisito el hecho de que la correspondencia y/o comunicación se encuentre en curso, es decir, en el trayecto que debe recorrer desde que es enviada por el emisor hasta arribar al receptor.

Ambas acciones encuentran su punto consumativo al impedir que la comunicación arribe al destinatario.

Aunque ambas figuras encuentren puntos concordantes (entendemos que el legislador coloca ambos verbos típicos en una misma frase justamente por su cercanía) existen escenarios que merecen consideración.

Primero, si bien ambas figuras encuentran asidero en la modalidad electrónica,

> …si alguna de estas conductas se concreta mediante la introducción de virus o programas que impliquen la desaparición o inutilización de la información, la figura se desplazaría al delito de daño informático previsto en el art. 183, párr. 2°, del Cód. Penal. (Buompadre, 2009, p. 711) Agregado el subrayado.

Es atinada la aclaración del maestro correntino ya que existe una figura especifica a la hora de utilizar ciertos mecanismos para la eliminación de información, esto es, la del daño informático[25]. Por esto último es que desplaza a la del artículo 153 por especialidad en cuanto al medio de comisión del ilícito.

Segundo, si la comunicación es desviada por un filtro utilizado para desplazar mensajes no deseados, el famoso spam, no puede tipificarse el delito de desviación sub examine. Esto encuentra basamento en que el autor (el sistema informático, el filtro establecido por el operador, etc.) no estaría obrando "indebidamente" sino con la finalidad de desinfectar, limpiar u optimizar el dispositivo[26].

En cuanto al aspecto subjetivo, al igual que en las dos anteriores, esta figura es dolosa y admite el supuesto de dolo eventual[27]. También son posibles todas las formas de participación y la tentativa.

Si bien la tentativa es posible en ambas figuras, con respecto a la desviación de correspondencia o comunicación electrónica, señala Donna que "la tentativa es posible, cuando —a modo de ejemplo— con la intervención de terceras personas tal correspondencia retoma el destino que debía llevar" (D'Alessio, 2013, p. 528).

No obstante, contra esta posición se erige la del profesor Buompadre (2009) que, como ya dijimos, establece que con el mero hecho de impedir que la correspondencia arribe al destinatario el delito se encuentra consumado.

Entendemos más acertada esta segunda posición ya que, en términos de imputación objetiva, si la correspondencia no arriba del modo en que originariamente debía hacerlo a manos del autor, la desviación se encontraría consumada. Es decir, si la correspondencia

24 Sobre esta interpretación existe consenso en la doctrina, por recordar algunos maestros: Buompadre (2009), D' Alessio (2009), Donna (2011), Fontán Balestra (2013), Molina (2021) y Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019) y Salt y Portillo en Aboso [et ál] (2022).

25 En análogo sentido se expresan Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019).

26 Así opina Buompadre (2009).

27 A favor de esta posición Buompadre (2009) y Fontán Balestra (2013). En contra, Donna (2011), quien considera que sólo es admisible el dolo directo.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

debía llegar al destinatario en una cantidad de días (e incluso horas) determinada y el autor logra que se aplace su llegada, más allá de que la correspondencia efectivamente arribe al destinatario, la desviación ya se ha logrado.

La tentativa sería posible, entonces, si aquella intervención de terceros logra que la correspondencia o comunicación arribe al autor en las mismas condiciones que originariamente se previeron para dicha entrega.

II. E. Artículo 153 Cuarta Parte: Interceptación o Captación Indebida de Comunicaciones o Telecomunicaciones Privadas o de Acceso Restringido

Sin dudas que si rememoramos en la historia cercana, el ejemplo más claro y contundente en materia política de comisión de este delito, es la interceptación de las comunicaciones entre Carlos III (actual rey del Reino Unido) y Camilla (reina consorte del R.U.).

Corría el año 1993 y las sospechas de que Carlos y Lady Di atravesaban una crisis matrimonial terminaron por confirmarse tras la viral difusión de una conversación telefónica interceptada maliciosamente al entonces príncipe Carlos, quien mantenía una relación extra – matrimonial con Camilla Parker – Bowles.

El fundamento radica en la palpable evolución y tendencia al espionaje en este siglo, buscándose penalizar las escuchas ilegales (Salt y Portillo en Aboso [ét al], 2022), lo que se agrava (y fundamenta su punición) por el hecho de que,

> Quienes cometen este delito no suelen ser ya meros hackers aburridos o embaucadores informáticos, sino que los alientan objetivos de espionaje —político, empresarial, etc.— por lo que suelen contar con cierta infraestructura: además del conocimiento técnico y la posibilidad fáctica de realizar el acto, deben leerse o escucharse todas las comunicaciones interceptadas o captadas, clasificarlas, etc. (D'Alessio, 2013, p. 528)

> La norma nacional en cuestión dice lo siguiente en su segundo párrafo:
> En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

En terreno teórico – típico, seguimos a Fontán Balestra (2013) para afirmar que debemos entender a la interceptación o captación como el enterarse, imponerse del contenido de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones. El delito, comprendemos al igual que el maestro recién citado, busca inhibir la libertad de decir mediante extorsión o amedrentamiento.

En análogo sentido los autores Salt y Portillo (Aboso [et ál], 2022) consideran que el "interrumpir las comunicaciones" debe verse como el hecho de, además de su efectiva interrupción, su posterior apoderamiento del contenido de la misma.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Es también claro el concepto[28] de Donna de estas figuras, quien establece que se intercepta o capta "mediante el uso de algún tipo de tecnología [y] se conoce la totalidad de las comunicaciones electrónicas de una cuenta o la integridad de las comunicaciones de una línea telefónica" (2011, p. 420).

No debe perderse de vista el momento de producción de este delito. Como bien señala Barrio Andrés,

> …la interceptación tiene que producirse mientras se produce la comunicación, de modo que si el mensaje ya ha sido recibido en el terminal del destinatario y ha quedado almacenado allí, entonces se aplica el tipo anterior, dado que en este supuesto se trataría de un apoderamiento de un mensaje (2020, p. 46). Agregado el énfasis.

Clave resulta la aclaración del autor español, ya que de haberse concretado el almacenamiento de la comunicación, caemos en la figura analizada en la segunda parte del artículo 153, el Apoderamiento Indebido.

Asimismo, se produce una asimetría en el plano subjetivo del tipo. Al igual que las figuras anteriores, es dolosa pero solamente admite dolo directo[29]. No obstante, la parte subjetiva de este delito requiere también "el elemento […] identificado con la finalidad específica de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del sujeto pasivo" (Barrio Andrés, 2020, p. 47).

Coincidimos en que es necesaria la identificación de este elemento subjetivo distinto del dolo para la correcta tipificación del delito que venimos estudiando en este apartado.

El profesor D'Alessio suma un aditamento que es la finalidad de negociar con los datos obtenidos indebidamente: "…finalmente, nadie obtiene tantos datos por curiosidad o diversión, debe dársele una utilidad, sea negociar con ellos o completar tareas de inteligencia diversas" (2009, p. 528).

Consideramos que basta con la finalidad de entrometerse en la esfera íntima de quienes se comunican[30], aun así es un buen delimitador el criterio observado por D'Alessio para separar, en un hipotético caso, a quienes culposamente captaren una conversación ajena a través de un equipo destinado a un fin distinto que el de grabar/interceptar/captar lo ajeno[31].

28 Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle (2019) desglosan el concepto, entendiendo por interceptar el hecho de perturbar u obstruir acceder a la comunicación; y por captar escuchar o atraer. A fines prácticos, podemos entender lo mismo por ambos conceptos.

29 Así opinan Fontán Balestra (2013) y Donna (2011) en nuestro país, Barrio Andrés (2020), por su parte, aclara que basta con dolo general.

30 Así también Donna (2011).

31 En ese sentido el maestro Donna señala que "la consumación exige algo más que la instalación de los aparatos para interceptar o grabar, también debe captarse la imagen o el sonido. El fin del autor debe ser el de entrar al ámbito privado o de acceso restringido. La consumación, entonces, ocurre cuando el sujeto activo intercepta o capta el primer mensaje de texto, correo electrónico, llamada telefónica" (2011, p. 422).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Al igual que en las anteriores figuras, cualquiera puede ser autor[32] de este delito, siempre y cuando la comunicación que intercepta sea ajena, privada o de acceso restringido[33]. Esta comunicación, entendemos, puede darse a través de cualquier medio electrónico, ya sea un llamado telefónico, una videollamada, etc., siempre y cuando se captare en el momento en que se está dando la comunicación (elemento de actualidad).

Resulta admisible considerar la posibilidad del delito tentado[34], todas las formas de participación pero no así la figura culposa (como ya se adelantó).

II. F. Artículo 153 Quinta Parte: Agravamiento por Comunicación/Publicación del Contenido o por la calidad de Funcionario Público

Por último, pero no por ello menos importante, nos encontramos con las dos agravantes del artículo 153. Los últimos dos párrafos disponen:

> La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.
> Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Tenemos, entonces, el agravamiento de la pena por su comunicación/publicación por parte del autor y, por otra parte, por ser cometido el delito por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y abusando de ellas.

Primero, y como bien señala Donna (2011), el autor (de cualquiera de las agravantes mencionadas) debe haber realizado en primera instancia cualquiera de las conductas descriptas en los parágrafos 1° y 2° del artículo 153 y que ya repasamos oportunamente.

Por el lado de la comunicación y/o publicación del contenido del mensaje, se trata de una figura de doble actividad, exigiéndose en un estadio previo cometer uno de los delitos que ya hemos reseñado para posteriormente comunicar o publicar el contenido de la misiva. Como bien dice Buompadre, "la ausencia de este lazo comunicante hace desaparecer la mayor penalidad" (2009, p. 712).

¿Qué debemos entender por "comunicar" y por "publicar"? El maestro Donna nos lo ha dejado sencillo y claro en este sentido:

a) 'Comunicar' implica tanto como hacerlo conocer a un tercero que no participa del ilícito y, además, no tiene autorización para conocerlo.

32 Señala con buen criterio Barrio Andrés (2020) que se "castiga a quien mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de ellos" y que "...va a ser objeto de persecución penal no solo la interceptación de comunicaciones personales, que ya estaba recogida en el Código [español], sino también aquellas interceptaciones que se produzcan entre sistemas o equipos…" (p. 66).

33 Esta observación es hecha también por Molina (2021), en cuanto al acceso restringido que debe existir en cuanto a la comunicación.

34 De esta opinión Donna (2011) y Fontán Balestra (2013).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

b) 'Publicar el contenido' implica hacerlo notorio llevándolo al conocimiento del público en general, cualquiera sea la forma en que se hace. (2011, pp. 422 y 423)[35]

En resumidas cuentas, luego de realizar las conductas delictivas del artículo 153, el autor transmite a otro o publica el contenido de la comunicación (Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle, 2019).

Hoy en día existen sobrados ejemplos de consumación de este delito. En la era de Facebook, X, Instagram, TikTok y demás, basta con un par de clicks para ser capaces de llegar a millones de usuarios a través del posteo de una fotografía de una comunicación o de un simple screenshot de un chat privado.

Por otro lado, la última parte del artículo refiere al agravamiento por la condición del autor de funcionario público.

Coincidimos con Fontán Balestra (2013) en afirmar que el fundamento de la agravante se encuentra en la situación asimétrica de superioridad con relación al sujeto pasivo. Visto así, el funcionario abusa de sus funciones para violar la comunicación con mayor facilidad y con la certeza de que no será denunciado.

Como correlato necesario surge que sólo es aplicable la agravante cuando el hecho sea cometido mediando abuso funcional, es decir, aprovechándose el autor de su cargo (Parma, Mangiafico y Álvarez Doyle, 2019).

Al igual que las anteriores figuras, se requiere que la comunicación sea privada, ajena y el acceso previo a la misma, indebido (se suma el abuso de funciones en el último caso).

Con respecto a la participación criminal, claro está que no puede hablarse de participación en los supuestos de funcionario público ya que la agravante radica expresamente en la cualidad especial del autor. No así, en el caso de la comunicación o publicación, donde se admite cualquier forma de participación[36].

Suele admitirse la tentativa (Fontán Balestra, 2013) pero la disputa surge alrededor de la admisión o no, del dolo eventual. Donna (2011) y Fontán Balestra (2013) sólo admiten dolo directo mientras que Buompadre (2009) y Creus (D'Alessio, 2009) admiten el dolo eventual. Autores como Molina (2021) y D'Alessio (2009) simplemente refieren que son delitos dolosos.

Personalmente, nos inclinamos por la postura de admitir únicamente el dolo directo.

II. G. Artículo 153: ¿Despedida? La Cuestión de la Acción y de la Competencia

Como bien recuerda el profesor D'Alessio,

> Conforme señala el art. 73, inc. 2°, Cód. Penal, todos los delitos previstos en este artículo son de acción privada. Su juicio se regirá, en el ámbito nacional, según lo dispuesto por el art. 415 y ss., CPPN. (2009, p. 530)

35 Fontán Balestra (2013) dice, en esencia, lo mismo, aunque podemos agregar que en la "comunicación" aclara que basta con que sea una persona; y "publicar" sería poner en conocimiento a un número indeterminado de personas sobre el contenido de la misiva (lo que Donna llama "público en general").

36 En este sentido Fontán Balestra (2013).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

No obstante, lo dicho por quien fue Procurador General de la Nación, no está exento de debate.

Podemos estar de acuerdo en lo señalado al principio, es innegable la existencia de la regla contenida en el artículo 73 inciso 2° del Código Penal, a saber:

> ARTICULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:
> (…)
> 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157…

El artículo 153 (al igual que el 153 Bis que analizaremos llegado el momento) se encuentra, como dijimos al inicio de este apartado, en el Capítulo III titulado "Violación de Secretos y de la Privacidad", por lo que es subsumible en lo dicho por el artículo 73 inciso 2°.

Se trata, efectivamente, de un delito de acción privada.

Ahora bien ¿qué juez es competente para entender en estos casos?

El autor anteriormente citado refiere a lo dicho por el Código Procesal de la Nación y bien dice "se regirá, en el ámbito nacional", lo que lingüísticamente deja entrever la posibilidad de que el delito pudiera tramitar en otra justicia que no fuera la nacional (dada la posición de la coma).

Bueno, esto está arduamente discutido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Los autores Salt y Portillo (Aboso [et ál], 2022) señalan con buen tino cuáles son los principales problemas alrededor de esta, como ellos le llaman, intríngulis.

El epicentro del conflicto surge con relación a la aplicación de dos Leyes. Por un lado, la N°19.798, más conocida como Ley Nacional de Telecomunicaciones, particularmente alrededor de sus artículos 2°[37] y 3°, este último el cual es interpretable en favor de la posición que defiende la necesidad de tramitar los casos del artículo 153 (y del 153 Bis) ante la justicia federal.

La norma en cuestión dice lo siguiente:

Art. 3º — Son de jurisdicción nacional:

a) Los servicios de telecomunicaciones de propiedad de la Nación.

37 Este artículo define lo que se entiende por cada una de las distintas formas de comunicación electrónica. Debido a la extensión del artículo, citaremos aquí sólo los que consideramos más pertinentes para lo que nos encontramos estudiando. "Art. 2º — A los efectos de esta ley y su reglamentación se define como: Telecomunicación: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. Radiocomunicación: Toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radioeléctricas. Telegrafía: Sistema de telecomunicación que permite obtener una transmisión y reproducción a distancia del contenido de documentos tales como escritos, impresos o imágenes fijas o la reproducción a distancia en esa forma de cualquier información. Telefonía: Sistema de telecomunicación para la transmisión de la palabra o, en algunos casos, de otros sonidos. Servicio de Radiodifusión: Servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género. Servicio telefónico: Servicio que permite a sus usuarios comunicarse directa o temporalmente entre sí, por medio de aparatos telefónicos y circuitos de la red telefónica pública."

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

b) Los servicios de telecomunicaciones, que se presten en la Capital Federal y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

c) Los servicios de telecomunicaciones de una provincia interconectados con otra jurisdicción o con un estado extranjero.

d) Los servicios de radiocomunicaciones de transmisión y/o recepción cualquiera fuera su alcance. (Agregado el énfasis)

Por otro lado, la Ley N°27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal dice en su artículo 11 inciso "c":

> ARTÍCULO 11. — Competencia material penal federal. La Justicia Federal Penal será exclusivamente competente para entender en los siguientes delitos:
> (…)

c) Los cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en el de las provincias, en violación a las leyes nacionales, como son todos aquéllos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, *o violenten, estorben o falseen la correspondencia de los correos*, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso de la Nación… (Agregado el subrayado[38])

Por ahora, nos basta con dejar planteado este problema, que si bien para la Ley parecería clara, no lo es tanto en la práctica. Lo analizaremos en profundidad tras analizar el artículo 153 Bis. Por el momento, el análisis del artículo 153 no se despide.

III. ¡NO SOY UN ROBOT!: EL ARTÍCULO 153 BIS DEL CÓDIGO PENAL Y EL TAN ACTUAL Y TEMIDO HACKING

III. A. Un poco de historia

La figura que se comentará a continuación no siempre existió en nuestro Código Penal. En efecto, es parte de la reforma acaecida en 2008 a partir de la Ley N°26.388. Empero, esto no significa que no tengamos algún que otro antecedente que nos permita esgrimir una hipótesis sobre el precedente fáctico que instó al legislador a incluir en el catálogo de figuras penales la del artículo 153 bis.

Corría el año 1998 cuando el sitio web oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sufrió una intrusión informática. Esta última consistió en el reemplazo de su portada inicial por una imagen alusiva al periodista asesinado José Luis Cabezas[39].

38 Este mismo énfasis utilizan Salt y Portillo en la obra ya señalada.

39 El caso José Luis Cabezas conmocionó a Argentina en 1997. El 25 de enero de ese año, el fotógrafo de la revista Noticias, José Luis Cabezas, fue asesinado en la localidad balnearia de Pinamar. Cabezas había logrado capturar una fotografía del empresario Alfredo Yabrán, conocido como "el zar de las encomiendas", en la que este salía de su casa de verano. La foto se consideraba comprometedora, ya que Yabrán era una figura controvertida con vínculos con el poder político y empresarial. Esa misma noche, un grupo de cuatro personas interceptó el auto en el que viajaba Cabezas junto a sus compañeros de la revista. Los agresores, integrantes de la banda "Los Horneros" con presuntos vínculos con Yabrán, los golpearon y luego los obligaron a subir al vehículo. Poco después, Cabezas recibió dos disparos en la nuca y su cuerpo fue calcinado dentro del auto. Al respecto puede consultarse: Ámbito (https://shorturl.at/5qm7W); CNN en Español (https://shorturl.at/gcfIb); Radio UNR (https://shorturl.at/quFh2); entre otros.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

No obstante la repercusión mediática del caso, la causa "Gornstein, Marcelo Hernán y otros s/ delitos de acción pública" concluyó con el sobreseimiento de los imputados por la ausencia de una conducta típica de los mismos[40], es decir, por la inexistencia de un tipo legal que penare lo realizado por Gornstein y compañía.

Los fundamentos esgrimidos por la justicia para sobreseer a los imputados exceden el marco de este trabajo, por lo que nos limitamos a resaltar la importancia de que, efectivamente, el plexo normativo contemple casos de intromisión informática o, como se conoce cotidianamente, de hacking.
Adelantándonos un poco, el hacking consiste en,

> …el conjunto de comportamientos de acceso o interferencia no autorizados, de forma subrepticia, a un sistema informático o red de comunicaciones, y a la utilización de los mismos sin autorización o más allá de la misma. (Barrio Andrés, 2020, p. 60)

Surge, entonces, que el caso Gornstein fue un caso de hacking. Sin embargo, nada pudo hacerse para penar lo que significó la vulneración del sitio web del máximo tribunal del país, por el simple hecho de no existir figura que contemple lo sucedido.

En consecuencia, celebramos que el legislador argentino haya tenido la iniciativa para regular este tipo de conductas en el digesto punitivo. A continuación, veremos la figura en profundidad.

III. B. El artículo 153 Bis, el bien jurídico protegido y el tipo penal "base"

El avance de la tecnología si bien tiene grandes beneficios, también presenta grandes desafíos e inconvenientes en materia de seguridad informática. Es por ello que nuestro Código Penal fue modificado e incorporó el artículo 153 bis que establece:

> Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.
>
> La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

En cuanto a su estructura, está dividido en dos partes: el primer párrafo hace referencia al tipo penal base; mientras que, el segundo, determina su agravante. Ahondaremos en su análisis más adelante.

La doctrina ha coincidido en señalar que el bien jurídico protegido por este artículo es la reserva, confidencialidad y el derecho a la privacidad del titular de un dato y/o sistema informático[41].

40 Así lo recuerda Buompadre, quien señala que todo "terminó con el sobreseimiento de la causa por ausencia de tipificación legal del hecho" (2009, p. 712).

41 En este sentido Aboso [et ál] (2022) y Altmark y Quiroga (2012).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

No obstante, Dupuy (2018) enriquece esta visión al destacar que el titular de dicho bien puede ser tanto una persona humana como una persona jurídica. Esta última consideración resulta de gran relevancia en el ámbito empresarial, donde la protección de datos sensibles y la seguridad de los sistemas informáticos son fundamentales para garantizar la continuidad del negocio y evitar daños reputacionales.

Es importante mencionar que si bien suele asociarse este delito con aquellos delincuentes profesionales en materia informática (los ya mencionados hackers) "lo cierto es que su comisión puede ser realizada por cualquier medio y no, necesariamente, por técnicas "piratas" o valiéndose de técnicas complejas realizadas mediante malwares" (Aboso [et ál], 2022, p. 513).
Se entiende, ergo, que esta figura no sólo comprende el hackeo, sino también la acción de quien dispone ilegítimamente de una contraseña ajena para acceder a los datos de algún sistema.

Por otra parte, se trata de una figura penal subsidiaria, en virtud de la expresión "si no resultare un delito más severamente penado" del artículo 153. Esto quiere decir que la aplicación de este tipo penal se encuentra condicionada a que no resulte un delito con un mayor contenido punitivo, por ejemplo, quien realiza un acceso indebido pero con la finalidad de ejecutar una estafa informática o producir un daño informático (Buompadre, 2009).

Y es que, en rigor de verdad, por lo general el hacking se produce como antesala a la producción de un delito más grave. Uno de los ejemplos más resonantes es el del grupo Anonymous, quienes se infiltran en complejos sistemas informáticos para neutralizar, destruir o publicar datos sensibles considerados (según los estándares de este grupo) nocivos.

La acción "acceder" es entendida unánimemente por la doctrina como ingresar, entrar, penetrar a un sistema o dato informático indebidamente, a través de cualquier medio, sin autorización o excediendo los límites conferidos (Aboso [et ál], 2022; Buompadre, 2009).

> Ahora ¿qué es un sistema o dato informático?
>
> El maestro Fontán Balestra (2013) resume estos conceptos inspirado por los autores Sáenz Capel y Velcjoy de la siguiente manera:
>
> [Un sistema informático es] todo dispositivo separado o que forma parte de dispositivos interconectados o emparentados que asegure —o donde uno o más elementos aseguren— mediante la ejecución de un programa, un tratamiento automatizado de datos (p.744).
>
> Mientras que,
> [Por dato informático se entiende] información que debe suministrarse a una computadora, preparada en forma adecuada, para ser usada en sistemas de computación (Fontán Balestra, 2013, p.744)

El artículo en estudio señala que el dato o sistema deben ser "de acceso restringido", debiendo el autor proceder "sin la debida autorización o excediendo la que posea". Señala Dupuy (2018) que,

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

> Será de acceso restringido porque tiene alguna medida de seguridad que impida el libre ingreso. Para ello, deberá tener que sortearse esta protección; de lo contrario, si es un dato o sistema de libre acceso, no habrá delito… (p. 47)

Coincidimos, asimismo, con el sector doctrinal[42] que considera a la figura contenida en el artículo 153 Bis como un delito de pura actividad, que si bien admite tentativa (Fontán Balestra, 2013), es de peligro abstracto y se consuma con el mero ingreso al sistema o dato de acceso restringido, no exigiendo la figura ninguna otra acción en particular o intencionalidad que genere algún tipo de asimetría en el tipo subjetivo[43].
Se trata de un delito doloso, admitiendo únicamente el dolo directo en virtud de la partícula "el que a sabiendas accediere" de la norma en cuestión y, así como vimos al analizar el artículo 153 y sus figuras, admite todas las formas de participación.

No se regula tipicidad culposa por lo que, cualquier error de tipo (vencible o invencible), excluiría el encuadre del comportamiento como típico.

III.C. Las agravantes del artículo 153 Bis

Este delito se agrava al verse afectado un sistema o dato informático perteneciente a un organismo público estatal[44] o de un proveedor de servicios públicos o financieros, debido a la mayor confidencialidad de dichos datos por su sensibilidad y al mayor interés en su preservación, considerando la gran cantidad de información que resulta sensible para los usuarios de los servicios mencionados.

El servicio público hace referencia a la "actividad que lleva a cabo la Administración y se encuentra destinada a satisfacer necesidades de la colectividad" (Fontán Balestra, 2013, p. 533). Mientras que, "el término proveedor de servicios financieros es más amplio que el de entidad financiera (art. 2, ley 21.526), pudiendo incluir un agente de bolsa, una casa de cambios o un medio de pago online o de recaudación de pagos" (Dupuy, 2018, p. 58).

Al incluir esta agravante, el legislador buscó proteger los sistemas informáticos vinculados a las finanzas y al dinero, ya que probablemente serán los más susceptibles a ataques debido a los intereses económicos que los rodean.

IV. COMPETENCIA: ¿JUSTICIA FEDERAL U ORDINARIA?

Como se adelantó, uno de los debates más aguerridos en materia de Delitos Informáticos en nuestro país – referidos al ataque de correspondencia y datos incorporados en bancos, claro está – es el asunto de la competencia. Para algunos, la competencia es de carácter federal, mientras que, para otros, provincial.

La competencia federal penal está regulada por el artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 11 de la Ley N°27.164, que establece que la Justicia Federal Penal es competente para intervenir en delitos cometidos en C.A.B.A. o provincias que violen o falseen la correspondencia de los correos.

42 En este sentido, Buompadre (2009) y D'Alessio (2009). En contra, Villada.
43 Así opina Parada (2018).
44 Coincidimos con el criterio de Dupuy (2018) quien, al interpretar la norma bajo análisis, observa que se hace referencia a un organismo público estatal, dejando de lado a los organismos no estatales, aunque fueren públicos, como, por ejemplo, el Colegio Público de Abogados.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Considerando la Ley N° 19.798 de telecomunicaciones (artículos 2 y 3), estos delitos serían de competencia federal. Sin embargo, al equiparar automáticamente el uso de servicios de telecomunicaciones con la competencia de la justicia federal podría generar un uso excesivo y perjudicial de esta jurisdicción, alejándose de su carácter constitucional de justicia excepcional.

No limitándose este enfoque sólo a los delitos informáticos, por lo que aplicarlo sin tope alguno implicaría que cualquier delito cometido mediante medios tecnológicos pasaría, a priori, a ser competencia federal. Dado el avance de las TICS en todos los aspectos de la vida, podría llevar al absurdo de considerar federales delitos como amenazas, fraude, daños, inclusive homicidios, solo porque en alguna etapa de su comisión se utilizó algún medio electrónico.

Así entonces, la competencia federal no debería basarse solamente en el uso de un medio de telecomunicación o informático, sino que tendrían que analizarse las circunstancias y si existen consecuencias para un interés nacional específico, justificándose de esa manera la intervención del fuero de excepción.

Además, recordemos que acceder ilegítimamente a una comunicación –tal como lo establece el Código Penal– no siempre requiere el uso de una red de telecomunicaciones. Por ejemplo, esto puede ocurrir al revisar la galería de fotos o aplicaciones de un celular desbloqueado.

Por ende, no es posible asumir automáticamente que el uso de servicios de telecomunicaciones implique la intervención de la justicia federal, ya que esto podría llevar a un uso excesivo de la justicia de excepción y, en su aplicación generalizada, podría sobrecargar el sistema judicial.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ya se ha expedido al respecto sobre este asunto y se ha decantado por declarar de competencia federal el entendimiento de este tipo de delitos, como veremos seguidamente.

V. DECIR EL DERECHO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

Como adelantáramos al principio de este escrito, no existen precedentes tanto en Superiores Tribunales de Justicia o Cámaras de Apelaciones en la región que hayan tratado el tema de los delitos que aquí analizamos[45].

Empero, la visión jurisprudencial siempre termina por ser determinante en cuestiones tan volátiles como lo es el avance tanto de las telecomunicaciones como las vulneraciones que pueden sucederse en el ciberespacio.

Es por esto último que, hemos optado por traer a colación –muy brevemente– dos precedentes que nos permiten comprender la visión que tienen dos importantes tribunales sobre, también dos, cuestiones importantísimas: por un lado, que debe interpretarse la norma penal referida a la violación de correspondencia teniendo en

45 Ver nota N°2.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

cuenta los avances tecnológicos (considerando que el fallo que comentaremos es del año 1999, previo a toda reforma referida a tipos penales informáticos).

Y, por otro lado, nos referiremos al criterio que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia en materia de competencia para entender en aquellos delitos que han sido cometidos a través del uso de los medios informáticos que se han revisado a lo largo de este estudio.

V.A. Artículo 153 en su Etapa "Pre Ley N°26.388"

Nos referimos al conocido fallo "Lanata, Jorge s/ desestimación".

En este fallo del año 1999 la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableció que el e-mail,

> "…es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema" (Sentencia Número Interno 10.389 – ID SAIJ: FA99060001, 1999)

El tribunal agregó que tiene una mayor protección de la privacidad que las comunicaciones de papel, ya que requiere de un prestador del servicio, nombre de usuario y un código de acceso para impedir que terceros ajenos accedan a los datos que allí se encuentren. Finalmente, hizo referencia a que el medio de comunicación electrónico se define como un correo en versión actualizada y por ello, la correspondencia y todo lo que pueda ser transmitido o receptado goza de la misma protección que brindó el legislador cuando no existía este tipo de tecnología.

De este modo, se reconoció primigeniamente la naturaleza de correspondencia del correo electrónico, algo que luego sería positivizado con la reforma legal del año 2008 a través de la Ley N°26.388.

V.B. Competencia

En el año 2017, la Corte Suprema de Justicia debió expedirse sobre la competencia en materia de acceso indebido a redes sociales ajenas en autos "Toia, Gustavo Walter s/ violación sist. Informático (art. 153 bis 1er párrafo del C.P.".

¿Qué sucedió? Pues que Karina Alejandra C. (su apellido no ha trascendido) denunció que su ex – pareja, Gustavo Toia, ingresó a su cuenta de Facebook y a su correo electrónico y obtuvo datos de sus contactos del celular y, como broche de oro, copió su tarjeta SIM.

Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió resolver la contienda negativa de competencia ocurrida entre el Juzgado en lo Penal, Contravencional y Faltas N°6 de la ciudad de Buenos Aires y del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°9.

El primero rechazó su competencia a favor del fuero federal al considerar que se habría cometido el delito previsto en el artículo 153 del Código Penal. En cambio, el segundo, rechazó asumir la competencia, considerando que en el caso no se percibe un interés que

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

vaya más allá de lo meramente individual ni existe circunstancia alguna que justifique la intervención de la justicia federal.

Dado que el usuario de la red social y el correo electrónico son considerados una comunicación electrónica o un dato informático de acceso restringido y que su acceso solo es posible a través de medios que –por sus características– forman parte de los servicios de telecomunicaciones de interés nacional, la Procuración General de la Nación –a cargo en este caso de Ezequiel Casal– sostuvo que la justicia federal sea quien continúe con el caso.
Así entonces, la Corte Suprema de Justicia adhirió a los fundamentos del dictamen –muy breve por cierto– de la Procuración y declaró que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°9 era quien debía entender en la causa.

Entendemos que, obiter dictum, la C.S.J.N. terminó por decantar la balanza en favor de la intervención de la justicia federal siempre y cuando se susciten contiendas que incluyan la invasión a redes sociales; por ser su acceso siempre realizado a través de lo que la Ley N°19.798 considera "telecomunicación".

Excede el marco del presente expresar nuestra opinión sobre este punto, pero consideramos que el uso irrestricto de la justicia federal para resolver intromisiones a redes sociales ajenas puede generar un desgaste innecesario y desvirtuar el carácter excepcional de su intervención.

VI. "PEDID, Y SE OS DARÁ"[46]: LA RELACIÓN DE LA NORMATIVA ARGENTINA CON EL CONVENIO DE BUDAPEST

En el año 2001 varios Estados europeos redactaron y suscribieron un documento llamado Convenio sobre la Ciberdelincuencia, en aras de coordinar sus legislaciones para dar persecución a la nueva generación de delincuentes: los del espacio digital.

Nuestro país, por su parte, suscribió al mismo en 2018, comprometiéndose a velar por los intereses allí consagrados que, grosso modo, giran en torno a la protección de la intimidad de los ciudadanos. Este compromiso es de índole legislativo.

Ello se ve desde el principio, ya los artículos que componen la Sección 2° del instrumento (del 2° al 21) comienzan con la misma partícula: "Cada Estado Parte/ Las Partes adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar…"

Ahora bien, lo que aquí interesa se encuentra en los artículos 2°, 3° y 4°, que dicen lo siguiente:

> Artículo 2°. Acceso ilícito. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático. Las Partes podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático. (Convenio de Budapest, 2001)

46 Evangelio según Mateo 7:7 – 12.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

El artículo 2° del Convenio de Budapest recomienda directamente a los Estados Partes a sancionar lo que en nuestro derecho interno en 2008 se incorporó como "Acceso indebido a la correspondencia" en su modalidad digital o cibernética.

El artículo 3°, por su lado:

> Artículo 3. Interceptación ilícita. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la interceptación deliberada e ilegítima por medios técnicos de datos informáticos en transmisiones no públicas dirigidas a un sistema informático, originadas en un sistema informático o efectuadas dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte dichos datos informáticos. Las Partes podrán exigir que el delito se cometa con intención delictiva o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático. (2001)

Así las cosas, la Nación Argentina encuentra correlación en su derecho al estudiar la figura de "Interceptación de correspondencia", por supuesto, en modalidad digital.

Por último en este breve análisis, el artículo 4° de este Convenio:

> Artículo 4. Ataques a la integridad de los datos. 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno todo acto deliberado e ilegítimo que dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos. 2. Las Partes podrán reservarse el derecho a exigir que los actos definidos en el párrafo 1 comporten daños graves. (2001)

Aquí se vislumbra una clara correlación con la figura de "Supresión de Correspondencia", al haber sancionado la eliminación indebida de la misma en su esfera digital.

Nótese, además, que el artículo 2° hace referencia a que los Estados "podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad", lo que nuestro Código Penal hace con la palabra "indebidamente", lo que ya ha sido suficientemente definido.

También se repite en el artículo 3° que podrá exigirse que la finalidad sea delictiva, algo que también se vislumbra tanto a nivel del artículo 153 como 153 Bis de nuestro digesto punitivo en esa partícula ("indebidamente"), lo que completa la doctrina al señalar que se trata de delitos dolosos única y exclusivamente, salvaguardando a aquellos que cometan un error por desconocimiento.

En resumidas cuentas, la Nación Argentina y bajo nuestra óptica, cumple con los estándares (a nivel legislativo) exigidos por este instrumento internacional, al menos en lo que refiere a los delitos que hemos estudiado.

Lo que sí es discutible, es si se alcanza un estándar a nivel punitivo, es decir ¿es suficiente penar este tipo de delito con un máximo de un año de prisión, a sabiendas que ello no implica prisión efectiva? ¿Es disuasorio plantear una pena que tiene un piso mínimo de quince días o un mes, dependiendo la figura?

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

A nuestro parecer, las escalas penales de los artículos analizados no son suficientes, lo que subraya la necesidad de que las sanciones impuestas deben sean aumentadas en aras de ser lo suficientemente disuasorias.

Por supuesto que esto último no se encuentra exento de debate y de crítica pero, al haber señalado que en el curso de nuestra investigación no se han encontrado antecedentes en la región con los cuales comparar el uso o desuso de estas figuras, ya nos da un indicio de que su persecución y/o condena es mínimo.

VII. ¿SE ESTÁ MEJOR EN CASA QUE EN NINGÚN SITIO?: CONCLUSIONES

Al finalizar la gran obra cinematográfica El Mago de Oz (1939), la protagonista Dorothy (interpretada por Judy Garland) pronuncia la frase "realmente no hay lugar como el hogar", en clara alusión a la seguridad y previsión que "la casa" da a sus habitantes.

Hoy en día, no estamos tan seguros de tal afirmación.

Tampoco planteamos un panorama apocalíptico, como a veces se malinforma, pero sí uno en el que la cautela debe primar, ya que "la casa", que ha excedido sus límites terrenales, puede ser invadida por los amantes de lo ajeno digitales.

Sin dudas que nos inclinamos por celebrar la reforma instaurada en el Código Penal en el año 2008 en lo que refiere a la adición de las figuras penales que hemos reseñado y comentado.

No obstante, ciertos asuntos aún deben ser considerados, entendemos, de lege ferenda.

En primera instancia, las penas terminan por ser superfluas, por no decir que resulta realmente intrincado encontrar casos en los que se cumpla prisión efectiva o se imponga una sanción que impida efectivamente al ciberdelincuente seguir en su senda del delito.

Ya mencionamos el Convenio de Budapest, instrumento rector en la materia, en el cual se menciona en su artículo 13 que "los delitos previstos en aplicación de los artículos 2 a 11 estén sujetos a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas penas privativas de libertad" (2001).

A luz de estos principios es que coincidimos con Fontán Balestra al considerar que, al respecto de estos tipos, "su penalidad resulta manifiestamente insuficiente a la luz de su repetición y peligrosidad social" (2013, p.493), sobre todo cuando se generan progresos a cada minuto, no sólo en el plano teórico sino en el práctico (piénsese en la Inteligencia Artificial), lo que impacta irremediablemente en la ciberdelincuencia.

Continúa el maestro recién citado, en alusión a la gravedad que reviste el hecho de ser vulnerados en nuestra intimidad:

> Esa pérdida de la intimidad y de la privacidad echa por tierra todas las conquistas de los derechos humanos expresadas en las constituciones y tratados internacionales, siendo que, cuando el propio Estado reacciona, lo hace a través de penas risibles, que no se adecuan a una política criminal razonable sino que parece haber dictado una legislación de compromiso. Es que si se comparan los

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

> quince días a seis meses de prisión con que se sancionan estas conductas con otras penas del Código, se advierte que la reacción penal es inadecuada. (2013, p.493)

Y es que, en rigor de verdad, jamás estas penas se concretarán en prisiones efectivas, sobre todo cuando se concede el beneficio de la probation, algo muy plausible: si se apresa una vez al ciberdelincuente, imaginamos que la próxima tomará más recaudos.

Así también, no se ven precedentes en que se impongan medidas que restrinjan la posibilidad de estos sujetos de acceder a medios que les permitan realizar las actividades que dan como resultado el intrusismo, el apoderamiento, etc.

En particular, creemos que las penas debieran elevarse, no por considerar que "elevar la pena siempre termina bien" (algo que muy lejos está de ser cierto) pero sí de infundir algún tipo de condicionamiento psicológico en el cibercriminal.

Otro tema a resolver, en segundo lugar, es el competencial.

Tal como lo mencionamos ut supra, consideramos que la justicia federal no debiera ser quien intervenga en estos tipos de delitos, siempre y cuando el afectado sea un particular. Por el contrario, la competencia debería quedar en manos de la justicia ordinaria, ya que garantizaría una distribución más eficiente de los recursos judiciales y preservaría el carácter excepcional de la federal.

No es provechoso para nadie hacer cargo a la justicia federal de un conflicto que surge entre particulares: consume tiempo del que el ámbito federal muchas veces no dispone y demora a los particulares, encareciendo incluso el trámite procesal.

Es cierto, cabe decir, que más allá de las grandes urbes de nuestro país, en el resto no se cuenta con el expertise necesario para enfrentar investigaciones que involucren el ámbito digital, por no hablar de la falta de recursos, por lo que son delitos que rara vez cuentan con la investigación que se merecen, haciendo que nuestro remedio tampoco sea eficaz contra la enfermedad.

Lo que sí resulta positivo, a nuestro modo de ver, es la forma en que se encuentran redactadas las normas penales que hemos comentado.

Vemos, en el caso del artículo 153, repetida cuatro (4) veces la palabra "indebidamente", lo cual podría leerse redundante, pero en materia de principios penales, no lo es. Al contrario, se produce el mayor de los respetos hacia el principio lex stricta, indispensable a la hora de analizar un caso penal.

Asimismo el recorrido que realiza este extenso artículo no es azaroso, ya que describe (si cabe el eufemismo) cuatro caras de una misma figura, en la cual cada una tiene su matiz diferenciador (sin dejar de hablar de distintas formas de entrometerse en la correspondencia).

También resulta de lo estudiado que, en términos legislativos consagratorios de la persecución del aparato estatal de este tipo de delitos, la República Argentina acaba por cumplir con los designios internacionales específicos en la materia (repetimos, en cuanto a las figuras a las que nos hemos dedicado).

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

Existen modificaciones que pueden (deben) realizarse si quiere contarse con un ordenamiento un tanto más robusto y disuasorio de las conductas que hoy día lejos están de cesar o culminar, sobre todo con el expansionismo de las redes sociales y el constante abuso de los ciberdelincuentes de los sectores vulnerables que acceden por primera vez a los sistemas.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

En Derecho, creemos, siempre buscamos lo mismo: permitir que el otro ejerza su libertad en su máxima expresión, siempre y cuando no impida a otro ser humano gozar del mismo beneficio.

Quizá sea cierto, y como dijo Hobbes, el hombre siempre será el lobo del hombre, pero mientras tanto, aportes como el aquí pretendido buscan colaborar a que se esté mejor en casa que en ningún otro sitio.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Aboso, E. [et ál]. (2012). Ciberdelitos: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial [Libro Digital, EPUB]. elDial.com

Altmark. D. R. y Quiroga, E. M. (2012). Tratado de Derecho Informático (Tomo III) [Libro Digital]. La Ley.

Barrio Andrés, M. (2020) Ciberdelitos 2.0. Astrea.

Buompadre, J. E. (2009) Derecho Penal Parte Especial. Astrea.

Fontán Balestra, C. (2013). Tratado de Derecho Penal Parte Especial (Tomo II) Edición Actualizada y Ampliada. La Ley.

Cámara Criminal de Apelaciones en lo criminal y Correccional de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1999, 4 de marzo). Sentencia Número Interno 10.389 – ID SAIJ: FA99060001. Carátula: Lanata Jorge s/ Desestimación. Disponible en: https://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-%20criminal-correccional-nacional-ciudad-autónoma-buenos-%20aires-lanata-jorge-desestimacion-fa99060001-1999-03-%2004/123456789-100-0609-9ots-eupmocsollaf

Concejo de la Unión Europea. (2001, 23 de noviembre). Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Serie de Tratados Europeos N°185. https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf

Congreso de la Nación Argentina. (Sancionada en 1853 y siendo su última reforma en 1994). Constitución de la Nación Argentina. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

Congreso de la Nación Argentina. (1921). Ley N°11.171. Código Penal de la Nación Argentina. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm

Congreso de la Nación Argentina. (1972). Ley Nacional de Telecomunicaciones. https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-19798-31922/actualizacion

Congreso de la Nación Argentina. (2015). Ley N°27.146. Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248174/texact.htm

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2017). ID SAIJ: FA1700007. Carátula: Toia, Gustavo Walter s/ violación sist. Informático (art. 153 bis 1er

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

párrafo del C.P. Disponible en https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-toia-gustavo-walter-violacion-sist-informatico-art-153-bis-1-parrafo-fa1700007-7-2017-09-19/123456789-770-0007-1ots-eupmocsollaf

D'Alessio, A. y Divito, M. (2009). Código Penal Comentado y Anotado: 2da Edición Actualizada y Ampliada (Tomo II). La Ley.

Donna, E. A. (2011). Derecho Penal: Parte Especial (Tomo II – A) Segunda Edición Actualizada y Reestructurada. Rubinzal – Culzoni.

Dupuy, D. [et ál]. (2018). Cibercrimen II. Editorial B de F.

Molina, G. (2021). Derecho Penal Parte Especial. ConTexto Libros.

Palazzi. P. A. (2016). Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la Ley 26.388 [Libro Digital]. Abeledo Perrot S.A.

Parada, R. A. y Errecaborde, J. D. [ét al]. (2018). Cibercrimen y Delitos Informáticos: Los Nuevos Tipos Penlaes en la Era de Internet – Suplemento Especial. Erreius.

Parma, C.; Mangiafico, D. y Álvarez Doyle, D. (2019). Derecho Penal – Parte Especial. Hammurabi

Riquert, M. A. [et ál]. (2020). Cibedelitos. Hammurabi.

Copyright: © 2025 por los autores. Presentado para publicación en acceso abierto según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Attribution (CC BY)

SEDE CENTRAL COCHABAMBA
Campus Universitario Tiquipaya
c. Guillermina Martínez s/n
Telf: (591 – 4) 4318800

Torre Académica América
Av. América N°165 entre Túpac Amaru y Av. Libertador Bolívar
Telf: (591 – 4) 4150300

Edif. Polifuncional Ayacucho
Av. Ayacucho N°256
Telf: (591 – 4) 4150200

SEDE ACADÉMICA LA PAZ
Campus Miraflores
Av. Argentina N° 2083 esq. Nicaragua
Telf: (591 – 2) 2246725/6/7

SEDE ACADÉMICA SUCRE
Campus Las Delicias
Pasaje Guillermina de Ruiz N° 1 (Zona Bajo Delicias)
Telf: (591 – 4) 6441664

SEDE ACADÉMICA TRINIDAD
Campus El Gran Paititi
Av. Reyes s/n
Tefl: (591 – 3) 4621238

SEDE ACADÉMICA SANTA CRUZ
Campus Eco Smart
Av. Banzer – Séptimo anillo y Av. Juan Pablo II

Univalle Univalle Bolivia univalle_bolivia Universidad del Valle