



JURIS STUDIA

REVISTA ESPECIALIZADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

AÑO 1
VOLUMEN 1
ISSN

Comité editorial

Ph.D. Héctor Acebo Bello
Editor en jefe
hacebob@univalle.edu

LL.M. Liliana Cano Burgoa
Secretaria científica
lcanob@univalle.edu

Equipo técnico

M.Sc. Ivonne Rojas Cáceres
Coordinadora de publicaciones y difusión científica

Lic. Luis Marco Fernández Sandoval
Coordinador de producción audiovisual

Autoridades universitarias

M.Sc. Gonzalo Ruiz Ostría
Rector

Ph.D. Diego Villegas Zamora
Vicerrector académico

M.Sc. Sandra Ruiz Ostría
Vicerrectora de interacción social

Lic. Daniela Zambrana Grandy
Secretaria general

M.Sc. Franklin Néstor Rada
Vicerrector académico sede La Paz

MBA. Carlos Torricos Mérida
Vicerrector académico sede Sucre

M.Sc. René Monje Morant
Vicerrector académico sede Trinidad

Ana Cárdenas Angulo
Vicerrector académico sede Santa Cruz

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

Depósito Legal N° 2-3-66-09
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.

ÍNDICE

Páginas

Editorial

Editorial

Liliana Cano Burgoa.....5

Los derechos humanos en procesos de construcción de principios y reformas constitucionales

Human rights in processes of construction of principles and constitutional reforms

Erika Geraldine Pérez Lemus, Luz Marina Romero Alvarado, Laura Stephania Alonso Tapias.....7-9

El espejismo de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador ¿por qué no es vinculante?

The mirage of prior, free and informed consultation in Ecuador, why is it not binding?

Jackson Vicente Condolo Acaro, Enrique David Luzuriaga Muñoz.....10-23

¿Neoinstitucionalismo y sistema jurídico para el desarrollo socioeconómico basado en el mercado?

Neoinstitutionalism and legal system for market-based socioeconomic development?

Erika Geraldine Pérez Lemus, Laura Stephania Alonso Tapias, Luz Marina Romero Alvarado.....24-27

“La justicia no siempre hace Justicia”: Sobre la influencia moral en la decisión judicial Argentina

“Justice does not always do Justice”: On the moral influence in Argentinian judicial decision

Tobias Demian Ávila Pavlicek.....28-39

Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos

Interpretation of Ecuadorian constitutional norms as a guarantee of human rights

Erik Javier Betancourt Pereira, Clara Daniela Romero Romero.....40-58

Ley de participación popular: origen y evolución de la democracia participativa en Bolivia y su aplicabilidad en América Latina

Law of popular participation: origin and evolution of participatory democracy in Bolivia and its applicability in Latin America

Omar Montalvo Alvarado.....59-70

El control de constitucionalidad: luces y sombras en la jurisprudencia boliviana

The control of constitutionality: lights and shadows in Bolivian jurisprudence

Víctor Ricardo Revollo Medina.....71-86

La igualdad de oportunidades y la transversalización de políticas públicas enfocadas al desarrollo de emprendimientos productivos para personas con discapacidad en el marco del vivir bien

Equality of opportunities and the mainstreaming of public policies focused on the development of productive ventures for people with disabilities within the framework of living well

Rodrigo Alberto Milán Quisbert, Vismar Álex Saavedra Pablo.....87-95

Desafíos y oportunidades para garantizar los derechos humanos en un mundo cada vez más interconectado y diverso

Challenges and opportunities to guarantee human rights in an increasingly interconnected and diverse world

Óscar Ranulfo Ayala Aragón.....96-108

De un control restrictivo a un control constructivo de convencionalidad

From a restrictive control to a constructive control of conventionality

Rosa Gabriela Calle Cortez.....109-118

El uso de microcréditos para financiar proyectos de impacto social y ambiental, mediante la bolsa de valores de Bolivia

The use of microcredits to finance projects with social and environmental impact, through the Bolivian stock exchange

Abel Guiseppe Cossío Peña y Lillo.....119-128

El derecho humano a la vida y los feminicidios en Paraguay, antes y durante la Pandemia del Covid-19

The human right to life and femicides in Paraguay, before and during the Covid-19 Pandemic

Roberto Fonseca Feris.....129-137

Las personas con discapacidad y el acceso a la justicia: un tema pendiente en el constitucionalismo boliviano

People with disabilities and access to justice: a pending issue in Bolivian constitutionalism

José Alfredo Molina.....138-149

Nota editorial

Estimados lectores:

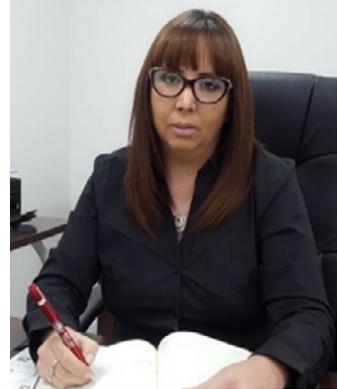
Tengo el gusto de presentar el primer número de la revista JURIS STUDIA de la Universidad Privada del Valle, que reúne una selección de trece artículos expuestos en el I Congreso Internacional “Constitucionalismo, Democracia y Derechos Humanos” organizado en marzo del pasado año como sinergia entre la Facultad de Postgrado, la carrera de Derecho y Ciencias Jurídicas (CBBA, LPZ, Sucre, y TDD), la Dirección Nacional de Investigación y el Vicerrectorado de Interacción Social de nuestra casa de estudios.

El debate público informado y pluralista es una condición indispensable para el funcionamiento de cualquier democracia moderna. En países como los de América Latina, con democracias aún en proceso de consolidación, resulta particularmente importante garantizar espacios para la discusión y el intercambio de ideas sobre los derechos humanos y las reformas necesarias, para protegerlos adecuadamente. El debate es el espacio donde pueden confrontarse visiones e intereses diversos en un marco de respeto, y alcanzarse consensos que den sustento a avances institucionales duraderos, capaces de traducir los principios democráticos y de derechos humanos en realidades tangibles que mejoren la vida de los ciudadanos.

Este evento internacional constituyó un espacio de reflexión de gran relevancia sobre temas fundamentales para el desarrollo jurídico, político y social de Bolivia y América Latina. A través de conferencias magistrales y mesas de ponencias, destacados expertos nacionales e internacionales analizaron los desafíos y oportunidades que enfrenta nuestra región en materia de constitucionalismo, democracia y derechos humanos.

La publicación de una selección de estos trabajos en la revista JURIS STUDIA representa un hito importante para la Universidad Privada del Valle y para la ciencia jurídica boliviana. Nos complace poner a disposición de la comunidad académica las ideas y propuestas surgidas en este fructífero intercambio, convencidos de su valor para avanzar en la consolidación democrática e institucional de nuestros países.

Asimismo, nos enorgullece que, en el marco del congreso, se haya investido con el título de doctor *honoris causa* al destacado maestro y referente del constitucionalismo democrático Dr. Roberto Gargarella, cuya obra es una fuente de inspiración para promover reformas que garanticen mayor igualdad y justicia social.



Liliana Cano Burgoa, LL.M.
*Directora del Dpto. Académico de
Derecho y Ciencias Jurídicas
(Universidad Privada del Valle)*

licanob@univalle.edu

Los invito cordialmente a explorar este número inaugural de la revista JURIS STUDIA, seguros de que encontraran en sus páginas ideas provocadoras y visiones innovadoras sobre algunos de los temas jurídicos y sociales más relevantes de nuestro tiempo.

Concluyo evocando las palabras del maestro Luigi Ferrajoli, destacado constitucionalista italiano: “Un derecho no garantizado es puramente ficticio y meramente declamatorio; su enunciación es un engaño y su función una mera ideología”.

Resumen de artículo

Los derechos humanos en procesos de construcción de principios y reformas constitucionales

Human rights in processes of construction of principles and constitutional reforms

ERIKA GERALDINE PÉREZ LEMUS

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

erikageraldine.perez@uptc.edu.co

0000-0001-9786-3491

LUZ MARINA ROMERO ALVARADO

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

0000-0002-1042-1314

LAURA STEPHANIA ALONSO TAPIAS

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

0009-0008-7774-4709

RESUMEN

Los derechos humanos se fundamentan en el contexto que establecen los organismos estatales con redes que relacionan las organizaciones, grupos y movimientos conformados en la sociedad, con el fin de analizar y comprender los procesos de construcción de principios y reformas constitucionales, lo que permite que a partir de la estadística inferencial se evalúen indicadores de políticas públicas en materia de derechos humanos a nivel nacional e internacional; además de reflexiones prácticas de estándares de calidad de vida con herramientas analíticas propias de la ciencia política, la sociología, la antropología política y la antropología jurídica. De manera que se requiere de un ordenamiento territorial, reordenamiento social y espacios de diálogos interculturales para lograr el análisis en construcciones subjetivas de la realidad y contribuir a las necesidades con acuerdos planteados a medida que avanzan los diálogos y la política de desarrollo integral, la participación política y las posibles soluciones aplicando mecanismos para la garantía del cumplimiento de la democracia, la dignificación del trabajo y condiciones de bienestar como un bien común.

Palabras clave: Derechos humanos, organizaciones, calidad de vida y política pública.

ABSTRACT

Human rights are based on the context established by state agencies with networks that relate organizations, groups and movements formed in society, in order to analyze and understand the processes of construction of principles and constitutional reforms, which allows Based on inferential statistics, indicators of public policies on human rights at the national and international level are evaluated; in addition to practical reflections on quality of life standards with analytical tools from political science, sociology, political anthropology and legal anthropology. So, territorial planning, social reorganization and spaces for intercultural dialogue are required to achieve analysis in subjective constructions of reality and contribute to the needs with agreements raised as the dialogues and the comprehensive development policy advance, political participation and possible solutions applying mechanisms to guarantee compliance with democracy, the dignity of work and well-being conditions as a common good.

Keywords: Human rights, organizations, quality of life and public policy.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citar como: Geraldine Pérez, E. *et al.* (2023). Los derechos humanos en procesos de construcción de principios y reformas constitucionales.

Juris Studia, 1(1), pp. 7-9

INTRODUCCIÓN

El número de inversiones de libros es la cantidad de temas relacionados al aprendizaje organizado a riesgo de ser considerado autorreferencial, como un conjunto de cuatro aportes bibliográficos a las reformas. Así, explorar la producción bibliográfica en el campo de los derechos humanos permite revisar cada una de las publicaciones, en las que aporten a circunstancias de origen y desarrollo, menciona los rasgos más característicos relación, de la enseñanza y aprendizaje con indicación la organización y los temas referentes a sectores gubernamentales y no gubernamentales; y la probable contribución al conocimiento en la disciplina, en el país y sus posibles proyecciones en la práctica profesional.

Teniendo en cuenta que cuando se trata de procesos de construcción de principios y reformas constitucionales, los derechos humanos son un tema fundamental. Esto es especialmente cierto en países en desarrollo, donde los derechos humanos a menudo son ignorados. Lo que está claro es que deben ser respetados en todo momento para lograr una verdadera transformación social y política. Es por esto que es importante que los gobiernos reconozcan el papel que desempeñan los derechos humanos en la construcción de principios y reformas constitucionales, y se comprometan con su protección.

PERSPECTIVA TEÓRICA

Los derechos humanos son aquellos que nosotros, como seres humanos, tenemos de forma natural y que no se pueden negar. Estos incluyen derechos como la libertad de expresión, el derecho a la igualdad, el derecho a la vida y la libertad de religión. Estos derechos son universales y están protegidos por leyes nacionales e internacionales. El objetivo de los derechos humanos es garantizar que todos los seres humanos tengan acceso a los mismos derechos y oportunidades, independientemente de su raza, género, edad, religión u orientación (United Nations, s. f.).

Cuando hablamos de derechos humanos, uno de los derechos que más se habla es el derecho a vivir en un ambiente seguro. Esto significa que todo el mundo tiene el derecho a vivir en un ambiente seguro donde pueda sentirse protegido. Esto también significa que todo el mundo debe tener el derecho a vivir en un ambiente seguro. Esto incluye, por supuesto, un derecho humano es uno de los derechos que todos los seres humanos tienen por nacimiento. Estos derechos son inalienables, es decir, que no pueden ser vendidos o transferidos. Además, todos los derechos humanos son universales. Esto significa que todos los seres humanos tienen derecho a estos derechos. Esto incluye a los extranjeros que residen en su país.

¿Por qué los derechos humanos son fundamentales? Esta es una pregunta que todos debemos hacernos. Los derechos humanos son fundamentales, porque todos somos iguales y merecemos ser tratados con respeto. No importa nuestra religión, cultura, origen étnico o género, todos tenemos derecho a vivir en libertad y seguridad sin temor a la discriminación. Los derechos humanos nos ofrecen protección contra la injusticia y nos permiten vivir con dignidad (coe.int., s. f.).

Los cambios en la Constitución de un país pueden ser hechos para modificar la forma en que el gobierno funciona, para mejorar los derechos de los ciudadanos o para actualizar la ley para hacerla más relevante y apropiada para el tiempo en que vivimos. Las

reformas constitucionales generalmente se hacen mediante una votación popular o con la aprobación del parlamento. Esto significa que los ciudadanos tienen la última palabra en cuanto a cómo quieren que sea su país.

PERSPECTIVA METODOLÓGICA

El respeto de los derechos humanos es un requisito para lograr la igualdad, la justicia y la paz. La adopción de estos principios en los procesos de construcción de principios y reformas constitucionales mejorará el marco legal en el que se desenvuelven los gobiernos, las empresas y la sociedad civil. Esto contribuirá a promover el desarrollo y el bienestar de las personas, comenzando con una metodología activa que permita el estudio de indicadores de evaluaciones de la realidad de los derechos humanos por un enfoque metodológico que permita construir una cultura de respeto por los derechos humanos en todos los niveles. A partir de la estadística inferencial, se pueden evaluar indicadores de políticas públicas en materia de derechos humanos a nivel nacional e internacional, además de reflexiones prácticas de estándares de calidad de vida con herramientas analíticas propias de la ciencia política, la sociología, la antropología política y la antropología jurídica.

CONCLUSIONES

Un mundo globalizado, en el que nos movemos a diario y en el que podemos encontrar personas de todas las nacionalidades, implica poder encontrar personas de todas las ideas y todos los puntos de vista. Esto se traduce en que los derechos humanos, que tienen, por supuesto, una amplia aceptación, pueden chocar con otros derechos. Por ejemplo, si una persona tiene derecho a criticar a otra persona o a un grupo, también tiene derecho a que esta persona o este grupo tenga derecho a responder. Una de las razones por las que los derechos humanos son fundamentales es porque afectan a todos. Un ejemplo de ello es el derecho a la educación; todas las personas tienen derecho a una educación de calidad y acceso a la educación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes - www.coe.int. (s. f.). <https://www.coe.int/es/web/compass/what-are-human-rights->

Pr, A., & Primarias y secundarias, C. P. E. (s/f). LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Iidh.ed.cr. Recuperado el 29 de abril de 2023, de <https://www.iidh.ed.cr/multic/WebServices/Files.ashx?fileID=1729>

United Nations. (s. f.). La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Artículo de reflexión

El espejismo de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador ¿por qué no es vinculante?

The mirage of prior, free and informed consultation in Ecuador, why is it not binding?

JACKSON VICENTE CONDOLO ACARO

Universidad Metropolitana del Ecuador, Ecuador

jacksoncondolo@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1495-0555>

ENRIQUE DAVID LUZURIAGA MUÑOZ

Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador

edluzuriaga@utpl.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-0152-096X>

RESUMEN

El presente trabajo trata el análisis sobre el espejismo de la consulta previa en el Ecuador, por lo que desarrollamos un estudio reflexivo y crítico sobre la aplicación y eficacia de este derecho en el contexto constitucional ecuatoriano, desde su aparición en la norma suprema, propiciando comprender las bases conceptuales y su importancia e implicación al prescribirlo como derecho constitucional. A partir de este análisis revisamos tres aspectos fundamentales en su entorno, es decir, la eficacia, aplicación y su aspecto vinculante en el contexto jurídico ecuatoriano, por lo que intentaremos dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿por qué el derecho a la consulta previa no es vinculante?

Palabras clave: Consulta previa, derecho constitucional, Ecuador, Constitución.

ABSTRACT

The present work deals with the analysis of the mirage of prior consultation in Ecuador, for which we develop a critical study on the application and effectiveness of this right, in the Ecuadorian constitutional context, from its appearance in the supreme norm, promoting an understanding of the conceptual bases and its importance and implication when prescribing it as a constitutional right. From this analysis we review three fundamental aspects in their environment, that is, the effectiveness, application and its binding aspect in the Ecuadorian legal context, so the answer we try to provide is to the following question: why the prior consultation is not binding?

Keywords: Prior consultation, constitutional law, Ecuador.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Condolo Acaro, J. V. & Luzuriaga Muñoz, E. D. (2024). La igualdad política: una materia pendiente de todos los estados en América Latina. *Juris Studia*, 1(1), pp. 10-23

INTRODUCCIÓN

Es necesario poner de manifiesto el urgente análisis jurídico y sociológico que tiene la problemática planteada en esta investigación, la misma que está vinculada no solo a la indagación del “¿por qué la Consulta previa, libre e informada no tiene carácter vinculante?”, sino también el propugnar desde este trabajo una concientización de la sociedad por la debacle que constantemente el ambiente y los derechos de la naturaleza padece.

En este escenario, se recalca el compromiso social, que tenemos como docentes inmersos en la academia e investigación jurídica, tratando de vincular al lector y a la sociedad, en estos temas que no solo deberían inmiscuir y ser responsabilidad de la sociedad civil, sino también del Estado mismo.

En tal virtud, instamos al análisis del panorama presentado alrededor de la institución jurídica denominada Consulta Previa, cuya importancia tiene rango constitucional; sin embargo, pese a declarárselo como derecho constitucional, resulta un espejismo su eficacia entorno a salvaguardar los intereses de los pueblos indígenas y por ende del medio ambiente donde estos pueblos habitan, lo que constituye la preocupación central de la investigación.

Haciendo énfasis en la Consulta Previa, se puede señalar que esta institución jurídica vincula una carga de garantía constitucional hacia los pueblos y su entorno ambiental; enfatizado lo anterior, habrá quien piense que la Consulta previa, libre e informada es una garantía capaz de salvaguardar los intereses de los pueblos y del medio ambiente donde habitan, sin embargo, la práctica puede demostrar que lo dicho sería un espejismo que tiene segada a la población.

Cabe manifestar que en la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008), elaborada por los Asambleístas constituyentes de ese entonces, quizá de forma equivocada o perversa no plantearon de forma clara los efectos de la Consulta Previa, dejando este acto como una cuestión administrativa sin que se defina el valor de su realización, que por cierto desde la vigencia de la Constitución de Montecristi, no se ha incorporado en la legislación secundaria ninguna norma que permita tener claro este derecho.

En ese sentido, el presente trabajo se lo ha estructurado haciendo énfasis en el análisis conceptual de la Consulta Previa, es decir, tomando como referencia los antecedentes de la citada institución jurídica; seguidamente se cree conveniente analizar la Consulta previa, libre e informada desde la óptica de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dedicando una breve revisión sobre algunos casos que han sido conocidos y resueltos por dicha Corte, es decir, aquellos hechos que han tratado de vislumbrar el derecho a la Consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, como por ejemplo, es el caso de Sarayaku vs. Ecuador. Posteriormente, se realiza el análisis desde la óptica constitucional del derecho a la Consulta Previa, así como de la revisión de los actores que son beneficiarios de mencionado derecho.

En un segundo momento de análisis, resulta trascendental en nuestro trabajo, tratar de identificar la parte vinculante del derecho a la Consulta Previa, en esta parte se analiza las cuestiones centrales del por qué la Consulta previa, libre e informada no es vinculante y cuál es el fundamento del por qué debe ser obligatoria y particularmente vinculante en las decisiones de los pueblos indígenas.

Finalmente, el análisis en cuestión, plantea descifrar las ventajas y desventajas de la aplicación de la Consulta Previa, pero con una carga de vinculación en la decisión de los pueblos.

DESARROLLO

1.1. La Consulta previa, breve antecedente de su conceptualización

La Consulta Previa, libre e informada, es una institución jurídica que aparece como tal, en la Constitución de la República del Ecuador dictada y vigente desde el 20 de octubre del 2008, cuya figura no se encontraba en la Constitución Política de Ecuador (CPE, 1998), pero ya se hacía mención a que los pueblos indígenas negros y afroecuatorianos por mandato constitucional tendrían el siguiente derecho:

Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen (Art. 84).

Es importante recordar que debido a la oscuridad de la consulta establecida en la norma constitucional ecuatoriana de 1998, el Estado ecuatoriano no garantizaba adecuadamente este derecho a los pueblos oprimidos, es decir, no se ejecutaba la Consulta previa, libre e informada con anterioridad a los actos que el Estado de forma arbitraria realizaba en los territorios indígenas; prueba de estos acontecimientos son los casos llevados a Cortes Internacionales como por ejemplo el caso llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, acontecimiento que posteriormente se lo analizará.

Por otro lado, la implementación de la figura jurídica, Consulta Previa, en la norma suprema del 2008, tiene una trascendencia imprescindible, no solo por su impacto presuntamente favorable para la protección del medio ambiente, sino también, debido a que por primera ocasión se hacía referencia a este derecho constitucional asignado de forma amplia a las “comunidades, pueblos y nacionalidades” (CRE, 2008, art. 56). Por lo tanto, en este análisis surge la pregunta ¿qué es la Consulta Previa, libre e informada? y sobre todo ¿qué connotación tiene para los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente?

Como es de conocimiento de todos, y sin mayor esfuerzo de análisis, la Consulta Previa, libre e informada, no es, sino la acción de preguntar o interrogar una determinada acción con anterioridad antes de ejecutarla; en el caso específico, se puede decir de manera general, que es la interrogante que el Estado debe realizar antes de adoptar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar a las comunidades o pueblos, indígenas; así también, dada la importancia de su concepción, es sustancial conocer el contexto de lo que concierne una consulta previa, es decir, por qué debe garantizarse este derecho fundamental plasmado en la Constitución, por lo que planteamos la siguiente interrogante ¿Qué derechos se vinculan a la ejecución de la Consulta Previa?

Ahora bien, es importante regresar la mirada hacia los antecedentes de la Consulta Previa, libre e informada en otras naciones, de tal manera que, en países como Colombia, se identifica que este derecho se ejecuta a continuación de la adopción del Convenio 169 de la OIT, con la vigencia de la Ley 21 (Ley 21, 1991).

Como se ha podido indagar la (Ley 21,1991), está encargada de garantizar los derechos de los pueblos indígenas colombianos, así como de su entorno ambiental y sus tierras, tanto así que la ley aludida, dispone el siguiente enunciado:

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. (Art. 7)

Por su parte en Perú, se identifica que la Consulta previa, libre e informada, es reconocida desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en el año de 1995, sin embargo, es en el año 2011, se establece la “Ley del derecho a la Consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (Ley Consulta previa, 2011), que dentro de su articulado precisa:

Etapas del proceso de consulta

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.

Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

Publicidad de la medida legislativa o administrativa. Información sobre la medida legislativa o administrativa.

Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.

Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios. (Art. 8)

Como se aprecia tanto en Colombia como en Perú, existe legislación específica sobre el tema de la Consulta Previa, es decir, que los legisladores de los países vecinos, pusieron particular énfasis en estos temas, consecuencia de aquello se nota que la institución jurídica fue incluida en la legislación interna de Colombia y Perú basado en lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, (Convenio 169 de la OIT, 1989).

Como se puede dilucidar con esta breve descripción, en la legislación ecuatoriana la conceptualización de la Consulta Previa, tiene una prematura vigencia, sin embargo, más allá de esta preocupación, nos sería importante poner de manifiesto que han opinado los Tribunales internacionales sobre este trascendental derecho, por lo tanto, en el siguiente apartado revisaremos algunos pronunciamientos que se han emitido.

1.2. La Consulta previa, libre e informada en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como es conocido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, forma parte del Sistema Universal de Derechos Humanos, cuyas atribuciones y facultades las ejerce

en argumento de las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como de su reglamentación interna de funcionamiento.

La indicada Corte IDH, ejerce jurisdicción en los países que han ratificado la mencionada Convención, es decir, que puede emitir sentencias en contra de los países que ha infringido sus disposiciones.

En tal virtud, el Estado ecuatoriano como muchos estados, están bajo la jurisdicción de la Corte IDH, debido a ello, Ecuador ha recibido diversas sentencias que han tenido trascendental importancia; así, respecto de nuestro tema de estudio, la Corte IDH, ha emitido una significativa sentencia en el caso denominado Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. (Corte IDH, 2009)

El caso en mención, data de la década de los años 1990, donde el Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku, perteneciente a la Provincia de Pastaza (Amazonía del Ecuador) argumenta que el Estado ecuatoriano, en base a sus decisiones administrativas de exploración y explotación de petróleo, arbitrariamente incurrió en sus territorios, sin que para el efecto se haya efectivizado su derecho constitucional de haber sido consultados previo a dicho evento.

La Corte IDH, luego de realizar un análisis contextual de los hechos, en su estudio de fondo, en lo principal refirió lo siguiente:

La Corte, reiteró que el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Por ello, la protección de su derecho a la propiedad es necesaria para garantizar su supervivencia física y cultural y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. (Corte IDH, 2009)

En esta parte de la sentencia la Corte IDH, destaca lo importante que significa las tierras para los pueblos ancestrales, pero no solo ello, sino también lo que se asienta en dichas tierras, es decir, lo que se produce de ello, y no solo los recursos naturales, sino otros elementos cuya particularidad no es observable a simple vista, como por ejemplo el entorno ambiental, en este sentido más adelante la Corte precisa lo siguiente:

Si bien no estaba en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, la Corte consideró pertinente destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que aquél mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su “selva viviente” (Kawsak Sacha) y la relación íntima entre ésta y sus miembros, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual. (Corte IDH, 2009, par. 5)

Consecuentemente, la Corte precisa que el derecho a la Consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y tribales, está vinculado al respeto de su cultura e identidad propias, pero no solo aquello, sino que su derecho a la Consulta tiene estrecha relación a la participación democrática de estos pueblos, es decir, a la toma de decisiones que tienen en una nación y que afecten directa o indirectamente sus derechos. (Corte IDH, 2009, par. 6)

Finalmente, en esta decisión la Corte termina su análisis estableciendo que la Consulta Previa, debe ser realizada con carácter previo; que esta debe ser establecida de buena fe

con el fin de llegar a un acuerdo, es decir que no exista fuerza o coerción en realizarla; que debe ser adecuada y accesible; y algo sobre particular para nuestro estudio, que la Consulta debe conllevar un estudio previo de impacto ambiental, al referirse a esta parte la Corte indica:

En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el (Convenio 169 de la OIT, 1989), establece que “los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. (Art. 7.3)

Como hemos apreciado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido enfática en algunos puntos, sobre todo en el aspecto del estudio previo de impacto ambiental, señalando que este estudio debe realizarse y que es un aspecto fundamental para la toma de decisiones; sin embargo, vemos que los estados al tener vinculación con estos estudios ambientales, posiblemente no tengan objetividad en los resultados finales, es decir, existe el riesgo de que se puedan vulnerar los derechos de los pueblos indígenas y consecuentemente del medio ambiente.

En este contexto, así como en el Estado ecuatoriano, la República de Surinam fue escenario de un caso de similares características, sin embargo, en esta ocasión de por medio estaba la defensa de las tierras por parte del pueblo Saramanka y la extracción de madera que se propugnaba dar por parte del Estado de Surinam, en el año 2000 aproximadamente; consecuentemente se presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso Saramaka vs. Surinam. (Corte IDH, 2007)

1.3. Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar “a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (Corte IDH, 2007, par. 42 y 43).

Como se aprecia en esta parte del análisis de fondo, la Corte IDH hace mención a un dato importante, es decir, la obligatoriedad de del Estado de Surinam de obtener el consentimiento del pueblo de Saramanka; por otra parte, la Corte respecto del impacto ambiental indicó:

b) Evaluaciones previas de impacto ambiental y social

(...) La prueba presentada ante el Tribunal indica que no sólo el nivel de consulta al que se refiere el Estado no fue suficiente para garantizar al pueblo Saramaka su participación efectiva en el proceso de la toma de decisiones, sino que también el Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios de impacto ambiental y social antes de emitir dichas concesiones, y que, al menos, algunas de las concesiones otorgadas afectaron, de hecho, recursos naturales necesarios para la subsistencia económica y cultural del pueblo Saramaka. (...)

No sólo se les ha dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales, sino que además no han recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio. (...) (Corte IDH, 2007, par. 47, 48, y, 49)

En resumen, la Corte considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal.

La Corte respecto del caso analizado advierte un impacto desfavorable para el medio ambiente, cabe destacar que el daño causado incluso conllevó a la carencia de recursos de subsistencia, esto debido al daño producido a la naturaleza.

Para finalizar este análisis presentamos otro de los casos trascendentes pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es *Awas Tingni vs Nicaragua*, cuyos hechos radican en la extracción forestal en la comunidad de Awas Tingi en Nicaragua, en marzo de 1992, en el caso aludido quizá no se expone categóricamente la Consulta previa, libre e informada, pero si se hace alusión a la protección del medio ambiente y de las tierras ancestrales de tales pueblos. (Corte IDH, 2001)

1.4. El derecho constitucional a la consulta previa, libre e informada

Para referirnos a la consulta previa, libre e informada como una parte del Derecho constitucional, es necesario vislumbrar el término antes enunciado y posteriormente verificaremos la importancia del derecho en mención; por lo tanto, cuando hablamos de derecho constitucional, desde nuestra óptica pensamos que seguramente estamos frente a un enunciado categórico y fundamental o como un mandato de optimización, que se encuentra plasmado en una normativa suprema denominada Constitución (Alexy, 1997).

Adicionalmente, podríamos quizá adelantarnos en afirmar que todo derecho que se encuentra ubicado en la Constitución, es un derecho que recibiría la categoría de fundamental; sin embargo, este carácter podría ser contraproducente en un momento oportuno y en un caso específico, puesto que un derecho constitucional podría perder su categoría de fundamental, he ahí el problema de nuestra afirmación.

Respecto a la problemática presentada en el párrafo anterior, Bernal Pulido (2007), ha precisado lo siguiente:

La idea central es que los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales. Por su parte, las normas son proposiciones prescriptivas adscritas por vía interpretativa a estas disposiciones y que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado por los derechos fundamentales, así como las competencias que estos derechos confieren (pp. XXIX-XXX).

Dicho de otra forma, los derechos fundamentales serían según el análisis de (Bernal Pulido, 2007) todas las disposiciones, sean estas establecidas mediante normas o posiciones, que se atañen a una Constitución; más adelante el referido autor indica: "Las normas de derecho fundamental son el más importante de estos tres elementos. Ellas prescriben el deber ser que las disposiciones de derecho fundamental establecen, así como confieren las posiciones de derecho fundamental" (pp. XXX).

Ahora bien, dado que todo derecho que se encuentre plasmado en una Constitución recibe la categoría de fundamental, deberíamos entenderlo así al derecho a la Consulta Previa, cuya disposición se encuentra prescrita en la (CRE, 2008), y que de forma categórica en la parte pertinente dispone:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (Art. 57.7)

Conforme lo descrito en el artículo precedente, la Consulta previa, libre e informada forma parte de la gama de derechos constitucionales que el legislador constituyente ha proclamado, sin embargo, nuestra preocupación recae sobre la última parte de la norma citada, es decir, si dada la Consulta previa, libre e informada (derecho constitucional), el pueblo decide no dar el consentimiento al Estado sobre sus planes de acción, entonces ¿qué pasaría cuando se suscita este hecho?, al respecto la norma constitucional precisa que se estará a lo dispuesto a la Constitución y la ley, sin más.

Sin embargo, si analizamos la (CRE, 2008) en su contexto no se aprecia el procedimiento que aclare esta problemática, es decir, qué hacer en caso de no tener el consentimiento del pueblo, menos aún existe Ley que establezca los pasos a seguir cuando exista la negativa del pueblo. Por el contrario, en la (CRE, 2008) se establece lo siguiente:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. (Art. 11)

Conforme se establece en la norma citada, los derechos constitucionales, primero para que los derechos sean debidamente justiciables, no se debe atribuir la existencia de anomías y justificar su desconocimiento; segundo, que los derechos constitucionales deben ser progresivos, por lo que se admite restricción de derechos por norma inferior; y tercero que estos derechos deben ser interpretados conforme a su contenido esencial, es decir, que garantice su efectivo ejercicio.

1.5. Perspectivas de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador: ¿quién se beneficia?

Como se analizaba en la parte inicial de este trabajo, el antecedente histórico de la Consulta previa, libre e informada en el Ecuador tiene la misma vigencia que la (CRE, 2008), por lo tanto, es desde entonces que su contenido literal es exigido y ejercido constitucionalmente por los pueblos indígenas; sin embargo, es preciso señalar que este derecho ya se establecía con anterioridad en el (Convenio 169 de la OIT, 1989).

Posteriormente analizábamos que el contenido de mencionado derecho, se desarrollaba en el artículo 57 de la norma constitucional (CRE, 2008), asimismo, se observa que el enunciado constitucional de referencia, está ubicado en el capítulo cuarto de la Constitución, cuyo título señala: Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Art. 57).

Ahora bien, es claro que conforme lo ha dispuesto el constituyente, los sujetos a quienes se dirige este derecho, serían solamente las comunidades, pueblos y nacionalidades, quedando fuera del alcance de este derecho las organizaciones sociales que no tengan esta categoría; esto quiere decir que el Estado tendría toda la potestad de introducirse a ejecutar sus acciones en cualquier otra parte del territorio sin siquiera ejecutar la Consulta Previa.

Sin embargo, nuestra preocupación va más allá de identificar los sujetos constitucionalmente establecidos como receptores de este derecho o a quienes va dirigido, sino también, nuestro ideal se centra en señalar quién en la práctica se beneficia del contenido esencial del derecho a la Consulta Previa, dado que las acciones de exploración y explotación del Estado, no solo afecta a las comunidades, pueblos y nacionalidades, sino que su auge, tiene un impacto negativo para toda la población.

Adicionalmente es importante acotar un aspecto nuevo dentro de esta temática y que es nuestro deseo que sea analizado desde las investigaciones del derecho, esto es, que uno de los sujetos de derecho que también es beneficiado con el contenido esencial de la Consulta previa, libre e informada es la Naturaleza misma, puesto que de las acciones estatales es el primer perjudicado, es decir, que cuando no se ejecuta la Consulta previa, libre e informada la Naturaleza y por ende el medio ambiente son contundentemente afectados.

Como sabemos la Naturaleza recientemente concebida como sujeto de derechos, debe ser también considerada, pues su detrimento con estas acciones es inminente, por lo tanto, los primeros llamados a su defensa debería ser el Estado por medio de sus entidades en el caso del Ecuador por la Defensoría del Pueblo y así también debe ser protegida por las personas en general.

Es importante recalcar este debate jurídico, ya que al omitirse la implementación efectiva de la Consulta previa, libre e informada trae consigo daños colaterales a diversos sujetos y a sus derechos.

1.6. El aspecto vinculante de la consulta previa

Conforme hemos aludido en el presente análisis, si bien la consulta previa eminentemente es un derecho constitucional, sabemos asimismo que los derechos establecidos en la Constitución deben ser cumplidos y garantizados por la normativa interna; sin embargo, a este respecto nos preguntamos: ¿qué pasaría si la consulta previa tiene negativa a las acciones requerentes del Estado?

En esta parte de este trabajo nos centraremos al análisis de estas inquietudes que provenientes de la incertidumbre normativa; es conocido que el derecho aludido se ha cumplido en la mayor parte de casos, es decir, se ha consultado al pueblo sobre las acciones que van hacer ejecutadas por el gobernante en determinado sector de la población; ahora bien, las controversias se dan cuando los pueblos pronuncian sobre su negativa de la intervención estatal en sus territorios, para dilucidar sobre este tema es necesario indicar que la (CRE, 2008), precisa lo siguiente: Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (Art. 57)

Consecuentemente la (CRE, 2008) establece:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Art. 398)

Como bien se define en la última parte de la disposición constitucional citada, la existencia de una oposición o negativa del pueblo consultado, no determina la decisión

del Estado para que este, no intervenga en el territorio, por el contrario, faculta al propio Estado resolver motivadamente la decisión.

La facultad constitucionalmente establecida a favor del Estado, contradice lo que la misma (CRE, 2008) que en un primer momento facultó a los pueblos, es decir, lo establecido en el artículo 57 que por ejemplo establece que algunos de los derechos de estos pueblos son:

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales. (Art. 57)

En este contexto sabemos que cuando el Estado asume el rol de propietario de los recursos minerales del suelo ecuatoriano, no demuestra interés por la protección oportuna de los derechos establecidos y favorables a los pueblos, por el contrario, conculca los derechos aduciendo el cumplimiento de la consulta previa, sin importar el aspecto vinculante o no de la consulta.

1.7. El espejismo de la Consulta previa, libre e informada en el Ecuador, ¿por qué no es vinculante?

Una de las tareas de los enunciados que anteceden, fue primero identificar los sujetos que se benefician o a quienes va dirigido el aludido derecho, posteriormente, se atiende el aspecto vinculante, precisamente de la consulta previa; Ahora bien, lo que interesa estudiar por consecuencia, es enfatizar el análisis del por qué no es vinculante la consulta previa o por qué no se ha previsto la obligatoriedad de su decisión en norma constitucional ni infra constitucional, quizá las respuestas las encontramos entorno al análisis constitucional que hemos realizado, por lo tanto, los invito a dilucidar esta problemática en el siguiente análisis.

Conforme es prescrito en la (CRE, 2008) y conocido por ende por todos, el Estado ecuatoriano y a su vez el Gobierno de turno por medio de las autoridades, son los sujetos quienes deciden las estrategias en materia económica, así, por ejemplo, las funciones estatales son los rectores ejecutores de políticas públicas en las citadas materias, quienes, a su vez, deciden sobre la producción económica de los recursos minerales y la extracción de recursos no renovables. (Art. 261)

Consecuentemente en la referida (CRE, 2008), en lo que respecta a las facultades referidas del Estado efectivamente dispone que está bajo sus potestades elaborar la política pública respecto a la explotación y extracción de minerales que se encuentren en el territorio ecuatoriano, así literalmente la norma constitucional refiere:

Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular. Se prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles. (Art. 407)

Como se puede interpretar, la norma constitucional no es clara y más bien es poco coherente al prohibir en primera instancia y luego permitir excepcionalmente al Ejecutivo la actividad extractiva, se entiende entonces que la consulta previa no debe ser vinculante por cuanto puede existir una previa declaratoria de interés nacional. Argumento sin duda debatible pues en el artículo 1 de la norma aludida inclusive precisa: “Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible” (CRE, 2008, art. 1).

1.8. Consecuencias del aspecto no vinculante de la consulta previa

Una vez que hemos realizado un análisis de varios aspectos relacionados a la consulta previa y su actual situación jurídica, es necesario presentar algunas observaciones respecto a las consecuencias que pueden producirse por el aspecto no vinculante de la consulta previa.

Las consecuencias evidentemente recaen sobre la población donde se produce la actividad estatal, es decir, al dejar sin poder de decisión a estos pueblos inmediatamente sus derechos constitucionales son conculcados, así, por ejemplo, el derecho democrático de participación. Pues conforme lo entendemos, las personas no solo deben tener el derecho a participar directamente en los aspectos que los vinculen o sobre las actuaciones del Estado, sino, que su derecho se extiende a que las decisiones tomadas en base al ejercicio de participación debe ser respetado por la autoridad estatal, como vemos en la actualidad este derecho que es consecuencia de la participación desaparece al momento de que el Estado se adueña de las posturas del pueblo, haciendo caso omiso de lo que desea el pueblo.

Otro de los derechos que se afecta, es el de la autodeterminación de los pueblos afectados; es de trascendental importancia señalar la importancia de este derecho, pues como sabemos, toda actividad extractiva propone cambiar la situación de vida de la población, aduciendo pobreza en los sectores sociales, sin embargo, no es tan cierto la existencia de pobreza desde la cosmovisión de la población.

Adicionalmente, el derecho constitucional de vivir en un ambiente sano; este derecho se afecta inmediatamente una vez que el Estado ejecuta la actividad extractiva, sabemos que, para la realización de estas actividades, irremediablemente afectan el entorno ambiental de la población, donde se evidencia contaminación de ríos, tala de bosques, en definitiva, destrucción de la flora y fauna que es el hábitat de la población.

Asimismo, consecuencia de la vulneración del derecho citado, sin duda otro de los derechos que se afecta en estos escenarios, es el de la salud de la población; es sin duda alguna importante hacer esta reflexión, pues normalmente los pueblos se oponen a toda actividad extractiva cuando son consultados, argumentando precisamente la afectación a su salud, es conocido que toda actividad deja secuelas irreparables en la salud de la población, debido a la utilización de recursos químicos, al respecto existen varios reclamos judiciales sobre esta situación que no solo se ha presentado en Ecuador, sino que es problemática jurídica en algunos países de sur América.

Estas serían algunas de las consecuencias que nos hemos limitado a esbozar, sabiendo que existen aún más, sin embargo, nos realizamos la siguiente interrogante ¿es necesario propiciar un análisis jurídico del contenido esencial del derecho a la consulta previa?

Conforme se ha presentado el análisis sobre esta situación jurídica no solo que resulta importante revisar el contenido esencial, sino el alcance del derecho, ya hemos revisado que la jurisprudencia de la Corte IDH, ha generado algunos matices sobre la aplicación del este derecho, cuestión que aportaría a definir la importancia y alcance del derecho aludido.

Por lo pronto este estudio se limita a la revisión esporádica de esta cuestión no sin antes tener en consideración un estudio profundo sobre la temática relacionada al derecho a la consulta previa.

Finalmente, en lo que respecta a este trabajo presentamos en el siguiente apartado algunas conclusiones finales.

CONCLUSIONES

La consulta previa libre e informada, tiene su fundamento en los derechos de participación que tiene todo ciudadano, es decir, forma parte de los derechos constitucionales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador 2008.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia ha establecido algunas precisiones como, por ejemplo; que, por medio de la consulta previa, a los pueblos deben de respetarse su cosmovisión por lo que se deberá considerar sus decisiones cuando afecten sus derechos fundamentales.

Como se advierte en el análisis que antecede, el derecho a la consulta previa vinculante, no solamente beneficia a la población donde se consulta la actividad del Estado, sino toda la ciudadanía en general, esto debido a que se garantizaría el entorno natural y por ende el derecho a la salud.

En la actualidad el derecho a la consulta previa no tiene carácter vinculante, por el contrario, es un trámite netamente administrativo que, si bien es obligatorio su aplicación, no necesariamente la decisión del pueblo es considerada, por lo que el Estado tiene aún la facultad de realizar las actividades extractivas aun cuando no tenga el beneplácito del pueblo.

La consulta previa continúa siendo un espejismo para la población, pues si bien se establece como un derecho en la constitución, no se respeta el contenido del derecho, que sería no solamente la aplicación de una consulta, sino, el respeto de la decisión que nazca de ella.

Como se aprecia al no tener la consulta previa un aspecto vinculante ante el Estado, trae consigo consecuencias irremediables a los derechos constitucionales de la población, donde se afectaría principalmente la salud y vida de toda la población.

Es necesario los análisis minuciosos del alcance del derecho a la consulta previa, a fin de que se tenga en consideración su protección y garantía desde el espectro jurídico y político en las decisiones de las autoridades estatales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial N° 449*.

Asamblea Constituyente. (1998, 11 agosto). Constitución Política del Ecuador, *Registro Oficial N° 1*.

Bernal Pulido, C. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Carmona C. (2013). Tomando los derechos colectivos en serio: El Derecho a consulta previa del Convenio 169 de La OIT y Las Instituciones Representativas de los Pueblos Indígenas, *Ius et Praxis*. Volumen 19, Issue 2, 301 – 334. DOI [10.4067/s0718-00122013000200009](https://doi.org/10.4067/s0718-00122013000200009)

Congreso de la República de Colombia. (1991, 6 de marzo). Ley 21, *Diario Oficial. N.º 39720*. URL: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>

Congreso de la República del Perú, (2011). Ley Del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios.

Gaceta N° 29785. URL: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7642.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Resumen de sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, p. 5. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, p. 42 y 43 Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pueblosaramaka.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas Disponible en, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-ima/documents/publication/wcms_345065.pdf

López Vyhmeister, R. y Mohr Aros, T. (2014). Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio

169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? *Revista de Derecho*. Volumen 27, Issue 1, 105 – 126. DOI 10.4067/s0718-09502014000100005

Vallejo Trujillo, F. (2016). *El Proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

Resumen de artículo de reflexión

¿Neoinstitucionalismo y sistema jurídico para el desarrollo socioeconómico basado en el mercado?

Neoinstitutionalism and legal system for market-based socioeconomic development?

ERIKA GERALDINE PÉREZ LEMUS

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

[0000-0001-9786-3491](https://doi.org/10.1000-0001-9786-3491)

LAURA STEPHANIA ALONSO TAPIAS

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

[0009-0008-7774-4709](https://doi.org/10.1009-0008-7774-4709)

LUZ MARINA ROMERO ALVARADO

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

[0000-0002-1042-1314](https://doi.org/10.1000-0002-1042-1314)

marina.romero@uptc.edu.co

RESUMEN

La escuela neoinstitucionalista es una vertiente de pensamiento originada en Europa en la reconstrucción democrática como orden político para plantear reformas de la época y ha trascendido hasta la modernidad. Considera las instituciones como reglas de juego inmersas en el sistema jurídico con fines de desarrollo socioeconómico, en la que los actores establecen relación entre los individuos en la toma de decisiones frente a las normas. El objetivo de la ponencia es analizar y presentar los aspectos más relevantes de los postulados de esta vertiente de pensamiento en la que el sistema jurídico puede hacer posible el progreso y bienestar a través del estado de derecho basado en el mercado desde la perspectiva del derecho económico. Está delimitada al país latinoamericano colombiano para estudiar los fenómenos políticos con fines de desarrollo económico.

Palabras clave: Neoinstitucionalismo, instituciones, socioeconómico, jurídico económico, mercado.

ABSTRACT

The neo-institutionalist school is a branch of thought that originated in Europe in democratic reconstruction as a political order to propose reforms of the time and has transcended to modernity. Considers institutions as rules of the game immersed in the legal system for the purposes of socioeconomic development, in which actors establish relationships between individuals in decision-making regarding norms. The objective of the presentation is to analyze and present the most relevant aspects of the postulates of this line of thought in which the legal system can make progress and well-being possible through the rule of law based on the market from the perspective of economic law. It is limited to the Latin American country of Colombia to study political phenomena for the purposes of economic development.

Keywords: Neoinstitutionalism, institutions, socioeconomic, legal economic, market.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Pérez Lemus, E. G. et al. (2024). ¿Neoinstitucionalismo y sistema jurídico para el desarrollo socioeconómico basado en el mercado? Juris Studia, 1(1), pp. 24-27

INTRODUCCIÓN

El artículo se enfoca a una aproximación al análisis de la Nueva Economía Institucional NEI y sistema jurídico para el desarrollo socioeconómico basado en el mercado, para poder presentar los aspectos más relevantes de los postulados de esta vertiente de pensamiento en la que el sistema jurídico puede hacer posible el progreso y bienestar basado en el mercado; está delimitada a Colombia país ubicado en América Latina.

Esta teoría fijó su pilar central es el estudio de las instituciones desde la perspectiva económica y sociológica, afirma que las instituciones son reglas de juego inmersas en el sistema jurídico. La hipótesis central parte en la siguiente pregunta: *¿El sistema jurídico para el desarrollo socioeconómico basado en el mercado es lo suficientemente fuerte para el caso de Colombia?* Este país cuenta con Constitución Política, la cual es lo suficientemente clara y está vigente desde la perspectiva del Estado Social de Derecho. La importancia del desarrollo del tema es abrir espacios de reflexión, análisis y discusión en torno al tema. A manera de conclusión se encontró que este sistema jurídico es endeble, presenta puntos de inflexión que ha permitido abrir una brecha amplia de desigualdad económico social que afecta gran parte de la población colombiana.

PERSPECTIVA TEÓRICA

El neoinstitucionalismo NEI tuvo su origen en Europa en la reconstrucción democrática como orden político para plantear reformas políticas de la época y ha trascendido hasta la modernidad, en la que el sistema jurídico puede hacer posible el progreso y bienestar a través del Estado de derecho basado en el mercado desde la perspectiva del derecho económico.

La teoría NEI fijó su pilar central es el estudio de las instituciones desde la perspectiva económica y sociológica; (Kalmanovitz, 2003), erudito economista, colombiano considera que las normas se convierten en guía para el comportamiento de los agentes en una sociedad para el desempeño económico de la dinámica de los mercados. El principal representante Douglas North dio origen a esta teoría criticó los postulados de la teoría neoclásica, para dar paso al modelo neoinstitucionalista, porque considera que esta última sigue el hilo conductor de la corriente de pensamiento ricardiana, keynesiana (estima que los mercados encuentran el equilibrio por su propia naturaleza económica), cuyos máximos representantes son (Veblen *et al.*, 1965), quienes explican la dinámica económica desde la visión microeconómica, la maximización de la utilidad en la que el individuo es completamente racional cuando tienen la competencia para tomar decisiones, no cuentan con asimetrías de información porque suponen información completa, los mercados desarrollan la dinámica de oferta y demanda en el marco de competencia perfecta.

Así, Douglas North, considerado clásico de las ciencias sociales, por sus valiosos aportes al nuevo paradigma neoinstitucionalista, analizó los postulados clásicos y neoclásicos y dista de ellos en el sentido de su rigidez, al no incorporar la sociología en el orden político, económico y social en desarrollo de las actividades institucionales.

La visión y análisis de North (1990) sostiene que las instituciones son reglas de juego inmersas en el sistema jurídico con fines de desarrollo socioeconómico, en las que los actores establecen relación entre los individuos cuando deben tomar de decisiones en el marco de las normas o derecho regulativo en las que se debe incorporar los costos de transacción (se explican más delante) y la operatividad de las empresas, que en términos

de Coase (1991), “la empresa se organiza como una jerarquía para ahorrar costos de transacción” entendido estos conceptualmente como el costo en que se incurre en las transacciones mercantiles de intercambio de bienes y servicios.

El neoinstitucionalismo incluye un marco conceptual fundamental para establecer el nivel de fricción en un sistema económico basado en el mercado en variables como costos de transacción, relación entre derecho y economía, teoría de la información, teoría de la elección pública, entre otros; en cada una de estas variables incluyó un amplio acervo de análisis basado en el trabajo y el mercado, las instituciones y el individuo cuando tiene la competencia para tomar decisiones que implica relación entre la dinámica del desarrollo de los mercados y el sistema jurídico propio de cada Estado, para el caso que nos ocupa, el país Latinoamericano Colombia, este país cuenta con sistema jurídico sustentado en la Constitución Política vigente.

Respecto a los costos de transacción sinónimo de intercambio, fue desarrollado por primera vez en la tercera década del siglo XX, por el académico clásico Ronald Coase; su hipótesis central consistió en aproximarse a dar respuesta a la interrogante formulada por Coase (1937) respecto al costo de que tiene realizar intercambios, afirma que en las organizaciones quienes realizan gestión se enfrentan a los fallos del mercado tales como costos e incertidumbre, búsqueda de información y estos procesos en términos de North *et al.* (2015) demandan tiempo, desde esta visión el neoinstitucionalismo, parte de la interrogante siguiente: *¿Por qué existe las organizaciones?* Es la pregunta que esta corriente de pensamiento pretendió resolver. En la revisión de la literatura, las instituciones u organizaciones tanto públicas como privadas funcionan a través de jerarquías en los procesos de gestión para su administración, buscando siempre disminuir los costos de transacción en los contratos hasta finalizar el proceso, sin embargo, en el desarrollo de dichos procesos de gestión prevalece dichos fallos.

PERSPECTIVA METODOLÓGICA

La metodología se desarrollará a través de revisión de la literatura para estructurar el marco teórico con aportes de destacados académicos, políticos y constitucionalistas, los cuales sustentan sus fundamentos con enfoque jurídico económico en el contexto de las instituciones y el comportamiento de los individuos cuando tienen la competencia de tomar decisiones.

CONCLUSIONES

Douglass North realizó valiosos aportes al neoinstitucionalismo. La hipótesis central de esta vertiente de pensamiento indica que las instituciones son reglas de juego formales e informales guiadas y consensadas por personas y sus acciones se enmarcan en las regulaciones institucionales imperantes, que delimitan lo que se puede y no se puede hacer, esto es, la dinámica economía es producto de interacciones humanas. Respecto a las normas formales, corresponden al acervo de normas, para el caso de Colombia país objeto del presente artículo, la norma de normas es la Constitución Política, leyes, códigos decretos, resoluciones, circulares y las normas informales en el contexto del derecho consuetudinario fundamentado en códigos de ética, costumbres, tradiciones, entre otros.

Para Colombia, el bloque de constitucionalidad contemplado en el artículo 333 desde lo normativo pretende ofrecer seguridad jurídica para el desarrollo socioeconómico basado en el mercado, y considera la empresa como base del desarrollo. Tiene una función social que implica obligaciones en el marco de libre competencia; sin embargo, en el desarrollo de actividades propias del mercado se sesga a favorecer el interés particular sobre el general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Coase, R. (1937). La naturaleza de la empresa. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc/66575887/Coase-1937-La-Naturaleza-de-La-Empresa> [Links]

Coase, R. (1991). La empresa, el mercado y la ley, Madrid, Alianza Editorial.
Kalmanovitz, S. (2003). Notas ay discusiones. Revista de Economía Institucional. Vol. 5, (9) segundo semestre/2003. Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

North, D., C. North, Brown, G., Lueck, D. A Conversation with Douglass North. Annual Review of Resource Economics, 7 (2015), pp. 1-10

North, D. (1990). Institutions, Institutional Change and Economic Performance.

Veblen, T. J., Clark, M. & Wesley, M. (1965). The Portable Veblen, Lerner, Max, ed., New York, the Viking Press.

Artículo de reflexión

“La justicia no siempre hace Justicia”: Sobre la influencia moral en la decisión judicial Argentina

“Justice does not always do Justice”: On the moral influence in Argentinian judicial decision

TOBÍAS DEMIAN ÁVILA PAVLICEK

Universidad de la Cuenca del Plata Ciudad de Corrientes (República Argentina)

tobiasavila17@gmail.com

RESUMEN

En el presente se pretende analizar dos casos jurisprudenciales que han despertado cierta polémica en nuestro país, “Muiña” y “Batalla”, tomando como punto de partida la visión de la tarea judicial del autor Duncan KENNEDY para explicar lo moral e ideológicamente influenciados que se ven los jueces a la hora de dictar sentencia. En primer lugar, se contextualizará a estos dos fallos para luego pasar a explicar qué aconteció en cada uno y cuál fue el veredicto en ambos casos, sin antes proveer un vistazo general a la teoría de los tres jueces del estandarte de los Critical Legal Studies. Por último, se realizará un encuadre teórico de los jueces que formaron parte de nuestro Alto Tribunal en los fallos ya mencionados en la clasificación propuesta por el autor, finalizando este trabajo con una hipótesis acerca de cómo la ideología, la moral y el consenso público imperante tienen un rol fundamental en la sala de máquinas de las sentencias judiciales.

Palabras clave: moral, política, razonamiento judicial.

ABSTRACT

In this work It is intended to analyze two jurisprudential cases that have aroused some controversy in our country, “Muiña” and “Batalla”, taking as a starting point the vision of the judicial task of the author Duncan KENNEDY to explain how morally and ideologically influenced judicial decisions are. In the first place, these two cases will be contextualized and then will be explained what happened in each one and what the Court decided in both, without first providing a general overview of the theory of the three judges of the protagonist of the Critical Legal Studies. Finally, a theoretical framework of the judges who were part of our Supreme Court in the decisions mentioned in the classification proposed by that author will be carried out, ending this work with a hypothesis about how ideology, morality and the prevailing public consensus have a critical role in the engineering room of judicial sentences.

Keywords: moral, politics, judicial reasoning.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Ávila Pavlicek, T. D. (2024). “La justicia no siempre hace Justicia”: Sobre la influencia moral en la decisión judicial Argentina.

Juris Studia, 1(1), pp. 28-39

“¡Guárdense también de los doctos! los odian, ¡porque ellos son estériles! Tienen ojos fríos y secos, ante ellos todo pájaro yace desplumado. Ellos se jactan de no mentir, pero incapacidad para la mentira no es ya, ni de lejos, amor a la verdad. ¡Estén en guardia! ¡Falta de fiebre no es ya, ni de lejos, conocimiento! A los espíritus resfriados yo no les creo. Quien no puede mentir no sabe qué es la verdad”

Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratustra*

I. INTRODUCCIÓN

I. A. Contextualización

(...) y todos saben que la teoría ingenua del imperio de la ley es una fábula, y aquellos que lo saben sospechan que las versiones sofisticadas de la filosofía del derecho contemporánea no son mucho mejores” (Kennedy, 2013, p. 54). Resulta, al menos en principio, osado coincidir con esta aseveración propuesta por Duncan Kennedy, sobre todo si consideramos que nuestro sistema jurídico (de raíces romanistas) exige precisamente que dicha *fábula* sea la regla. Sin embargo, la práctica judicial en nuestro país nos demuestra que dicha osadía no sería tal y que Kennedy podría estar en lo cierto.

Como lo indica el título del presente, mi interés se centra en la actividad judicial, precisamente en la injerencia de la valoración personal (moral si se quiere) de los jueces de los *materiales jurídicos* y como dicha valoración puede verse afectada por la opinión o consenso público imperante, desplazando aquel *supuesto* imperio de la ley escrita. No obstante, no pretendo escribir una tesis psicológica que explique las tendencias judiciales por inclinarse en favor de una u otra posición, sino relacionar ciertos conceptos provistos por el principal estandarte de los *Critical Legal Studies* (citado *ut supra*), con el accionar de los jueces de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos fallos en particular: “Muiña” y “Batalla”. Dichos pronunciamientos servirán de ejemplo para graficar como un juez puede cambiar de opinión sin basarse *exclusivamente* en el derecho positivo vigente.

I.B. Muiña y Batalla: dos caras ¿de la misma moneda?

Ahora bien, debemos dejar en claro qué aconteció en estos dos casos que servirán de hilo conductor en el análisis aquí pretendido.

En el primero (3 de mayo de 2017), nuestro Alto Tribunal revoca una sentencia anterior que decidía no aplicar el beneficio expuesto en la Ley 24.390 (más conocida como “Ley del 2x1”, hoy derogada) a condenados por crímenes de lesa humanidad, argumentando que si dicha ley no hacía distinciones, no correspondía a un tribunal hacerlo (efectivamente, dicha ley no realizaba distinción alguna). Este pronunciamiento generó cierta polémica y un gran debate público, que derivó en un escándalo social en el cual la sociedad reclamaba cierta “justicia” exigiendo que no se aplicara el beneficio del “2x1” a los imputados por crímenes de lesa humanidad.

Fue tal el descontento con dicho pronunciamiento que el Congreso Nacional en tiempo récord y prácticamente por unanimidad, sanciona la Ley 27.362 llamada de “interpretación auténtica” que disponía que el beneficio consagrado por la Ley 24.390 no sería aplicable a los condenados por aquel tipo de crimen.

Lo lógico, en un Estado de Derecho, sería pensar que si llegase a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia un caso en el cual se deba juzgar a un imputado por crímenes de lesa humanidad al cual resulte aplicable el beneficio propuesto por la Ley 24.390 y cuyo proceso tramita desde antes de la sanción de la Ley 23.762, se le compute (como en “Muiña”) el beneficio del 2x1, por el simple hecho de imperar el artículo 2 de nuestro Código Penal, el cual reza que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

Muy lejos de eso está lo efectivamente acontecido, incluso la C.S.J.N. consideró válido, en “Batalla” (4 de diciembre de 2018), aplicar una ley que modifica sustancialmente (no solo “interpreta auténticamente”) una ley penal anterior y de forma más gravosa. Dicha decisión tiene una particularidad: los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz respetaron su pensamiento expuesto en “Muiña”, es decir, fueron coherentes (los dos primeros a favor de no aplicar el beneficio en casos de lesa humanidad y el segundo en disidencia); por otra parte, Rosatti y Highton de Nolasco revirtieron abruptamente lo dicho en “Muiña”, donde abogaron por la protección indistinta de las garantías penales fundamentales para pasar a considerar que la ley de interpretación auténtica era constitucional, aplicando una ley penal más gravosa.

I.C. Un enfoque kennedyano: El despertar de la moral

Análogamente en lo sucede en la séptima entrega de las Guerras de las Galaxias, en la decisión judicial (más allá de que se niegue a diestra y siniestra) suele despertarse algo que el juez (al igual que un jedi) sabe que lleva dentro hace mucho tiempo. En este caso no hablamos de la fuerza, sino de la moral. Y no solo eso, sino que también hay una influencia en la misma por parte del consenso público imperante.

Teniendo en cuenta la visión crítica de Kennedy de la actividad judicial como una tarea estratégica, considero que los jueces no solo aplican derecho, sino que a veces lo moldean para hacerlo coincidir con sus preferencias morales/políticas. También entiendo (partiendo de la base de que la moral ya forma parte efectiva del razonamiento judicial) que la opinión pública juega un papel crucial en estas preferencias, ya que el consenso efectivo, en palabras de Carlos NINO, puede ser considerado (y creo que así sucede) por los jueces como una “forma privilegiada de conocimiento moral [que trae consigo una] altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta” (2014, p. 79).

Tomando como punto de partida la propuesta de Kennedy de tres tipos de jueces que crean sus sentencias estratégicamente, es que pretendo analizar como los jueces (al menos en estos dos casos) pueden llegar a formar sus opiniones moralmente influenciadas (contrario sensu a lo exigido por nuestra Constitución Nacional y Códigos Procesales) y finalmente exponerlos como una aplicación objetiva del derecho positivo vigente, bajo el encuadre de aquellos tres tipos de magistrados.

No pretendo, vale aclarar, decir que los jueces actúan “corrompidos” por la moral o que mienten en sus sentencias, sino plantear la posibilidad de que la influencia efectivamente exista y forme parte de las decisiones judiciales, haciendo parecer, como dice Andrés Rosler, que hay un “Estado de Derecho caído en Batalla”.

II. PROFESOR KENNEDY: SUS TRES JUECES SUPERPODEROSOS

Al igual que el profesor Utonio (salvo por la parte en que se utiliza una caldera y elementos químicos de dudosa procedencia), Duncan Kennedy da a luz tres jueces, quienes, según este autor, representan el comportamiento judicial real. Considero que esta visión es muy certera, sobre todo en la realidad de nuestro país.

En primer lugar, entiendo (en consonancia con el profesor de Harvard) que los jueces actúan de manera estratégica escondiendo, a través del uso del lenguaje técnico-jurídico complementado con doctrina coincidente, la fuerte influencia ideológica que se vuelca en las palabras de una sentencia. Por supuesto, y como en todas las cosas, algunos magistrados se esfuerzan más (y otros menos) por buscar la imparcialidad (o al menos hacer parecer que así lo hacen).

Consecuentemente, teniendo en cuenta dicho esfuerzo y la importancia que un juez da a que se lo considere públicamente comprometido con tal o cual posición ideológica, es que Kennedy presenta sus tres tipos de juez, los cuales parecieran hechos a medida para describir el accionar real de los magistrados.

Tenemos, como primer componente en este esquema tripartito, al juez activista, quien invierte una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la mejor para hacerla coincidir con su posición ideológica (Kennedy, 2013, p. 38). En otras palabras, inclina la balanza hacia la interpretación del caso que conduzca a un resultado ideológicamente coincidente con su tendencia.

Debe aclararse que el juez no está favoreciendo a una parte del litigio, sino que su preferencia está orientada hacia aquella norma que, de ser aplicada, llevaría al resultado que satisfaga su ideal de justicia conforme su preferencia ideológica.

Por otra parte, tenemos al juez mediador quien, visto desde fuera, es alguien más pasivo a la hora de formular su sentencia. Si bien este tipo de juez entiende el conflicto ideológico que se suscita en las decisiones judiciales, utiliza estas posiciones para poder ubicarse en una posición moderada (en el “medio” del debate); es decir, mostrando que es “imparcial” básicamente por tomar partido por una decisión que no se encuentra ni en un polo ni en otro.

A diferencia del juez activista que se encuentra restringido por su ideología, el juez moderado está controlado por la ideología, aun así; se trate de la ideología de los demás, aunque se abstenga de comprometerse con un bando u otro, “Ello se debe a que él media predeciblemente entre las diferencias de posición ideológica de otros. Deja que los ideólogos decidan indirectamente por él al plantear una elección y luego rechazarla eligiendo el medio” (Kennedy, 2013, p. 42).

Por último, pero no menos importante, tenemos al juez bipolar, una suerte de híbrido entre los otros dos. A veces trabaja duro para desarrollar una idea que favorezca a una posición ideológica en particular pareciendo incluso un juez

activista. Sin embargo, en el siguiente caso que se le presenta favorece con igual fuerza al bando contrario.

Será difícil distinguir su sentencia de la de un colega activista, excepto porque no buscará promover el proyecto ideológico (cualquiera sea) a lo largo de una serie de casos, sino que, para un observador externo, este juez estará buscando construir una carrera judicial mediadora, más que una sentencia mediadora para un caso particular (Kennedy, 2013, p. 43).

En pocas palabras y a diferencia del mediador, el juez bipolar “se deja ir” y participa activamente en la construcción de las teorías de un partido ideológico u otro (de los que se considera “independiente”), pero una vez habiendo aportado su sentencia, se retira del debate. La independencia resulta ser otra forma de compromiso (Kennedy, 2013, p. 43).

Dicho brevemente, en el esquema kennedyneano tenemos: un juez que lucha por hacer triunfar su posición ideológica a través de su argumentación, uno que considera a la imparcialidad como “ubicarse en el medio” de un debate ideológico y un último juez que interpreta ser objetivo a través del favorecimiento de distintos bandos ideológicos a lo largo del tiempo.

Veo venir la objeción de que mi planteamiento al inicio del presente artículo gira en torno a la influencia moral de los jueces, no habiendo mencionado a la ideología. Sin embargo, invito al lector ahora a cambiar, en los anteriores párrafos, la palabra “ideología” por “moral”. He mantenido la locución ideología para ser fiel a la concepción de Kennedy; no obstante, cuando he dicho ideología, he dicho moral, entendiendo a aquella como una derivación de esta última.

Ahora bien, habiendo expuesto ya el marco teórico que nos servirá para luego analizar el comportamiento de los jueces de nuestra C.S.J.N. en los fallos “Muiña” y “Batalla”, es momento de responder a la interrogante: ¿qué hicieron Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz en estos fallos?

III. LA BATALLA SOBRE UNA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

No es mi intención (ya que de hacerlo alargaría innecesariamente el presente) resumir en su totalidad los postulados de los fallos “Muiña” y “Batalla”, sino contrastar las decisiones en uno y otro fallo para ilustrar como nuestra C.S.J.N. cambia su forma de pensar abruptamente en dos casos que versan, básicamente, sobre lo mismo. Para este cometido, repasaré los que son, a mi juicio, los argumentos más representativos esgrimidos por los magistrados de nuestro Alto Tribunal para fundamentar sus decisiones en uno y otro.

Empero, antes, me gustaría dejar en claro el contexto social que se dio entre medio de ambos pronunciamientos. Claro está que en toda sociedad moderna (o que quiera jactarse de serlo) impera la libertad de expresión, lo que da la posibilidad a quien sea a decir lo que sea.

Sin embargo, y coincidiendo con uno de mis primeros profesores en la carrera de Derecho, parecería que la materia en la cual todos se encuentran cómodos para emitir opiniones es, justamente, la jurídica. Basta para corroborar este hecho revisar las noticias, programas, notas de la época en la cual al hablar de

la “injusticia” de “Muiña” no se comenta ni una sola vez las leyes en juego, lo que significa la irretroactividad de la ley penal o, por lo menos, la protección de los Derechos Humanos que tanto se invoca hoy en día, al menos cuando conviene.

Digo esto porque no debe entenderse el dictado de ambas sentencias como surgidas en un mismo momento. No es casualidad la sanción de la ley “de interpretación auténtica”, sino que responde a un grito social, malinformado, pero a un grito social en fin. Y sostengo firmemente que este es el caso del abrupto cambio acontecido en “Batalla”, la influencia social en los magistrados, no solo el cumplimiento de su labor: “aplicar la ley”.

III. A. *Ubi lex non distinguit, nec noc distinguere debemus: “Muiña”*

Mucha atención merece comprender lo que dice nuestra Corte en su voto mayoritario, sobre todo entendiéndolo que la integran dos jueces que seis meses más tarde defenderían la posición contraria.

Grosso modo, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que integraron la mayoría en ese entonces, Carlos Rosenkrantz, Elena Highton y Horacio Rosatti, resolvieron habilitar la posibilidad de que un condenado por delitos de lesa humanidad pudiera beneficiarse de la aplicación del llamado “2x1” establecido por el artículo 7° de la Ley 24.390, la cual es considerada la Ley más benigna y que debe haber sido tenido en cuenta desde el principio por el *a quo*.

Teniendo como base al principio de aplicación de la ley penal más benigna y de ultraactividad de la ley penal, la mayoría de estos ministros consideró en aquel fallo que el beneficio del 2x1 era aplicable incluso a crímenes de lesa humanidad, ya que el legislador cuando estipuló dichos derechos en la Ley 24.390 no hizo alusión alguna a su aplicación o no para este tipo de delitos.

Aun así, resulta imperioso repasar ciertas consideraciones que no se refieren únicamente a normas jurídicas, sino que hacen referencia a ciertos principios:

Más aun, la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho, lo que en este caso requiere decidir con absoluto apego a lo que está claramente ordenado por el art. 2° del Código Penal, en razón de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional y por los arts. 9° de la CADH y 15.1 del PIDCP, convenciones internacionales que cuentan ambas con jerarquía constitucional por así disponerlo el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.” Dice, por su parte, Rosatti (y en un tono aún más filosófico y citando a Carlos NINO, es decir, no refiriéndose expresamente a normas jurídicas) que aplicar la normativa como se debe (es decir, sin hacer distinción en los delitos de lesa humanidad),

...no supone desconocer que los delitos de lesa humanidad expresan el estadio más degradado en que ha caído la naturaleza humana, y tampoco conlleva ignorar que el régimen durante el cual se perpetraron los ilícitos probados en esta causa descendió a niveles de inhumanidad nunca vistos en nuestro país desde la sanción de la Constitución Nacional

Continúa el ministro:

Pero un Estado de Derecho no es aquel que combate a la barbarie apartándose del ordenamiento jurídico [dejando de aplicar una Ley que a todas luces resulta, por benigna, aplicable al caso] sino respetando los derechos y garantías que han sido establecidos para todos, aun para los condenados por delitos aberrantes. En referencia a este tema, se ha dicho con razón que “cuando los juicios tienen lugar ante tribunales imparciales, con una amplia oportunidad para que el acusado sea escuchado, con profunda consideración de sus defensas, y el estricto cumplimiento de los procedimientos gobierna la prueba y la imposición del castigo, los beneficios del Estado de Derecho se demuestran públicamente. En el marco de un juicio, el valor del Estado de Derecho es aún más contrastante cuando se contraponen a la conducta ilegal de los imputados (Nino, 1997, p. 228).

Vemos como estos jueces se refieren no solamente a la pertinencia o no de la aplicación de la ley que se encuentra en juego, sino que también (para fundamentar su decisión) hacen alusión a conceptos tales como “principios”, “naturaleza humana”, “niveles de inhumanidad”, entre otros. Resulta, quizá, redundante decir que el contenido de dichos conceptos varía con el tiempo, sobre todo en una sociedad tan cambiante como la de nuestro país.

No obstante, lo que se espera (por lo general) es que un juez resuelva conforme a derecho, y no se aparte del mismo por ciertas valoraciones que muchas veces quedan supeditadas a un cambio social, o a un acontecimiento de dichas características. Rosenkrantz, al menos de los tres magistrados que comparten postura en “Muiña”, entendió esto, aquí y en “Batalla”.

Pasando ahora a la minoría, Lorenzetti y Maqueda también recurren a ciertas concepciones valorativas para rechazar la aplicación de la Ley del “2x1”, invocando tácitamente cierta criminalidad ínsita en los crímenes de lesa humanidad:

Resulta indiscutible que la prohibición de sancionar en forma inadecuada a los delitos de lesa humanidad constituye fundamento objetivo y suficiente para rechazar la aplicación extensiva de una norma vinculada al cómputo de pena que no solo no resulta formalmente aplicable al recurrente sino que, además, traería como resultado que merced a un mero cálculo aritmético, se redujera en forma automática sustancialmente la pena de prisión que le fuera impuesta.

Dicen, a su vez y a lo largo del fallo, que la “valoración social” de los delitos de lesa humanidad no se ha modificado y permanece inalterable en todo el poder judicial, a tal punto que se ha convertido en una política de Estado ratificada por los tres poderes en diversas épocas el hecho de perseguir los mismos. A su vez, se extrae de dicho voto que, si bien nuestro sistema establece la retroactividad de la norma más benigna, lo hace con miras a un criterio legislativo de mayor lenidad con respecto a la conducta en cuestión, situación que “no se ve verificada” en los delitos de lesa humanidad.

Como vemos, tanto de un voto como del otro se pueden encontrar conceptos no plenamente jurídicos, lo que da sustento a la apreciación inicial de esta exposición,

es decir, que los jueces no solo se encuentran orientados por los materiales jurídicos, sino por su moral y su ideología. Y vaya si eso sucede en “Batalla”.

III.B. Si mis conciudadanos quieren ir al infierno, les daré una mano: “Batalla”

Andrés Rosler, al repasar la interpretación de la ley penal en “Batalla”, recuerda la famosa frase de Holmes (a través de Sustain): “Si mis conciudadanos quieren irse al infierno, yo los voy a ayudar. Ese es mi trabajo” (2022, p. 71). Con el título de este apartado lo que quiero dejar en claro (por si aún no ha sido el caso), es que, el hecho de que en el fallo “Muiña” se haya definido la cuestión con una decisión de tres a dos, optando por la protección de las garantías penales de un ciudadano, y que luego en “Batalla” tengamos un arrasador cuatro a uno (con un decisorio que toma un giro de ciento ochenta grados), no puede obedecer sólo al hecho de la sanción de una ley que lo que hace en teoría es una “interpretación auténtica”, aquí hay algo más.

Ese “algo más” es la presión social que no sólo hizo sancionar una ley en tiempo récord y por unanimidad, sino que contribuyó a que dos jueces cambiaran rotundamente de opinión acerca de un mismo asunto (en seis meses). Ahora bien, ¿qué se decidió en “Batalla”?

En este fallo, lisa y llanamente, se retrotrae la iniciativa tomada en “Muiña” donde se tomó partido por no distinguir cuando la misma ley no lo hacía, aplicando (como manda la Constitución) la norma penal más benigna a un condenado. En “Batalla” se afirma que la ley “de interpretación auténtica” demarca un nuevo camino a seguir para los jueces, lo que despierta el interrogante: si esta ley “interpretativa” hace que los jueces decidan distinto, ¿es una interpretación o le da un sentido totalmente nuevo a una situación jurídica? Me inclino por pensar lo segundo.

Si bien, desde mi perspectiva, no habría problemas en que el legislador sancione una ley que retacee los supuestos en los cuales un beneficio penal puede ser aplicado (al fin y al cabo, los legisladores son elegidos para tomar ese tipo de decisiones), el aprieto surge cuando pretendemos aplicar retroactivamente una ley penal. Que avasalla garantías penales. Que contradice al mismo Código Penal. Que conculca principios sentados por nuestra Constitución.

No hace falta explicar mucho la posición de Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz, ya que los tres magistrados sostuvieron sus posturas sentadas en “Muiña”, motivo por el cual ROSLER denomina el accionar de los primeros como interpretativismo coherente, denominación que tranquilamente puede otorgársele a Rosenkrantz.

En resumidas cuentas, Lorenzetti y Maqueda repiten párrafos de Muiña, citan otra vez la criminalidad ínsita de los delitos de lesa humanidad e invocan la nueva ley para definir la cuestión. Rosenkrantz, en cambio, hace uso del artículo 2 del Código Penal para aplicar el beneficio del “2x1” a Batalla por la sencilla razón de que entre los hechos y el dictado de la sentencia, la ley que propiciaba la aplicación de dicho beneficio resultaba la más benigna para el acusado.

Harina de otro costal es la estrategia jurídica (hablando en términos de Kennedy asumida por Rosatti y Highton en “Batalla”. Ya se adelantó que estos dos jueces “se pasan al bando” de Lorenzetti y Maqueda. Queda ahora ver algunos de los fundamentos esgrimidos por estos dos jueces.

Renunciando a todo intento de originalidad, recurriré al agudo análisis que realiza Andrés Rosler de los considerandos de los dos magistrados en “Batalla”, siempre en contraste con “Muiña”, aclarando primero el carácter de interpretativistas incoherentes que aquel autor les atribuye.

Para empezar, llama la atención el hecho de que Rosatti y Highton dividan su voto en dos cuestiones: “jurídico–doctrinarias” y “político–institucionales”. En teoría, los jueces deberían tener en cuenta solo normas jurídicas, es decir, cuestiones meramente jurídicas, situación que no surge si denominamos “política–institucional” a una cuestión. Por contraposición (y aplicando un silogismo de Sócrates) si para el juez (en teoría) las cuestiones que deben interesarle son jurídicas, y lo “político–institucional” no es estrictamente jurídica, no debería interesarle al juez.

Rosatti y Highton, a mi entender, traen a colación nociones ideológicas y morales más que jurídicas enmascaradas como políticas institucionales (como bien señala Rosler) citando incluso al Juicio al mal absoluto de Nino, obra que no se caracteriza precisamente por tratar sólo de derecho positivo:

cuando la legislación democrática se refiere a cuestiones de moral colectiva, como las que están involucradas en la justicia retroactiva por violaciones masivas de derechos humanos, la conciencia colectiva es relevante para nuestro razonamiento práctico dado que provee razones epistémicas para determinar los principios de moral sustantiva sobre los que el razonamiento práctico debe basarse. (2022, p. 67)

Parecería que Rosatti y Highton necesitan aclarar (sin antes oscurecer) que hay “algo” en la moral colectiva que les “da razones” para fallar de un modo u otro. Claro está, que esa moral colectiva cambió desde el fallo “Muiña” hasta el momento de sentenciar en “Batalla” (o, al menos, se visibilizó).

Finalmente (y lo más ilustrativo que puede decirse para pasar al encuadre Kennedyneano de estos cinco magistrados), Rosatti y Highton, como vimos, señalan cierta gravedad y criminalidad ínsita en los delitos de lesa humanidad en “Muiña”, llegando a través de dicha conclusión de que el Estado debe regirse por normas distintas a la de tal barbarie y condenar a los acusados conforme a derecho, es decir, teniendo en cuenta desde la Constitución hasta el artículo segundo del Código Penal, reforzando lo que finalmente se decide en dicho fallo. En “Batalla” se dice lo mismo, pero para justificar lo contrario, como dice Rosler,

Por alguna razón, sin embargo, mientras que en “Muña” esta consideración antropológico-moral no impidió, sino que reforzó la convicción de Rosatti y de Highton acerca de la necesidad de aplicar el derecho, en “Batalla” se convirtió en la razón principal por la cual se apartaron de la Constitución. (2022, p. 81)

En definitiva, vemos entonces como con dos fallos (y una explosión mediática de por medio) puede visualizarse la utilización de los materiales jurídicos de dos maneras distintas: para mantener una posición o para sustentar la contraria. Resta ver ahora como encuadramos esta cuestión dentro de los 3 jueces de Kennedy.

I.V. ENCUADRAR O NO ENCUADRAR, ESA ES LA CUESTIÓN: LOS JUECES DE LA C.S.J.N. BAJO LA ÓPTICA DE KENNEDY

No resulta complicado, habiendo repasado ya la clasificación de jueces expuesta por el autor norteamericano y las decisiones hilvanadas en “Muiña” y “Batalla”, predecir el encuadre que daré a los cinco magistrados involucrados. Sobre todo, considerando las similitudes del accionar de “los dos bandos” inmiscuidos en los dos fallos.

Tenemos por un lado a Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz. Los dos primeros hacen todo lo posible por impedir la aplicación del beneficio del “2x1” en casos de lesa humanidad, invocando desde principios hasta valoraciones sociales colectivas, y Rosenkrantz se avoca a aplicar el derecho positivo vigente, sin miramientos.

En otras palabras, podríamos decir que Lorenzetti y Maqueda invierten una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la mejor (aplicar el beneficio del “2x1”, en “Muiña” por no existir fundamento que permita la restricción a los crímenes de lesa humanidad y en “Batalla” por tratarse de una cuestión de irretroactividad) para hacerla coincidir con su posición ideológica, que podemos denominar punitivista.

Del otro lado tenemos a Rosenkrantz, que tanto en “Muiña” como en “Batalla” provee un ferviente discurso jurídico en defensa de la aplicación del derecho positivo vigente, sin dejar entrar consideraciones morales o ideológicas a la sala de máquinas de su voto (si podemos considerar que esta “devoción” por aplicar el derecho positivo no es ya una consideración ideológica). Llamaré a Rosenkrantz “garantista”.

Está claro que los tres jueces (ya sea en defensa de uno u otro argumento) son jueces activistas restringidos por sus consideraciones ideológicas, en el caso de Lorenzetti y Maqueda en contra de la aplicación del beneficio ya nombrado y, Rosenkrantz, a favor.

En cuanto a Rosatti y a Highton, la ecuación es distinta. Si bien ambos invierten grandes cantidades de energía en defender sus posiciones, se ha dejado en claro que en “Muiña” asumen una posición garantista (coincidiendo con Rosenkrantz) y en “Batalla” se vuelven punitivistas (“pasándose al equipo” de Lorenzetti y Maqueda). Este activismo, en un fallo por una posición y en otro, seis meses más tarde, por otra, me hace llegar a la conclusión de que Rosatti y Highton son dos claros ejemplos de lo que para Kennedy es un juez bipolar.

Definitivamente, estos dos fallos son teórica y epistemológicamente ideales para ejemplificar los tipos de jueces de Kennedy.

V. DUM SPIRO SPERO: CONCLUSIONES

“Muiña” y “Batalla” son, sin lugar a dudas, un ejemplo de cómo la ideología, la moral y, sobre todo, la influencia de la sociedad termina por influir inexorablemente en las decisiones judiciales. También está claro que esto no siempre significa asegurar un peso mayor en la balanza de la justicia en favor de esta última, sobre todo si las decisiones terminan por afectar una de las máximas jurídicas que con más recelo se protege hoy en día, incluso por los Tratados de Derechos Humanos elevados a jerarquía constitucional.

No puedo dejar pasar la oportunidad para plantear una misma pregunta que puede inferirse del texto de Rosler, ¿por qué los jueces no aclaran en sus decisiones el momento en el cual dejan de inspirarse exclusivamente por el derecho para dejarse llevar por sus convicciones ideológicas?

Kennedy recurre a la teoría de que los jueces son negadores, tomando como herramienta principal el aporte científico de Anna Freud, pero no quiero desplegar aquí innecesarias citas sobre psicología, sino tomar precisamente la respuesta que Kennedy encuentra a dicha pregunta.

Aceptar que el juez actúa en constante contradicción con el derecho vigente, buscando incluso a veces cambiar el sentido de una norma para que la decisión pueda coincidir con cierto ideal de justicia, dice Kennedy, generaría angustia. Nos sería imperdonable saber que el juez (quien a veces es tomado por autómatas, como decía Alf Ross) no es a prueba de influencias morales y que de hecho las aplica. ¿Quién podría dormir tranquilo sabiendo que los jueces son básicamente dueños de la verdad enmascarando su propia visión de las cosas detrás de largas citas doctrinarias e inclinando las interpretaciones legales?

El juez es consciente de esto, es precisamente por ello que se encuentra permanentemente en un conflicto de roles, teniendo que pensar cómo no mostrar que sus decisiones no sólo tienen como pilar la legislación, sino también su moral/ideología. Los jueces terminan siendo víctimas de su propia naturaleza, deben crear complejas estrategias argumentativas para enmascarar esa influencia moral. No significa que nos mientan, pero tampoco significa que nos sean del todo sinceros.

Este escrito no tuvo como objetivo criticar una u otra postura (más allá de lo que pueda considerar correcto e incorrecto quien escribe) sino plantear la posibilidad de que la influencia extra-jurídica en verdad existe, es palpable, y autores como Kennedy y Rosler son capaces de hacerla más visible aún.

De todas formas, toda garantía jurídica, todo derecho, obedece a razones morales y políticas, ya que es por razones de este tipo que no queremos que el Derecho se convierta en una actividad en la cual el juez es amo y señor de la verdad absoluta. En ese sentido y con gran acierto es que Rosler cita a Robespierre en el cierre de su trabajo ya citado:

Finalmente, las ideas mismas de juicio legal, debido proceso, etc., obedecen a razones morales y políticas, ya que es por razones morales y políticas que no queremos que los juicios se conviertan en farsas debido a la intromisión de cuestiones morales o políticas, sobre todo si nos interesa proteger los derechos humanos de todos los seres humanos, particularmente los de aquellos que son llevados a juicio. Un juicio genuino no es un espectáculo, ni una ocasión para enviar un mensaje, sino un ritual que solo tiene sentido si cumplimos rigurosamente con todas sus formas. De otro modo, como muy bien dice Robespierre, no ofreceríamos “al Universo sino una comedia ridícula”. (2022, p. 235)

VI. BIBLIOGRAFÍA

Kennedy, D. (2013). *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Nino, C. (2014). *Derecho, moral y política*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ inf. art. 144 bis inc. 1 —último párrafo— según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada..., FLP 91003389/2012/T01/93/1/RH11 (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 4 de Diciembre de 2018).

Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro sobre recurso extraordinario, 1574/2014/RH1 (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 3 de mayo de 2017).

Rosler, A. (2022). *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Artículo de reflexión

Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos

Interpretation of Ecuadorian constitutional norms as a guarantee of human rights

ERIK JAVIER BETANCOURT PEREIRA

Consejo de la Judicatura del Ecuador

erikjavi050985@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-6835-6295>

CLARA DANIELA ROMERO ROMERO

Universidad Indoamérica del Ecuador

daniela7dcr@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1922-0922>

RESUMEN

Los métodos de interpretación constitucional no deberían de aplicarse de forma mecánica, o aislada unos de otros, en virtud que la Constitución del Ecuador contiene un catálogo abierto de derechos. Además, su Estado se define como Constitucional de Derechos y Justicia Social, perteneciendo así al Constitucionalismo Garantista. El máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos y garantías plasmadas en el texto de la Norma Fundamental. Aquello implica que siempre se debe buscar el mayor espectro de protección a favor de los derechos y garantías de las personas o *In dubio pro persona*. De esta manera, las reglas interpretativas deben mirar en el caso concreto su contexto, para alcanzar una verdadera justicia social. En consecuencia, la interpretación constitucional hace que los derechos sean aplicados para un tiempo y espacio definido, provocando de alguna manera reformas, pues la actividad interpretativa debe responder a la realidad social de su pueblo e inclinarse a ella, para lograr una justicia material, es decir, debe haber cierta sensibilidad para garantizar los derechos de las personas, en el contexto determinado.

Palabras clave: interpretación constitucional, métodos de interpretación, *In dubio pro persona*, constitucionalismo garantista, justicia material.

ABSTRACT

Methods of constitutional interpretation should not be applied mechanically, or isolated from each other, under which Ecuador's Constitution contains an open catalogue of rights. In addition, its State is defined as Constitutional of Rights and Social Justice, thus belonging to the Garantista Constitutionalism. The ultimate duty of the State is to respect and enforce the rights and guarantees embodied in the text of the Fundamental Standard. This implies that the largest spectrum of protection should always be sought in favor of the rights and guarantees of individuals or *In dubio pro persona*. In this way, the interpretative rules must look in the specific case at their context, in order to achieve true social justice. Consequently, constitutional interpretation causes rights to be applied for a defined time and space, somehow causing reforms, because interpretive activity must respond to the social reality of its people and bow to it, to achieve material justice, that is, there must be some sensitivity to guarantee the rights of individuals, in the given context.

Keywords: constitutional interpretation, methods of interpretation, *In dubio pro persona*, guarantee constitutionalism, material justice.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Betancourt Pereira, E. J. & Romero Romero, C. D. (2024). Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos. *Juris Studia*, 1(1), pp. 40-58.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata sobre la importancia de la aplicación del principio *In dubio pro persona*, para la interpretación constitucional ecuatoriana, en virtud que la responsabilidad del Estado está sumergida en el Constitucionalismo garantista y comparten los preceptos del neoconstitucionalismo, buscando alcanzar una justicia material, al contar con un amplio catálogo de derechos y garantías que permiten materializar los derechos, donde ante todo es la aplicación directa e inmediata de los mismos.

En tal virtud, se parte de un breve análisis del planteamiento inicial explicando la importancia de la interpretación constitucional, y del porqué de su necesidad de uso. Luego, al tratar los métodos y reglas de interpretación Constitucional en Ecuador, se estudia el artículo 427 de la Norma fundamental y como al seguir un orden determinado en la norma, se podría entrar en contradicción con la máxima del Estado ecuatoriano de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, pero, sobre todo, que el reconocimiento de los indicados, no debe olvidar los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Aquello da como resultado hablar de la interpretación constitucional, como instrumento para generar reformas y a la vez se vuelve en garantía en el sentido que la Carta Fundamental no es eterna en el tiempo, pues al ser un pacto social, sus integrantes van evolucionando en el tiempo, por lo tanto, este documento contractual cardinal de la sociedad, debe recoger la verdadera realidad del pueblo, por tal motivo, la interpretación y la reforma van de la mano. De tal manera, se llega a una creación constitucional para lo cual se explica las razones de la misma. De esta manera se concluye que la actividad interpretativa es una diligencia compleja que requiere un gran conocimiento del derecho, no sólo consiste en aplicar métodos de forma mecánica, sino, en tener una cierta sensibilidad para garantizar los derechos de las personas y alcanzar una justicia material.

El método utilizado para el presente trabajo de investigación es cualitativo, puesto que se analiza diferentes textos que contienen doctrinas planteadas por diferentes teóricos, y juristas como Cárdenas, Ferreyra, Carbonell, entre otros. Además, mediante el método exegético se analiza lo establecido en la Constitución ecuatoriana de 2008 en su artículo 427. La investigación tiene como finalidad plantear que la interpretación constitucional al final del día, debe garantizar los derechos y garantías constitucionales, no puede olvidar la cláusula abierta, el control de convencionalidad, la supremacía constitucional, la aplicación directa de los derechos y garantías plasmados en el texto de la Norma Normarum, para así alcanzar una justicia material. Por lo tanto, no se puede aplicar de forma mecánica las reglas o métodos de interpretación constitucional.

PLANTEAMIENTO INICIAL

La Constitución toma una nueva perspectiva en el Estado, al componerse por normas, principios y valores como límites del poder, y a su vez garantizar los derechos de las personas. Se promueve el respeto y observación de los derechos desde el punto de vista antropocéntrico, todo esto desde la perspectiva del Neoconstitucionalismo. El problema radica que los principios y valores no tienen

un supuesto de hecho y requieren de un proceso complejo de argumentación y razonamiento. Al mismo tiempo, dentro de este marco, se requiere que los Estados tengan un mayor espectro de protección hacia los derechos humanos.

Es así que la interpretación constitucional se vuelve en un procedimiento fundamental, para que los derechos contemplados en la Norma Normarum, sean materializados. Consiste en que los jueces como legisladores negativos, desarrollen de forma infinita los preceptos para la solución en casos en concreto, lo que pueden provocar que lleguen a soluciones divergentes (García, 2003). Por otro lado, también esta interpretación se vuelve en un instrumento de cambio, porque las sociedades son cada vez más pluralistas y las normas infraconstitucionales deben estar de conformidad con la Constitución del Estado, que implica el reconocimiento de prerrogativas históricamente reclamadas por los diversos grupos sociales. A todo esto, el ordenamiento jurídico debe mirar a la Norma Suprema y a los principios constitucionales, así, como a lo manifestado por los Convenios y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. En tal virtud, se demanda técnicas y métodos de interpretación que den respuestas a los diversos conflictos reales en relación con los aspectos conceptuales.

De tal manera, existe en un primer momento, una relación entre el juez y las normas abstractas, pues se quedarían en un mero enunciado indeterminado, dado que la realización como eficacia de la misma, se garantiza a través de la interpretación y aplicación en un proceso judicial (Núñez, 2013).

A esta interpretación influyen factores: políticos, históricos, sociales, económicos, entre otros, incrustados en la vida constitucional de un país, por lo tanto, deben ser considerados. A lo indicado, el elemento político nace y se genera como derecho constitucional, bajo los mismos componentes antes indicados, pues interviene en las facetas de la vida del derecho constitucional con un sentir teórico y práctico. Todo aquello, forma parte de la formalidad de la norma constitucional, que en la realidad no puede aterrizar con efectos relevantes y positivos dentro de la sociedad, porque su materialidad es una utopía y su aplicación siempre estará fuera del alcance al que se pretende llegar.

El intérprete de los preceptos constitucionales se percata del significado de la norma constitucional. El exégeta debe tener una sensibilidad afectuosa a la norma suprema, entendida como mecanismo, para la protección de derechos en relación a la interpretación constitucional, es ahí, su importancia, sin dejar de considerar los elementos antes anunciados (Cárdenas, 2011).

Las normas constitucionales responden a una realidad, vida social, necesidades y aspiraciones de los hombres que tienen su propia perspectiva, con un fuerte contenido político, histórico, económico, psicológico, entre otros. La Norma Fundamental de un país representa un ideario, un anhelo a cumplir, por lo tanto, recopila los aspectos indicados (Carbonell, 2011). Las nuevas Constituciones reflejan una realidad disímil y reconoce escenarios antes marginados, como ejemplo esta la Norma Suprema del Ecuador de 2008, la cual da reconocimiento a los derechos indígenas y consagra a un Estado plurinacional e intercultural, al mismo tiempo, asiente otros tipos de procesos de conciliación hacia la solución de los conflictos, enfocados en diversas realidades de las naciones que conforman al Ecuador, dando cabida al pluralismo jurídico, de la misma manera reconoce un sinnúmero de derechos y garantías, para alcanzar el tan anhelado Buen Vivir para una población heterogénea. La Constitución se vuelve en un instrumento para alcanzar

los anhelos del pacto de cada uno de aquellos que conforman la ciudadanía. A estos afanes, se suma la Constitución de Bolivia de 2009, la colombiana de 1991.

El máximo deber del Estado es respetar y garantizar los derechos de los ciudadanos, por lo tanto, a través de sus órganos debe alcanzar una justicia material, es así, que por medio de la interpretación constitucional que realiza la Corte o Tribunales Constitucionales deben propender a proteger y defender lo más importante para los individuos, como lo es la libertad, dignidad, seguridad, paz, entre otras. Esta finalidad se debería construir bajo las teorías de derechos humanos, la interpretación de normas constitucionales, para cumplir con aquello se emplea métodos de conocimiento y razonamiento dirigidas a la comprensión de la norma jurídica en relación a la materialización de los derechos.

MÉTODOS Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

El artículo 427 de la Constitución del Ecuador vigente indica el orden de los métodos de interpretación a utilizarse, iniciando por el tenor literal que más se apegue a la Carta Fundamental en su integridad. Esto implica la utilización del método gramatical, exegético, el mismo debe ir acompañado con una interpretación de la norma en unidad o conjunto, como parte de un todo. Es decir, no se puede olvidar, que las normas constitucionales forman un sistema y unas con otras están relacionadas.

Luego el mismo texto indica que en caso de duda se aplicará el principio *Indubio pro homine*, o lo más favorable a la plena vigencia de los derechos y que respete la voluntad del constituyente o método teológico o finalista, para emplear los principios generales de la interpretación constitucional.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de cierta manera sigue la misma línea de la Constitución, en el sentido que en el inciso uno indica que las normas constitucionales deben interpretarse de acuerdo a lo que más se ajuste a la Constitución, lo que vendría a ser el método sistemático. Para luego indicar que en caso de duda se aplica lo más favorable a la plena vigencia de los derechos contemplados en la Norma Normarum y que mejor respete la voluntad del constituyente. A partir del inciso dos, se incluye otros métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria, los cuales deberán ser tenidos en cuenta.

En tal virtud, el primer método a utilizarse es el gramatical, que, según Cárdenas (2011), es la interpretación del texto escrito como tal, apegado a la autenticidad y confiabilidad, para dar un sentido a la norma con mayor claridad, conforme lo versado en la Constitución.

Decir que la norma constitucional se interprete en su sentido literal podría acabar con años de construcción doctrinaria respecto del evolucionismo de las cartas políticas. Como muestra, cabe mencionar la implacable frase mencionada por el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Downes v. Bidwell* "Una constitución debe ser interpretada por el espíritu que vivifica, y no por la letra, que mata".

A esto añade Cárdenas (2011) que uno de los actos más complejos desarrollados dentro del derecho es la aceptación de la vida y hechos sociales que se dan en el instante de plantear una norma jurídica, pues el legislador al momento de crearla y considerarla que debe ser interpretada conforme se encuentra escrita, hace a la norma contraproducente, a esto vale recordar lo considerado por Gastron “[...] que el mundo del derecho debía ser visto con la mente que obra y no con los ojos que juzgan por lo que ven, sin conocer su nacimiento y origen normativo” (2013, p. 35).

De lo manifestado muestra que la labor de interpretación es compleja, pues existe un momento en la cual la norma fue creada y otro en la que debe ser aplicada, y entre uno y otro período dista en tiempo, así como la perspectiva de la visión de los derechos. Cárdenas (2011) presenta que, si las palabras del documento son claras, los jueces están obligados y no pueden hacer más que aplicarlas: si, en efecto, tal fuera el mandato de la Constitución, sólo debería obedecer. Pero la realidad es más compleja que la palabra escrita.

De manera que, dada la imperfección del lenguaje humano, los jueces pueden necesitar otro tipo de guía, además de la proporcionada sólo por las palabras. En tales casos, es una regla, que los fines están expresados en el propio instrumento, por lo que, es probable tener gran influencia en la interpretación (Wolfe, 1991).

No obstante, el método literal no puede ser aplicado por sí solo; debe ir a la par con el sistemático, pues los derechos constitucionales no están aislados, sino que se relacionan unos con otros. Al mismo tiempo es importante recordar el artículo 11 de la Carta Suprema del Ecuador de 2008, que trata los principios, por los cuales se rige los derechos, los artículos que sobresalen son:

Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes: estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

[...]

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

El contenido de los derechos se desarrollará a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias

para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

La adecuada lectura de los derechos debe ir a la par de los numerales antes indicados, sin olvidar, que las prerrogativas en el caso concreto ya merecen un análisis en el contexto en el cual se desarrollen, se restrinjan o se violen, con el afán siempre de garantizar un bien jurídico mayor, conforme a la Constitución y la ley.

Al mismo tiempo, el Estado está obligado a respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la Carta Suprema, por lo que una interpretación que sólo se apegue a la aplicación mecánica literal, no podría ser suficiente para la consecución de este propósito, tal como lo sostiene el profesor estadounidense, la figura ampliada de la interpretación constitucional evidencia la importante consideración que al momento de interpretar la norma se hace uso de los instrumentos de derechos humanos, no como un pronunciamiento expreso, sino que, además como una garantía al derecho de las personas Wolfe (1991).

Así pues, Nikken (1996) indica que los derechos humanos corresponden con la dignidad de la persona frente al Estado, lo cual estaría en relación con lo manifestado por Carbonell (2011), al tratar de las libertades y dignidad desde la concepción del Neoconstitucionalismo. Con esto se quiere decir, que los derechos humanos dominan progresivamente la relación de las personas con el poder, en todos los confines de la tierra. Su reconocimiento y protección universales representan una revalorización ética y jurídica del ser humano como morador del planeta más que como poblador del Estado. Los atributos de la dignidad de la persona humana, se manifiestan y deben ser respetados, donde quiere que ella este, y por el hecho mismo de serlo, prevalecen, no sólo, en el plano moral, sino también, en el legal, y no se diga sobre el poder del Estado, pues representan una conquista histórica.

En este sentido se presenta que el método literal no puede ir solo, requiere del sistemático, pero con la reflexión realizada este no puede olvidar los derechos humanos, pues representan límites al poder.

La interpretación no es obviamente un proceso mecánico, por una parte: la interpretación constitucional requiere el conocimiento de la materia objeto de estudio, como de la naturaleza del gobierno y las exigencias de este. Requiere una comprensión profunda de las realidades descritas por los términos del documento, así como la habilidad de percibir los entes o propósitos implícitos en las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, requiere mucho más que habilidad gramatical y lógica; también pretende alguna prudencia política (Wolfe, 1991). Es evidente, la necesidad de conocer y estudiar al derecho y su ejercicio de pensamiento, como origen, su naturaleza y la profundidad de todas las realidades manifestadas en la Constitución.

La Carta Fundamental ecuatoriana, por ejemplo, en la parte dogmática es garantista, pero la orgánica, la cual debería viabilizar todos los derechos contemplados en la misma, contiene algunas contrariedades en virtud que plasma un poder autoritario, en manos del ejecutivo. Dando lugar a una falta de prudencia política, en virtud que existe una especie de secuestro del poder político del Estado, pues

se presenta una lucha intrínseca entre el ejecutivo y el legislativo, buscando hacer frente a los órganos judiciales de control.

Conviene subrayar que basta un plumazo del legislador para que todo sea cambiado. Es así, que el mayor protagonista en el estudio del derecho, es el parlamentario, por lo tanto, entre lo constituyente y constituido se debe sensibilizar, al legislador. Sin embargo, la realidad es compleja, diversa, provocando que el método literal, sea insuficiente, pues somete a la terminología a constantes cambios, haciéndolo insuficiente para adecuar de forma correcta los conceptos expuestos en la Constitución desde el caso en concreto.

Al respecto Linares indica:

En ninguna otra rama de la ciencia jurídica tiene mayor aplicación que en el derecho constitucional, el concepto que expusiera Wigmore de que las palabras están lejos de ser cosas fijas: son las cosas más fluidas e indefinidas, o lo que sentara el justice Holmes diciendo que “una palabra no es un cristal, transparente e inmutable; es la piel de un pensamiento vico, puede mudar gravemente de color y contenido según las circunstancias y el momento que es utilizado. (Linares, 1987, p. 121)

Ahora bien, el método de interpretación constitucional literal por sí solo resulta insuficiente, debe ir acompañado de una interpretación sistemática y no olvidar la favorabilidad de la aplicación hacia los derechos constitucionales. Cárdenas (2011) indica que la interpretación de la Constitución debe ir de la mano con el sentido común, por tanto, ha de considerarse desechable toda solución pretendidamente jurídica, que no se ajuste al sentido común y razonable discernimiento, por más que se intente fundamentarla con la más sofisticada y artificiosa argumentación, como lo indica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estado Unidos.

El hecho de que se considere que el método de interpretación constitucional literal por sí solo resulta insuficiente, no implica que debe ser descartado o mucho peor que se pueda extraer por vía interpretativa cualquier tipo de efectos y consecuencias. Lo que se exterioriza, es que el método literal, no puede ir sin tomar en cuenta, aspectos como: una realidad diversa, la voluntad política, entre otros aspectos indicados.

Continuando con el análisis del artículo 427 de la Constitución del Ecuador, se presenta al segundo método de interpretación, el sistemático, que consiste en interpretar las normas constitucionales, según su tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, parece que nos enseña que la literalidad debería ir acompañada de un método de interpretación sistemática de la Constitución, ya que obliga al intérprete a observar la integralidad de las normas, en otras palabras, se consideraría que nos sugiere que se tenga en cuenta la armonía y coherencia de las normas constitucionales en su interrelación.

En este segundo tipo de interpretación constitucional, debe recordarse que las normas que componen la Carta fundamental ecuatoriana constituyen un sistema, o cuerpo orgánico integrado por principios y normas entrelazadas con armonía interna, coherencia, homogeneidad (Cárdenas, 2011). ¿Es posible mover los brazos sin estar unido al cuerpo? Un sistema en términos jurídicos es un procedimiento que debe seguirse, las normas constitucionales están articuladas, es decir, conforman un sistema de protección integral, no pueden quedar bajo la consideración de

un mero sistema, pues este debe estar conectado a la articulación vertebral del mismo, para que, en conjunto, el cuerpo normativo pueda funcionar y responder al tenor literal como a la aplicación favorable de los derechos constitucionales.

En pocas palabras, debe estar articulado y sistematizado, integrado por principios y normas racionalmente entrelazada entre sí. El artículo 427 de la Carta Fundamental puede entenderse que propone un sistema articulado *de contenidos relacionados* con el bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, pues la ausencia de un sistema articulado entre la realidad formal y material de la Constitución hace imposible el cumplimiento efectivo de los derechos.

Sin embargo, el artículo en mención pareciera que estableciera un orden de interpretación, el mismo se complementaría con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Verdú (1960) destaca que la interpretación constitucional es una, aunque existen *diversos métodos para esclarecer el significado de las normas constitucionales*, pero esto no significa en consecuencia que exista una interpretación constitucional gramatical, una interpretación constitucional histórica, una interpretación sistémica, etc. En concordancia con lo expuesto, la segunda regla del artículo 427 de la Carta Fundamental ecuatoriana vigente señala que el método de interpretación sistemático planteado debe ir en concordancia con el literal y en armonía con el contexto de cada caso concreto, con el fin de defender los derechos humanos potenciales o efectivamente vulnerados. Sin olvidar la reflexión ya planteada.

Desde la posición de Quintana (1987), no se puede aceptar el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, como recetas medicinales. El constitucionalista ha de tener plena libertad para escoger y utilizar, en la interpretación de las normas con que trabaja, los diversos procedimientos metodológicos que la técnica constitucional prevé. El éxito fincará, entonces, no en la aplicación rigurosa de tal o cual método, que sus respectivos sostenedores conceptúen como una verdadera panacea de la hermenéutica, sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma jurídica constitucional, que satisfaga más plenamente la finalidad última de la ciencia, la protección y el amparo de la libertad humana. De la misma manera que cumpla los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, como también las exigencias de la vida social; en breves palabras, que haga posible el cumplimiento integral de los fines esenciales por parte del individuo y del Estado.

Siguiendo con el artículo, materia de este acápite, se encuentra la tercera regla que trata del *In dubio pro homine*, que consiste en interpretar las normas constitucionales en el sentido que, más favorezca a la plena vigencia de los derechos, resaltando en caso de la existencia de duda. A esto cabe resaltar que la Constitución de la República del Ecuador garantiza la vigencia y el respeto de los derechos del constituyente, es decir, del poder soberano. No se puede olvidar que el máximo deber del Estado es cumplir y hacer cumplir los derechos y garantías establecidas en la Carta Soberana.

Al realizar una lectura del artículo 427 de la Constitución vigente, cuando la norma constitucional señala que se aplica *en caso de duda*, parecería que la pauta es indicar reglas o métodos de interpretación en un determinado orden, que a su vez está relacionado con la aplicación directa de la Constitución, por cualquier servidor público, pero resaltando a los jueces.

El principio *pro homine* y *pro libertatis* define en el sentido dado de interrelación existente entre el orden jurídico internacional de los derechos humanos y el orden interno constitucional de cada Estado, ha permitido, bajo el principio fundamental de la dignidad de la persona humana, que se generen normas como el principio *pro homine*, con el fin de cristalizar de manera efectiva los derechos fundamentales.

Por otro parte, el principio indicado, como ha sido señalado, constituye una pauta que orienta la elección entre los diversos sentidos interpretativos de una disposición hacia aquella que favorezca en mayor medida o maximice los derechos y libertades fundamentales del individuo. En definitiva, el principio *pro homine* busca y elige la fuente y la norma más favorable, para acceder al órgano en busca de tutela efectiva, frente a la agresión de un derecho con incidencia constitucional. Por otra parte, si bien esta regla de interpretación a favor de los derechos humanos, no puede dejarse de lado, también debería tomarse en cuenta, el resto de métodos de interpretación clásicos que constan en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Se debe brindar la posibilidad de no dejar en abandono los métodos de interpretación que permiten analizar una realidad desde otro enfoque, pues, su consideración es vital para la efectiva interpretación y materialización de los derechos.

A todo esto, cabe resaltar que las normas constitucionales contienen principios, valores y no únicamente presupuestos de hechos, dando como resultado que la tarea de interpretación sea compleja.

Cabe resaltar que tal complejidad se da, porque, los principios no son normas, pues son distintos a las reglas. Los principios son valores pre jurídicos, y, por tanto, metajurídicos subyacentes al ordenamiento positivo. Los principios son normas, pero una especie particular de normas. Los rasgos especiales de los principios son: a) las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado; b) son más generales, se dirigen a las actitudes; c) no tienen la estructura lógica de las reglas. Son normas categóricas, no están ligadas a una condición; d) son fundamento de otras normas; e) no admiten la interpretación literal; poseen un carácter ordenador respecto a las reglas: no es posible la aplicación por subsunción en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la ponderación (Cárdenas, 2011).

A las reglas se les atribuye determinadas consecuencias jurídicas, según concurran o no las condiciones previstas por ellas; en cambio, a los principios, las consecuencias jurídicas no se presentan de forma automática, por eso, las primeras se aplican a los casos subsumibles en ellas, mientras los segundos requiere de la ponderación, es decir, poder determinar cuál de los principios en juego prevalece o tiene mayor peso o importancia (Ferrajoli, 2011).

Es decir, la actividad interpretativa en los casos en concreto se vuelve una tarea titánica, en virtud que los principios que están presentes en esta realidad en particular deberían ser ponderados, para lo cual, se requiere de un alto nivel argumentativo.

Siguiendo con la lectura del artículo 427 de la Constitución, tenemos como siguiente método el teológico o la voluntad del constituyente. A esta nueva realidad constitucional ecuatoriana desde el 2008, debe tenerse en cuenta los procesos de cambio en la estructura orgánica del Estado, generando nuevas figuras que empiezan a producir un derecho parlamentario entre el Ejecutivo y

el Legislativo en relación a las otras tres funciones del Estado, en el presente caso se da el nacimiento de poder Electoral y el de Participación Ciudadana o Social, son funciones incorporadas, que se puede considerar sobre todo el último, el nacimiento originario del constituyente hacia lo constituido, lo cual genera un cambio que parecería nos remite a un método de interpretación que observe el espíritu de la norma interpretada (originalismo) (Cárdenas, 2011).

Este método de interpretación se encuentra estrechamente relacionado con la escuela de pensamiento del originalismo o intencionalismo, los cuales niegan la existencia de un sentido propio del texto constitucional que lo tornaría autosuficiente. Para el intencionalismo, los límites de la interpretación constitucional, deben ser fieles al verdadero significado de este, establecerse a partir de la averiguación de los propósitos de los constituyentes originarios y su aplicación estricta, sin sustituir en ningún caso el juicio del significado preciso de los términos constitucionales, objetivamente determinable mediante este análisis histórico, por la voluntad, arbitraria y cambiante en tiempo, de los jueces (Cárdenas, 2011).

Sin embargo, el adoptar un método de interpretación que respete la voluntad del constituyente, podría impedir la evolución de la Constitución ecuatoriana, necesaria para adaptarse a las nuevas circunstancias que se produzcan en el futuro, en consecuencia, el problema primordial que los pensadores del derecho han debido afrontar, de forma consistente para hallar la manera de poder conciliar la idea de un cuerpo de derecho fijo, que no deje margen al capricho individual, con las ideas de transformación, desarrollo y creación de un nuevo derecho.

Además, cabe resaltar lo mencionado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el mismo tribunal en el caso *Cochen v. Virginia* sostuvo que una Constitución debe ser escrita para el futuro y esta ideada para alcanzar la inmortalidad, tanto como las instituciones humanas puedan lograrlo. De tal manera, un método de interpretación originalista de la Constitución por sí solo no sería una regla suficiente de interpretación de las normas constitucionales contentivas de derechos humanos, sobre todo, porque se corre el riesgo de anquilosar la evolución interpretativa de la Constitución (Cárdenas, 2011).

Siguiendo con el artículo 427 de la Carta Suprema de Ecuador, indica que finalmente la interpretación debe mirar los principios generales de la interpretación constitucional, lo cual parecería ser una quinta regla de interpretación de las normas constitucionales, que producen una inquietud y es, cuando se refiere a principios generales de la interpretación constitucional, ¿se está refiriendo a los principios y métodos de interpretación constitucional? Y, por tanto, ¿está abierto la puerta a que se apliquen los métodos o técnicas de interpretación constitucional modernas?

Cabe resaltar que el proceso Constituyente a lo Constituido es un proceso histórico de poderes que se desarrolla en cada Estado, en donde los poderes del Ejecutivo y Legislativo siempre se mantienen como una fuerza vinculante para el derecho Parlamentario de cada país; ahora en el siglo XXI muestran desarrollo y modernización, vinculando al poder Ejecutivo y Legislativo directamente con el soberano, tomando como ejemplificación, el Poder Constituyente Originario, es entonces, donde el soberano muestra el verdadero poder de hacer democracia, razón por la cual se evidencia su importancia dentro del proceso interpretativo constitucional.

La participación ciudadana y control social del Ecuador, permite actuar en importantes temas de gestión pública, planificación, aprobación y ejecución de los presupuestos, hasta los ciudadanos pueden formular propuestas de leyes, convirtiéndolos en protagonistas de cambios importantes que se desarrollan en este país, reclamando así derechos contemplados en la Carta Fundamental.

El pueblo puede acudir a las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados, para manifestar su perspectiva del tema que generalmente engloba derechos a favor o en contra del conglomerado, sin embargo, la representación de la silla vacía no ha generado el impacto esperado, tal vez, no por su falta de valor, sino por su corto tiempo y espacio. En el milagro irlandés debieron pasar más de una década para poder observar la participación de los soberanos en el poder del Estado.

La democracia como poder del pueblo, siempre fue un discurso político en un proceso de poderes constituyentes originarios, ahora en la observación y en el campo diario se la puede identificar a través de una democracia directa, con voz acerca de la visión de los derechos.

Por lo anteriormente expuesto, se considera que la interpretación puede modificar, anular o vivificar la Constitución, o puede hacer que el sistema agonice o resplandezca (Carbonell, 2011). Interpretar es escudriñar, investigar y adquirir métodos y elementos que permitan romper el paradigma de formalidad de la norma jurídica, la interpretación admite renovar la Carta Fundamental, pero además que recaiga en una agonía, claro está, esto puede darse con una reforma por parte del legislador, pero también que brille como un instrumento de protección de derechos.

Quien tiene la facultad de interpretar la ley suprema, puede hacer que se viva un sistema de libertad o de opresión, puede ampliar su significado con el objetivo de que se alcance en forma plena la libertad o puede restringirla.

El interpretar la Constitución sin una sensibilidad reflexiva conduce a la opresión; contrario a esto se logra la libertad integral de derechos, sin que nadie pueda restringir los mismos.

De aquí, sin dar importancia de la interpretación constitucional. La Constitución de un país no es solo el documento que recibe tal nombre, sino además el conjunto de interpretaciones que ella hace el órgano facultado para realizarla. Como bien afirma el distinguido jurista Fix-Zamudio (2008), la interpretación constitucional se ha ido transformando en una labor técnica alta en la que es necesaria poseer sensibilidad jurídica, política y social.

La interpretación constitucional puede ser examinada desde dos ángulos; a) según quien la realiza, puede ser: legislativa, administrativa, judicial, doctrinal y popular; b) desde el ángulo de su contenido, puede ser: gramatical, histórica, política y económica (Carbonell, 2011).

A todo esto, no se puede olvidar que, dentro del marco de la Constitución, la elaboración de las leyes se presenta como una función específica del poder legislativo. La importancia de la conciencia social de sensibilización para mejorar la vida dentro de las normas jurídicas, el interpretar no es solo una teoría normativa, sino la conducta mismo del ser al momento de crear mecanismos que garanticen los derechos de los ciudadanos (Almagro, 2008).

Es así que se considera relevante que lo manifestado esté a conocimiento de una función legislativa y ejecutiva, pero más allá de aquellos, a una propiamente judicial, comprometida día a día a su pleno ejercicio y experimentación de los procesos evolutivos que en cada caso concreto se puedan desarrollar, pero sin dejar fuera al poder constituyente que desde la vigencia de la nueva Constitución del 2008, paso a ser, también, un sujeto constituido dentro del quinto poder de participación y control social creado por el Estado.

Para Ferreyra (2014), existe un flujo y reflujo entre democracia y Constitución. Si la primera ópera en el entorno del sistema jurídico, es el propio sistema el que encauza y desde cierto punto de vista intenta su aseguramiento. Además, el autor postula que la Carta Fundamental es custodiada, por definición, por uno de sus componentes principales: las garantías. Pero los datos descriptivos sobre la estructura constitucional no alcanzan para comprender la eficacia o ineficacia de su funcionamiento. O sea, una cosa son las garantías, cuya anatomía básica es descrita *ut supra*, y otra cómo funcionan y cuál es la real dimensión de cada uno de esos mecanismos.

En pocas palabras, la tarea interpretativa se vuelve una labor compleja en el sentido que si bien la Constitución del Ecuador de 2008, nos da un orden de aplicación de métodos y estos a su vez de cierta manera se complementan con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la realidad es diversa, basta, por lo cual, en el caso en concreto, amerita una visión amplia del derecho y de los derechos que están en tela de duda, pues al final del día se busca alcanzar una justicia material.

La interpretación constitucional como instrumento para generar reformas como garantías.

El presente análisis hace referencia a la interpretación y reforma como garantías constitucionales. La realidad de este acontecimiento constitucional bajo las siguientes consecuencias principales de la constitucionalización de la democracia, es decir, la propia existencia de la Constitución queda condicionada a la eficacia de las garantías. La idea de una Carta Suprema duradera está íntimamente asociada a dos garantías: la interpretación y la reforma constitucional (Ferreyra, 2014).

Interpretar el sistema constitucional es, en primer término, leer el texto asignado en razón a las disposiciones que lo integran. Sin embargo, un texto constitucional puede ser entendido, no sólo porque conoce su vocabulario, sino, sobre todo, porque se domina la gramática del lenguaje constitucional empleado, básicamente, el que confiere reconocimiento a los derechos, garantías y programa la distribución, asignaciones de potestades y correlativos controles de las funciones estatales (Ferreyra, 2014).

“Suele afirmarse y lo considero correcto que el control judicial es el fragmento más importante de la interpretación constitucional” (Ferreyra, 2014, p. 91). La importancia radica en desarrollar por la fuerza vinculante entre la interpretación y el control, no puede existir la una ausente de la otra dentro de los actos o normas infraconstitucionales, al momento de decidir, siempre se debe interpretar para leer y conocer si el resultado es de carácter positivo o negativo.

La tarea de la interpretación constitucional es verdadera y compleja dentro del sistema constitucional. El Derecho Constitucional no es sencillo, porque

los significados de las disposiciones constitucionales no vienen propiamente determinados por el contexto donde se las plasma; su aplicación será por la posibilidad cierta de demostrar determinadas consecuencias, porque los hechos caen fácilmente bajo su campo de estudio, y se obtienen claramente de la aplicación de la regla constitucional pertinente (Ferreyra, 2014).

La Carta Fundamental argentina, por ejemplo, es un texto finito, porque limitada es la cantidad de interpretaciones que de él pueden realizarse. Reducidos significados, el texto constitucional es agotable: no tiene partes fuera de sí. Por ello, en este sentido puede especularse, muy seriamente, que hay un mundo constitucionalmente posible que viene predeterminado fuertemente por el sistema constitucional originario. La Carta Suprema, como sistema constitucional originario de un sistema jurídico que, entre otras cosas, imponen orden, divide los sistemas jurídicos subconstitucionales en dos conjuntos: posibles e imposibles. Que algunas o muchas reglas del sistema constitucional tengan como característica estructurar la de estar sujetas a más de una interpretación no puede llevar a la creencia de que no existan respuestas interpretativas erróneas ni, peor aún, de que la función de aplicar el Derecho puede ser confundida con la de constituirlo, crearlo, en sentido fuerte y radical. Evidentemente, las soluciones jurídicas inconsistentes con el sistema constitucional originario, no pueden pretender pertenecer a éste (Ferreyra, 2014).

Por ejemplo, el texto constitucional argentino es un texto de recorrido limitado. Esto es: se puede seguir siempre a lo largo de su textura, pero siempre dentro de los cuatro puntos cardinales que fijan lo que queda dentro y lo que queda fuera del territorio constitucional. Por eso, la interpretación constitucional puede seguir el perímetro y el contenido de la Constitución, pasando siempre por los mismos puntos y engarces. Sin apelar al cambio de la redacción originaria, el recorrido puede intentar captar nuevas realidades, mostrando la capacidad que tienen los textos para adaptarse a diferentes circunstancias (Ferreyra, 2014).

El sistema federal argentino de control de constitucionalidad de la legislación infraconstitucionalidad capítulo medular de la interpretación judicial, que sigue en líneas generales el modelo estadounidense, surge de la interpretación de los artículos 1, 18, 19, 21, 31, 33, 43 y 116 de la Constitución Nacional. Sin esta garantía, la Constitución carece de guardián, defensor o custodio permanente. El control o revisión constitucional se configura como el elemento del sistema cuyo adecuado funcionamiento es el que reviste para garantizar y respaldar la estructura jerárquica de la Constitución del sistema jurídico estatal (Ferreyra, 2014), esto conlleva a la importancia de las determinaciones de una regla constitucional y afirmaciones que plantean como función la importancia de su perduración en relación a la aplicación.

En el caso ecuatoriano la cuestión es un poco más compleja, en virtud que la Norma Normarun cuenta con una cláusula abierta de derechos que vuelve a la interpretación constitucional un terreno álgido por desmarañar. El artículo 429 de la Constitución indica que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación Constitucional, y en la sentencia CC 055-10-SEP-CC, de 18 de noviembre de 2010 la Corte Constitucional ecuatoriana, es de carácter concentrando, pues ningún juez o tribunal de instancia respecto de las causas puestas a su conocimiento pueden inaplicar de forma directa un precepto que considere contrario a la norma fundamental y resolver el caso. Pero, en la Sentencia

No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), se indica que las juezas y jueces, al ser autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, podrán aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución.

A todo esto, en la sentencia 1116-13EP/20, mediante voto concurrente de los jueces Constitucionales Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín, analizaron como opera la supremacía constitucional, la aplicación directa de la Constitución, y la consulta de normas en caso de duda en el caso de conflicto entre las normas de carácter constitucional y una infra constitucional, los magistrados manifiestan: “[...] en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”. Es así, que sobresale la supremacía constitucional, pero, sobre todo la aplicación directa de la Carta Fundamental, por los jueces del poder judicial.

Ecuador, al ser firmante de instrumentos internacionales sobre derechos humanos debe cumplirlos, y además su deber es respetar y hacer cumplir los derechos y garantías constitucionales, a eso, se debe sumar las cláusulas abierta y la abstracción constitucional, que implica reconocer y proteger los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento en el tiempo. Por tal motivo, se pone de relevancia la supremacía constitucional y la aplicación inmediata de la Constitución, entregando de esta manera a los jueces una gran responsabilidad y carga argumentativa.

A los jueces se les da la facultad de ser los aplicadores directos de la Constitución, por ende, deben convertir a la realidad las aspiraciones que señala la Constitución, e incluso invocar nuevos derechos inherentes a la dignidad humana por medio de la cláusula abierta de derechos (Nuñez, 2013). A través, de los precedentes de la Corte Constitucional ecuatoriana transportan a la realidad la fuerza normativa de la Norma fundamental, esto es consecuencia de un razonamiento práctico a partir de circunstancias fácticas concretas, pues la Corte a través de los precedentes indica las reglas a aplicarse y unifica la jurisprudencia y en lo expuesto manda a los jueces de primera instancia a aplicar de forma directa la Constitución como los derechos y garantías

De esta manera, la Corte Constitucional ecuatoriana se guarda para sí, la interpretación en casos complejos, como guardián de la Constitución. Sin embargo, los jueces deben comprender a los derechos según el contexto y las circunstancias que giren alrededor del caso en concreto, en un tiempo y espacio determinado, teniendo en cuenta la abstracción de la Constitución, por lo tanto, el operador de justicia se vuelve en legislador negativo. Es así, que no se hablaría de una reforma como tal, pero si de una interpretación del derecho dentro de un contexto determinado, teniendo en cuenta que la visión y misión de los derechos cambia según varíen las circunstancias. Lo que, si queda claro, es que estas nuevas visiones del derecho van a llevar a cambios y reformas en las constituciones que modifiquen el ordenamiento jurídico, para su adecuada concordancia con los derechos y garantías humanas.

En efecto, los derechos se deben ir aplicando conforme la sociedad evolucione y nuevas realidades surjan, en la trama de las relaciones humanas, versus el Estado. De esta manera en Ecuador, la interpretación de los derechos es cambiante, conforme su sociedad evolucione, sin olvidar todos los aspectos antes indicados.

CREACIÓN CONSTITUCIONAL Y REFORMA

Constitución y reforma plantea el proceso de aplicación que existe entre los poderes constituyente y los poderes constituidos, es decir, dentro del derecho parlamentario encontramos, al poder constituyente representado por el soberano y el poder constituido que son los poderes del Estado, cuando deja de ser abstracto y se constituye en un poder formal.

Lo que ha cambiado radicalmente, desde hace ya algún tiempo, es el sistema de validez del ordenamiento jurídico, ya no solo es válida la norma que sea dictada en la forma y con el procedimiento establecido en la propia ley, sino también los fines que ella debe procurar y guardar; dichos fines son aquellos considerados fundamentales para el ser humano cuya fundamentación se encuentra en su dignidad (Porras, 2012, p 170).

Ferreya (2014) establece la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos, es un capítulo medular de todo Estado de Derecho. La función propia del poder constituyente es la de configurar e instaurar el Derecho Constitucional; la función propia del poder constituido es gobernar de acuerdo con las reglas del sistema jurídico constitucional.

El poder de reforma constitucional y su contenido genera un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Siguiendo a Bobbio el poder de reformar la Carta Fundamental, generalmente sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político, porque crea Derecho Constitucional. El cambio constitucional, que produce variaciones sustantivas en el texto, tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo, la Constitución reformada. De allí, que la reforma, por expansión o contracción o revisión del sistema, genere un nuevo conjunto de disposiciones (Ferreya, 2014).

Para garantizar la capacidad evolutiva de las constituciones, la tarea de reformar posibilita su cambio con verdadera conciencia, de tal o cual modificación, es la vía idónea. La reforma constitucional, es una actividad que, en forma significativa, respalda el pre-compromiso constitucional, que a su vez canaliza y respalda la democracia.

Cabe precisar que partiendo del carácter dinámico y sociológico de la jurisprudencia —derecho vivo— es claro, tal como lo señala el artículo 3 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que los criterios jurisprudenciales, al igual que aquellos plasmados en las normas legislativas, no permanecen inmutables; por el contrario, a través de una adecuada carga de argumentación jurídica existen técnicas que configuran la posibilidad de un alejamiento de precedentes jurisprudenciales. Una realidad distinta, llevaría a que la jurisprudencia adolezca de los mismos problemas que ha experimentado la ley en sentido formal, tratar de regular a priori y con grados de inmutabilidad todos los conflictos sociales de la humanidad (Sentencia N.º 001-10-PJO-CC, 2010)

En Ecuador, a través del precedente, se van acoplando las normas jurídicas a la realidad nacional, pues la jurisprudencia que la desarrolla y explica tiene un carácter dinámico y sociológico, de cierta manera se da una nueva visión de aplicación.

Ferreya (2014) expone sobre la dimensión de la reforma que es la propia Constitución Nacional la que contiene dos enunciados básicos. El Preámbulo, donde los representantes del pueblo argentino, fueron quienes la ordenaron, decretaron y establecieron. El valor de esta proposición, que desempeña un papel clave en el sistema constitucional argentino, jamás fue desmentido, pero sí quebrantado. Por eso, de acuerdo con esta caracterización, sin mayores esfuerzos puede decirse que si la Constitución Política Estatal, es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. El plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral. ¿No es razonable que las decisiones políticas de significativa trascendencia, para la vida comunitaria sean sometidas, por la vía del procedimiento democráticamente más significativo, a todos los ciudadanos? Naturalmente, lo planteado, también deja abierto un enigma o punto sin resolver: ¿por qué la democracia es la solución detalladamente más plausible? Puede responderse: en todo caso, hasta tanto, no se descarten sus bondades, no cabe, presumir que la opinión de uno o varios, pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que ésta y no otra, es una de las proposiciones capitales sobre las que se asientan la democracia política.

En segundo lugar, es, pues, el proceso de reforma constitucional y su contenido el que puede generar un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Se trata de una cuestión intrínsecamente política: la creación de la norma mayor. Con claridad y propiedad, esta puerta al futuro es abierta por el artículo 30 de la Ley Fundamental, que manifiesta que la Carta Suprema puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, el Congreso debe declarar la necesidad de reforma con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará, sino por una Convención convocada al efecto. No hay posibilidad, desde el punto de vista empírico, de convocar a la *Convención* aludida por la letra de la Constitución, sin convocar al pueblo, para escuchar su palabra Ferreya, (2014).

En el caso ecuatoriano la Constitución tiene un acápite exclusivo para tratar y desarrollar la Reforma la cual se establece un procedimiento agravado para la enmienda de los artículos y la reforma parcial, cada uno con su naturaleza, en la cual el pueblo es participe, tanto de proponerlas, como de decidir a través de referéndum, dispuesto en los artículos 441 y siguientes de la Norma Fundamental.

A su vez, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional ecuatoriana van explicando de mejor manera la forma en la cual la norma jurídica debería aplicarse, puesto que la realidad es compleja y cambiante y en última instancia se debe precautelar los derechos de las personas que están bajo el Estado ecuatoriano.

En síntesis, una reforma constitucional es la que produce un cambio en el contenido del sistema, pero no produce la destrucción del preexistente al mantener la continuidad (Ferreya, 2014). Este verso refleja el poder existente de las constituciones dentro de los Estados, no por el hecho de ser un instrumento normativo de fuerzas, sino, por ser instrumento de garantías y principios fundamentales a favor de los ciudadanos. En fin, con la jurisprudencia se desarrolla y explica dichas prerrogativas y garantías, por ende, al acoplarlas en

tiempo y espacio a la larga provocarían reformas o enmiendas en las normas constitucionales o legales, como se observa en la actualidad.

CONCLUSIÓN

La interpretación es una actividad no exclusiva de los jueces o de los tribunales o Cortes, aunque son ellos los únicos autorizados a realizar interpretaciones vinculantes y son los garantes sobre todo de la Constitución. Sin embargo, la actividad interpretativa la realizan los abogados en el libre ejercicio, los docentes en clase, los estudiantes, y porque no incluir a la ciudadanía en sus diversos trámites o vida diaria.

Por otro lado, la Interpretación y Reforma Constitucional van de la mano y se plasman como garantías, no puede existir reforma, sin antes, tener la inspiración interpretativa de la Constitución. La Carta Fundamental ecuatoriana evidencia taxativamente al constituyente como poder soberano, para garantizar derechos en su integralidad y en ese efecto debe respetar la voluntad del constituido. Además, la interpretación constitucional garantiza la aplicación de derechos humanos y contribuye a la evolución de la estructura constitucional a través de la misma reforma.

En relación a la reforma constitucional, permite evolucionar constitucionalmente, brindando protección al ejercicio de la democracia, esa democracia que es ejercida a través de los soberanos en todos sus niveles y espacios, el derecho político como un derecho público, no puede quedar en la vulnerabilidad y la condena de normas enraizadas por lo anterior, pues, está siempre en constante evolución y, únicamente la herramienta jurídica de reforma constitucional se constituye en una garantía como derecho llegando hacer la factibilidad de transformación y cambios estructurales en un Estado. Por lo tanto, el desarrollo de la jurisprudencia por parte de las Corte o jueces o aquellos legitimados a interpretar la Norma Fundamental, a la larga van a provocar cambios normativos tanto constitucionales como legales.

Finalmente, la actividad interpretativa es una actividad compleja que requiere un gran conocimiento del derecho, no sólo consiste en aplicar métodos de forma mecánica, sino, en tener una cierta sensibilidad hacia garantizar los derechos de las personas para hablar de una justicia material.

Los métodos o reglas de interpretación de cierta manera muestran un mundo complejo y diverso, que para su implementación debemos tenerlos todos en mente y utilizarlos adecuadamente. Los jueces y Cortes que son los encargados de resolver los diferentes casos en concreto, tienen una misión titánica y a la vez requieren de una gran fuerza argumentativa para proteger verdaderamente los derechos de la dignidad humana, sin alterar el bien común, y el orden público.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almagro, J. (2008). Hermeneutica Constitucional. En Ferrer Mac-Gregor, E. Lelo, A. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (pp. 3-20). Marcial Pons.
- Carbonell, M. (2011). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales. Cevallos- Editorial Jurídica.
- Cardenas, A. (2011) *Interpretación Constitucional. Mecanismos de Sensibilización en la protección de derechos*. Cevallos- Editorial Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA*. (34), 15-53. <https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista>
- Ferreya, R. (2014). *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*.
- Fix-Zamudio, H. (2012). La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos. En Ferrer Mac-Gregor, E. Silvero, J (coord) *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Instituto de Investigaciones jurídicas.
<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1563098/LA+CIENCIA+DEL+DERECHO+PROCESAL+CONSTITUCIONAL+--+EDUARDO+FERRER.pdf/239cd57f-8398-47ca-8de0-e748d3c09f3b>
- Garcia, A. (2003). La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. En Carbonell, M, *Neoconstitucionalismo(s)* (159-186), Trotta S.A.
- Gastron, A. L. (2013). *A foja zero: El proyecto de tesis en Derecho. Experiencias, conceptos y ejemplos* (edición bilingüe). Editora Dois de Julho, con apoyo del Programa de Pós-Graduação em Direito y del Departamento de Direito Público de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal da Bahia.
- Linares, S. (1987). *Tratado de Interpretación Constitucional. Principios Métodos o enfoques para la aplicación de las constituciones* (2ª edición). Abelardo Perrot.
- Lucas, P. (1955). Estado de derecho y Estado social de derecho. Graficas Yagües.
- Nikken, P. (1996). Sobre el concepto de Derechos Humanos. En IIDH, *Seminario sobre Derechos Humanos* (pp. 17-36). Instituto Interamericanos de Derechos Humanos. <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>
- Núñez, D. (2013). Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes. En J. Benavides Ordoñez, J. Escudero Soliz, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (49-67). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Porras, A. (2012). Interpretación constitucional, argumentación jurídica y jurisprudencia vinculante. En J. Montaña, *Apuntes de derecho procesal constitucional. Aspectos generales* (141-171). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Wolfe, C. (1991) *La transformación de la interpretación constitucional*. Civitas S.A.

Normas

Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Jurisprudencia

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1116-13-EP/20, 18 de noviembre de 2020. Herrería, E (Juez ponente).

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19, 12 junio de 2019. Ávila, R. (Juez Ponente).

Ecuador. Corte Constitucional para el periodo de transición. Sentencia No. 055-10-SEP-CC, 18 de noviembre de 2010. Zarate, E (Juez ponente).

Ecuador. Corte Constitucional para el periodo de transición. Sentencia N.o 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010. Bhrunis, R. (Juez ponente).

Artículo de reflexión

Ley de participación popular: origen y evolución de la democracia participativa en Bolivia y su aplicabilidad en América Latina

Law of popular participation: origin and evolution of participatory democracy in Bolivia and its applicability in Latin America

OMAR MONTALVO ALVARADO

RESUMEN

Actualmente en Bolivia existe un sistema político de Democracia Representativa, Participativa, Deliberativa y Comunitaria, que ha evolucionado en un sistema de organización política totalmente nuevo y ajena a la teoría general del Derecho, conocido actualmente como las Autonomías o Gobiernos Autónomos. Esto es posible gracias a que surge el proyecto de ley de la Participación Popular, mismo que partió como programa de Gobierno propuesto para las elecciones de 1994, que buscaba darle mayor incidencia y participación a la población a través de sus juntas vecinales u organizaciones sociales, para así velar por un mejor manejo de los recursos del Estado, y garantizar la ejecución de obras y proyectos que fueron pedidos y propuestos acorde a sus necesidades. Esto da inicio en un programa de gobierno Municipal el año 1988 únicamente en Sucre, siendo este el lugar donde nació el proyecto legislativo, que dio como resultado principal contar con manejo de recursos, permitiendo una mejor ejecución, mayor cantidad de obras, y por sobre todas las cosas, permitía realizar un control social que prevenía la corrupción.

Palabras clave: Democracia Participativa, Participación Popular, Gobiernos Autónomos

ABSTRACT

Currently in Bolivia there is a political system of Representative, Participatory, Deliberative and Community Democracy, which has evolved into a totally new system of political organization and foreign to the general theory of Law, currently known as the Autonomies or Autonomous Governments. This is possible thanks to the emergence of the Popular Participation bill, which began as a proposed government program for the 1994 elections, which sought to give greater influence and participation to the population through their neighborhood councils or social organizations. in order to ensure better management of State resources, and guarantee the execution of works and projects that were requested and proposed according to their needs. This began in a Municipal government program in 1988 only in Sucre, this being the place where the legislative project was born, which had as its main result having resource management, allowing better execution, a greater number of works, and above all All things, it allowed for social control that prevented corruption.

Keywords: Participatory Democracy, Popular Participation, Autonomous Governments

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Montalvo Alvarado, O. (2024). Ley de participación popular: origen y evolución de la democracia participativa en Bolivia y su aplicabilidad en América Latina. *Juris Studia*, 1(1), pp. 59-70

INTRODUCCIÓN

En Bolivia existe un sistema político de Democracia Representativa, Participativa, Deliberativa y Comunitaria, que ha evolucionado en un sistema de organización política conocido actualmente como las Autonomías o Gobiernos Autónomos. En 1988, en la Alcaldía de Sucre, nació el proyecto legislativo que permitía un control social para prevenir la corrupción. El Ejecutivo accedió posteriormente a una Diputación Nacional en el congreso de Bolivia, espacio en el que, socializando los resultados de su programa de gobernanza municipal, demostró la factibilidad de la democracia participativa, lo que a su vez se tradujo en la promulgación de la Ley de Participación Popular en 1994. La Ley de Participación Popular dio origen a una nueva Ley de Municipalidades, la cual evolucionó para la inclusión de este sistema de Gobierno en la Nueva Constitución Política del Estado, permitiendo la creación de los Gobiernos Autónomos, un modelo de gobierno que se asemeja a los Gobiernos Federales, con algunas diferencias. Esta ley, si se aplica correctamente, podría permitir que se inviertan y apliquen adecuadamente los recursos del Estado, generando crecimiento regional y promoviendo un control social que prevenga actos de corrupción.

El objetivo general de este artículo es analizar el origen, evolución y aplicabilidad de la democracia participativa en Bolivia tras la vigencia de la Ley de Participación Popular.

Los objetivos específicos son los siguientes:

- Analizar la incidencia que tuvo esta ley en la creación de los Gobiernos Autónomos.
- Establecer cuáles fueron las particularidades de la Ley de Participación Popular.
- Señalar en qué consistía el Control Social realizado por las Juntas Vecinales.
- Establecer cuál es la factibilidad de una correcta aplicación de la Ley de Participación Popular en América Latina.

METODOLOGÍA

En el presente artículo se lleva a cabo un método *histórico-lógico*. Lo lógico y lo histórico se complementan y vinculan mutuamente. Para poder descubrir las leyes fundamentales de los fenómenos, el método lógico debe basarse en los datos que proporciona el método histórico, de manera que no constituya un simple razonamiento especulativo.

En el artículo también se utiliza un método *exegético*, que es de naturaleza interpretativa y que se emplea en el estudio de los textos legales. Además, se centra en la forma en la que fue redactada la ley o regulación por parte del legislador.

DE LA DICTADURA A LA DEMOCRACIA

Después de la Revolución Nacional de 1952, en Bolivia se restableció la democracia con la asunción a la presidencia de la República del presidente Hernán Siles Suazo en 1956, precaria etapa democrática que duró pocos años, pues en 1964 se

produjo el golpe de estado que derrocó al Dr. Víctor Paz Estenssoro, asumiendo el poder su Vicepresidente Gral. René Barrientos Ortuño, dando inicio a un período de inestabilidad política que permitió el establecimiento de varios y sucesivos gobiernos militares encabezados por caudillos de efímera permanencia en el poder hasta que en 1971 se consolida la dictadura militar liderada por el Gral. Hugo Banzer Suarez, cuyo gobierno contó, al principio, con el apoyo de dos partidos emblemáticos de la política boliviana, Movimiento Nacionalista Revolucionario y Falange socialista Boliviana, para, después de dos años, copar totalmente los espacios de poder con personajes afines al militarismo hasta completar el septenio, la dictadura banzerista terminó con el golpe de estado liderado por el Gral. Juan Pereda Asbún luego de las elecciones nacionales de 1978 que le otorgaron el triunfo de manera fraudulenta, retornando así al establecimiento de nuevos gobiernos militares, que en medio de presiones sociales y políticas permitieron, en dos oportunidades, elecciones nacionales de las cuales surgieron dos presidentes interinos, Walter Guevara Arce 3 meses en 1979 y Lidia Gueiler Tejada 1979 a 1980, quien fue derrocada por el Gral. Luis García Meza, truncando nuevamente la vigencia de los mandatos constitucionales. El 10 de octubre de 1982, finalmente Bolivia retorna tímidamente al estado de derecho con la entrega de la Presidencia de la República al Dr. Hernán Siles Suazo Ganador de las elecciones Nacionales de 1980; sin embargo, su mandato constitucional fue acortado toda vez que el jefe de Estado se vio obligado a renunciar convocando a elecciones en 1985.

MOMENTO FUNDACIONAL DE LA DEMOCRACIA MUNICIPAL

Resulta importante, para los fines de la presente exposición, hacer una precisión histórica; pues, durante todos los regímenes militares y aún durante el gobierno democrático del Dr. Hernán Siles Suazo, hasta 1985, los alcaldes municipales en toda Bolivia eran designados por el gobierno de turno a través del Ministerio del Interior privando a los ciudadanos del derecho de elegir sus autoridades locales, considerando que se trataba de un cargo político regido desde el nivel central, recayendo por lo tanto en algún militante con influencias en las esferas de gobierno, sin ninguna formación municipalista, cuyos méritos no se fundaban en su capacidad profesional, sino en su comportamiento como militante, amigo, compadre o servidor del gobierno. Entonces, la característica de esas autoridades municipales era la improvisación y la incapacidad; es decir, que quienes llegaban a ejercer tan importante responsabilidad lo hacían sin siquiera contar con un plan de gobierno local para resolver la problemática propia de todo municipio, peor aún, sin conocer la realidad local, las demandas de los vecinos, las necesidades de dotación de servicios esenciales como agua, alcantarillado, energía eléctrica, infraestructura vial, medio ambiente y un largo rosario de necesidades que tienen que ver con la calidad de vida de los habitantes en cada municipio. Si la improvisación y la incapacidad eran las características de los alcaldes designados desde el nivel central, por supuesto que otro elemento que dibuja a esas autoridades es la ausencia de participación de los vecinos, tanto en la formulación de políticas municipales como en la toma de decisiones dejando librado todo aquello a la voluntad y arbitrariedad del mandamás, al clientelismo partidario y la prebenda, condiciones ideales para la ineficiencia, corrupción y despilfarro de los exiguos recursos económicos.

Lo descrito precedentemente es un esbozo de diagnóstico de las deficiencias existentes en esa larga etapa de administración por alcaldes de facto, en una institución que siendo anterior al estado debía entenderse su verdadero valor e

importancia, no se comprendió la relevancia de la institución que por su cercanía a los habitantes tiene la posibilidad de comprender y resolver los problemas cotidianos de las personas, aspectos estos que se agravan ya que a las deficiencias precitadas debe sumarse la ausencia de un mecanismo legislador o normativo, deliberante y fiscalizador como es el Concejo Municipal. En ese tiempo, solamente se designaba alcalde y no se contaba con concejales municipales, llegando a configurar gobierno local mutilado, de facto e ilegítimo.

En 1985, recién se convocó a elecciones nacionales para elegir presidente, vicepresidente, senadores, diputados y concejales en todo el territorio nacional; es decir que, los candidatos a concejales formaban parte de una lista única por cada partido político, de tal modo que los ciudadanos aún no tenían la facultad de elegir directamente a sus autoridades locales, menos a su alcalde, sino que los votos para el candidato presidencial definían de manera porcentual la cantidad de concejales en cada municipio. La elección de alcalde era una atribución del Concejo Municipal que tenía la atribución de elegir a la autoridad ejecutiva del Gobierno Municipal de entre uno de sus miembros, en cada municipio.

El 6 de diciembre de 1987, por primera vez, se convocó a elecciones Municipales en todo el territorio nacional, de tal manera que se devolvió a la ciudadanía la potestad de elegir concejales de manera directa, once en cada ciudad con más 100.000 habitantes, nueve en ciudades con población superior a los 50.000 habitantes y cinco en municipios con menos de 50.000 habitantes, momento político que puede considerarse como fundacional de la democracia municipal.

Al otorgarse a los ciudadanos la capacidad de elegir directamente a sus concejales, se da un primer paso en la profundización y desarrollo de la democracia municipal, es entonces que para este propósito los partidos políticos se ven compelidos a presentar, no solamente una lista de candidatos con personajes notables, con una trayectoria profesional apreciable o que gocen de aceptación y popularidad en el medio, sino que también tuvieron que poner a consideración del electorado un plan de gobierno, una propuesta de trabajo en el ejercicio del poder local, aspecto que se cumplió en muy pocos municipios. En la mayoría de los casos, únicamente presentaron un listado de ideas o un manifiesto de intenciones de buena voluntad, lo cual no puede entenderse como un plan de gobierno. Empero, la improvisación comenzó a ser desestimada para dar lugar a alguna propuesta potencialmente viable y los candidatos a concejales mostraban ciertos atributos como, experiencia, formación profesional y buena imagen pública, aunque seguían siendo designados por los niveles dirigenciales de los partidos políticos bajo la sombra de los mismos defectos de siempre, compadrerío, prebendalismo y obsecuencia.

Si bien se había dado un paso fundamental al establecer que los ciudadanos puedan elegir a sus autoridades locales, simultáneamente aparecieron limitantes como el muy corto tiempo del mandato de dichas autoridades —solo dos años—, estructura orgánica municipal obsoleta, escasos recursos económicos para poder dar soluciones prontas, efectivas e inmediatas a la problemática urbana. Y, para colmo, los municipios se vieron invadidos masivamente por ex trabajadores mineros que fueron relocalizados para enfrentar la debacle de la minería en Bolivia —se estima que fueron 30.000—, a este lamentable fenómeno económico-social se suma la migración —también masiva— de gente del campo a la ciudad buscando mejores oportunidades, rompiendo así todas las previsiones estadísticas

de crecimiento poblacional aspecto que derivó en la incapacidad económica y estructural de las alcaldías para resolver especialmente los problemas de dotación de servicios básicos en cada ciudad.

EVOLUCIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Para entender el proceso de evolución de la democracia municipal en Bolivia, resulta necesario visibilizar claramente el contexto histórico y político que ha sido descrito en líneas precedentes puesto que no son simples antecedentes, sino que son pasos y períodos difíciles y penosos los que tuvieron que superarse hasta llegar a la etapa actual en que está comprobado que la democracia participativa sí es posible.

El tránsito de la etapa de administración municipal por autoridades designadas (de facto) hasta el momento de conceder a los ciudadanos la facultad de elegir sus autoridades locales ha tenido necesariamente que pasar por la recuperación de la democracia, desde las dictaduras militares hasta los gobiernos elegidos constitucionalmente.

LA NOVEDOSA EXPERIENCIA DE ADMINISTRACION MUNICIPAL CON PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN SUCRE

Ante la convocatoria a elecciones municipales para el 6 de diciembre de 1987, en Sucre, el Movimiento Bolivia Libre, interpretando la aspiración popular de contar con un gobierno municipal que tenga la capacidad de resolver la problemática de la ciudad, caracterizada por su falta de planificación y crecimiento desordenado de la mancha urbana, grandes deficiencias en la dotación de servicios básicos, creciente despliegue de comercio informal y una administración municipal dedicada principalmente al aseo urbano y a la ornamentación en el área central, descuidando casi totalmente a la población asentada en los barrios periféricos causando hacinamiento poblacional en el centro histórico con el peligro de destruir la valiosa arquitectura de la ciudad de Sucre; el MBL tuvo el acierto de invitar como candidatos a concejales a notables e influyentes ciudadanos que estuvieran en disposición de asumir el reto, de ahí que conformaron un grupo de candidatos compuesto por intelectuales, líderes de opinión, dirigentes vecinales y políticos logrando captar masiva adhesión popular; sin embargo, la presencia de dichas personalidades no era suficiente, había que trabajar en el diseño de un verdadero Plan de Gobierno Municipal que posibilite el ejercicio del poder local en procura de lograr el desarrollo de la ciudad.

Para la elaboración del indicado plan de gobierno, se realizaron sucesivas actividades, eventos, reuniones, talleres y seminarios convocando a los dirigentes vecinales para que ayuden en la elaboración de un diagnóstico de la realidad local y posteriormente participar en la elaboración del Plan de Gobierno Municipal, instrumento necesario e imprescindible para cumplir eficientemente en la gestión de gobierno. Aquella fue una primera forma de lograr la participación directa de los vecinos, de manera que se obtuvo un plan de gobierno real, que incluyó los requerimientos de cada barrio representado por sus dirigentes y que además fuera posible de ejecutar en mérito a un presupuesto real.

El candidato a alcalde en aquella oportunidad, Omar Montalvo Gallardo, periodista conocedor de la realidad de todos los barrios de Sucre debido a su labor periodística

que diariamente transmitía a viva voz los requerimientos barriales con participación de los vecinos y dirigentes vecinales haciendo públicas las demandas, necesidades y aspiraciones de los ciudadanos, se constituyó en el líder y responsable de ejercer el mandato de alcalde de Sucre para hacer efectivo todo lo planificado.

Entonces se cumplió la trilogía, se tenía líder, programa de gobierno e instrumento político, condiciones que hicieron que la propuesta sea confiable y despierte la esperanza de hacer realidad lo que fue formulado en planes, programas y proyectos que irían a transformar la realidad del municipio sucrense.

De ahí en adelante se podrá estudiar el desarrollo del municipalismo en Sucre, por lo menos, analizando el antes y el después de esta gestión de gobierno local.

EL EXITOSO MODELO DE ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL CON PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Una de las mejores contribuciones al desarrollo del municipalismo en Bolivia, fue la estructuración de un nuevo modelo de organización para la administración municipal con Participación Popular.

El citado Plan de Gobierno Municipal, si bien fue verdaderamente útil y valioso para los fines de satisfacer necesidades de la población sucrense, resultó insuficiente para la pretensión de profundizar la democracia municipal y hacer más eficiente a la institución. Es entonces que se conforma una estructura edil complementaria a la prevista en la Ley Orgánica de Municipalidades que estipulaba tres oficialías, Oficialía Mayor Administrativa, Técnica y de Cultura cada una con sus Direcciones y cargos inferiores.

El alcalde Omar Montalvo, bajo la consigna de “Participar no es asistir, participar es decidir”, en 1989, toma la decisión de crear los talleres de Planificación Popular, los cuales fueron ubicados estratégicamente en distintos puntos de la ciudad donde se tenían los más difíciles problemas a solucionar. Por ejemplo, protección a la propiedad pública evitando el avasallamiento de áreas de equipamiento y áreas verdes, protección a la propiedad privada toda vez que los vecinos tenían graves dificultades para hacer valer su derecho propietario, además de estar impedidos de construir legalmente sus viviendas; asimismo, se debía diseñar las calles y definir de línea y nivel de las mismas para poder extender los servicios de agua, alcantarillado, energía eléctrica e inclusive transporte urbano a todos los barrios históricamente desatendidos, dichos Talleres tenía la misión dar solución a los problemas descritos mediante la micro planificación, problemática descuidada por décadas.

Se organizaron ocho talleres de planificación popular en distintos lugares críticos que fueron denominados distritos, cada taller, dependiendo del área a ser atendida, estaba a cargo de un arquitecto y personal técnico de apoyo y actuando en el área territorial que abarcaba de 8 a 10 juntas vecinales, donde sus dirigentes podían representar y exponer las necesidades de cada barrio perteneciente al distrito. Lo destacable y que hace a nuestro tema de exposición es que en cada taller los dirigentes vecinales representaban las necesidades, requerimientos y aspiraciones de cada barrio, ahí se tomaban las decisiones de priorizar las obras en los distintos barrios, los vecinos definían cuáles eran las obras que debían realizarse, cuál el orden de las ejecuciones, cómo querían que se hagan las obras (construían las

maquetas con sus propias manos asistidos por los técnicos) para que, finalmente, el equipo técnico elaborara los proyectos para cada obra aprobada y priorizada por los dirigentes vecinales, dando lugar a su inmediata licitación, eliminando pasos y obstáculos propios de la perjudicial e insensible burocracia, coartando también, de ese modo, posibles hechos de corrupción.

Es así que se logró materializar la democracia directa y participativa en el gobierno local, con resultados valiosos para la formulación del Plan Operativo Anual y la asignación certera de recursos municipales en el Presupuesto anual, aspectos estos que definieron el carácter democrático y popular del gobierno municipal.

Todo el proceso de participación ciudadana en la definición de políticas destinadas a la satisfacción de la demanda social tuvo su corolario en la Gran Asamblea de las Juntas Vecinales ya que una vez que los Talleres de Planificación Popular elevaban a conocimiento de la máxima autoridad ejecutiva del municipio los resultados emergentes de la planificación en cada distrito, estos resultados conjuntamente las propuestas de obras que el equipo técnico y el Alcalde consideraban necesarias para el resto de los barrios del centro se derivaban a la Federación de Juntas Vecinales para que esta organización en magna asamblea deliberara, priorice y apruebe las mencionadas propuestas, empoderando de ese modo a las organizaciones sociales con plena aplicación de la democracia directa y participativa.

Es así que el alcalde municipal se desprendió de la tradicional facultad de decidir por sí solo los destinos del municipio otorgando ese poder a los ciudadanos, reduciéndose a ser un eficiente facilitador de la concreción de la demanda social contenida en la decisión de los dirigentes de cada barrio de la ciudad, quienes, además, tenían la facultad de fiscalizar la ejecución de las obras para garantizar la calidad de las mismas, impidiendo las posibilidades de desvío o mala utilización de los recursos económicos o posibles casos de corrupción en el municipio.

Este novedoso proceso de profundización y desarrollo de la democracia municipal llamó la atención de todo el país, pues en muy corto tiempo —un año (1989)— se habían dado grandes avances en el municipalismo, superando la que podríamos denominar “larga época de oscurantismo democrático” a la que fue sometido el país durante los más de veinte años de gobiernos militares autoritarios. De ahí que organizaciones no gubernamentales ONGS como el INIDEM Instituto de Investigaciones para el Desarrollo Municipal y otros, elaboraron valiosa documentación relacionada con el accionar de las alcaldías más importantes del país.

El interés por la experiencia de administración municipal con participación popular dio lugar a que el INIDEM y IULA CELCADEL instituto de estudios municipales de Latinoamérica organizaran en Sucre el evento internacional denominado BANEXITOS, oportunidad que congregó a alcaldes y concejales de Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia y Venezuela para conocer —particularmente— la experiencia de Sucre, capital de Bolivia.

Las conclusiones que arrojó el mencionado evento internacional señalan que varios de los alcaldes y concejales asistentes hicieron énfasis en que se había logrado lo que para muchos era una utopía. Toda la experiencia de participación Popular en la Administración del gobierno municipal de sucre y las mencionadas conclusiones

fueron motivo de una publicación que fue distribuida a nivel continental a todos los municipios afiliados a las ya nombradas instituciones municipalistas.

EN SUCRE NACIÓ LA LEY DE PARTICIPACIÓN POPULAR

De la necesidad de superar limitaciones y deficiencias preexistentes en la institución edil caracterizadas por su obsoleta estructura organizacional, escasos recursos económicos y muy corto tiempo (2 años) de mandato de sus autoridades, se imponía la urgencia modernizar la misma, construir imaginativamente una nueva estructura del gobierno local para desarrollar una gestión eficiente y eficaz, capaz de provocar un verdadero cambio en la misión y la visión de la alcaldía.

La forma de gestión municipal descrita en los párrafos anteriores configuró la solución a las limitaciones y deficiencias señaladas; y la incorporación de los ciudadanos a las esferas de decisión de políticas destinadas a la satisfacción de la demanda social contribuyó al desarrollo y profundización de la democracia en el gobierno local.

El modelo de administración municipal aplicado por el alcalde Omar Montalvo Gallardo desde 1988 hasta 1991, puede entenderse mejor aplicando el método empírico que está basado en la experiencia y la observación de los hechos.

La valiosa experiencia obtenida en el municipio de Sucre, a los fines de elaborar un proyecto de ley que hiciera irreversible la participación ciudadana en el gobierno local hacia adelante, fue motivo de un esforzado trabajo de acumulación, ordenamiento y sistematización de toda la información relacionada con este fenómeno político, para el efecto se estableció en Sucre el CEPADES Centro de Estudios para el Desarrollo Municipal, oficina dirigida por el —ahora— exalcalde colaborado por notables profesionales arquitectos, sociólogos y políticos vinculados a nuestro tema de estudio. Un seminario-taller de tres días con la Federación de Juntas Vecinales destinado a recoger la valoración de los dirigentes vecinales que participaron en la gestión municipal, contribuyó a la formulación de conclusiones, mismas que luego permitieron elaborar el documento final que posteriormente sería expuesto ante líderes y partidos políticos que quieran y puedan llevar el proyecto de ley ante el Congreso Nacional para su aprobación como ley de la república.

Conocido el proyecto, luego se sendas exposiciones, Gonzalo Sánchez de Lozada decidió incorporar la Participación Popular a su Plan de Gobierno Nacional propuesto al país con motivo de las elecciones nacionales de 1993, constituyendo una de las propuestas más importantes a materializar en su gobierno, de manera que la experiencia de Sucre sea aplicada en todo el país.

BOLIVIA, ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY DE PARTICIPACIÓN POPULAR

Nuestro país, antes de la ley de Participación Popular, estaba constituido como un Estado libre, unitario, democrático y de derecho, cuya una organización política estaba expresada en nueve departamentos, cada uno con sus respectivas provincias, estas divididas en secciones y cantones.

El concepto de “estado unitario” hacía que el gobierno nacional ejerza erróneamente su administración bajo una dinámica excesivamente centralista, sin siquiera

atisbos de alguna forma de desconcentración, menos aún de descentralización, aspecto que impedía que el Estado pudiera manifestarse o extenderse en todo el territorio nacional. Resultaba inútil encontrar representaciones correspondientes a los Ministerios o reparticiones de gobierno en las capitales de departamentos, peor en las provincias o áreas rurales, salvo algunas obvias excepciones como el Ejército, la Policía, aduanas u oficinas de migración, sin embargo éstas solo podían ser halladas en algunos puntos de nuestro extenso territorio; es decir, para que las necesidades y requerimientos de los ciudadanos puedan ser atendidas, éstos tenían que obligatoriamente trasladarse hasta la ciudades capitales o hasta la sede de gobierno, aún para la atención de simples trámites. Vale decir que la ausencia del Estado, que no copaba todo el territorio boliviano, era tan dramática que los ciudadanos estaban librados a su suerte, sin que puedan encontrar nada ni nadie que atienda sus requerimientos más elementales como la atención a asuntos de pequeñas construcciones educativas, de puestos de salud o simples refacciones de exiguas como escasas infraestructuras.

Las alcaldías municipales de capitales de departamento y algunas ciudades intermedias con alguna población importante contaban con un exiguo presupuesto de ingresos, emergentes de los impuestos a la bienes inmuebles y vehículos, tasas y patentes y alguno que otro ingreso propio, empero las alcaldías de capitales provincia carecían de recursos para la atención de su problemática urbana. Apenas podían recaudar para pagar exiguos salarios a sus autoridades, lo que les obligaba a tender la mano en busca de ayuda ante las alcaldías de capitales de departamento ya que estas últimas, por mandato de la Ley Orgánica de Municipalidades ejercían tuición sobre las alcaldías menores.

Después de la aprobación y promulgación de la Ley de Participación Popular, se produjo una nueva organización territorial, Bolivia se organizó —inicialmente— en 329 municipios, cada uno con sus respectivos Gobiernos Municipales Autónomos dotados de recursos económicos producto de la coparticipación tributaria, asignados en función de la cantidad de habitantes, teniendo a partir de ese momento tener capacidad para atender la demanda social de cada uno de los municipios.

A modo de síntesis, se puede decir que con la Ley de Participación Popular se otorgó a los ciudadanos la capacidad de elegir sus autoridades locales, tener un municipio claramente definido territorialmente, acceder a una importante asignación de recursos para la ejecución de obras propias de las municipalidades, facultad de fiscalizar la labor de los gobiernos locales a través de los Comités de Vigilancia e inclusive provocar la destitución de autoridades que no respondan a las expectativas del electorado, obtener reconocimiento legal de sus organizaciones sociales (juntas vecinales) identificadas como Organizaciones Territoriales de Base OTBs a través de las cuales los ciudadanos puedan actuar hasta lograr la atención a sus demandas de orden municipal. Lo que significa que Bolivia se había municipalizado haciendo que, por fin, el Estado esté presente en todo el territorio nacional, con un pueblo empoderado e incorporado a los niveles decisionales del gobierno local. En otras palabras, con esta nueva normativa, Bolivia se incorpora a la modernidad y logra un enorme salto cualitativo en el desarrollo y profundización de la democracia.

Sin embargo de todas las ventajas que supuso la puesta en vigencia de la meritada ley, esta norma en su aplicación ha sufrido lamentables distorsiones, se presentaron excesivos casos de corrupción en el manejo de los recursos municipales, asunto que obliga a ajustar los mecanismos legales destinados a prever y evitar ese pernicioso fenómeno; asimismo se debe revisar la forma de intervención de los representantes de los vecinos en el —ahora denominado— Control Social puesto que muchos alcaldes y concejales han ido retorciendo y/o corrompiendo a dichos dirigentes con prebendas, concesiones ilegales, salarios que no están establecidos en la ley y otras formas de prebenda para lograr apoyo a decisiones de las autoridades locales que buscan permanecer en el poder o —inclusive— realizar actos ilegales.

LAS CARTAS ORGÁNICAS MUNICIPALES

Resulta un ineludible imperativo realizar un análisis profundo de la aplicación de la Ley de Participación Popular y de las normas que regulan la actividad de los gobiernos locales, todas, desde las que disponen la asignación de recursos, identificando nuevas fuentes de ingresos para los municipios, hasta las que rigen las facultades y formas de organización y participación ciudadana en los gobiernos locales con la finalidad de recuperar el espíritu de la ley, derogar las normativas contenidas en dichas leyes que fueran nocivas y contradictorias.

Cumplido ese proceso de recuperación de lo bueno, eliminando lo malo, se debe trabajar en la confección de las Cartas Orgánicas Municipales con verdadero desprendimiento de la clase política que debe renunciar a sus privilegios y ambiciones de perpetuarse en el poder local, para dar paso a un nuevo proceso de modernización de los gobiernos municipales, bajo la premisa de desarrollar aún más la democracia y la participación del pueblo en la gestión del poder local. No resulta ocioso o inútil pretender que los avances obtenidos por la sociedad civil se mantengan y desarrollen, pues las experiencias obtenidas en los orígenes de la participación popular en el poder local han sido probadamente beneficiosas para los municipios.

Si se realiza un estudio comparativo de las Cartas Orgánicas que ya han sido aprobadas mediante referéndum en varios municipios, se podrá advertir que estas conservan muchas prerrogativas en favor de los políticos, pero no contienen medidas que favorezcan la participación ciudadana.

LOS ESTATUTOS AUTONÓMICOS

Este es un segundo escenario sobre el cual es preciso empezar a reflexionar en búsqueda de lograr formas de participación popular o ciudadana en los niveles de gobierno departamental. Los gobernadores se han convertido en “reyes chiquitos” en cada departamento, ajenos a la demanda social, cerrados a la formulación de sus planes operativos anuales y elaboración de sus presupuestos, no se posibilita la intervención de los gobernados elaborando esos instrumentos de gobierno departamental en círculos inaccesibles a los ciudadanos. Trabajo de gabinete que refleja la falta de voluntad de atender requerimientos, aspiraciones y necesidades de las provincias de cada departamento.

Ni siquiera las asambleas legislativas departamentales tienen la capacidad expedita de fiscalizar los actos de los gobernadores y sus secretarios, son reticentes a las peticiones de Informe tanto oral como escrito, tímidas formas de fiscalización y control que no logran su objetivo.

El desprecio a las asambleas legislativas departamentales y a toda forma de fiscalización o control del ejecutivo departamental, expresa su carácter autoritario sintiéndose inmunes al necesario control y fiscalización, ejemplos abundan y sobran en todo el país.

APLICABILIDAD EN LATINOAMÉRICA

Como podrá verse a lo largo del desglose realizado de los diversos factores históricos y sociales que conllevaron a la creación e implementación de la Ley de Participación Popular, sin esta norma —que ha sido olvidada, e incluso se ha llegado a distorsionar sus verdaderas virtudes y funcionalidades—, el Estado Plurinacional de Bolivia no habría llegado a ser lo que es el día de hoy, toda vez que ha abierto las puertas a múltiples virtudes y funcionalidades para dar una verdadera voz a la población, para que sea debidamente escuchada y puedan tener un mejor rol para realizar una fiscalización adecuada implementación de los recursos estatales.

Todos estos resultados positivos han sido probados y demostrados, y han permitido que Bolivia pueda crecer y mejorar día a día con un manejo de recursos que permitió al final contar con las Cartas Orgánicas y los Estatutos Autonómicos, y todavía tiene mucho más por hacer.

Es por todo esto que al haberse demostrado su factibilidad dentro de la historia de Bolivia, podemos decir que esto puede replicarse exitosamente en todo Latinoamérica, para que puedan crecer económica y políticamente, y también puedan aprender de nuestros logros y nuestros errores, para que a la larga también puedan darnos algo a cambio, y que pueda seguir creciendo la sociedad en general.

RESULTADOS

- Desde la anterior Constitución Política del Estado se señalaba que los Gobiernos eran Autónomos, siendo esto meramente enunciativo, puesto que los mismos no contaban con el acceso de recursos, encontrándose en calidad de dependientes del Nivel Central.
- La factibilidad de la Participación Popular dotó de recursos primero al nivel municipal, permitiendo así un crecimiento en las diferentes regiones del país.
- Lamentablemente desde la vigencia de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, no se han consolidado los Gobiernos Autónomos en sus diferentes niveles, lo que impide que se pueda perfeccionar el modelo de gobierno participativo.
- El control social dentro de la participación popular es vital para realizar un adecuado control y fiscalización por parte de las organizaciones sociales, debiendo regularse de mejor manera dicho factor, para que las organizaciones sociales sean incorruptibles.

CONCLUSIONES

- En el proceso de aplicación de la ley de participación popular se ha permitido profundizar la democracia, mismo que ha sido asimilado en la nueva Constitución Política del Estado.
- La regulación y de la participación en sus diferentes niveles de Gobiernos autónomos requiere en base a las experiencias, modificaciones a las leyes, puesto que los gobiernos autónomos a nivel departamental y municipal no cubren los requisitos señalados por la propia Constitución Política del Estado.
- Corresponde impulsar la aprobación de las cartas orgánicas para los municipios y los estatutos autonómicos para los departamentos.
- Se tienen que normar con mayor precisión las competencias privativas, exclusivas y compartidas de cada uno de los niveles de gobierno, tanto en lo departamental como en lo municipal.
- Debe ser perfeccionado y muy bien reglamentado para evitar que se corrompa a las organizaciones sociales y así su participación sea útil, debiendo esto debe plasmarse en las cartas orgánicas y en los estatutos autonómicos.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. 2009. Ley 1551-1994. Ley de Participación Popular.

Artículo de reflexión

El control de constitucionalidad: luces y sombras en la jurisprudencia boliviana

The control of constitutionality: lights and shadows in Bolivian jurisprudence

VÍCTOR RICARDO REVOLLO MEDINA
Asociación Boliviana de Filosofía del Derecho
ricreme-2012@hotmail.com

RESUMEN

La esencia de este trabajo de investigación estriba en determinar la potestad que asumen los jueces ordinarios en el marco de sus competencias, de realizar el control de constitucionalidad tutelar en los casos concretos sometidos a su conocimiento y con ello los alcances de dicho control. Para tal efecto, la carga argumentativa en la labor del juez ordinario se constituye en componente esencial de su fallo. Más allá de suponer el respeto al derecho a contar con resoluciones fundamentadas y/o motivadas del justiciable, importa la justificación de la decisión a la cual es menester arribar a través de los métodos de interpretación propuestos por el derecho y que, en cierta medida, han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional de Bolivia.

Palabras clave: Estado Constitucional, derechos humanos, calidad de vida, política pública.

ABSTRACT

The essence of this research work lies in determining the power assumed by ordinary judges within the framework of their powers, to carry out the control of tutelary constitutionality in the specific cases submitted to their knowledge and thus the scope of said control. For this purpose, the argumentative burden in the work of the ordinary judge constitutes an essential component of his ruling. Beyond assuming respect for the right to have well-founded and/or reasoned resolutions from the defendant, the justification of the decision that must be arrived at through the methods of interpretation proposed by the law and which, to a certain extent, have been developed by the constitutional jurisprudence of Bolivia.

Keywords: Constitutional State, human rights, constitutionality control, quality of life, public policy.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Revollo Medina, V. R. (2024). El control de constitucionalidad: luces y sombras en la jurisprudencia boliviana. *Juris Studia*, 1(1), pp. 71-86.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional, simplemente) al que nos adscribimos a partir de los cánones consagrados por el artículo 1 de la Constitución Política del Estado y desarrollados a lo largo del texto constitucional en su relación con el espíritu democrático que le asiste, supone la insoslayable presencia de la fuerza normativa directa de la Constitución, en consideración a su jerarquía, que a su vez se concibe como parámetro de validez y fuente primaria de producción normativa.

Ello pone de manifiesto la existencia de un constitucionalismo fuerte, que, entre otros factores, se caracteriza por la presencia de un amplio catálogo de derechos fundamentales (dado el reconocimiento del bloque de constitucionalidad) y la consagración de mecanismos eficaces para la protección y resguardo de dichos derechos, mecanismos que según su naturaleza pueden catalogarse como normativos, jurisdiccionales e institucionales

La vertiente institucional en su relación con la protección de los derechos humanos ha cobrado considerable relevancia a partir de la creación del Tribunal Constitucional con la reforma constitucional vía Ley 1585 de 12 de agosto de 1994 y desarrollada a través de la Ley 1836 de 01 de abril de 1998 y la consecutiva labor jurisdiccional que ha ejercido y viene ejerciendo con la finalidad de materializar el resguardo y respeto de la Constitución Política del Estado, manteniendo incólume el orden social (más allá de las vicisitudes que hayan surgido en el seno de dicha labor). No otra cosa significa en la actualidad, contar con un arsenal argumentativo que a nivel de interpretación del ordenamiento jurídico interno ha producido hasta nuestros días la jurisprudencia emanada del máximo intérprete y guardián de la Constitución.

Sin embargo y, no sin antes ponderar dicha labor, asumo la importancia de enfatizar en la vertiente jurisdiccional en su relación con la promoción, resguardo y protección de los derechos humanos como cometido primordial del órgano jurisdiccional a través de los denominados jueces ordinarios o comunes, entendidos los mismos como primeros garantes del respeto a los derechos y garantías constitucionales del justiciable. Cometido (sea como potestad o deber) que, si bien es cierto, encuentra interesantes directrices en la jurisprudencia a partir de los cánones que profesa la Constitución de manera expresa, inclusive, no es menos cierto que, al momento de desarrollar los alcances del control de constitucionalidad, también encuentra cortapisas en el énfasis de la tarea jurisdiccional encomendada al Tribunal Constitucional (ahora Plurinacional), relegando a la jurisdicción ordinaria a un mero concepto de control de legalidad. Ese extremo deja entrever una aparente contradicción en las funciones competenciales propias del juez de primera instancia y los de instancia revisora a nivel de apelación y/o casación (si el caso amerita) si concebimos la idea de que el mencionado control de constitucionalidad es de “competencia exclusiva del Tribunal Constitucional Plurinacional”.

En el marco de un enfoque cualitativo, que supone que los métodos comprendidos en la investigación se corresponden con el inductivo-deductivo, el comparativo y el analítico a partir de la técnica documental vinculada a la revisión de la doctrina, la ley y la jurisprudencia, el objetivo del presente trabajo está dirigido a establecer que el modelo de control de constitucionalidad en Bolivia en su vertiente de normativo

es concentrado, en consideración al esquema normativo y competencial que lo regula, mientras que, en su vertiente de tutelar es mixto en consideración a que a nivel difuso lo realizan en primera instancia los jueces ordinarios o comunes, dada la presencia de principios que dirigen la labor jurisdiccional ordinaria vinculados propiamente a la interpretación-aplicación de las normas *infraconstitucionales* desde y conforme con la Constitución y con ello al rol subsidiario que asume el Tribunal Constitucional Plurinacional en la resolución de los casos concretos, no sin antes revelar las (a mi juicio) luces y sombras que denota la jurisprudencia boliviana sobre el particular.

2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

De acuerdo a la doctrina del Derecho Procesal Constitucional,

El Control de Constitucionalidad en general es aquella actividad política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución, la cual debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, por los gobernantes y gobernados, así como debe ser aplicada con preferencia a las leyes, decretos y/o cualquier género de resoluciones. (Tribunal Constitucional, 2016, pág. 6)

Se trata esencialmente de una acción dirigida a examinar la compatibilidad y conformidad de las disposiciones legales, los actos, resoluciones y decisiones de los gobernantes, con los valores supremos, los principios fundamentales, los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, establecidos por la Constitución Política del Estado, en una triple dimensión: a) verificar las condiciones de validez formal y material de las disposiciones legales que conforman el ordenamiento jurídico; b) resguardar y proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales contra los actos o resoluciones ilegales o indebidos que los vulneren; y c) verificar que los diferentes órganos del poder constituido ejerzan sus funciones en el marco de las competencias asignadas por la Constitución.

A partir de la segunda guerra mundial, el control de constitucionalidad surge como una manifestación del Estado Constitucional de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de *supralegalidad constitucional*, es decir la vigencia de la supremacía de la Constitución, la tutela de los derechos fundamentales de las personas y, la configuración moderna del principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político. (Vargas Lima, 2017, pág. 108)

De manera que, de acuerdo a la doctrina del constitucionalismo contemporáneo, y en el marco del nuevo modelo de Estado como Estado Constitucional de Derecho, actualmente el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos provenientes de los Órganos del Estado, se extiende hacia tres ámbitos concretos, a saber:

- a) *El control normativo*, que se refiere precisamente al control sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales (sean leyes expedidas por el Órgano Legislativo, o Decretos expedidos por el Órgano Ejecutivo), frente a las normas previstas por la Constitución.

- b) *El control tutelar*, que está destinado a la protección de los derechos humanos, que siendo preexistentes a la Constitución, se encuentran positivados y reconocidos por la misma como derechos fundamentales, para su restablecimiento inmediato en caso de que sean restringidos o suprimidos de manera ilegal o indebida, por parte de las autoridades públicas, o inclusive por particulares; y,
- c) *El control competencial*, para preservar el respeto y la vigencia del principio de separación de funciones o la división del ejercicio del poder político, poniendo fin a los eventuales conflictos de competencia que llegaren a suscitarse entre los diferentes órganos del poder público y/o niveles de gobierno en el país. (Vargas Lima, 2017, pág. 109)

Como presupuestos jurídicos para la existencia de un control de constitucionalidad tenemos:

- a) la existencia de una Constitución total o parcialmente rígida,
- b) la existencia de un órgano de control independiente al órgano controlado,
- c) las facultades decisorias del órgano de control,
- d) el sometimiento de toda la actividad estatal al control de constitucionalidad,
- e) el derecho de los particulares de reclamar e impulsar el control de constitucionalidad (Sagüés, 2001, págs. 432-438) y
- f) la facultad interpretativa definitiva y vinculante del órgano contralor de constitucionalidad (Vargas Lima, 2017, pág. 126).

En cuanto a los sistemas de control de constitucionalidad tenemos: a) El sistema de control político de constitucionalidad y b) El sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad.

A pesar de que, entre los años 1826 y 1861 la República de Bolivia se encontraba bajo el paraguas de un sistema de control político de constitucionalidad, cuya competencia era asumida por un Consejo de Estado, a partir de la Reforma de 1994 el sistema en el cual actualmente se sitúa el Estado boliviano es el del control jurisdiccional de constitucionalidad.

Con ello, en el marco del sistema del control jurisdiccional de constitucionalidad se conocen dos modelos clásicos o tradicionales, a saber:

- a) *El modelo americano o difuso (o de la revisión judicial)*, en virtud del cual, al decir de Francisco Fernández Segado, “todos los jueces están habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la constitución”. Es una doctrina sentada a partir del pronunciamiento del Juez Inglés Edward Coke, en el caso “Bonham vs. Henry Atkins” (1610) y posteriormente consagrada por el juez norteamericano John Marshall con la sentencia del famoso caso “Marbury vs. Madison” (1803), cuya característica se concentra en que: 1) todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes cuando conocen y resuelven las controversias suscitadas ante ellos, en los casos sometidos a su competencia; y 2) la sentencia o resolución de inaplicabilidad de la disposición legal se efectivizan solamente *inter partes* y para el caso concreto.

- b) *El modelo europeo o concentrado (Kelseniano)*, surgido en Austria a partir de la Constitución Federal de 1920, en función de las paradigmáticas aportaciones del jurista Hans Kelsen, cuya labor de control se delega a un órgano especializado (sea Tribunal Constitucional, Corte Constitucional o Tribunal de Garantías Constitucionales) y que se caracteriza porque: 1) el procedimiento de control se inicia a través de una acción de inconstitucionalidad; 2) el sistema establece la legitimación a determinados órganos para recurrir a la acción directa o abstracta de inconstitucionalidad; 3) los efectos de la resolución —abrogatoria o derogatoria según el caso— son *erga omnes*; y 4) los efectos de las sentencias rigen hacia el futuro —*ex nunc*— y no tienen aplicación retroactiva, salvo en materia penal cuando beneficie al reo.

Pues bien, dada la tendencia relativizadora de la “aparente” bipolaridad entre los dos modelos de control señalados, se concibe la idea de una latente existencia de un control que supone la convergencia de los mismos, dada la ausencia de controles puros, motivo por el cual se asume que su estudio a nivel de diferenciación bipolarizada se justifica únicamente por razones metodológicas, con lo que surge la moción del modelo mixto de control de constitucionalidad.

Sobre el particular, el profesor español Fernández (2002) sostiene:

El proceso de progresiva e ininterrumpida convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, la quiebra frontal del modelo kelseniano de “legislador negativo”, con el subsiguiente rol creativo de los Tribunales Constitucionales y la enorme heterogeneidad y generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han desencadenado la obsolescencia de la clásica bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano”, haciendo necesaria la búsqueda de una nueva tipología que nos ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional. (Fernández Segado, 2002) (Vargas Lima, 2017, págs. 144,145)

Criterio consonante con la posición del maestro mexicano Fix-Zamudio, quien señala que:

Los dos modelos (el americano y el europeo), se aproximan paulatinamente, de manera recíproca y como ejemplo menciona a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada *certiorari*, introducida en el año de 1925, pero que se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de *stare decisis* (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio

moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones. (Fix-Zamudio, 2002) (Vargas Lima, 2017, pág. 144)

De igual modo, Mauro Capelleti señala que el control jurisdiccional de las leyes en su funcionamiento en el mundo contemporáneo revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo, es decir, en proceso de unificación definitiva. Afirma:

Está probado ya ampliamente que ciertos contrastes de fondo que en un tiempo se consideraron abismales, entre el *civil law* y el *common law*, han llegado a ser en realidad bastantes menos radicales; así también un atento análisis de la evolución de los dos grandes modelos de control de constitucionalidad demuestra una tendencia evolutiva netamente encaminada en el sentido de una atenuación progresiva, recíproca y convergente de la contraposición. En el sistema americano La *Supreme Court* presenta una configuración cada vez más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional. Por vía del *writ of certiorari*, la Suprema Corte se ha venido limitando progresivamente a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia que son, por lo general, cuestiones constitucionales. (Fernandez Segado, 2004, pág. 147)

3. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA

Existen divergentes posturas relativas al modelo de Control de constitucionalidad que rige en nuestro país en su mayoría tendentes a establecer que el mismo se reduce o identifica con el modelo de control concentrado, en consideración a que, al decir de los Arts. 196 y 202 de la Constitución Política del Estado, es el Tribunal Constitucional (ahora Plurinacional) quien asumiría dicha labor en el marco de su rol de intérprete y máximo guardián de la Constitución.

Verbigracia, para el ilustre profesor Rivera Santiváñez:

Bolivia ha adoptado el “sistema jurisdiccional mixto” de control de constitucionalidad, es decir es un sistema en el que concurren los elementos del control difuso, así como del concentrado. En efecto, si bien en la reforma constitucional de 1994 se ha creado el Tribunal Constitucional como organismo especializado encargado del control de constitucionalidad, empero el artículo 228 de la Constitución, que no fue modificada por la reforma constitucional, mantiene el sistema de control difuso cuando dispone “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”, lo que implica que todos los jueces y tribunales judiciales del país, al resolver un proceso judicial que llega a su conocimiento en el que se presenta una colisión de una ley con la Constitución, tienen la obligación de aplicar esta última, es decir, de inaplicar la ley que contradice a la Constitución, lo que importa un control de constitucionalidad y se encuadra en el sistema norteamericano del “judicial review” o revisión judicial. Dada la característica del

sistema de control jurisdiccional mixto adoptado en Bolivia, los jueces y tribunales judiciales ordinarios tienen tareas concretas referidas al control de constitucionalidad que les encomienda la Constitución. (Rivera Santiváñez, 1999, págs. 208, 209)

Desde luego el autor, fundamenta su posición en los alcances del artículo 228 de la Constitución Política del Estado abrogada, cuyo texto no difiere del actual, que lo encontramos consignado por el artículo 410 parágrafo I de la actual Constitución en vigencia (desde 2009):

I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. (Servicio Estatal de Autonomías)

Asimismo, el destacado profesor Boris W. Arias López, a tiempo de reconocer la naturaleza suprema de la Constitución a momento de referirse a ella como norma de producción jurídica “superior” que condiciona a la norma producida “inferior”, enfatiza en la insuficiencia de reconocer teóricamente dicha supremacía, si esta, no cuenta con un control de constitucionalidad, entendiéndolo a la misma como un conjunto de mecanismos esencialmente jurídicos para hacer real y efectiva la supremacía constitucional, de ahí que —refiere— “el control de constitucionalidad no sea otra cosa que una consecuencia de la supremacía constitucional” (Arias López, 2014, pp. 3-15).

Con ello, luego de que el autor hace una caracterización de ambos modelos tradicionales de control de constitucionalidad y sostener que la facultad de promover de oficio incidentes de inconstitucionalidad, implica necesariamente un juicio previo de constitucionalidad con lo que denota que la diferenciación entre el modelo concentrado y difuso es más teórico que material por lo que discrepando parcialmente con alguna línea adoptada por la jurisprudencia, considera que en ciertas circunstancias “es posible que todo juez pueda inaplicar con efecto *inter partes* una ley inconstitucional” (Arias López, 2014, p. 11).

Ello, dice,

Porque si bien la Constitución Política del Estado en su art. 196.I, establece que el Tribunal Constitucional Plurinacional “...vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales” y a través de su art. 202.I, le otorga la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad contra leyes; empero, la norma constitucional tampoco establece el monopolio del Tribunal Constitucional Plurinacional en la garantía de la Constitución y la protección de los derechos ni prohíbe a los jueces la aplicación directa de la Constitución sobre las normas inferiores cuando no exista posibilidad de remitir un caso al referido órgano de control de constitucionalidad y más bien en mi criterio lo dispone. (Arias López, 2014, p. 13)

Conclusión a la que arriba teniendo presente el reconocimiento del principio de jerarquía normativa positivado por el artículo 410.II de la Constitución Política del Estado y la imperatividad relativa al deber de las bolivianas y los bolivianos de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, consagrado por el artículo 108.1 de dicha Constitución. A ello agrega que todo juez al asumir el cargo presta juramento de cumplir la Constitución y luego las leyes, con lo que no se debe entender —a su criterio— que la Constitución solamente obliga al Tribunal Constitucional Plurinacional velar por la supremacía constitucional.

Finalmente, el meritorio autor señala:

La convergencia del modelo concentrado y difuso de control de constitucionalidad tiene como propósito el de generar un modelo “integral” de control de constitucionalidad de forma que no interese tanto el procedimiento y la autoridad que realice dicho control sino que el mismo no deje de realizarse en este sentido es plenamente razonable que cuando un juez no puede promover la Acción de Inconstitucionalidad Concreta y tampoco puede dejar de resolver una causa debe en atención al principio de primacía de la Constitución aplicar ésta por sobre una ley. (Arias López, 2014, pp. 3-15)

De su parte, el Profesor Vargas Lima, en contraposición a la tesis sostenida por el Profesor Rivera Santivañez, luego de realizar un interesante desarrollo del tema que nos ocupa, sostiene:

Ningún juez, tribunal u órgano administrativo está autorizado para inaplicar norma jurídica alguna, dado que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma del ordenamiento a ser aplicada al caso concreto que ha de resolver, debe promover inmediatamente el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, y éste entendimiento interpretativo concuerda plenamente con lo establecido por el artículo 5 de la misma Ley del TCP, cuando establece que se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad”. Continúa, “Como se puede ver, la norma de desarrollo constitucional reconoce que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su calidad de máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, es el único órgano autorizado para inaplicar normas o dejar sin efecto los actos de los órganos del Estado cuando éstos se hallaren en abierta contradicción con los principios y valores constitucionales, todo lo cual es plenamente incompatible con un sistema de control “difuso”; razón por la cual, si bien es respetable la posición del profesor Rivera Santivañez, no es posible compartirla plenamente”. (Vargas Lima, 2017, págs. 171,172)

A esa conclusión arriba, luego de enfatizar en los alcances del artículo 73 numeral 2 del Código Procesal Constitucional, al momento de remitirse al Auto Constitucional N° 0062/2012-CA, remitiéndose a la posición adoptada en la X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional: “Normatividad y Supremacía Jurídica de la Constitución” (Santo Domingo, 12-15 de marzo de 2014 (Tribunal Constitucional de España, 2014) (Vargas Lima, 2017, pág. 171)

y coincidir con los criterios expresados otrora por los connotados juristas Dr. Willman R. Durán Ribera (Duran Ribera, 2003) (Vargas Lima, 2017, pág. 172) y el ex Magistrado del Tribunal Constitucional Baldivieso. (Baldiviezo Guzman, 2000) (Vargas Lima, 2017, pág. 172).

En similar sentido, el Dr. Asbun Rojas sostiene:

En el caso boliviano, se instituyó un Tribunal Constitucional (Ahora Plurinacional), al cual se le atribuyó la potestad para proteger la Constitución, y cuyos pronunciamientos tienen calidad de cosa juzgada (...) Esto no constituye un obstáculo para que jueces y Tribunales Departamentales conozcan las Acciones de Defensa como la Acción de Amparo, Acción de Libertad y otras; e incluso, de que sus resoluciones deban ser cumplidas inmediatamente (artículo 40.I del Código Procesal Constitucional) o que inicialmente resuelva conflictos de competencia (artículo 102 del Código Procesal Constitucional) o que dependa de ellos promover o no la acción de inconstitucionalidad concreta (Art. 80.II del Código Procesal Constitucional). Pero, a partir de allí, no puede afirmarse de manera alguna que el modelo boliviano sea mixto y tampoco que sea difuso, porque en este caso los pronunciamientos de jueces y tribunales departamentales no causan estado, solamente tienden a proteger de forma pronta a los ciudadanos. (Asbun Rojas, 2014)

4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LUCES Y SOMBRAS

No sin antes hacer referencia a la categórica relevancia que ostentan los pronunciamientos jurisprudenciales emanados del Tribunal Constitucional (Ahora Plurinacional) en razón a la vinculatoriedad y obligatoriedad que suponen los mismos (Art. 15 del Código Procesal Constitucional) y la naturaleza de fuente directa de producción del derecho que en la doctrina contemporánea se le atribuye, haré cita expresa de algunos precedentes cuyos contenidos reflejan el considerable grado de contrasentido o en su caso de imprecisión sobre el modelo de control de constitucionalidad, en definitiva, adoptado por nuestro país; extremo sobre el cual considero de vital importancia la existencia de un criterio emergente del máximo guardián de la Constitución a los fines de reafirmar el respeto al derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica. Veamos:

SCP. 0778/2014, 21 de abril

...C.4 El control tutelar de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia.- Ya las Sentencias Constitucionales Plurinacional 1227/2012 y 2143/2012, entre otras, **establecieron que el Estado Plurinacional de Bolivia, adoptó a partir de la reforma constitucional de 2009, un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad.**

En efecto, de manera detallada, la SCP 2143/2012 de 8 de noviembre, para establecer el sistema de control de constitucionalidad imperante, desarrolló, las características tanto del sistema de control político

de constitucionalidad como del sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad.

El citado entendimiento, señaló que a partir de la reforma constitucional de 1994, Bolivia adoptó **un sistema preminentemente concentrado** de control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional, el cual, ejerció roles preventivos y reparadores de control de constitucionalidad, cuyo ejercicio fue desarrollado orgánica y competencialmente por la Ley 1836 de 1 de abril de 1998, denominada Ley del Tribunal Constitucional.

La Sentencia Constitucional Plurinacional antes aludida, precisó también que luego de **la reforma constitucional de 2009, el Estado Plurinacional de Bolivia, adopta un sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad**, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad a partir de la posesión de sus Magistradas y Magistrados con composición plural y electos por sufragio popular.

En el marco de lo señalado, se establece que el control plural de constitucionalidad, cuya máxima instancia está encomendada al Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce todos los roles jurisprudenciales disciplinados en la parte orgánica de la Constitución, de manera específica en el **art. 202.1 de la CPE, concordante con el art. 196.I de la Norma Suprema, por tanto, al existir una instancia imparcial, independiente y especializada en justicia plural constitucionalidad, se colige que en el Estado Plurinacional de Bolivia, impera un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad**, instancia a la cual la función constituyente encomendó tanto el cuidado del bloque de constitucionalidad como el resguardo a los derechos fundamentales, en su faceta de derechos individuales o derechos con incidencia colectiva. (El subrayado es añadido).

SCP 1001/2016-S2, 7 de octubre

III.2. Supremacía constitucional y control de constitucionalidad

En un Estado Constitucional de Derecho, existe un orden jurídico-constitucional preestablecido fundador y limitante en cuanto al accionar del propio Estado como tal, sometiendo a sus preceptos de rango supremo tanto a gobernantes como a gobernados, orden que se caracteriza por ser justo y por contemplar mecanismos eficientes para garantizar el respeto a derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Por mandato del art. 410 de la CPE, “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”, esto es que, la Constitución Política del Estado, es la “norma-normarum” del ordenamiento jurídico, la ley de leyes, la ley fundamental en base a la cual se van a desarrollar las leyes especiales y específicas, contemplando principios, valores y garantías que ésta dispone para alcanzar el goce y protección de los derechos que en su texto

reconoce a favor de los gobernados y para el cumplimiento de los deberes que impone a los gobernantes; en consecuencia, todo el orden jurídico y político del Estado debe encontrarse congruente y compatiblemente proyectado con referencia al contenido del texto constitucional, ya que de no existir esta relación entre las leyes y la Constitución, se produciría ineludiblemente una fractura anti constitucional.

...En ese orden de cosas, es preciso señalar que si bien la reforma constitucional de 1994, determinó la creación de un órgano específico que ejerza el control de Constitucionalidad en Bolivia, a saber, el Tribunal Constitucional, cabe resaltar sin embargo que, en nuestro país, esta tarea tendiente al saneamiento objetivo del ordenamiento jurídico nacional, no sólo se encuentra en manos del Tribunal Constitucional, sino que, Bolivia, ha adoptado para el cumplimiento de tan delicada tarea el sistema mixto de control de constitucionalidad, esto es que, tanto jueces y tribunales ordinarios como el propio Tribunal Constitucional, se encuentran en la ineludible exigencia de observar los preceptos constitucionales y verificar su cumplimiento; es decir que, tanto jueces y tribunales como autoridades administrativa, tienen la obligación de aplicar la constitución en los procesos que llegan a su conocimiento, debiendo observar en su accionar que la disposición legal aplicable al caso concreto no sea contraria a la normativa constitucional, de manera tal que, derechos, garantías y principios, sean estos constitucionales o de aplicación del derecho, no se vean afectados en detrimento de los actores procesales y sus derechos. (El subrayado es añadido).

SCP. 0479/2018-S3, 26 de septiembre

III.2. La Constitución Política del Estado, es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de aplicación preferente frente a cualquier otra disposición normativa

...El art. 196 de la CPE reconoce al Tribunal Constitucional Plurinacional, como la entidad encargada de velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad, y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y las garantías constitucionales; lo que nos da a entender que Bolivia adoptó un control concentrado de constitucionalidad; **sin embargo, remitiéndonos al mandato del art. 410.II de la Ley Fundamental, tenemos que la Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico** y por tanto goza de primacía en su aplicación frente a cualquier disposición normativa de rango inferior, la que no se encuentra encomendada solo al Tribunal Constitucional Plurinacional, sino a toda autoridad judicial o administrativa, lo que nos demuestra que nuestro Estado **adoptó también un control difuso de constitucionalidad**; coligiéndose de ello que Bolivia asumió un **control mixto de constitucionalidad** (concentrado y difuso). Así el control concentrado lo realizará el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante las acciones de defensa y los procesos constitucionales regulados en el Código Procesal Constitucional; y el control difuso lo

realizarán todas las autoridades judiciales y administrativas a tiempo de ejercer sus funciones, contrastando antes de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, si las normas infraconstitucionales son compatibles con la Norma Suprema, y en caso de no ser así, tienen el deber de aplicar la Constitución e inaplicar las normas de menor rango, pero no con efectos derogatorios ni abrogatorios; toda vez que, estas autoridades no declararán la constitucionalidad ni la inconstitucionalidad de la norma legal, sino solo la inaplicarán al caso concreto, luego de realizar una adecuada y suficiente fundamentación y motivación que sustente su decisión, con la finalidad de que el justiciable perciba que no se encuentra ante una resolución arbitraria.

También se remite a la SCP. 1136/2017-S1.

SCP. 1451/2015-S2, 23 de diciembre

III.3. Modulación de la SCP 0310/2015-S1 de 27 de marzo.

En ese orden, corresponde analizar si la falta de provisión de recaudos para la remisión del expediente desde el tribunal de alzada al de casación, debe ser sancionada con la caducidad y consiguiente ejecutoria del Auto de Vista impugnado.

De la previsión antes expresada y los razonamientos que generaron la línea jurisprudencial contenida en la SCP 0310/2015-S1, que hasta la fecha este tribunal viene aplicando, las cuales no armonizan con la realidad normativa vigente desde la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado, por lo que se hace necesaria la modulación sobre el tema de provisión de recaudos en materia laboral.

En consecuencia, lo descrito por el art. 212 del CPT señala que: **“Cuando el recurrente no provea el porte para la remisión del expediente, al Tribunal Supremo en el término de 10 días desde su notificación con el auto que la concede, se declarará desierto el recurso y ejecutoriado el auto de vista.”**

Disposición legal, que merece sea analizada desde y conforme a la Constitución, aplicando criterio de **interpretación sistemática, y no únicamente la literal**, bajo ese contexto se entiende, que el Estado tiene el deber de garantizar la aplicación de una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, sin ningún tipo de dilación por parte los administradores de justicia en la aplicación de los derechos y garantías reconocidos a las personas por la Norma Suprema, constituyendo una garantía constitucional que se encuentra prevista en su art 115.II de la CPE; asimismo, el referido cuerpo legal en su art. 181.I, refiere que la jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales como la gratuidad y celeridad, entre otros.

Modulación: Si bien la norma aludida precedentemente, otorga la facultad a las autoridades jurisdiccionales de exigir lo referido; en base a lo precedentemente fundamentado, y en resguardo del principio

de protección al trabajador, consagrado por el art. 48.II de la CPE, es pertinente modular la SCP 0310/2015-S1 de 27 de marzo; en el sentido siguiente:

En aplicación de los arts. 48.II, 178.I y 180.I de la CPE e interpretación desde la Constitución del art. 212 del CPT, la falta de provisión de recaudos para la remisión del expediente al Tribunal Supremo de Justicia, ante la interposición del recurso de casación por parte del trabajador, no implica deserción, ni corresponde la ejecutoria, debiendo en todo caso el Órgano Judicial proceder a la remisión del expediente, para lo cual debe correr con las previsiones necesaria". (Las negrillas son añadidas).

Como podrá apreciarse la SCP. 0778/2014, de 21 de abril refiere a la existencia de un modelo de control plural y concentrado de control de constitucionalidad tomando como base los artículos 109.I y 202.1 de la Constitución Política del Estado, mientras que, de otro lado y, en discordancia con lo anterior la SCP 1001/2016-S2, de 7 de octubre se decanta por la existencia de un modelo de control mixto de constitucionalidad cuya base es el artículo 410 de la Constitución, siendo aún más categórica la SCP 0479/2018-S3, de 26 de septiembre, cuando invocando dicho precepto constitucional refiere que "nuestro Estado adoptó también un control difuso de constitucionalidad; coligiéndose de ello que Bolivia asumió un control mixto de constitucionalidad (concentrado y difuso)".

4. PROPUESTA DE ENTENDIMIENTO SOBRE EL MODELO DE CONTROL: FUNDAMENTOS

Entonces y, a partir de las divergencias evidenciadas en la revisión jurisprudencial interna, tenemos que, la justificación del presente trabajo académico estriba inicialmente en la necesidad de reconocer la presencia de contrasentido que desemboca en necesaria incertidumbre emergente de las mismas, en la delicada e importante labor que le asiste al Tribunal Constitucional Plurinacional como contralor de la supremacía constitucional y, consecuentemente proponer criterios interpretativos que sustenten la posibilidad de asumir, en definitiva, que el modelo de control de constitucionalidad imperante en Bolivia, es el modelo de control de constitucionalidad mixto pero únicamente en su vertiente de tutelar, dado que, por razones de orden jurídico, social y/o políticas, inclusive, la vertiente normativa (la competencial ni que se diga) debe ser tenida bajo el esquema de un control concentrado de constitucionalidad, con lo que transpolando análogamente la idea de "integralidad" propuesta por el maestro Boris W. Arias López con relación a los tradicionales modelos (concentrado-difuso), asumo la necesidad de concebir en definitiva la idea de co-existencia de ambos modelos bajo los cánones normativos de control inter e *intra*órganos, respectivamente, que justifican la existencia de un control mixto y a su vez la existencia de éste último en sede de control tutelar, únicamente.

Con ello, a mi juicio, el control jurisdiccional normativo de constitucionalidad como competencia exclusiva del Tribunal Constitucional Plurinacional, encuentra sólido sustento en:

1. El principio democrático que se encuentra consagrado por el artículo 1 de la Constitución Política del Estado en virtud del cual la soberanía residida en el pueblo (art. 7 CPE) y delegada a los órganos del poder público encuentra límites competenciales regulados por la misma Constitución, de manera que la organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de dichos órganos de poder (art. 12-I CPE).
2. La interpretación sistemática de los artículos 196-I y 202-1 de la Constitución Política del Estado con los artículos 1, 7 y 12-I de dicha Constitución y con los artículos 5 y 12-1-2 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley 027 de 6 de julio de 2010) (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2020).
3. La existencia tasada de los procedimientos especiales derivados de las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta reguladas por los artículos 72 al 84 del Código Procesal Constitucional (Ley 254 de 5 de julio de 2012).
4. La prudente y ajustada aplicación del control (concentrado en este caso) de constitucionalidad en estricta consideración del criterio de interpretación adecuada (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2020), en vista de la ausencia de factores trascendentales insoslayables en la administración de justicia (sean de orden ético o académico) y que en los tiempos actuales encuentra recurrente cuestionamiento frente a las expectativas del justiciable.

En tanto que, el control jurisdiccional tutelar de constitucionalidad en sede ordinaria (primigeniamente) se sustenta en:

1. La ausencia de invasión de competencias por parte del Órgano Judicial para con el Órgano Legislativo, en consideración a que ese esquema *intraorgánico* de control supone el respeto a la clásica independencia de poderes como componente esencial del orden democrático.
2. El generalizado sometimiento a la Constitución bajo el paraguas de los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa (Art. 410 CPE) cuyo acatamiento inexcusable a nivel de deber (nada menos) lo encontramos regulado por el artículo 108-1 de dicha Constitución, a lo que tanto gobernantes como gobernados nos encontramos impelidos a cumplir.
3. La existencia de niveles en función de los cuales el Juez de primera instancia (cual fuere la materia de su función) controla los actos y/o hechos del ciudadano, el Juez de segunda instancia (*ad-quem*) controla los actos jurisdiccionales del primero y el Juez de la instancia superior (v.gr. Tribunal Supremo) controla los actos del anterior, frente a la interposición recursos ordinarios. Controles vinculados a la observancia y/o adecuada interpretación-aplicación de la ley (procesal o sustantiva), a la adecuada valoración de la prueba y en suma al respeto de los derechos y garantías constitucionales, y ello va más allá de un reducido control de legalidad.
4. La aplicación directa de la Constitución (Art. 109-I CPE), frente a la presencia de lagunas, sean éstas de orden normativo, técnico, axiológico y/o institucional, inclusive. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2020)

5. CONCLUSIONES

En definitiva, la tesis relativa a la coexistencia de ambos modelos de control (concentrado-difuso), al margen del plural, en el esquema desarrollado supone la ruptura del tácito paradigma sobre la identificación de la categoría “control” con la de “máximo” o con la de “cosa juzgada”, dado que, como hemos apreciado no existe norma imperativa alguna que suponga el monopolio de tan importante tarea al Tribunal Constitucional Plurinacional, al menos en sede tutelar, de modo que al comprender que “máximo” difiere categóricamente de “único o exclusivo” conlleva a la razonable deducción de la importante función primigenia que ostentan los jueces ordinarios en el conocimiento, respeto y promoción de los derechos y garantías constitucionales y convencionales, inclusive.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(s.f.).

Arias López, B. (2014). *El Modelo de Control de Constitucionalidad en Bolivia, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. La Paz: Revista Iberoamericana.

Asbun Rojas, J. (2014). *¿Es posible un control difuso de constitucionalidad? (Gaceta Jurídica, 14/10/2014)*. La Paz: https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/apec/REVISTA_ESTUDIOS_2.pdf.

Baldiviezo Guzman, R. (2000). *Derecho Procesal Constitucional. Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia*. Santa Cruz de la Sierra - Bolivia: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n14/n14a05.pdf>.

Duran Ribera, W. (2003). *El sistema de Control de Constitucionalidad vigente en Bolivia, VI Seminario Internacional: Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Sucre, 26 y 27 de junio de 2003, Memoria N° 7*. Sucre: Tupac Katari.

Fernández Segado, F. (2002). *La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano-modelo europeo kelseniano” como criterio analítico de control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. Discurso de recepción como Académico Correspondiente en España*. Argentina: <https://shs.hal.science/halshs-00874669/file/XVEncuentro-p0634.pdf>.

Fernandez Segado, P. (2004). *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano (extracto del libro: La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. (R. T. Bolivia, Ed.) Madrid: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>.

Fix-Zamudio, H. (2002). *Introducción al Derecho Constitucional*. Mexico: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/hector_fix-zamudio_introduccion_al_derecho_procesal_constitucional.pdf.

Rivera Santivañez, J. (1999). *Control de Constitucionalidad en Bolivia*. Madrid: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/1346aib003205.pdf>.

Sagües, P. (2001). *Teoría de la Constitución* (1ra ed.). Buenos Aires: Astrea.

Servicio Estatal de Autonomías. *Constitución Política del Estado. Febrero de 2009*. www.sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf

Tribunal Constitucional. (2016). *SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0031/2016-S2*. Sucre: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/303-sentencia-constitucional-plurinacional-0031-2016-s2>.

Tribunal Constitucional de España. (2014). *NORMATIVIDAD Y SUPREMACÍA “X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional”*. Madrid: <https://www.cijc.org/es/publicaciones/Publicaciones/CIJC-X.pdf>.

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2020). *Resoluciones DCP 0001/2020*. Sucre: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/39299-sentencia-constitucional-plurinacional-0001-2020>.

Vargas Lima, A. (2017). *La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional*. (https://www.academia.edu/39854489/LIBRO_LA_JUSTICIA_CONSTITUCIONAL_EN_EL_ESTADO_PLURINACIONAL_Kipus_2017_.Ed.) La Paz: Kipus.

Artículo científico

La igualdad de oportunidades y la transversalización de políticas públicas enfocadas al desarrollo de emprendimientos productivos para personas con discapacidad en el marco del vivir bien

Equality of opportunities and the mainstreaming of public policies focused on the development of productive ventures for people with disabilities within the framework of living well

RODRIGO ALBERTO MILÁN QUISBERT

Asociación Boliviana de Filosofía del Derecho Ciudad

VISMAR ÁLEX SAAVEDRA PABLO

Asociación Boliviana de Filosofía del Derecho Ciudad

RESUMEN

El presente trabajo académico se enfoca en la relevancia de la temática de la discapacidad considerando los parámetros de la normativa en lo que respecta la responsabilidad y obligatoriedad del Estado con respecto al desarrollo integral del referido sector, considerando para dicha finalidad los criterios de igualdad de oportunidades, transversalización y políticas públicas, primeramente desde un enfoque genérico con respecto a los aspectos en los que se desarrolla la discapacidad para finalmente abordar en la parte de propuesta de manera específica la aplicación de dichos criterios en función de la implementación de emprendimientos productivos que permitan la equiparación de derechos en lo referido al aspecto económico- social.

Palabras clave: Discapacidad, Igualdad de oportunidades, transversalización y políticas públicas, Estado, Económico – Social, Emprendimientos Productivos, Planificación Estratégica.

ABSTRACT

The present academic work focuses on the relevance of the theme of disability considering the parameters of the regulations regarding the responsibility and obligation of the State with respect to the integral development of the aforementioned sector, considering for this purpose the criteria of equal opportunities, mainstreaming and public policies, first from a generic approach with respect to the aspects in which disability develops to finally address in the proposal part specifically the application of said criteria in the implementation of productive enterprises that allow the equalization of rights. in relation to the economic-social aspect.

Keywords: Disability, Equal opportunities, mainstreaming and public policies, State, Economic - Social, Productive Enterprises, Strategic Planning.

Revisado: 10/05/2023. Aceptado: 20/06/2023. Publicado: 14/03/2024.

Citado: Milán Quisbert, R. A. & Saavedra Pablo, V. Á. (2024). La igualdad de oportunidades y la transversalización de políticas públicas enfocadas al desarrollo de emprendimientos productivos para personas con discapacidad en el marco del vivir bien. *Juris Studia*, 1(1), pp. 87-95.

I. INTRODUCCIÓN

La temática de la discapacidad aborda distintos aspectos propios de la realidad entre los que se encuentran los sociales, económicos, culturales y políticos, por lo cual debiese ser pertinente analizar cada uno de ellos de manera independiente, sin embargo y considerando que los referidos aspectos manejan términos y criterios de comprensión en común como “la igualdad de oportunidades, la transversalización, y las políticas públicas”, nos remitiremos a realizar un análisis conjunto de los referidos términos de manera general con la finalidad de demostrar que a nivel de la normativa interna existen los preceptos jurídicos que determina y delimitan las responsabilidades y obligaciones del Estado con respecto al sector de la discapacidad.

Es necesario comprender también que el Estado tiene como finalidad el desarrollo de la sociedad en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Estado y que a raíz de dicho marco jurídico se constituyen las distintas normas internas que conciernen a los distintos sectores sociales que forman parte del país, es aquí donde se debe volver a re analizar la concepción de la discapacidad en fusión a los parámetros genéricos que se aplican a todos los aspectos donde se desarrolla la discapacidad para posteriormente hacer un énfasis diferenciado al enfoque del desarrollo de emprendimientos productivos para las personas con discapacidad en aplicación de los conceptos ya descritos precedentemente (igualdad de oportunidades, la transversalización, y las políticas públicas), la parte de la propuesta.

De esta manera, el planteamiento de una propuesta de transformación de la realidad permitirá la construcción de parámetros para el desarrollo integral de las personas con discapacidad a través de la incorporación de parámetros no normativos y de enfoque administrativo empresarial para una mejor aplicación y cumplimiento de la normativa referida a dicha población considerando que la norma como tal cumple su función reguladora permitiendo al Estado la implementación de mecanismo que pueden abarcar el pragmatismo como instrumento de consolidación estratégica de las propuestas relacionadas a emprendimientos productivos.

II. METODOLOGÍA

Se emplea el método analítico y crítico. En una primera etapa se maneja el análisis crítico de conceptos relacionados a: igualdad de oportunidades, transversalización, políticas públicas, discapacidad, emprendimientos productivos. En una segunda etapa se aplicará el análisis generado de las teorías planteadas por distintos autores y/o instituciones del Estado, para el planteamiento y desarrollo de una propuesta que permita establecer lineamientos y parámetros que permitan la implementación de políticas enfocadas al fortalecimiento de emprendimientos productivos para personas con discapacidad desde un enfoque de transversalización de enfoques en función al carácter de obligatoriedad del Estado en lo que respecta el desarrollo integral y la generación de oportunidades para dicho sector vulnerable en el marco del “vivir bien”.

Esta etapa al ser de carácter abstracto debe direccionarse en función a los parámetros establecidos por la teorización normativa y por autores con la finalidad

de generar una crítica constructiva y objetiva de la realidad en la que se desarrolla la temática de la discapacidad con relación al desarrollo económico y productivo del sector.

Posteriormente a partir del análisis se procederá a la discusión de la propuesta en función a criterios objetivos de permisibilidad establecidos a través del espectro normativo. Para finalizar con el planteamiento de resultados y conclusiones.

III. DESARROLLO

3.1. La discapacidad y la igualdad de oportunidades

Desde el enfoque de los derechos humanos establecidos a través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) se debe comprender a las personas con discapacidad como “aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo y que, al interactuar con diversas barreras, pueden ver impedida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (Defensoría del Pueblo, 2019), enfoque que refleja no solo una conceptualización de “persona con discapacidad”, sino la manifestación de la realidad que se genera a través de esta en los diferentes aspectos de la sociedad como ser el económico, político, social y cultural, siendo así que partir dicha comprensión se constituyó como imperante el establecimiento de parámetros normativos que permitan la construcción de una sociedad sin barreras bajo la consideración de que la discapacidad se manifiesta como un concepto que evoluciona en función al entorno en el que se desarrolla, hecho que ocasiona que a nivel de la normativa interna del Estado Plurinacional de Bolivia se incorpore a través de la Ley N° 223 no solo la definición de persona con discapacidad sino la definición misma de la discapacidad que se establece como “el resultado de la interacción de la persona, con deficiencias de función físicas, psíquicas, intelectuales y/o sensoriales a largo plazo o permanentes, con diversas barreras físicas, psicológicas, sociales, culturales y comunicacionales” (Ley 223, 2012), bajo el referido parámetro normativo se debe comprender que la incorporación de dicho precepto normativo se establece bajo un criterio de comprensión de que la discapacidad no es necesariamente la generadora de impedimentos para el adecuado desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad, sino las diversas barreras que se generan a debido a la carencia o inexistencia de mecanismos óptimos que permitan la equiparación de oportunidades para dicho sector vulnerable dentro de la misma sociedad, siendo necesario comprender también que se debe entender por el termino igualdad de oportunidades.

Por tanto, si bien existen diferentes enfoques que permiten comprender lo que debe entenderse por igualdad de oportunidades abordaremos lo establecido por José Francisco Caballero en su análisis de la Teoría de la Justicia de John Rawls a través de la cual genera una concepción que permite comprender que:

la igualdad de oportunidades no será sólo una igualdad formal. Esto significa que el orden social deberá ofrecer iguales oportunidades de enseñanza y cultura a personas similarmente capacitadas, también reforzará y subrayará la igualdad de oportunidades en las actividades económicas y en la libre elección de ocupación (Caballero, 2006)

A través de lo manifestado, el autor establece la base de un criterio de análisis que permite comprender la relevancia del orden social como generadora de condiciones positivas para las personas a través de la construcción de lineamientos adecuados que permitan la estructuración de mecanismos de generación de igualdad de oportunidades. Bajo esta consideración es necesario denotar que si bien la formalización de estos parámetros se consolida a través de la implementación normativa de un Estado la construcción de los criterios que permiten su correspondiente concatenación con los gobernados se establece a través de la identificación de los conceptos y la apropiación de los mismos como un elemento necesario para la convivencia y desarrollo social. Es así que al considerar el caso boliviano se puede denotar la incorporación de la concepción bajo un enfoque de derechos y obligaciones como se refleja en la formalización del parámetro de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad a través de la Ley N°223 “Ley General de Personas con Discapacidad” que establece que “Las personas con discapacidad tienen las mismas posibilidades de acceso al ejercicio de los derechos económicos, sociales, políticos, religiosos, culturales, deportivos, recreacionales y al medio ambiente, sin discriminación alguna” (LEY 223, 2012), sin embargo, es necesario que el Estado no solo establezca el parámetro normativo, sino más bien lo dirija en función a las verdaderas necesidades de la población a través de una planificación estratégica que permita mecanismos de vinculación de la sociedad a través de la participación activa de la ciudadanía boliviana en lo referido a la aplicación pragmática de la norma y no a la simple teorización de la misma.

Pero, ¿cómo debe efectivizarse la aplicación de la normativa referida a igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad? Considerando las definiciones plasmadas con relación a la discapacidad e igualdad de oportunidades a nivel normativo es necesario comprender que las mismas emergen de una necesidad y realidad latente, por lo cual es necesario plasmar lo establecido a nivel teórico y subjetivo por la norma a través del enfoque del pragmatismo político que se constituye en una “forma de actuar, conducirse o tomar decisiones según la cual el único criterio válido para juzgar la validez o verdad de cualquier acción es considerar sus efectos prácticos” (Bejarano, Paredes, Salto, Castillo & Vega, 2023). Bajo este entendido, si bien el Estado considera la discapacidad como parte inseparable de sus políticas, planes y programas y la instituye a nivel normativo es necesario que se efectivicen acciones concretas que permitan una verdadera “sujeción del Estado al Derecho” con base en parámetros del pragmatismo político de lo contrario la norma dejaría de ser considerada válida en la medida que esta deje de ser eficaz con respecto a su cumplimiento y aplicación.

3.2. Las políticas públicas y la transversalización de la discapacidad

Es necesario abordar lo que se debe comprender por política pública por lo cual nos referiremos a lo establecido a través de la siguiente definición que señala que una política pública es:

un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una

situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener. (Velasquez Gavilanes, 2009)

A partir de la definición del autor y en consideración del caso boliviano con respecto a la discapacidad podemos corroborar que el enfoque del Estado se enmarca en parámetros de responsabilidad establecidos por el Constitución Política del Estado que determina a través del parágrafo II de su artículo 71 que “El Estado adoptará medidas de acción positiva para promover la efectiva integración de las personas con discapacidad en el ámbito productivo, económico, político, social y cultural, sin discriminación alguna” (Constitución Política del Estado, 2009), precepto normativo que constituye la base de las garantías sobre los cuales se fundan el resto de normativa específica concerniente al ámbito de la discapacidad permitiéndose de esta manera la concretización de políticas públicas a través de lo preceptuado por la Ley N° 223 que señala en el numeral 5 de su artículo 2 que el Estado tiene como fines “Promover políticas públicas en los ámbitos de salud, educación, deporte, recreación, empleo, desarrollo económico, cultural, político y social a favor de las personas con discapacidad” (Ley 223, 2012). Bajo este contexto, en función al desarrollo de la temática específica, es necesario enfatizar que la norma interna establece la estructuración de políticas nacionales enfocadas entre otras al desarrollo y promoción de las personas con discapacidad en lo referido al ámbito laboral y al desarrollo económico, siendo en este punto donde se debe abordar el enfoque de la transversalización como una estrategia que permita la equiparación de derechos y el desarrollo de potencialidades de las personas con discapacidad.

Al abordar lo referido por la transversalización es necesario que comprendamos el termino desde la perspectiva de la discapacidad y no así desde otro enfoque por lo cual se considera como adecuado a la temática la conceptualización generada por el Concejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades del Gobierno Nacional del Ecuador que establece que

la transversalización es una “estrategia” que supone la difusión y promoción de las políticas de igualdad en discapacidades a nivel tanto público como privado, así como del buen trato y la atención con calidad y calidez a las Personas con Discapacidad, para lograr un avance progresivo en la sensibilización y concienciación ciudadana para erradicar la inequidad y la discriminación por motivos de discapacidad. (Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, 2023)

A partir de lo establecido precedentemente y considerando ahora que la transversalización se constituye como una estrategia para el desarrollo progresivo se puede conceptualizar de manera más objetiva como se debe aplicar lo señalado por el Artículo 43 de la Ley N° 223 que establece en su precepto que “El Estado Plurinacional en todos sus niveles deberá transversalizar la temática de discapacidad, en su régimen normativo, planes, programas y proyectos de acuerdo a su competencia” (Ley 223, 2012), bajo un criterio de análisis es claro manifestar que la razón fundamentada de incorporar la transversalidad en la Ley General de Personas con Discapacidad se realiza con la finalidad de poder considerar la aplicación de la realidad de la discapacidad antes, durante y después de la estructuración de todo plan, programa, proyecto con el fin de lograr de esta manera la construcción de un Estado fundado en la equiparación de derechos y oportunidades conforme lo consagrado en los fines y funciones esenciales del Estado a través de la norma constitucional.

Pero, ¿cómo debe Estado transversalizar las políticas públicas con respecto a la temática de la discapacidad? Al realizar el análisis de los conceptos y del parámetro normativo nacional es necesario comprender que se establece un criterio de obligatoriedad para el Estado en todos sus niveles de gobierno con respecto a la población con discapacidad extremo que reafirma conforme lo preceptuado por el parágrafo I del Artículo 9 de la Ley N° 223 que determina de manera expresa que “El Estado Plurinacional de Bolivia adoptará e implementará políticas públicas destinadas a la protección y el desarrollo integral de la persona con discapacidad, de su familia y/o tutores” (Ley 223, 2012). Es en este punto que se debe enfatizar que es el Estado el que asume la responsabilidad de incorporar medidas adecuadas que permitan el desarrollo óptimo de las potencialidades de las personas con discapacidad desde un enfoque integral que refiere a la contemplación de la discapacidad como parte de toda estrategia a través de la vinculación y la coordinación intersectorial del Estado en procura del establecimiento de acciones coherentes que generen una verdadera equiparación de derechos en aplicación de un criterio de transversalización mediante la estructuración de acciones pragmáticas para la consolidación de las estrategia de políticas públicas a nivel nacional.

IV. PROPUESTA

4.1. El desarrollo de emprendimientos productivos para personas con discapacidad en el marco del vivir bien

Al abordar la temática de la discapacidad es necesario considerar que el enfoque debe direccionarse en base a lo establecido por los parámetros del equilibrio y la armonía en la existencia o “suma qamaña” (vivir bien), siendo indispensable a partir de ello que consideramos como aspecto relevante lo entendido por equiparación de oportunidades desde el enfoque del desarrollo de emprendimientos productivos que se constituyen como “Una iniciativa de un individuo que asume un riesgo económico o que invierte recursos con el objetivo de aprovechar una oportunidad que brinda el mercado” (FAUTAPO, Fundación Educación para el Desarrollo). Bajo este contexto, es indispensable considerar que en el caso de la discapacidad el Estado debe implementar reformas que permitan mejores parámetros de desarrollo y equiparación de oportunidades a través de la implementación de mecanismos de análisis previos a la financiación de un proyecto productivo.

Al considerar que el Estado a través de los parámetros normativos ya asume responsabilidades con el sector de discapacidad lo que se debe establecer es una reforma que permita no solo la inversión a través de planes, proyectos y programas nacionales que se encargan del financiamiento específico de ciertos programas productivos sino al fortalecimiento del asesoramiento al momento de identificar potenciales propuestas de proyectos encaminando de esta manera el estudio de mercado, el establecimiento de la propuesta de valor y la formación técnico profesional de las personas con discapacidad o de sus tutores responsables, si bien la consideración de la propuesta parece apartarse sustancialmente del ámbito normativo es necesario enfatizar que la norma ya determina el marco de acción del Estado señalando a través de su regulación las obligaciones que este tiene con el sector de la discapacidad. Sin embargo, el ¿por qué?, el ¿cómo? y el ¿qué? Son parámetros propios de la administración gerencial y estratégica en todo proyecto empresarial y/o productivo, es en este punto de inflexión donde se debe realizar

una aplicación pragmática de las acciones y la transversalización de la temática de la discapacidad permitiendo el cumplimiento de la norma a través de un enfoque que plantea una alternativa de aplicación de lo ya preceptuado por el instrumento normativo sin que se atente contra la esencia reguladora del derecho.

Pero, ¿cómo se aplicaría una estrategia empresarial a partir de la concepción normativa estatal? Al momento de comprender que el Estado a raíz de lo determinado por la normativa asume un criterio de responsabilidad y obligatoriedad con el sector de la discapacidad conforme lo determinado por la Constitución Política del Estado y la Ley N° 223, lo que se plantea no es la transgresión normativa sino la aplicación de enfoques propios de la Administración Empresarial que permita generar acciones efectivas para el desarrollo de emprendimientos productivos como ser el asesoramiento especializado de las personas con discapacidad en lo referido a *inversión, análisis de mercado, posicionamiento de un producto dotado de una propuesta de valor y la aplicación de estrategias de sostenibilidad y rentabilidad*, adicional al enfoque de inversión en equipamiento y capacitación que ya promueve el Estado a través de instancias como el Fondo Nacional de Solidaridad y Equidad dependiente de Ministerio de la Presidencia.

De esta manera, la consideración de una planificación estratégica como

el proceso de relacionar las metas de una organización, determinar las políticas y programas necesarios para alcanzar objetivos específicos encaminados hacia esas metas y establecer los métodos necesarios para asegurar que las políticas y los programas sea ejecutados, o sea, es un proceso formulado de planeación a largo plazo que se utiliza para definir y alcanzar metas organizacionales. (Mintzberg & Waters, 1985)

Es indispensable para lograr los objetivos del Estado en función a la promoción de medidas eficaces en lo referido al desarrollo social y económico del sector de la discapacidad como también se establece a nivel de los acuerdos en materia internacional suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia como ser el caso del Programa de Acción Mundial para la Persona con Discapacidad.

V. RESULTADOS

Al considerar una evaluación crítica de la temática de la discapacidad en lo referido la aplicación de conceptos como igualdad de oportunidades, transversalización y políticas públicas en el marco de la generación de emprendimientos productivos se instituye una visión más amplia y clara de cómo se debe enfocar el cumplimiento de las responsabilidades y deberes del Estado con respecto a la equiparación de oportunidades económico sociales de las personas con discapacidad lográndose determinar conforma autores y normativa del Estado, los siguientes resultados:

1. El Estado debe considera la discapacidad como parte inseparable de sus políticas, planes y programas a través de acciones concretas que permitan una verdadera “sujeción del Estado al Derecho” con base en parámetros del pragmatismo político como instrumento que efectivice el cumplimiento y la aplicación expresa de la norma.
2. La transversalización es indispensable para lograr la incorporación de medidas adecuadas que permitan el desarrollo óptimo de las potencialidades de las personas con discapacidad desde un enfoque integral.

3. La generación de emprendimientos productivos para las personas con discapacidad debe enmarcarse en función a los parámetros normativos legales y vigentes, pero su implementación debe estar enfocada también a través de criterios propios de la planificación estratégica y la aplicación pragmática de los estamentos reguladores.

VI.I. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Sobre la base de los resultados y la revisión de la documentación y del objetivo planteado:

- Se estableció la importancia de la incorporación de la temática de la discapacidad en todos los niveles del Estado.
- Se identificó la existencia de parámetros necesarios para la aplicación de la propuesta a través del análisis y comprensión de conceptos y teorías establecidas por distintos autores y normativa del Estado en lo referido al desarrollo de emprendimientos productivos para personas con discapacidad.
- Se observa que existen coincidencias criterios de permisibilidad a nivel normativo que deben ser profundizados al momento de establecer propuestas de acción para el cumplimiento de las responsabilidades y deberes del Estado con respecto a la población con discapacidad.

VI. REFLEXIONES FINALES

En toda investigación se debe garantizar que el análisis realizado se desarrolló considerando los distintos enfoques y criterios de comprensión, bajo esta consideración y en función a lo señalado en el presente artículo los autores establecen parámetros que deben ser aplicados a la realidad del Estado con respecto a la discapacidad en tal sentido la aplicación de un enfoque transversal a través de la gestión estratégica permitirá el desarrollo de mejores propuestas dirigidas al desarrollo de emprendimientos productivos para personas con discapacidad considerando como principal finalidad la transformación positiva de la realidad a través del fomento de actividades económico-productivas del sector.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bejarano, J., Paredes, N., Salto, A. D., Castillo, E. & Vega, D. (2023). El Pragmatismo. Filósofos contemporáneos. Obtenido de <https://www.calameo.com/books/>

Caballero, J. F. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. Ibero Forum.

Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades. (2023). Transversalización. Obtenido de: <https://www.consejodiscapacidades.gob.ec/transversalizacion-de-politicas-publicas-en-discapacidades/>

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

Defensoría del Pueblo. (2019). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 18. (D. d. Pueblo, Ed.)

Elda, M. (2016). Competitividad y estrategia: Conceptos, fundamentos y relaciones. Revista del Departamento de Ciencias Sociales.

Ley 223. (2 de marzo de 2012). Gaceta Oficial de Bolivia.

Mintzberg, H., & Waters, J. (1985). Of Strategies, Deliberate and Emergent. Strategic Management Journal

Artículo científico

Desafíos y oportunidades para garantizar los derechos humanos en un mundo cada vez más interconectado y diverso

Challenges and opportunities to guarantee human rights in an increasingly interconnected and diverse world

ÓSCAR RANULFO AYALA ARAGÓN

Universidad Autónoma Tomás Frías (Potosí, Bolivia)

<https://orcid.org/0000-0003-4573-107X>

RESUMEN

El presente trabajo de investigación ha planteado como objetivo el identificar los principales desafíos y oportunidades para la protección de los derechos humanos en el marco del constitucionalismo global y el contexto de interconexión y diversidad contemporáneo. Para el abordaje metodológico se ha utilizado el enfoque socio-jurídico apoyado con el análisis documental de normativa legal internacional y temática inherente; realizándose, también, el análisis comparativo y la utilización de algunos estudios de caso, para la fundamentación del análisis. Existen varias dificultades para la protección de estos derechos, como la falta de implementación efectiva de tratados nacionales e internacionales en materia de derechos humanos o el abuso de poder global de corporaciones multinacionales. A partir de ello se plantean algunos desafíos y oportunidades estratégicos de fortalecimiento democrático como respuesta a la problemática señalada, tales como el fortalecimiento del marco legal internacional, la profundización de la educación y sensibilización, la mayor participación ciudadana o el uso y acceso libre de tecnología para protección.

Palabras clave: Constitucionalismo Global, Derechos Humanos, Globalización.

ABSTRACT

The objective of this research work is to identify the main challenges and opportunities for the protection of human rights within the framework of global constitutionalism and the context of contemporary interconnection and diversity. For the methodological approach, the socio-legal approach supported by documentary analysis of international legal regulations and inherent themes has been used; Also carrying out a comparative analysis and the use of some case studies to substantiate the analysis. There are several difficulties for the protection of these rights, such as the lack of effective implementation of national and international treaties on human rights or the abuse of global power by multinational corporations. From this, some strategic challenges and opportunities for democratic strengthening are raised in response to the aforementioned problems, such as the strengthening of the international legal framework, the deepening of education and awareness, greater citizen participation or the use and free access of technology for protection.

Keywords: Global Constitutionalism, Human Rights, Globalization.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Ayala Aragón, O. R. (2024). Desafíos y oportunidades para garantizar los derechos humanos en un mundo cada vez más interconectado y diverso. *Juris Studia*, 1(1), pp. 96-108.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos humanos es una temática de suma relevancia en el marco del constitucionalismo global. Los derechos humanos son principios fundamentales que deben ser respetados por los Estados y por todas las instituciones que forman parte de la comunidad internacional. En este sentido, el respeto y la promoción de los derechos humanos constituyen una obligación de los Estados y una condición esencial para la construcción de sociedades justas y democráticas.

Para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos, la comunidad internacional ha desarrollado diversas iniciativas a nivel internacional. Entre ellas se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que estableció un marco universal para la protección de los derechos humanos. Además, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establecieron en 1966 para fortalecer y ampliar la protección de los derechos humanos a nivel internacional. Las Convenciones sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, se originaron en 1965 y 1979, respectivamente, para abordar la discriminación y la desigualdad. Asimismo, la Convención contra la Tortura y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares emergieron para proteger a los grupos más vulnerables. Las Convenciones sobre los Derechos del Niño y de las Personas con Discapacidad surgieron para proteger a los niños y a las personas con discapacidad. Por último, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, surge de la necesidad de prevenir y combatir la práctica de la desaparición forzada (Naciones Unidas, 2006). Estos tratados, entre muchos otros, fueron creados para establecer un marco universal para la protección y promoción de los derechos humanos y para abordar la discriminación, la vulnerabilidad y la injusticia en todas sus formas.

A pesar de la existencia de un amplio marco jurídico y normativo destinado a proteger los derechos humanos, la violación de estos derechos sigue siendo uno de los mayores desafíos y preocupaciones que enfrenta la humanidad en la actualidad global (Ugarte, 2015).

Es en este sentido que el presente artículo de investigación plantea como objetivo: *Analizar la problemática e identificar los principales desafíos y oportunidades para la protección de los derechos humanos en el marco del constitucionalismo global y el contexto de interconexión y diversidad contemporáneo.*

Para ello, se ha utilizado el enfoque investigativo socio jurídico; es decir, a partir de la interacción entre el sistema jurídico y la sociedad, se ha analizado los procesos sociales, culturales y políticos que influyen en la aplicación de la normativa internacional y la protección de los derechos humanos. Todo ello apoyado con el estudio de casos pertinentes que respaldaron y complementaron el estudio de los aspectos inherentes a la problemática analizada.

2. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA

2.1. Ausencia de implementación efectiva de tratados internacionales sobre derechos humanos

La protección efectiva de los derechos humanos es uno de los mayores retos que enfrenta la comunidad internacional. A pesar de que existen tratados internacionales y nacionales que reconocen y protegen estos derechos, muchos países no logran implementar plenamente las normas y protecciones legales que les han sido concedidas. La falta de implementación efectiva puede atribuirse a diversos factores, dentro de los que destacan: la falta de recursos, la falta de voluntad política o la resistencia a cambios culturales (Faúndez, 1999).

Muchos países carecen de los recursos necesarios para implementar adecuadamente las normas y protecciones legales en materia de derechos humanos. Esto puede deberse a la falta de recursos financieros, humanos o técnicos; como es el caso de los países del sudeste asiático como Camboya y Laos, que tienen economías en desarrollo y enfrentan limitaciones en recursos humanos y técnicos para la implementación de normas y protecciones legales en materia de derechos humanos (United Nations Human Rights Council, 2020).

Otro obstáculo es la falta de voluntad política. En algunos casos, los gobiernos pueden incluso violar los derechos humanos de manera deliberada, como parte de una estrategia para mantener el poder. Y mucho más a menudo, los gobiernos no priorizan la protección de los derechos humanos debido a otros intereses políticos o económicos, como es el caso de los Estados Unidos y su falta de voluntad política en la implementación de normas de derechos humanos en el contexto de la política migratoria. A pesar de que este país ha firmado varios tratados internacionales de derechos humanos, las políticas migratorias recientes, como la separación forzada de familias migrantes en la frontera sur y las condiciones inhumanas en los centros de detención, han sido criticadas por violar los derechos humanos de los migrantes (Crome, 2017).

La resistencia a los cambios culturales también puede ser un impedimento para la implementación efectiva de las normas y protecciones legales en materia de derechos humanos. En algunos casos, las prácticas culturales pueden estar en conflicto con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, como se evidencia en la práctica de la mutilación genital femenina en algunos países de África y Oriente Medio. Esta práctica, que involucra la extirpación total o parcial de los órganos genitales femeninos por razones culturales y religiosas, es reconocida internacionalmente como una violación de los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, sigue siendo común en algunas comunidades debido a la resistencia a los cambios culturales y la falta de conciencia sobre los derechos humanos (World Health Organization, 2023).

2.2. La globalización de la economía y las corporaciones multinacionales

La globalización económica ha tenido un impacto significativo en el desarrollo y la protección de los derechos humanos en todo el mundo, tal como manifiesta Moreno *et al.* (2021):

La globalización es un proceso de transformación en el que se crean vínculos o redes de relaciones entre territorios que comprenden cualquier

espacio o continente, es decir, son las relaciones que se puede dar tanto de manera nacional, internacional o global; los cuales traen consigo cambios en la economía, cultura y derechos (Moreno et al., 2021, p. 552)

Producto de la globalización la creciente influencia y poder de las corporaciones multinacionales ha planteado desafíos importantes para la promoción y protección de los derechos humanos en muchos países. Estas corporaciones a menudo operan más allá de las fronteras nacionales y pueden explotar los derechos humanos en países con sistemas legales más débiles (Franco, 2015).

Las corporaciones multinacionales a menudo se benefician de la explotación de los recursos naturales y la mano de obra en los países en desarrollo. En algunos casos, estas corporaciones pueden colaborar con los gobiernos de estos países para explotar los recursos y la mano de obra de una manera que viola los derechos humanos. Por ejemplo, se han informado casos de empresas que se benefician de la explotación laboral, la discriminación y la explotación infantil en países en desarrollo. Esto puede ocurrir debido a la falta de protecciones legales adecuadas en estos países, lo que permite a las corporaciones actuar con impunidad. Es el caso de la empresa minera canadiense Barrick Gold en Tanzania. La empresa ha sido acusada de violar los derechos humanos de las comunidades locales, incluida la expulsión forzada de las personas de sus hogares y la destrucción del medio ambiente. Los residentes locales también han informado de acoso y violencia por parte de la seguridad privada de la empresa (Bariyo, 2016).

2.3. La diversidad cultural y la tensión entre los derechos humanos y las tradiciones culturales

La diversidad cultural y el respeto a las tradiciones culturales son valores importantes que deben ser protegidos en cualquier sociedad democrática. Sin embargo, estas tradiciones culturales a menudo chocan con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, lo que genera tensiones y desafíos para la protección efectiva de los derechos humanos.

Es importante reconocer que los derechos humanos son universales y que su protección no puede depender de las diferencias culturales o religiosas en una sociedad. Aunque es importante respetar y proteger la diversidad cultural, esto no puede utilizarse como excusa para violar los derechos humanos. Existen, por ejemplo, tradiciones culturales con la práctica del matrimonio infantil en algunas partes del mundo, como el caso de los matrimonios de niñas en Nigeria (UNICEF, 2022). A menudo, las niñas son forzadas a casarse a una edad temprana debido a la presión cultural y religiosa, lo que limita su capacidad para tomar decisiones autónomas sobre sus vidas y su futuro. Además, el matrimonio infantil puede tener consecuencias graves para la salud de las niñas, incluida la mortalidad materna y la falta de acceso a la educación y oportunidades laborales.

La tensión entre los derechos humanos y las tradiciones culturales también se puede ver en la discriminación contra las personas LGBT (Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales y Transgénero) en algunos países. En algunos lugares, las prácticas culturales y las creencias religiosas pueden chocar con la igualdad de derechos y protecciones legales reconocidos internacionalmente para las personas LGBT, como sucede en el caso de Uganda donde estas comunidades enfrentan discriminación en el acceso a la educación, la atención médica y el empleo; además

de ser objeto de violencia y abuso, incluyendo el acoso y las agresiones por parte de grupos extremistas y la policía (Budoo-Scholtz, 2023).

2.4. Las limitaciones de la aplicación judicial

Las limitaciones de la aplicación judicial en relación con la protección de los derechos humanos son un tema que ha generado controversia en el ámbito jurídico y social. La interpretación y aplicación de los derechos humanos a menudo se deja en manos de los tribunales, sin embargo, es importante destacar que estos tribunales están sujetos a diferentes interpretaciones y limitaciones, lo que dificulta la protección de los derechos humanos (Tórtora, 2010).

En primer lugar, es importante destacar que los tribunales internacionales y nacionales tienen diferentes interpretaciones de los derechos humanos, lo que puede llevar a discrepancias en la aplicación de estos derechos. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión puede tener diferentes interpretaciones en diferentes jurisdicciones, lo que puede llevar a diferentes conclusiones en casos similares. Además, los tribunales también pueden tener diferentes puntos de vista sobre la jerarquía de los derechos humanos, lo que puede influir en su aplicación. En segundo lugar, los tribunales están sujetos a limitaciones legales, políticas y culturales que pueden obstaculizar la protección de los derechos humanos. En algunos casos, los tribunales pueden estar sujetos a presiones políticas que limitan su capacidad para hacer cumplir los derechos humanos. Por ejemplo, los tribunales pueden verse influenciados por intereses políticos y económicos, lo que puede impedir que se hagan valer los derechos humanos (Arango, 2005).

Por otro lado, los tribunales también pueden estar sujetos a limitaciones culturales que pueden dificultar la aplicación de los derechos humanos. Por ejemplo, en algunas culturas y países, las prácticas tradicionales pueden estar en conflicto con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, como la igualdad de género y la no discriminación. Esto puede hacer que los tribunales tengan dificultades para hacer cumplir estos derechos en algunas jurisdicciones. En Bolivia, por ejemplo, existe una tradición cultural indígena conocida como el “derecho consuetudinario”, que se refiere a las prácticas y normas legales basadas en las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas. A pesar de que la Constitución boliviana reconoce el derecho consuetudinario como una fuente de derecho en igualdad de condiciones con el derecho positivo, a menudo se ha visto como un obstáculo para la protección de los derechos humanos, especialmente para las mujeres (Mansilla, 2006).

2.5. Las desigualdades económicas y sociales

Las desigualdades económicas y sociales son un problema que afecta a muchos países en todo el mundo y tienen un impacto directo en la protección de los derechos humanos. En muchos casos, las personas que viven en condiciones de pobreza o exclusión social tienen dificultades para acceder a los recursos y servicios necesarios para la realización de sus derechos humanos, como la educación, la salud y el empleo (Guerrero, 2010).

En el ámbito jurídico, la protección de los derechos humanos es un tema que ha generado una gran atención y debate en los últimos años. Los derechos humanos son aquellos derechos inherentes a todas las personas, sin distinción de raza, género, orientación sexual, religión o cualquier otra condición. Estos derechos

incluyen, entre otros, el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad y la propiedad (Courtis & Ávila, 2009).

Sin embargo, la realización efectiva de estos derechos se ve limitada por las desigualdades económicas y sociales que existen en muchas sociedades. Por ejemplo, las personas que viven en la pobreza pueden tener dificultades para acceder a la educación y la atención médica, lo que limita su capacidad para ejercer sus derechos a la igualdad y la salud. Del mismo modo, las personas que enfrentan la discriminación en el empleo pueden tener dificultades para acceder a trabajos decentes y bien remunerados, lo que limita su capacidad para ejercer sus derechos al trabajo y a un nivel de vida adecuado.

2.6. Discriminación y exclusión

La discriminación y la exclusión pueden manifestarse de diversas formas en la sociedad, como la discriminación en el acceso a la educación, la salud, el empleo, la vivienda, la justicia, entre otros. La discriminación y la exclusión son contrarias a la igualdad y la no discriminación, que son principios fundamentales de los derechos humanos. En este sentido, la discriminación y la exclusión constituyen una violación de los derechos humanos y son una barrera para la protección efectiva de los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce la obligación de los Estados de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna. Además, se reconoce el derecho a la igualdad y la no discriminación como un derecho humano fundamental en sí mismo. El Comité Para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas ha señalado que la discriminación es un obstáculo para la realización de los derechos humanos y ha exhortado a los Estados a tomar medidas para prevenir y eliminar la discriminación (Naciones Unidas, 2012).

La exclusión y la discriminación pueden tener un impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos, especialmente de aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, la discriminación de género puede limitar el acceso de las mujeres a la educación, el empleo y la justicia, lo que puede aumentar la vulnerabilidad a la violencia y a la explotación. Del mismo modo, la discriminación racial o étnica puede limitar el acceso a los servicios de salud y el empleo, lo que puede aumentar la vulnerabilidad a la pobreza y la exclusión social (Corte IDH, 2019).

2.7. Falta de cooperación internacional

La promoción y protección de los derechos humanos es una tarea compleja que requiere de un esfuerzo conjunto y coordinado a nivel global. Los derechos humanos son universales, inalienables e interdependientes, lo que significa que su realización no es posible sin la cooperación y colaboración de los Estados y de las organizaciones internacionales. Sin embargo, la falta de cooperación internacional en materia de derechos humanos es un obstáculo importante para la protección de estos derechos a nivel global. La falta de coordinación y cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales puede limitar la capacidad de abordar los problemas de derechos humanos a nivel mundial y aumentar la impunidad para los responsables de violaciones de derechos humanos (CNDH, 2016).

Una de las principales razones de la falta de cooperación internacional en materia de derechos humanos es la falta de voluntad política de los Estados. Muchos Estados están más interesados en proteger su soberanía y sus intereses nacionales que en proteger los derechos humanos. Como resultado, a menudo se niegan a cooperar con otros Estados y organizaciones internacionales en materia de derechos humanos. Además, la falta de recursos y capacidad técnica también puede limitar la cooperación internacional en materia de derechos humanos. Los Estados y las organizaciones internacionales a menudo carecen de los recursos y la capacidad técnica necesarios para abordar los problemas de derechos humanos a nivel mundial de manera efectiva. Esto limita la capacidad de los Estados y las organizaciones internacionales para la protección y promoción de los derechos humanos (Restrepo, 2012).

La falta de confianza y de comprensión mutua entre los Estados también puede limitar la cooperación internacional en materia de derechos humanos. Los Estados a menudo tienen diferentes visiones y prioridades en materia de derechos humanos, lo que puede dificultar la cooperación y la coordinación entre ellos, lo que en definitiva deteriora las relaciones entre los estados aumentando la desconfianza y la reticencia a cooperar en la protección de los derechos humanos (Ripoll & Ghotme, 2015).

3. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

3.1. Marco legal internacional

La protección de los derechos humanos es un asunto de gran importancia para la comunidad internacional. Para garantizar la protección de estos derechos, se han establecido marcos legales internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados y convenciones internacionales. Estos documentos establecen normas y principios básicos para la protección y promoción de los derechos humanos en todo el mundo.

Es fundamental que los gobiernos ratifiquen estos tratados y los implementen de manera efectiva en sus políticas y prácticas. La ratificación de estos instrumentos internacionales implica que los Estados se comprometen a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Asimismo, la implementación efectiva de estos tratados implica que los Estados deben adoptar medidas concretas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en estos instrumentos. Los marcos legales internacionales son un medio clave para garantizar los derechos humanos. Sin embargo, para que sean efectivos, es necesario que los gobiernos los ratifiquen y los implementen de manera efectiva; además, por supuesto, del fortalecimiento de la cooperación internacional. Esto implica la adopción de medidas concretas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en estos instrumentos internacionales. De esta manera, se podrá avanzar en la protección y promoción de los derechos humanos en todo el mundo (Ponce, 2007).

3.2. Educación y sensibilización

La educación y la sensibilización son herramientas fundamentales para garantizar y promover los derechos humanos. La educación ayuda a las personas a conocer y comprender sus derechos, así como los principios y normas internacionales que los protegen. La educación también puede ayudar a las personas a reconocer

y abordar la discriminación, el racismo y la exclusión en sus comunidades y entornos de trabajo. Además, puede fomentar la participación ciudadana y la toma de decisiones informadas, lo que es esencial para garantizar la protección y promoción de los derechos humanos. La sensibilización es igualmente importante, ya que puede fomentar la tolerancia y el respeto a la diversidad cultural y étnica. La sensibilización puede ayudar a las personas a reconocer y valorar la igualdad y la diversidad, así como a comprender las causas y consecuencias de la discriminación y el racismo. Ésta también puede fomentar la empatía y la solidaridad con las personas que sufren violaciones de derechos humanos (UNESCO, 2006).

Para lograr estos objetivos, es importante que los gobiernos y otras organizaciones promuevan la educación y la sensibilización sobre los derechos humanos en todos los niveles de la sociedad. Esto puede incluir la incorporación de la educación sobre derechos humanos en los planes de estudio escolares, la organización de campañas de sensibilización pública y la promoción de la participación ciudadana en la promoción y defensa de los derechos humanos (Naciones Unidas, 2012).

3.3. Participación ciudadana

La participación ciudadana es un aspecto fundamental de la protección de los derechos humanos, ya que permite a las personas involucrarse activamente en la toma de decisiones políticas y en la vigilancia de los derechos humanos. Esta participación puede garantizar que los derechos humanos sean protegidos de manera más efectiva. Los ciudadanos pueden identificar violaciones de derechos humanos y exigir a las autoridades que tomen medidas para remediar la situación. También puede asegurar que las decisiones políticas sean más inclusivas y justas, ya que permite la voz y la perspectiva de la sociedad civil. Fomenta la transparencia y la rendición de cuentas. Cuando los ciudadanos están involucrados en la toma de decisiones políticas, las autoridades se ven obligadas a justificar sus acciones y a proporcionar información sobre cómo se están protegiendo los derechos humanos. De esta manera, se puede ayudar a prevenir la corrupción y aumentar la confianza de la población en las instituciones democráticas (Martínez, 2011).

3.4. Tecnología

En la era digital en la que vivimos, la tecnología se ha convertido en una herramienta clave para la protección y promoción de los derechos humanos. Las redes sociales y las tecnologías de la información y la comunicación pueden utilizarse para difundir información, documentar y denunciar violaciones de los derechos humanos, y coordinar acciones colectivas en defensa de los derechos. Sin embargo, también es importante tener en cuenta los riesgos asociados con el uso de la tecnología. Por ejemplo, la tecnología puede utilizarse para violar la privacidad, vigilar a las personas y restringir la libertad de expresión (Andreu, 2019).

Para aprovechar al máximo las posibilidades que ofrece la tecnología en el ámbito de los derechos humanos, es necesario garantizar que se utilice de manera responsable y ética. Esto implica establecer normas y reglas claras para su uso, y asegurarse de que se respeten los derechos y libertades fundamentales de las personas. También es importante fomentar la educación y la sensibilización sobre el uso seguro y ético, para que las personas, particularmente las poblaciones vulnerables, puedan tomar decisiones informadas, oportunas y pertinentes (Bello, 2020).

3.5. Fortalecimiento y consolidación del Estado de derecho

La existencia de un Estado de derecho es esencial para la protección de los derechos humanos. Los gobiernos tienen la obligación de establecer sistemas jurídicos justos e imparciales que promuevan la igualdad ante la ley y la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. El Estado de derecho implica que todas las personas, independientemente de su estatus social, económico o político, deben ser iguales ante la ley y recibir un trato justo y equitativo. Para ello, es necesario garantizar la independencia del poder judicial. Esto significa que los jueces deben ser nombrados de forma justa e imparcial, sin interferencia política, y deben actuar de manera independiente en la interpretación y aplicación de la ley. Asimismo, es fundamental que el acceso a la justicia sea efectivo y accesible para todos, independientemente de su estatus social o económico (Trujillo, 2015).

Además, se hace indispensable que los gobernantes asuman responsabilidad de prevenir la corrupción y garantizar la transparencia y la rendición de cuentas. La corrupción es un obstáculo para la protección de los derechos humanos, ya que puede impedir el acceso a servicios públicos básicos, como la educación o la salud, y fomentar la impunidad para aquellos que violan los derechos humanos (García, 2011).

3.6. Protección de los derechos humanos en la era de la comunicación digital

La protección de los derechos humanos en el entorno digital se ha convertido en una cuestión crítica en el mundo actual. Con el aumento de las tecnologías digitales y las redes sociales, se ha vuelto más fácil para los gobiernos y las empresas monitorear y controlar la información en línea, lo que ha planteado importantes desafíos para la privacidad y la libertad de expresión (Rico, 2012).

Los gobiernos deben establecer marcos legales claros y efectivos para proteger la privacidad y la libertad de expresión en línea, y asegurar que estas leyes se implementen de manera efectiva. Además, deben garantizar la independencia de los reguladores y la transparencia en el proceso de toma de decisiones. Las empresas, por su parte, tienen la responsabilidad de tomar las medidas para garantizar la privacidad y la seguridad de los usuarios en sus plataformas. También deben ser transparentes en su recolección y uso de datos, y deben ser responsables de la eliminación de contenido que viole los derechos humanos (Council United Nations Human Rights, 2016).

4. CONCLUSIONES

La protección de los derechos humanos en el contexto del constitucionalismo global presentamúltiples desafíos. Uno de los principales problemas es la falta de implementación efectiva de las normas de derechos humanos y las protecciones legales en muchos países, lo que puede deberse a una serie de factores, incluida la falta de recursos y la falta de voluntad política.

La globalización de la economía y la creciente influencia de las corporaciones multinacionales pueden conducir a la explotación de los derechos humanos en países con sistemas legales más débiles. La diversidad cultural y la tensión entre los derechos humanos universales y las prácticas culturales y religiosas locales también presentan desafíos para la protección de los derechos humanos.

La interpretación y aplicación de los derechos humanos a menudo se deja en manos de los tribunales, pero las limitaciones legales, políticas y culturales pueden obstaculizar su protección. Las desigualdades económicas y sociales también pueden limitar el acceso a los recursos y servicios necesarios para la realización de los derechos humanos.

La falta de cooperación y coordinación internacional puede limitar la capacidad de abordar los problemas de derechos humanos a nivel global y aumentar la impunidad para los responsables de violaciones de derechos humanos. Para superar estos desafíos, se necesita una acción concertada a nivel nacional e internacional para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos en todo el mundo.

Para garantizar los derechos humanos en un mundo interconectado y diverso se requiere de un enfoque integral que abarque diferentes aspectos. Es importante establecer marcos legales internacionales sólidos que sean ratificados e implementados de manera efectiva por los gobiernos. La educación y la sensibilización son fundamentales para concientizar a las personas sobre sus derechos y fomentar la tolerancia y el respeto a la diversidad cultural. La participación ciudadana y la cooperación internacional son esenciales para abordar cuestiones transnacionales y garantizar la protección de los derechos humanos en todo el mundo. Además, la tecnología puede desempeñar un papel importante en la protección y promoción de los derechos humanos, siempre y cuando se utilice de manera responsable y ética. Por último, el fortalecimiento del Estado de derecho, la protección de los derechos humanos en línea y la prevención de la corrupción son aspectos críticos para garantizar el respeto y protección de los derechos humanos en todo el mundo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Andreu, A. (11 de 10 de 2019). TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y DERECHOS HUMANOS: UNA ACTUALIZACIÓN NECESARIA. Recuperado el 15 de 02 de 2023, de Ethic: <https://ethic.es/2019/10/transformacion-digital-tecnologia-derechos-humanos/> Arango, R. (2005). El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis.

Bariyo, N. (2016). Tanzania Government Probes North Mara Gold Mine Over River Pollution. Obtenido de Protest Barrick: <http://protestbarrick.net/article.php?id=474.html>

Bello, A. (2020). Las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemática en América Latina y el Caribe. Montevideo: ONU - MUJERES.

Budoo-Scholtz, A. (2023). Uganda's Parliament Threatens to Criminalize Homosexuality. Africa: HUMAN RIGHTS WATCH. Obtenido de <https://www.hrw.org/news/2023/03/06/ugandas-parliament-threatens-criminalize-homosexuality>

CNDH. (2016). La cooperación internacional desde un enfoque de derechos humanos y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CORTE IDH. (2019). CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nº 14: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. Washington: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - OEA.

Council United Nations Human Rights. (2016). The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. A/HRC/32/L.20. New York: Human Rights Council. Obtenido de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/LTD/G16/131/89/PDF/G1613189.pdf?OpenElement>

Courtis, C., & Avila, R. (2009). La protección judicial de los derechos sociales. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - PNUD.

Crome, R. (28 de 04 de 2017). Las amenazas del presidente Trump contra los derechos humanos en sus primeros 100 días. Recuperado el 25 de 02 de 2023, de Amnistía Internacional UK: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/las-amenazas-del-presidente-trump-contra-los-derechos-humanos-en-sus-primeros-100-dias/>

Faúndez, H. (1999). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica: IIDH.

Franco, P. (2015). The global south and the rise of the new corporate giants. London: Palgrave Macmillan.

García, D. (2011). Estado de derecho y principio de legalidad. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

- Guerrero, A. L. (2010). Derechos humanos y ciudadanía en América Latina. Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos, 51, 109-139.
- Mansilla, A. (2006). El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional en Bolivia. Revista Boliviana de Derecho(2), 43-74.
- Martinez, M. (2011). Derechos humanos, rendición de cuentas y participación ciudadana. Revista de Derechos Humanos – defensor (12), 21-25.
- Moreno, A., Pamily, M., Granados, J., Maylin, N., Alban, V., Oliver, J., & Zambrano, D. (2021). Impacto de la globalización en la protección de los derechos humanos en Ecuador. Revista Universidad y Sociedad, 13(5), 551-556.
- Naciones Unidas. (2006). Los principales tratados internacionales en derechos humanos. New York y Ginebra: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.
- Naciones Unidas. (2012). Programa mundial para la educación en derechos humanos - Segunda Etapa - Plan de Acción. New York y Ginebra: Naciones Unidas - Derechos Humanos.
- Naciones Unidas. (2012). Selección de decisiones del Comité para la eliminación de la discriminación racial, Volumen 1. New York: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.
- Ponce, A. (2007). Dificultades y posibilidades de la cooperación internacional para el desarrollo local en América Latina. Unión Iberoamericana de Municipalistas: IUT.
- Restrepo, M. (2012). La cooperación internacional al desarrollo como herramienta de protección y promoción de los derechos humanos: el caso latinoamericano. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 42(116), 271-295.
- Rico, M. (2012). El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política, 19(3), 331-349.
- Ripoll, A., & Ghotme, R. (2015). LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL: HERRAMIENTA DE DESARROLLO O DE ATRASO. rev.latinoam.bioet, 15(1), 54-63.
- Tórtora, H. (2010). Las limitaciones de los derechos fundamentales. Estudios constitucionales, 8(2), 167-200. [doi:10.4067/S0718-52002010000200007](https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007)
- Trujillo, I. (2015). Estado de derecho y práctica de los derechos humanos. Persona y Derecho, 73(2), 161-180. [doi: 10.15581/011.73.161-180](https://doi.org/10.15581/011.73.161-180)
- Ugarte, K. (2015). Algunas reflexiones sobre la vigencia e importancia de los derechos humanos. Lex, 2(16), 45-54.
- UNESCO. (2006). Plan de acción: Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, primera etapa. París: UNESCO.

UNICEF. (2022). Child marriage in Nigeria. New York: UNICEF Data: Monitoring the situation of children and women.

United Nations Human Rights Council. (2020). Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Cambodia. New York: OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER.

World Health Organization. (2023). Female genital mutilation (FGM). AFRICA REGION: WHO. Obtenido de <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation#>

Artículo científico

De un control restrictivo a un control constructivo de convencionalidad

From a restrictive control to a constructive control of conventionality

ROSA GABRIELA CALLE CORTEZ

Estudiante de la Universidad Privada del Valle

ccr2023632@est.univalle.edu

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto describir la evolución del Control de Convencionalidad a través de los casos más trascendentales de incumplimiento a la Convención Americana. La metodología emplea el enfoque cualitativo, inductivo. El tipo de Investigación es descriptivo y el diseño narrativo. Los resultados reflejan que inicialmente el control de convencionalidad se caracterizó por ser restringido, solo eran competentes las autoridades judiciales (de oficio). El caso Gelman vs Uruguay amplía esta competencia a las autoridades administrativas del sector público, con objeto de resguardar y proteger los derechos humanos. De esta manera el control de convencionalidad presenta un dinamismo constructivo a través del tiempo otorgando el control difuso a las autoridades competentes. En conclusión, actualmente se observa que no es suficiente el hecho de incorporar determinados tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos; se debe buscar el cumplimiento imperativo por los estados ratificantes, como el caso de la Convención Americana, tomando en cuenta las opiniones consultivas para evitar la vulneración de derechos humanos.

Palabras clave: Control de Convencionalidad, Derechos humanos, Corte IDH.

ABSTRACT

The purpose of this work is to describe the evolution of Conventionality Control through the most significant cases of non-compliance with the American Convention. The methodology uses the qualitative, inductive approach. The type of research is descriptive and the design is narrative. The results reflect that initially the conventionality control was characterized as being restricted, only the judicial authorities (ex officio) were competent. The Gelman vs. Uruguay case extends this jurisdiction to the administrative authorities of the public sector, in order to safeguard and protect human rights. In this way, conventionality control presents a constructive dynamism over time, granting diffuse control to the competent authorities. In conclusion, it is currently observed that it is not enough to incorporate certain international treaties and conventions on human rights; Mandatory compliance must be sought by the ratifying states, as in the case of the American Convention, taking into account the advisory opinions to avoid the violation of human rights.

Keywords: Conventionality Control, Human Rights, Inter-American Court.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Calle Cortez, R. G. (2024). De un control restrictivo a un control constructivo de convencionalidad. *Juris Studia*, 1(1), pp. 109-118.

1. INTRODUCCIÓN

El Control de Convencionalidad como institución jurídica tiene un reciente desarrollo en el siglo XXI. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene la competencia de examinar cuan compatible es la norma jurídica interna de un Estado miembro respecto a la Convención Americana, también denominada Pacto San José de Costa Rica, que es un tratado internacional que tiene por objeto la protección de los Derechos Humanos reconocidos en distintos convenciones o tratados internacionales. De esta manera, el juez nacional de un estado no solo debe proteger los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en su norma interna; también debe considerar todos los valores principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos y tratados internacionales los cuales fueron asumidos como un compromiso internacional.

Las obligaciones que deben cumplir los 23 estados que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos son de manera impositiva; por ello, es importante conocer cómo surgió el Control de Convencionalidad, cuál fue el desarrollo que tuvo a través del tiempo y quién tiene la competencia y obligación de ejercer el Control de Convencionalidad. Así pues, el presente trabajo tiene por objeto: *Describir la evolución del Control de Convencionalidad a través de los casos más trascendentales de incumplimiento a la Convención Americana.*

2. MÉTODO

La metodología aplicada en el presente trabajo es el enfoque cualitativo. Se utiliza la recolección y análisis de datos a través de las diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es inductivo. Luego de la transgresión de los derechos humanos e incumplimiento de la Convención Americana, la Corte IDH realizó el análisis de los casos concretos y particulares emitiendo sentencias para su aplicación general, para todos los estados que ratificaron la Convención, por su carácter vinculante en su línea jurisprudencial. El tipo de investigación es descriptivo: se describe la evolución del Control de Convencionalidad, a partir de su surgimiento en el ámbito internacional y sus efectos en el ámbito nacional. El diseño de investigación es narrativo: se desarrolla de forma cronológica respecto a los casos más relevantes que generaron jurisprudencia por la Corte IDH.

3. RESULTADOS

3.1 Surgimiento del término “Control de Convencionalidad”

El *nomen juris* de “Control de Convencionalidad” surgió en 2003, aplicándose por vez primera por el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez, quien emitió un voto concurrente razonado en el caso Mack Chang vs Guatemala; observó que en la competencia de la Corte de San José estaba lo siguiente: “(...) dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional” (Pinto, 2016). En esta misma línea fortaleció la construcción del control de convencionalidad emitiendo votos razonados en los fallos del caso Tibi vs. Ecuador el año 2004, López Álvarez vs Honduras el año 2006 y Vargas Areco vs. Paraguay el año 2006. De esta manera,

este instituto jurídico se fue robusteciendo llegando a influir en la doctrina de los Estados miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y se plasmó en una decisión plena y mediante jurisprudencia la Corte IDH conceptualiza al Control de Convencionalidad como:

La herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

3.2. Contenido del Control de Convencionalidad

A partir del año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través del caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* introdujo de manera conjunta (mediante votos razonados) el *nomen iuris*: “Control de Convencionalidad”. La Corte IDH determina que: el Poder u Órgano Judicial de cada Estado miembro de la Convención Americana debe “ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de esta manera define la tarea y las labores que debe realizar el Poder u Órgano Judicial de cada Estado miembro al momento de conocer un caso en concreto, no sólo debe basarse en su norma jurídica interna o tener en cuenta el Tratado Internacional, también debe aplicar la interpretación que realizó la Corte IDH respecto a la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

Así destaca el párrafo 123 y 124 del fallo de la corte de San José y refiere:

...El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u *órganos* en violación de los derechos internacionalmente consagrados según el artículo 1.1.de la Convención Americana. (Caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006)

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también

la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006)

3.3. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, a través de la doctrina del control de convencionalidad, consideró que el control debe ser de oficio, ampliando su categoría jurídica en el marco de sus competencias y regulaciones procesales, así lo estableció en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, el año 2006, en el párrafo 128 señala:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto *útil* de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los *órganos* del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

3.4. De un control restrictivo a un control constructivo

Tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad, en sus inicios se caracterizaron por ser controles represivos, restrictivos y concentrados, lo cual se refleja en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, donde la Corte IDH reclama que los operadores nacionales (jueces) no inapliquen las normas jurídicas internas (de los Estados miembros) que son opuestas a la Convención Americana de Derechos Humanos y opuestas a la doctrina interpretativa de la Corte IDH.

El año 2011, en el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH hizo énfasis en el párrafo 239 que los Estados tienen como “(...) función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del poder judicial (...)”, sino también de las autoridades administrativas el poder ejercer el control de convencionalidad, con el objeto de resguardar y proteger los derechos humanos, de esta manera surge el cambio de un control represivo a un control constructivo, manifestando en su párrafo 193 y 239 respectivamente:

Quando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus *órganos*, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por los jueces y *órganos* vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la convención americana evidentemente en el

marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la corte interamericana intérprete de la última Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011)

(...) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011)

De esta manera, la Corte IDH, a través de la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, determina que el control de convencionalidad es una labor, una función y tarea que debe realizarla cualquier autoridad pública, y no solo se limita al Poder u Órgano Judicial, esto representa que si una autoridad judicial o administrativa en el ejercicio de sus labores verifica o constata que la norma interna contradice o llega a infringir las normas de la Convención Americana debe aislar la norma constitucional o legal interna al caso en concreto, primando de esta manera el contenido de la Convención Americana.

En la misma línea jurisprudencial, el Caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, el año 2014 determina que todas las autoridades y órganos tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad, en el párrafo 471 refiere:

Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el *ámbito* de su competencia “todas las autoridades y *órganos* de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad. (Caso de *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Corte Interamericana de Derechos humanos 28 de agosto de 2014)

3.5. Clasificación del control de convencionalidad

De acuerdo al juez Sergio García Ramírez, el Control de Convencionalidad se clasifica en:

- a) **Control de convencionalidad concentrado:** Lo realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, labor que venía ejerciendo con anterioridad, realizando un análisis y un examen de la convencionalidad de los actos y normas de los Estados en un caso en concreto o particular.
- b) **Control de convencionalidad difuso:** El control se amplía a partir de la jurisprudencia del caso *Gelman vs Uruguay*, se extiende la competencia a los jueces nacionales en el ámbito interno de cada Estado y se amplía a las autoridades de la administración pública.

Cabe aclarar que el último intérprete de la Convención Americana es la Corte IDH, siempre y cuando no se logre una tutela efectiva de los derechos en el ámbito interno de cada Estado.

3.6. El Control de Convencionalidad en Bolivia

El Tribunal Constitucional transitorio emitió la S.C. 1888/2011-Remitida el de 7 de noviembre de 2011, que reconoce como institución jurídica al control de convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos señalando lo siguiente:

En esta perspectiva progresista Bolivia ha suscrito y ratificado el pacto de San José de Costa Rica en el año 11/02/1993 mediante ley 1430 y en tanto Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce también a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete de este instrumento regional, de ahí que el Tribunal Constitucional como órgano encargado de la defensa de derechos humanos el control de constitucionalidad y competencia realiza también entre sus labores el control de convencionalidad, resguardando la compatibilidad del sistema normativo interno con el bloque de constitucionalidad integrado formalmente al plexo jurídico boliviano. (Tribunal Constitucional, 11 de noviembre de 2011)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional transitorio hizo mención al control de convencionalidad y al control de constitucionalidad, instituciones jurídicas distintas, pero de acuerdo a Alberto B. Bianchi considera que ambos controles tienen por objeto “la protección de derechos”. El control de convencionalidad consiste en la primacía de la Convención Americana en el ámbito internacional por ello se asemeja al control de constitucionalidad que consiste en la primacía de la Constitución, lo único que las diferencia es que esta última se ejerce en el ámbito interno de cada Estado.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en su Sentencia Constitucional 0487/2014 de fecha 25 de febrero de 2014, a través de la interpretación de los artículos 13 y 256 de la Constitución Política del Estado, estableció que los jueces, tribunales y autoridades administrativas tienen el deber de ejercer el Control de Convencionalidad, aplicándose en Bolivia el Control de Convencionalidad difuso.

Conforme se ha señalado, los derechos fundamentales y garantías constitucionales tienen un lugar preeminente en nuestro sistema constitucional, debiendo hacerse mención, fundamentalmente, a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: La interpretación pro homine y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas, tiene el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión —ya sea que esté

contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad— y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional 0487/2014, 25 de febrero de 2014).

3.7. Casos contra Bolivia por incumplimiento a la Convención Americana

He aquí los casos contra Bolivia por incumplimiento a la Convención Americana:

1. Trujillo Oroza vs. Bolivia: Época de dictadura.
2. Ticona Estrada y otros vs. Bolivia: Época de dictadura.
3. Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia: Época de dictadura.
4. Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia:

El caso trata sobre la expulsión de Bolivia de la Familia Pacheco Tineo, quienes años antes habían renunciado a su condición de refugiados. La expulsión se debió al ingreso como migrantes irregulares, además de tener una orden de captura en su contra por parte del Estado peruano. (Corte IDH)

5. Andrade Salmón vs. Bolivia (2016).
6. Angulo Losada vs. Bolivia (2020).

4. DISCUSIÓN

En un contexto actual se puede observar que no es suficiente el hecho de incorporar determinados tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, se debe buscar que los mismos tengan cumplimiento imperativo por los Estados que los ratifican, evitando así la vulneración de derechos. La dinámica del Control de Convencionalidad en el tiempo demuestra que actualmente se aplica un control difuso, ejercido no solo por autoridades judiciales, sino también por autoridades administrativas. A través del caso Pacheco Tineo vs. Bolivia se evidencia que las diversas autoridades del sector público (Fiscalía y migraciones) desconocían el contenido de la Convención Americana y los derechos humanos de las personas, sobreponiendo una norma interna respecto a la Convención (inaplicando esta). Por ello se cuestiona si realmente las autoridades administrativas del sector público tienen pleno conocimiento de la normativa interna e internacional que protege los derechos humanos como la Convención Americana. ¿Estas autoridades tienen la noción de lo que significa el Control de Convencionalidad y cuáles son los efectos de su inaplicación? Los estados parte deben prevenir estos aspectos para procurar la protección de los Derechos Humanos, lo cual se puede lograr a través

de capacitaciones a los servidores públicos y dando a conocer a la población en general los diversos derechos que tienen reconocidos, no solo en su normativa interna, también en la normativa internacional.

5. CONCLUSIONES

El Control de Convencionalidad inicialmente se caracterizó por ser restringido y concentrado; era realizado solo por las autoridades judiciales (de oficio, sin necesidad de la petición de las partes). Posteriormente esta competencia se amplía a las autoridades administrativas, que deben ejercer el control de convencionalidad, aplicando primordialmente el contenido de la Convención Americana, respecto a cualquier otra norma interna que tenga el estado miembro; de esta manera, el Control de Convencionalidad llega a tener un dinamismo constructivo a través del tiempo y espacio otorgando un control difuso a las autoridades competentes, para la protección de los Derechos Humanos; sin embargo, el desconocimiento por parte de las autoridades de la administración pública respecto a la Convención u otros tratados internacionales en materia de Derechos Humanos genera una transgresión de los derechos, para evitar esto se debe capacitar a los servidores públicos respecto a la Convención Americana y demás tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Asimismo, se debe poner en conocimiento a la población sobre los derechos humanos que tienen reconocidos.

En Bolivia destaca la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional transitorio el año 2011, que incorpora la aplicación del control de convencionalidad, en primer momento de manera restrictiva, atribuyendo esta competencia solo a los jueces y tribunales, posteriormente se amplía la competencia a autoridades de la administración pública a través de un control difuso; asimismo, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en 2013, determina que las opiniones consultivas que emita la CIDH en su jurisprudencia, serán instrumentos de interpretación que deben ser aplicados al control de convencionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos humanos 28 de agosto de 2014).

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de noviembre de 2003).

Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006 de noviembre de 24).

Castilla, K. (26 de septiembre de 2022). *Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36249.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (7 de Agosto de 2020). OEA. Obtenido de Prensa Comunicados: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/194.asp>

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) (2022 de noviembre de 1969).

Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

San José: Corte IDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7. *Control de Convencionalidad*, pág. 27.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Control de Convencionalidad 7-2021: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf

Herrera, J., & Marie-Christine, F. (2021). *Control de convencionalidad en los parlamentos de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

Lima, A. E. (julio de 2019). *Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia*. Obtenido de SciELO.

Nash, C. (s.f.). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX*. Obtenido de Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>

Pinto, I. S. (2016). *Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad*. Cochabamba: Kipus.

Rojas, C. N. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 21.

Tribunal Constitucional (11 de noviembre de 2011). Sentencia Constitucional. Sucre, Bolivia.

Artículo científico

El uso de microcréditos para financiar proyectos de impacto social y ambiental, mediante la bolsa de valores de Bolivia

The use of microcredits to finance projects with social and environmental impact, through the Bolivian stock exchange

ABEL GUISEPPE COSSÍO PEÑA Y LILLO

Universidad Privada del Valle

[0000-0002-9787-2977](https://doi.org/10.1000-0002-9787-2977)

acossiop@univalle.edu

RESUMEN

El presente documento explora una alternativa para el financiamiento de proyectos que generen de forma conjunta, impactos sociales y ambientales en el territorio nacional. Para dicho fin, utilizando un diseño jurídico descriptivo, se analiza la normativa emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), las modalidades de emisiones de bonos sociales, verdes y sustentables colocados en las bolsas de valores de la república de Chile y Argentina con base en una metodología jurídica descriptiva, la correlación de la colocación de créditos, la emisión de Títulos Valores en el mercado bursátil nacional y la normativa referida a la emisión de bonos sostenibles. La investigación está enfocada en democratizar y permitir el acceso de recursos crediticios a la población más vulnerable del país y, simultáneamente, financiar proyectos que generen un impacto ambiental y social positivo en el país.

Palabras clave: Financiamiento, Microcréditos, Bolivia, Impacto Social y Ambiental.

ABSTRACT

This document explores an alternative for financing projects that jointly generate social and environmental impacts in the national territory. For this purpose, using a descriptive legal design, the regulations issued by the Financial System Supervision Authority (ASFI), the modalities of issuance of social, green and sustainable bonds placed on the stock exchanges of the Republic of Chile and Argentina based on a descriptive legal methodology, the correlation of the placement of credits, the issuance of Securities in the national stock market and the regulations referring to the issuance of sustainable bonds. The research is focused on democratizing and allowing access to credit resources to the most vulnerable population in the country and, simultaneously, financing projects that generate a positive environmental and social impact in the country.

Keywords: Financing, Microcredits, Bolivia, Social and Environmental Impact.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Cossío Peña y Lillo, A. G. (2024). El uso de microcréditos para financiar proyectos de impacto social y ambiental, mediante la bolsa de valores de Bolivia. *Juris Studia*, 1(1), pp. 119-128.

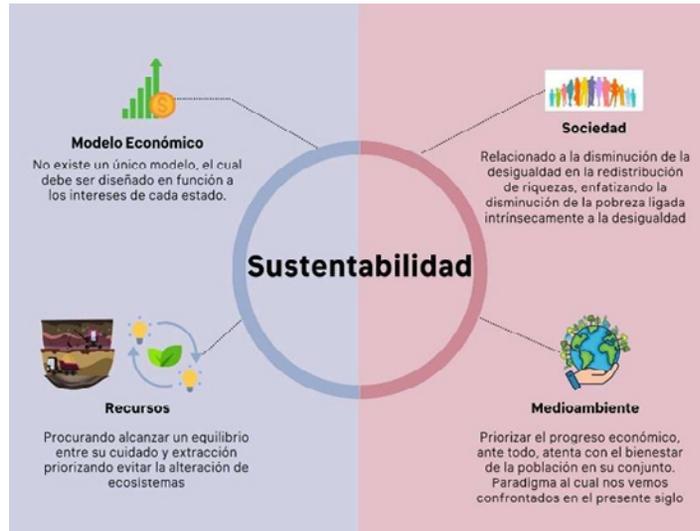
1. INTRODUCCIÓN

Entre los retos que deberán ser afrontados en el devenir del presente siglo está en alcanzar los objetivos de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible establecidos por la asamblea general de las naciones unidas (ONU). Para cuyo fin es importante considerar la necesidad de efectuar cambios e innovaciones en la forma en la que se desarrolla las actividades en el planeta, a los cuales, no se da la relevancia ni la consideración necesaria por la ciudadanía ni por las empresas, pudiendo citar la falta de protección y cuidado ambiental a nivel mundial (Pancceri, 2021).

Las empresas demandan, en su gran mayoría, el uso de recursos naturales renovables y no renovables cuyo refinamiento y/o trasmutación generan un impacto en nuestro hábitat que afecta a las futuras generaciones. Los estados han comprendido la necesidad de contar con un marco regulatorio de protección, no obstante, el hecho de tener leyes, reglamentos, principios constitucionales y tribunales especializados, en la práctica, no son disuasivos suficientes a fin de disminuir el impacto ambiental negativo generado por algunas empresas.

Este paradigma debe ser afrontado mediante una nueva matriz económica que implique un cambio en la visión y en las políticas de cada estado con base en el concepto de sustentabilidad. Por consiguiente, la matriz propuesta estará compuesta por la interconexión y equilibrio entre los siguientes factores: modelo económico, recursos, la sociedad y el medio ambiente (Nigro, Rodríguez, Juresa, 2011 y Pancceri, 2021).

Figura N°1: Sustentabilidad



Fuente: Elaboración propia, inspirado en Pancceri, 2021.

La economía sustentable puede ser entendida con base en la definición de desarrollo sostenible planteada en el Comisión Brundtland, de 1987. Lo que conlleva entender que el crecimiento económico sin considerar el deterioro o la degradación ambiental limitará el desarrollo. Por consiguiente, el medio ambiente deberá ser protegido de forma conjunta desde una óptica legal y desde una óptica

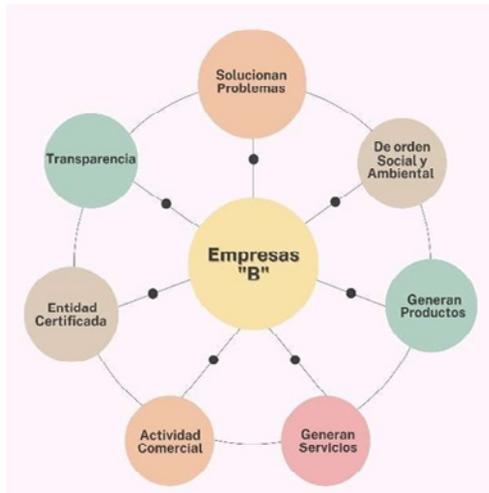
económica precautelando el uso de los recursos naturales de forma inteligente y responsable (Foladini y Perri, 2005).

El presente documento no tiene como propósito abordar las diferentes concepciones y oposiciones doctrinales entre el desarrollo sustentable y el desarrollo sostenible. Sin embargo, a fin de clarificar su aplicación el presente estudio se limitará a exponer los tres pilares establecidos en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Río de Janeiro, de 2012:

(...) Los objetivos de desarrollo sostenible deben servir de base para las políticas de desarrollo sostenible y la participación efectiva en la economía verde. Los objetivos deben ser universales, pero también dar cabida a las diferencias nacionales. Además, han de tener plazos concretos y ser mensurables, y su logro debe seguirse muy de cerca. Podrían establecerse objetivos en los ámbitos de la alimentación, el agua, la energía, la agricultura y los océanos, pero sin menoscabar los esfuerzos que se están realizando para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Los objetivos de la agenda para el desarrollo después de 2015 deberían integrar los tres pilares del desarrollo sostenible: el económico, el social y el ambiental (...) (Río de Janeiro, 2012)

Tomando en cuenta el trasfondo de la determinación de orden internacional los países miembros asumen voluntariamente la obligación de proyectar el uso de los tres principios de forma unísona, sin embargo, el sector privado asume un protagonismo distintivo por intermedio de las empresas “B” también denominadas empresas de triple impacto, cuyas características se encuentran resumidas en el siguiente cuadro.

Figura N° 2: Empresas “B”



Fuente: Elaboración propia, inspirado en el informe interno de Cámara Argentina de Comercio y Servicios (CAC) “Empresas B”, 2017).

La transparencia es una de las características diferenciadoras que se encuentra relacionada a la medición de los impactos sociales y ambientales. Vinculada con una marca colectiva administrada por B Lab4. Teniendo la característica distintiva de ser un movimiento global que busca y permite a las empresas identificarse con un propósito transversal avocando sus esfuerzos en generar confianza, en los financiadores y en sus clientes (Kempf, 2014).

(...) In less than two years, seven states, including New York, New Jersey and California, have enacted laws creating a new hybrid type of corporation designed for businesses that want to simultaneously pursue profit and benefit society (...) that it fills a gap between traditional corporations and non-profits by giving social entrepreneurs flexibility to achieve the dual objectives of doing well and doing good (...) (Noked, 2012).

En fecha 30 de diciembre de 2022, la (ASFI) ente regulador del mercado de valores en Bolivia emite la Circular N° ASFI/749/2022, que modificó el reglamento de registro de títulos valores incluyendo la posibilidad de emitir bonos sostenibles que financien de forma conjunta proyectos sociales y ambientales:

(...) c. Bonos Sostenibles: Son valores de renta fija que representan una obligación de deuda a largo plazo contraída por una Entidad Emisora, donde los recursos serán exclusivamente destinados para financiar o refinanciar una combinación de Proyectos Verdes y Proyectos Sociales (...) n. Proyectos Sostenibles: Aquellos proyectos que buscan generar impactos positivos ambientales, como en la sociedad. La evaluación de un proyecto sostenible se realiza para identificar, evaluar y monitorear los posibles impactos en la sociedad y en el medio ambiente (...) (ASFI, 2023)

Considerando la definición normativa boliviana, expuesta líneas arriba, siendo imprescindible, la vinculación de esta modalidad con las características de los proyectos de triple impacto o empresas B ligada a la sustentabilidad, característica ineludible de los proyectos sostenibles acorde a la regulación nacional (ASFI, 2023).

Contextualizada la problemática y antecedentes, la presente investigación plantea: *¿Es posible financiar proyectos de impacto social y ambiental mediante la emisión de bonos a través de la Bolsa Boliviana de Valores?*

2. METODOLOGÍA

En función a la pregunta de la investigación, la cual surge, producto de una modificación normativa emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) a la regulación del mercado de valores en Bolivia. Por consiguiente, la investigación tendrá un diseño jurídico descriptivo avocando a proponer una posible alternativa de uso de los nuevos instrumentos bursátiles para beneficio de la población. Para lo cual: "(...) Para este autor la metodología es una estrategia ante los hechos, fenómenos o normas por estudiar, es decir, formular un modelo operativo que le permita acercarse a su objeto y conocerlo tal cual es (...)" (Álvarez, 2002).

Asimismo, el enfoque de la investigación conlleva el estudio de la normativa Bolivia corresponde a: la intermediación financiera, el mercado bursátil y la comparación en volumen y objetivos de financiamiento mediante la emisión de bonos en la república de Chile y Argentina. En ese entendido, la investigación pretende justificar la correlación entre los microcréditos, la bolsa de valores y los proyectos de alcance social y ambiental. Empleando como instrumento para el relevamiento de la información la investigación documental, centrado en fuentes gubernamentales, la información publicada por la Asociación de Instituciones Financieras de Desarrollo (FINRURAL) y la información proporcionada por las bolsas de valores de Bolivia, Chile y Argentina.

La presente investigación emplea como parámetros de comparación las diferentes modalidades de emisiones de bonos sociales, verdes y sustentables reportadas por las Bolsas de Valores de los tres países (Bolivia, Chile y Argentina), los cuales son determinantes para la investigación. Tomando en cuenta que Bolivia, a la fecha, cuenta con la base jurídica para la emisión de bonos sociales, verdes y sostenibles, sin embargo, no existe ninguna emisión de títulos valores con base en los parámetros descritos. En consecuencia, la República de Chile y Argentina ya emitieron dentro de sus mercados bonos sociales, verdes y sustentables desde la gestión 2019 a 2023, de forma ininterrumpida. Por consecuencia, el levantamiento de información corresponde a los proyectos, montos y/o modalidades de inversión que son financiados por intermedio del mercado bursátil en los dos países de comparación, a fin de proyectar los posibles montos de financiamiento y posibles proyectos que podrían ser financiados en Bolivia por la Bolsa Boliviana de Valores (BBV).

Tomando en cuenta la información pública reportada por la ASFI, a la fecha, cuentan con licencia de funcionamiento nueve (IFD) a nivel nacional. El presente trabajo, emplea la investigación reportada por FINRURAL correspondiente al universo de usuarios alcanzados y disgregados a nivel nacional, acorde al siguiente cuadro.

Figura N°3: Número de instituciones activas y cantidad de clientes alcanzados por institución a nivel nacional y departamental

INSTITUCIÓN	URBANO		RURAL		NACIONAL		TOTAL CLIENTES
	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES	
CIDRE	6,943	5,852	8,348	3,461	15,291	9,313	24,604
CREGER	38,614	107,528	27,669	74,780	66,283	182,308	248,591
DIACONIA	31,316	31,915	13,032	7,107	44,348	39,022	83,370
FONDECO	457	1,419	484	1,046	941	2,465	3,406
FUBODE	14,694	30,091	5,912	6,305	20,006	36,396	56,402
IDEPRO	5,492	7,821	2,923	2,313	8,415	10,134	18,549
IMPRO	1,349	1,536	198	239	1,547	1,775	3,322
PRO MUJER	32,338	82,929	4,252	11,172	36,590	94,101	130,691
SARTAWI	7,971	15,412	7,108	8,368	15,079	23,780	38,859
TOTAL	138,574	284,503	69,926	114,791	208,500	399,294	607,794

DEPARTAMENTO	URBANO		RURAL		NACIONAL		TOTAL CLIENTES
	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES	
BENI	4,480	20,022	4,527	8,712	9,007	28,734	37,741
CHUQUISACA	10,184	15,324	4,148	6,659	14,332	21,983	36,315
COCHABAMBA	17,954	34,707	12,888	15,854	30,842	50,561	81,403
LA PAZ	45,016	77,683	24,247	34,468	69,263	112,151	181,414
ORURO	14,247	20,410	5,982	7,613	20,229	28,023	48,252
PANDO	1,604	4,039	744	1,402	2,348	5,441	7,789
POTOSI	10,319	18,614	6,521	7,732	16,840	26,346	43,186
SANTA CRUZ	24,106	70,755	9,258	29,479	33,364	100,234	133,598
TARJIA	10,664	22,949	1,611	2,872	12,275	25,821	38,096
TOTAL	138,574	284,503	69,926	114,791	208,500	399,294	607,794

Fuente: Información financiera FINRURAL - diciembre 2022.

A la fecha, cuatro de las nueve IFD obtienen parte de su financiamiento por intermedio de la BBV, a través de la titularización de su cartera de créditos y por la emisión de bonos simples. El monto total de financiamiento es de Bs. 692,538,238.00 (seiscientos noventa y dos millones quinientos treinta y ocho mil doscientos treinta y ocho 00/100 bolivianos) dividido entre cuatro IFD: Crecer, Fubode, Cidre y Promujer, acorde al siguiente cuadro.

Figura 4: Financiamiento de las IFD

Emisor	Monto vigente en Bs.	Plazo	Fecha de emisión	Fecha de vencimiento	Tasa (%)
Crecer IFD – Bonos Crecer I	55,434,665	1440	24/Jun/2020	03/Jun/2024	5,70
Titularización Bisa ST – FUBODE IFD	16,631,251	1833	17/Jul/2019	19/Jul/2023	5,90
Titularización Bisa ST – CIDRE IFD	22,196,970	1457	19/Feb/2020	15/Feb/2024	5,75
Titularización CIDRE IFD – BDP ST 042	31,385,350	1526	23/Ene/2019	29/Mar/2023	5,70
		1830	23/Ene/2019	27/Ene/2024	6,10
Titularización CRECCER IFD – BDP ST 047	46,859,718	1457	05/Nov/2019	01/Nov/2023	5,30
Titularización PRO-MUJER IFD – BDP ST 038	32,575,560	1546	24/Oct/2018	17/Ene/2023	5,50
		1850	24/Oct/2018	17/Ene/2023	6,10
Titularización PRO-MUJER IFD – BDP ST 046	57,569,400	1527 1832	04/Sep/2019	09/Nov/2023	5,70 6,10

			04/Sep/2019	09/Nov/2024	
Titularización PRO-MUJER IFD - BDP ST 052	97,432,780	1533	23/Sept/20 20	04/Dic/2024	5,90
Titularización CRECCER IFD - BDP ST 051	148,253,940	1503	02/Jun/2021	14/Jul/2025	6,00
Titularización PRO-MUJER IFD - BDP ST 054	154,103,300	1465	29/Oct/2021	02/Nov/2025	5,90
Titularización CRECCER IFD - BDP ST 045	30,095,304	1463	17/Jul/2019	19/Jul/2023	5,30

Fuente: Elaboración propia, con base en información proporcionada de la BBV, febrero 2023.

Tomando como puntos de interés los criterios de los emisores, montos de emisión en peso chileno, la categoría de proyecto financiado, fecha de colocación y tasa de la república de Chile, a continuación se efectúa un resumen de las bonos verdes, sociales y sostenibles vigentes emitidos por privados, sin considerar o tomar en cuenta que el mencionado país ha procedido a emitir bonos soberanos sostenibles en la gestión 2022 a nivel internacional.

Figura 6: Chile: bonos verdes, sociales y sostenibles

Categoría de Bonos S.V.S.	Montos Totales	Monedas de emisión	Rango fechas de emisión
Sociales	2.976.000.000,00	ARG	Dic 2020 a Feb 2023
	3.000.000,00	USD	
Sustentables	180.000.000,00	ARG	Feb 2020 a Dic 2022
	85.000.000,00	USD	
	26.576.111,00	UVA	
Verdes	5.387.478.000,00	ARG	Ago 2021 a Feb 2023
	879.120.667,00	USD	

Fuente: Elaboración propia, con base en información proporcionada de la Bolsas y Mercados Argentinos, febrero 2023.

3. DESARROLLO

La investigación parte del estado del arte de los bonos sostenibles a nivel nacional, aclarando que, a la fecha, el mercado bursátil boliviano no cuenta con ninguna emisión de deuda en la BBV que permita financiar proyectos sostenibles mediante el uso de bonos, por consiguiente, se propone emplear como primer emisor de bonos a las entidades de intermediación financiera privadas, específicamente a las Instituciones Financieras de Desarrollo (IFD7). Asimismo, se debe tomar en cuenta que, por ley, dicha modalidad de entidad de intermediación financiera está obligada a cumplir la función social y gestión social de forma conjunta, siendo una característica exclusiva para la IFD.

La decisión de proponer esta modalidad de entidad de intermediación financiera privada no lucrativa nace de su naturaleza jurídica asignada por la norma, vinculado a su carácter social que a diferencia de sus pares, la Banca tradicional, cuyo propósito comercial es alcanzar el ánimo de lucro. Lo que conlleva a tener limitantes ante los posibles riesgos que puede o que quisiera asumir en sus operadores crediticias. Por consiguiente, la IFD tiene una mayor libertad en la asunción de riesgos lo que implica que podrán efectuar préstamos al sector de la población que se encuentra excluido del universo tradicional de créditos bancarios. Focalizando su atención en facilitar al acceso a microcréditos generando la oportunidad de mejorar la calidad de vida de los sectores más vulnerables de la población boliviana (Ergueta, 2013 y Delclaux, 2014).

Considerando la definición normativa y características de los bonos sostenibles se encuentran vinculados con un propósito que permite al inversor ganar rédito económico mediante los intereses comprometidos en la emisión y de forma paralela o conjunta la posibilidad de financiar proyectos de impacto social y ambiental dentro del territorio nacional.

4. CONCLUSIONES

Tomando en cuenta la pregunta de investigación y con base en el desarrollo efectuado empleando la normativa local no existe limitante para que las IFD operen como emisiones de bonos sostenibles a fin de financiar proyectos de impacto social y ambiental, por intermedio de la colocación de microcréditos. De esta forma la investigación propone establecer la resolución de dos situaciones jurídicas. La primera, relacionada a la IFD que actuarán como emisores de los bonos sostenibles tomando en cuenta su naturaleza no lucrativa y uso de tecnologías de microcrédito y la segunda, corresponde a facilitar el acceso a microcréditos a la población de escasos recursos y anegada de la banca tradicional. Lo que permitirá que la población y los emprendedores acceder a créditos productivos para financiar la ejecución de proyectos que generen impacto ambiental y social positivo (Delclaux, 2014 y ASFI, 2023).

Considerado la información proporcionada por la BBV se destaca seis operaciones bursátiles que vencen en el presente año en curso, por consiguiente, la emisión de bonos sostenibles es una alternativa para reponer el capital que tendrá que ser pagado por las IFD al vencimiento de la emisión. Asimismo, con base en la información proporcionada, en los últimos cinco años, por las dos bolsas de valores de la república de Chile y Argentina se identifica, entre ambos, más de cuarenta

emisiones de bonos: Verdes, Sustentables y Sociales. En función a los volúmenes de colocaciones, es decir los montos o sumas de dinero, y el financiamiento de proyectos sostenibles emitidos en las respectivas bolsas de valores de cada país, es posible comprender y/o especular, los motivos que por los cuales la ASFI procedió a la actualización de la normativa del mercado de valores son su inclusión en el mercado boliviano.

En consecuencia, si es posible que la IFD sean el canal idóneo que permita financiar microcréditos destinados a la generación de proyectos de impacto social y ambiental empleando la emisión de bonos sostenibles en la BBV.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por su tolerancia al tiempo dedicado a la presente investigación.

A la Universidad Privada del Valle S.A. (UNIVALLE), por el cuso de verano correspondiente a la gestión I-2023.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón Pablo, P. (2018) Una Metodología Comparativa Crítica Aplicada al Sistema Constitucional Ecuatoriano. *Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador*. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7089/1/SDS-003-Alarcon-Una%20metodologia.pdf>

ASFI (2023). Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, Recopilación de Normas para el Servicio Financiero, <https://www.asfi.gob.bo/index.php/norm-serv-fina-norm/recopilacion-de-normas.html>

ASFI (2023). Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, Recopilación de Normas para el Mercado de Valores, <https://www.asfi.gob.bo/index.php/normativa-valores/recopilacion-de-normas.html> ASFI (2021). Glosario de Términos Frecuentes, (<https://www.asfi.gob.bo/index.php/esfc-glosario.html>), Consultado el 26 de mayo de 2022.

Asociación de Instituciones Financieras de Desarrollo (2022). Información Financiera. https://www.finrural.org.bo/archivos/info_financiera/2022/financiera_12_2022.pdf

Cámara Argentina de Comercio y Servicios (2017). Las empresas B. https://www.cac.com.ar/data/documentos/29_empresas%20b.pdf

Campusano, R. D. (2015) El concepto de desarrollo sustentable en la doctrina y en la práctica de tribunales nacionales. *Actualidad Jurídica* N°31. https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ31_119.pdf

Corona Treviño, L. (2022). Innovación: teorías, metodologías y aplicaciones. 1. Editorial Miguel Ángel Porrúa., <https://elibro.net/es/ereader/bibliounivalle/224804>

Delclaux, L. A. (2014). Análisis Comparativo de las Instituciones de Microfinanzas en Bolivia. Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/289/TFG000114.pdf?sequence=1>

Estado Plurinacional de Bolivia. (2010) Constitución Política del Estado. La Paz: Gaceta Oficial. Estado Plurinacional de Bolivia. (2013) Ley de Servicios Financieros N° 393. La Paz: Gaceta Oficial.

Fernández Lilia y Gutierrez Mirella (2013) Bienestar Social, Económico y Ambiental para las Presentes y Futuras Generaciones. *Scielo* (Vol.24, N°2 La Serena). 121-130.

Foladori Guillermo (2005). ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable (Primera edición). Universidad Autónoma de Zacatecas.

Kempf Martin (2014), B Corporations: Evolution Of Capitalism? An approach to the “B Movement” and the impact in Chile. *Universität Leipzig*. http://academiab.org/wp-content/uploads/2015/01/B-Corporations-Essay_Mod-103_Martin-Kempf.pdf

Kido, A. C.; Ortiz, A. Z. & Teresa, M. K. (2022). Análisis comparativo de la eficiencia de las instituciones micro financieras en América Latina; una evaluación mediante la envolvente de datos (dea). *Scielo*. <https://economiatyp.uam.mx/index.php/ETYP/article/view/605/764>

Ministerio de Hacienda de Chile (2022). Bonos Sostenibles de la República de Chile 2022. <https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/oficina-de-la-deuda-publica/bonos-sostenibles/bonos-sostenibles/2022-usd-2027-usd-2034-usd-2052-/caso-de-estudio->

Noked, N. (2012). Benefit Corporations vs “Regular” Corporations: A Harmful Dichotomy. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. <https://corpgov.law.harvard.edu/2012/05/13/benefit-corporations-vs-regular-corporations-a-harmful-dichotomy/>

Organización de las Naciones Unidas (ONU, Rio de Janeiro Brasil, Junio 2012).

Organización de las Naciones Unidas (ONU, Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático, Mayo, 1992).

Panceri, J. (2021). *Sustentabilidad: economía, desarrollo sustentable y medio ambiente*. Editorial Biblos. <https://elibro.net/es/ereader/bibliounivalle/173414>

Ramirez, A. (Marzo, 2003), El Desarrollo Sustentable: Interpretación y Análisis. *Revista del Centro de Investigación. Universidad La Salle México*. ISSN: 1405-6690, 58-59.

Real Academia Española (2021). Diccionario de la lengua española. (A. d. Española, Ed.) España. Obtenido de <https://dle.rae.es/>

Revista Forbes, Today Marks A Tipping Point In The Evolution Of Capitalism. 2017 de Julio 2013. Ergueta Maria.T, (2013). El Microcrédito ¿Una Estrategia de abatimiento de la Pobreza? [Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona] Archivo digital. www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/133271/maet1de1.pdf?sequence=1

Artículo científico

El derecho humano a la vida y los feminicidios en Paraguay, antes y durante la Pandemia del Covid-19

The human right to life and femicides in Paraguay, before and during the Covid-19 Pandemic

ROBERTO FONSECA FERIS

Universidad Americana, Paraguay

0000-0002-2186-1649

RESUMEN

En la fase pico de la pandemia del COVID-19 se decretó a nivel nacional en Paraguay el confinamiento obligatorio lo cual conllevó a la convivencia ininterrumpida de las familias dentro del hogar por espacios prolongados de tiempo. Durante el período se cometieron hechos punibles de feminicidio de ahí que el objetivo principal de la investigación fuese analizar la cantidad de feminicidios cometidos en Paraguay durante la pandemia del COVID-19 y comparar la frecuencia con años anteriores. Se hizo un estudio documental cuantitativo en base informes estadísticos publicados por el Observatorio de la Mujer de Paraguay tomado la línea de tiempo 2017-2022. Se examinaron también las leyes nacionales y documentos internacionales de protección a las mujeres contra toda forma de violencia. Los datos estadísticos se llevaron a tablas y luego de la comparación se concluyó que el mayor índice de feminicidio estuvo entre los años 2016 y 2017, en los años 2020, 2021 y 2022, contrario a los pronósticos que se avizoraban por la convivencia obligatoria dispuesta por la pandemia del COVID-19 se cometieron hechos de feminicidio en menor frecuencia. Resultó evidente que las acciones de los órganos políticos estatales aún son insuficientes para disminuir o erradicar ese crimen.

Palabras clave: derecho a la vida, feminicidio, pandemia del Covid-19, Paraguay.

ABSTRACT

In the peak phase of the COVID-19 pandemic, mandatory confinement was decreed at the national level in Paraguay, which led to the uninterrupted coexistence of families within the home for prolonged periods of time. During the period, punishable acts of femicide were committed, which is why the main objective of the investigation was to analyze the number of femicides committed in Paraguay during the COVID-19 pandemic and compare the frequency with previous years. A quantitative documentary study was carried out based on statistical reports published by the Women's Observatory of Paraguay, taking the 2017-2022 timeline. National laws and international documents protecting women against all forms of violence were also examined. The statistical data were put into tables and after the comparison it was concluded that the highest rate of femicide was between the years 2016 and 2017, in the years 2020, 2021 and 2022, contrary to the forecasts that were foreseen due to the mandatory coexistence ordered by During the COVID-19 pandemic, acts of femicide were committed less frequently. It became evident that the actions of state political bodies are still insufficient to reduce or eradicate this crime.

Keywords: right to life, femicide, Covid-19 pandemic, Paraguay.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Fonseca Feris, R. (2024). El derecho humano a la vida y los feminicidios en Paraguay, antes y durante la Pandemia del Covid-19. *Juris Studia*, 1(1), pp. 129-137.

INTRODUCCIÓN

El feminicidio a través de los años ha ocasionado más muertes de mujeres que las ocasionadas con el virus del COVID-19. De acuerdo a un artículo publicado por la organización “Ayuda en Acción” solo en el año 2017, 87 mil mujeres fueron víctima de feminicidios en el mundo, lo que implica 137 mujeres cada día (García, 2020).

En América la pandemia del COVID-19 en el año 2020 provocó la muerte de 1,1 millones de personas, de ellas el 40% eran mujeres, lo que significa que 440 mil mujeres perdieron la vida (Organización Panamericana de la Salud, 2020). Esta cifra resulta insignificante si se contabiliza la cantidad de mujeres que han perdido la vida por causas de la violencia feminicida en el transcurso de la historia.

Tomado como base la cifra de 87.000 mujeres víctimas en el año 2017, solo sumando 10 años anteriores sería el doble, o sea, 870.000. Esta cantidad se supera con creces a medida que se le agregan años. El feminicidio visto como la muerte de una mujer por su propia condición de mujer, es la manifestación más exagerada de violencia en su contra. Generalmente está precedido por actos de violencia verbal, psicológica, física, entre otras.

La acción se justifica ya sea por el agresor o la propia sociedad queriendo hacer responsable a la mujer, por el hecho de usar determinadas prendas de vestir, o no acatar las órdenes de sus parejas o miembros masculinos de la familia, o por sobresalir laboral o económicamente. Existe también una falsa cultura relacionada a que la mujer es el “sexo débil” y necesita tener una persona que la represente y defienda, pero esa “protección” tiene un costo, es a cambio de obediencia y sumisión.

Existe un empoderamiento de las mujeres, pero frente a esto se encuentra una cultura patriarcal arraigada en las sociedades modernas, por lo que se necesita una fuerte protección, para contrarrestar legalmente las acciones violentas en su contra. Un primer paso fue la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) del año 1948, aprobada por los estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU), donde se estableció la igualdad de todas las personas y prescribió la tortura, los tratos crueles o degradantes (Artículos 1 y 5).

Esta organización internacional en el año 1979 aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). En el preámbulo parte del principio de igualdad de derechos entre los hombres y mujeres, así como el respeto a la dignidad humana. De igual forma exhorta a los Estados firmantes para que adopten medidas internas especiales con el propósito de erradicar la discriminación hacia la mujer, modificar patrones socioculturales de conductas y de esa manera ir eliminando los prejuicios y estereotipos en aras de garantizar una plena igualdad.

En Latinoamérica se firmó la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, donde se ratifican por los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) los derechos esenciales de las personas y se protege el derecho a la no discriminación, a la vida, integridad personal, la dignidad (Artículos 1, 4, 5, 11).

De igual forma, se firmó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como “Convención de Belem do Para”. En su preámbulo se establece la necesidad de erradicar la violencia contra la mujer lo cual es condición indispensable para el ejercicio pleno de la igualdad.

Aspecto importante de esta Convención es que define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (Artículo 1).

Plantea que la violencia que puede ser física, sexual y psicológica y debe tener dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (Artículo 2).

En Paraguay, a tono con los documentos internacionales antes mencionados y de los cuales es formante, se puso en vigencia en el año 2016 la Ley 5777 de protección integral a las mujeres. En su artículo 1 plasma el objeto de la ley, que es establecer políticas y estrategias de prevención de la violencia hacia la mujer, mecanismos de atención y medidas de protección, sanción y reparación integral, tanto en el ámbito público como en el privado.

Precisa además los derechos fundamentales que se protegen dígase a la vida, igualdad, integridad física y psicológica (Artículo 4). Determina los tipos de violencia, colocando en primer orden la violencia feminicida que consiste en la acción que atenta contra el derecho fundamental a la vida y causa o intenta causar la muerte de la mujer y que está motivada por su condición de tal, tanto en el ámbito público como privado (Artículo 6).

En ese orden se incluyó el hecho punible de feminicidio con pena de hasta 30 años de privación de libertad, cuando se le produjese la muerte a una mujer por su condición de mujer y existiesen vínculos afectivos, de parentesco, de subordinación o dependencia, o cuando se haya producido con anterioridad un ciclo de violencia (Artículo 50).

Como se observa, además de las leyes vigentes que proteger de forma general los derechos de todas las personas, se implementó la Ley 5777/16 como plus protección a la vida y otros derechos de la mujer. No obstante, la ley indica una conducta a seguir, pero por si sola no es suficiente para erradicar la violencia contra la mujer, máxime cuando hay patrones sociales arraigados que minimizan a la mujer.

A pesar de la ley los crímenes de feminicidio se continúan manifestando. Es así como en el año 2020, luego de ser decretada la pandemia por el Covid 19, donde se cerraron escuelas y centros de trabajo como formas de evitar el contagio y la muerte, se reportaron varios de estos hechos violentos en Paraguay.

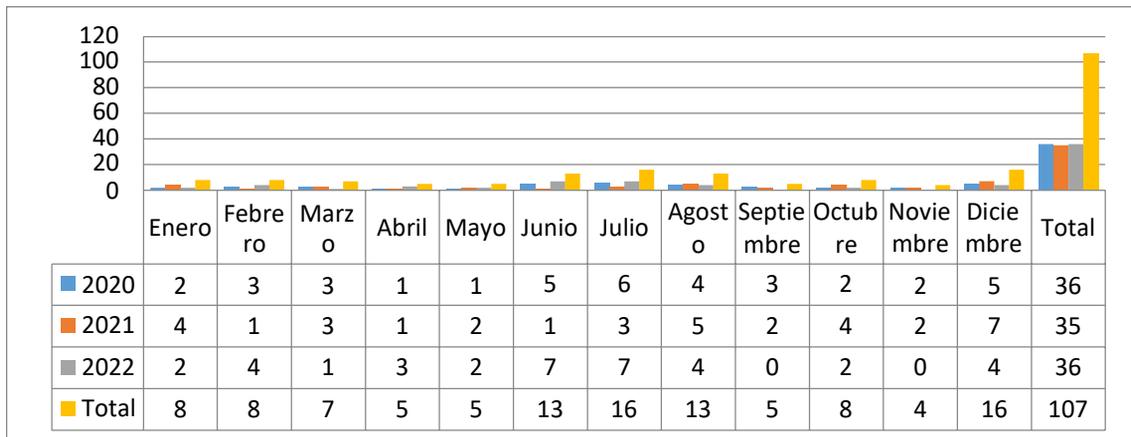
El objetivo del trabajo es analizar la cantidad de feminicidios cometidos en Paraguay durante el período crítico de la pandemia del Covid-19 y comparar la frecuencia con años anteriores y con el año 2022, donde se flexibilizaron las medidas.

METODOLOGÍA

Para la investigación se realizó un análisis exploratorio, documental cuantitativo, tomando como base datos estadísticos sobre el feminicidio en Paraguay en el período 2020-2022. Las fuentes consultadas consistieron en artículos sobre el tema, protocolos internacionales de protección a la mujer, leyes nacionales de Paraguay y los informes publicados por el Observatorio de la Mujer de Paraguay. Se analizaron también de forma global los datos sobre el feminicidio en los años 2018 y 2019 para la comparación estadística.

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

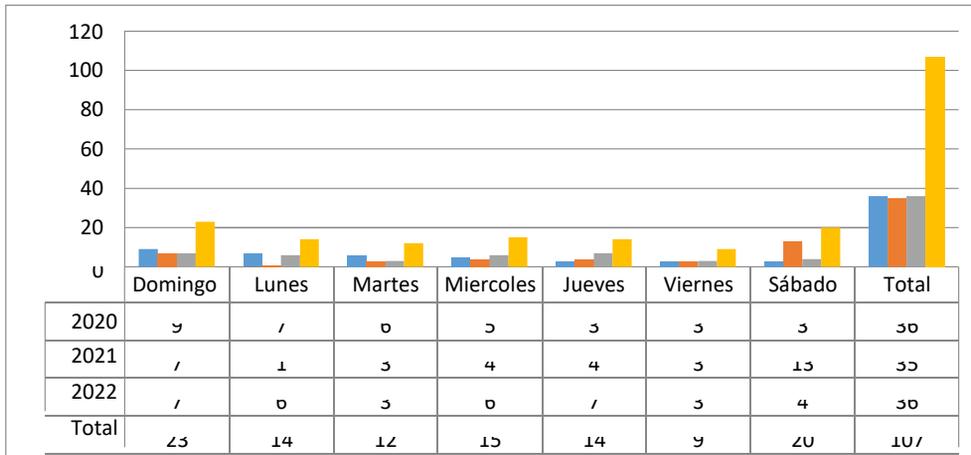
Gráfico 1: Comportamiento de los hechos de feminicidio por meses en los años 2020 a 2022



Fuente: Observatorio de la mujer, Paraguay.

Los meses de más incidencia fueron en el año 2020 julio con 6 casos y diciembre con 5 casos. En el 2021 agosto y diciembre. En el 2022 los meses de junio y julio. Coinciden dos estaciones diferentes invierno y verano. Coincide también con la etapa de las vacaciones escolares. En el análisis global los meses de más incidencia son julio y diciembre.

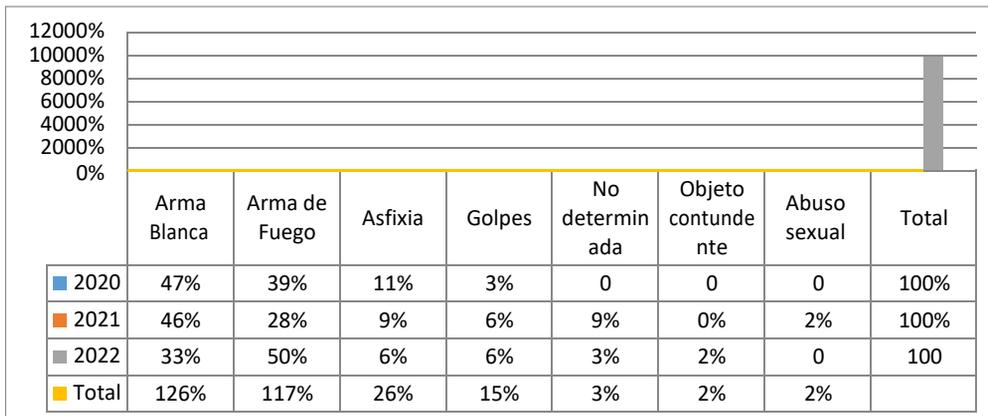
Gráfico 3 Días de ocurrencia feminicidio año 2020



Fuente. Observatorio de la mujer, Paraguay

Los días de más frecuencia fueron los domingos seguidos de los sábados, lo que indica que el fin de la semana existe más violencia.

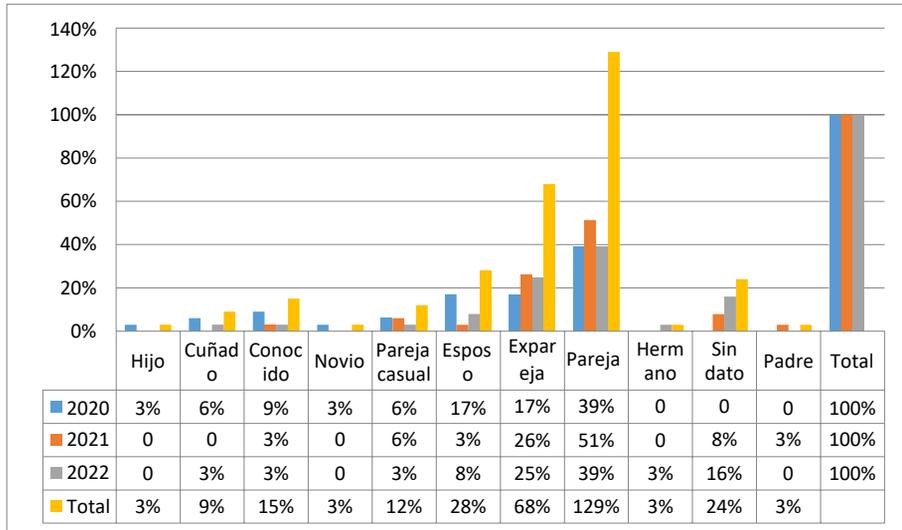
Gráfico 5 Mecanismos de muerte empleados en los feminicidio año 2020



Fuente. Observatorio de la mujer, Paraguay

El mecanismo más empleado fue la muerte por arma blanca seguido del empleo de arma de fuego y la muerte por asfixia.

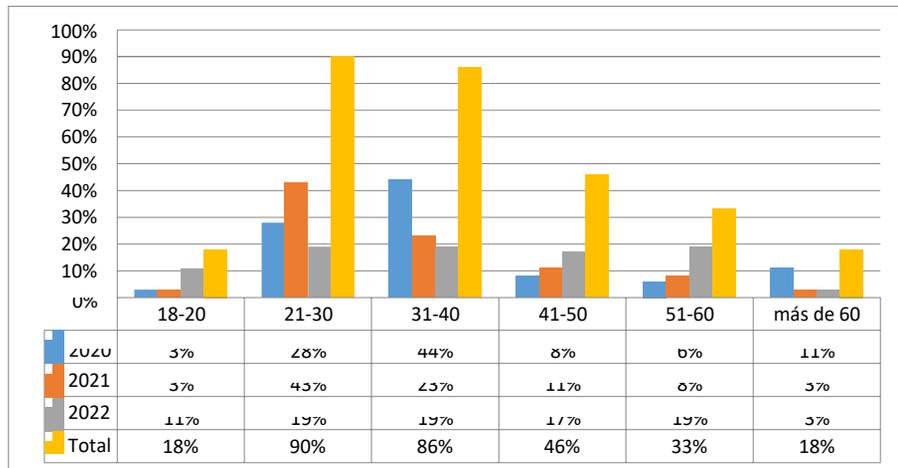
Gráfico 6 Vínculo con el agresor



Fuente. Observatorio de la mujer, Paraguay

Con relación al vínculo con el agresor en la mayoría de los casos fueron parejas, seguido por las exparejas.

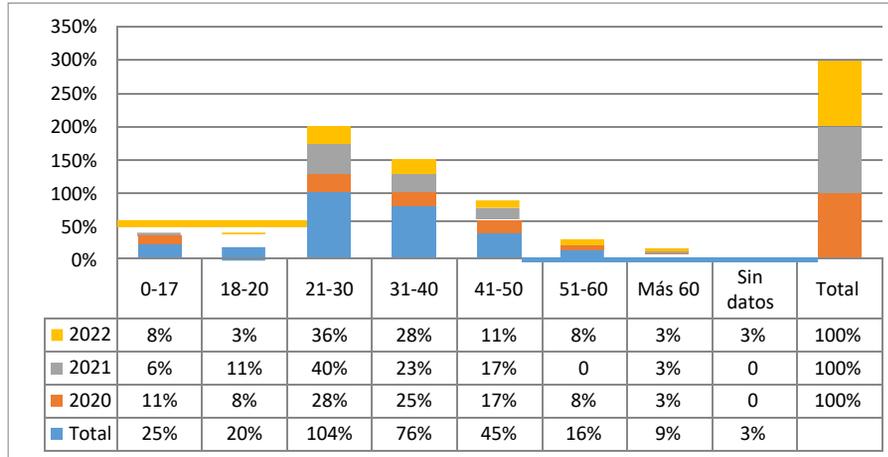
Gráfico 7 Rango edad agresor



Fuente. Observatorio de la mujer, Paraguay

La edad del agresor oscila desde los 18 hasta más de 60 años, pero predomina la comisión de hechos en hombres entre 21 y 30 años seguido de los de 31 a 40 años.

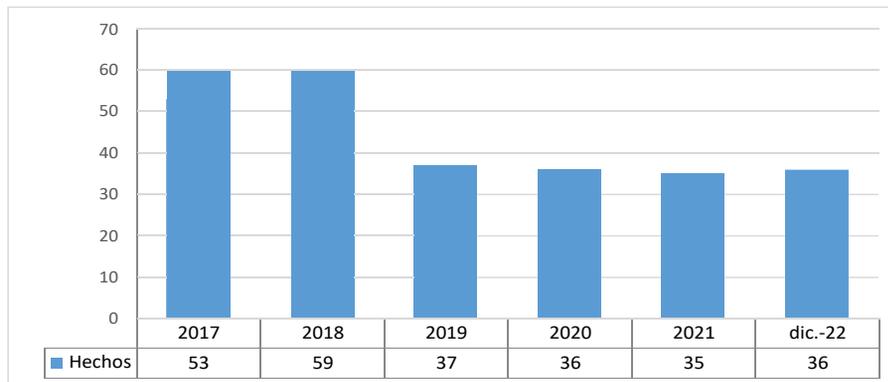
Gráfico 8 Edad víctima



Fuente. Observatorio de la mujer, Paraguay

Las víctimas en su mayoría son de menos edad que el agresor. El mayor rango está entre 21 y 30 años, seguido de 31 a 40 años. En un solo caso la víctima tenía más de 60 años.

Gráfico 9- Secuencia de feminicidios.



Fuente. Observatorio de la mujer, Paraguay

En 2017 y 2018 los hechos cometidos fueron más frecuentes con 53 y 59. Desde 2018 se aprecia una leve disminución lo cual puede ser por los efectos de la Ley 5777/16, que condena al feminicida y ha provocado que se hagan más denuncias preventivas por las mujeres sobre la violencia, o que los hombres por la condena se limiten a llegar a ese grado de violencia.

Durante 2020-2022, los hechos de feminicidio disminuyeron en relación a años anteriores. Los meses de mayor incidencia fueron junio y julio; y los días de más ocurrencia, los sábados y domingos.

La mayoría de los hechos se cometieron utilizando los victimarios, armas blancas seguidas de las armas de fuego. La relación sentimental fue la que predominó pues la mayoría de los autores fueron parejas o expareja. El rango de edad predominante de los agresores fue entre 21 y 30 años; y de las víctimas, entre 21 y 30 seguido de 31 y 40.

Durante la pandemia del COVID-19, contrario a lo que se pronosticaba por el confinamiento obligatorio y la convivencia permanente, se aprecia una disminución con relación a años anteriores de los hechos de feminicidio. Se pudo observar que en 2018 ocurrieron 59 hechos, y 53 en 2017.

CONCLUSIONES

El feminicidio es un hecho que se tipifica cuando se le produce la muerte a una mujer por el solo hecho de ser mujer, es un crimen que de forma general impone la supremacía de un sexo hacia otro y se justifica al existir una cultura machista y patriarcal.

Se han aprobado por las organizaciones internacionales como la ONU y OEA acuerdos que ofrecen plus protección a las mujeres. Tal es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención de Belem do Para, a través de las cuales se conmina a los Estados firmantes para que adopten medidas internas que protejan los derechos de las mujeres.

En Paraguay se aprobó por el Congreso Nacional la Ley 5777 del año 2016 donde se conceptualizan las formas de violencia y se tipifica el feminicidio como crimen. En el año 2020 durante la pandemia del Covid-19 se cometieron hechos de feminicidio en menor frecuencia que años anteriores, contrario a los pronósticos que se avizoraban por la convivencia obligatoria.

En principio la ley resultó persuasiva por la sanción que prevé, o las mujeres han adquirido mayor conciencia al momento de denunciar las acciones de violencias previas al feminicidio. No obstante, se necesitan políticas públicas educativas y culturales para prevenir y tratar de erradicar estos crímenes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Congreso de la Nación Paraguaya. Ley 5777 de 29 de diciembre de 2016 sobre la protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/8356/ley-n-5777-de-proteccion-integral-a-las-mujeres-contratoda-forma-de-violencia>

García, N. (2020) Cifras y datos de la violencia de género 2020. Organización Ayuda en Acción <https://ayudaenaccion.org/blog/mujer/violencia-genero-cifras/>

Organización Panamericana de la Salud (OPS). Resultados de salud desglosados por sexo en relación con la pandemia de COVID-19 en la Región de las Américas enero 2020 a enero 2021. https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rttFsjUwRnoj:https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53603/OPSPHEEGCCOVID-19210007_spa.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=py

Organización de Naciones Unidas (ONU). Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948 aprobada por Resolución 217 A de la ONU. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización de Naciones Unidas (ONU). Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979. https://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contra_la_mujer.pdf

Organización de Estados Americanos (OEA) Convención Americana de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Organización de Estados Americanos (OEA). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Adoptada el 9 de junio de 1994 durante el Vigésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Observatorio de la mujer en Paraguay, 2020. http://observatorio.mujer.gov.py/application/files/3916/4087/1523/Resumen_de_Victimas_de_Feminicidio_en_el_Paraguay-Diciembre-2021.pdf

Artículo científico

Las personas con discapacidad y el acceso a la justicia: un tema pendiente en el constitucionalismo boliviano

People with disabilities and access to justice: a pending issue in Bolivian constitutionalism

JOSÉ ALFREDO MOLINA

Universidad Privada Franz Tamayo, Bolivia

[0009-0001-0888-3210](https://doi.org/10.009-0001-0888-3210)

RESUMEN

El objetivo de la investigación es analizar la situación del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en general, en la ciudad de Cochabamba, en relación con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Plurinacional de Bolivia y el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. Para ello, se examinó el bloque de constitucionalidad y la legislación boliviana, la identificación de obligaciones internacionales de Bolivia en materia de derechos de las personas con discapacidad y la evaluación de la inversión pública en infraestructura y medio de comunicación. En general, los datos obtenidos demuestran que existen varias obligaciones internacionales en materia de acceso a la justicia y comunicación procesal para las personas con discapacidad, pero poca o nula inversión pública para cumplir con dichos deberes en el Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia y, en especial, en la ciudad de Cochabamba.

Palabras clave: Discapacidad, acceso a la justicia, constitucionalismo, Bolivia.

ABSTRACT

The objective of the research is to analyze the situation of the right of access to justice of people with disabilities in general, in the city of Cochabamba, in relation to the international obligations assumed by the Plurinational State of Bolivia and contemporary Latin American constitutionalism. To this end, the constitutionality block and Bolivian legislation were examined, the identification of Bolivia's international obligations regarding the rights of people with disabilities and the evaluation of public investment in infrastructure and media. In general, the data obtained demonstrate that there are several international obligations regarding access to justice and procedural communication for people with disabilities, but little or no public investment to comply with said duties in the Judicial Branch of the Plurinational State of Bolivia and, especially, in the city of Cochabamba.

Keywords: Disability, access to justice, constitutionalism, Bolivia.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: Molina, J. A. (2024). Las personas con discapacidad y el acceso a la justicia: un tema pendiente en el constitucionalismo boliviano. *Juris Studia*, 1(1), pp. 138-149.

INTRODUCCIÓN

En la literatura boliviana existen diversos estudios respecto a la presencia de la discapacidad intelectual en la familia, sensibilización o educación inclusiva, entre otros, pero no existen a la fecha estudios profundos que hayan indagado respecto al derecho de acceso de justicia ni el régimen de comunicaciones procesales respecto a las personas con discapacidad con relación a los servicios judiciales ofrecidos por el Estado boliviano. De allí que resulte importante indagar respecto al ámbito de efectividad de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad en cuanto al acceso a la administración de justicia, especialmente desde el punto de vista de la infraestructura, así como medios de comunicación procesal.

La investigación se desarrolló en el marco de las diversas teorías de la justicia que han dirigido su atención al ámbito abstracto de las capacidades, así como a la dimensión comunicativa o pragmática del Derecho, v.gr. Martha Nussbaum, Amartya Sen, Jürgen Habermas, Manuel Atienza o Roberto Gargarella, respectivamente, quienes, en diversas formas y grados, han influido en el constitucionalismo contemporáneo, aportando al debate deontológico del Derecho.

En tal sentido, el objetivo general consistió en analizar la situación del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en general, en la ciudad de Cochabamba, en relación con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Plurinacional de Bolivia y el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. Para ello, los objetivos específicos han sido: 1) examinar el bloque de constitucionalidad en relación a la legislación boliviana, respecto a los derechos de las personas con discapacidad en general; 2) identificar obligaciones internacionales del Estado Plurinacional de Bolivia en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad; y 3) valorar la inversión pública en infraestructura y medios de comunicación para personas con discapacidad en el Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba en los últimos tres años.

METODOLOGÍA

La investigación es de tipo cualitativo, ya que se procedió a la revisión y análisis de la literatura disponible sobre el tema, así como las disposiciones normativas y datos referidos al objeto de estudio. También es de carácter exploratorio, porque necesita de investigaciones más amplias y que profundicen más sobre el tópico. Para ello, se procedió a la revisión bibliográfica de contenido, elaboración de fichas jurisprudenciales, el derecho comparado, así como revisión de los informes del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas respecto a Bolivia.

Se procedió a la sistematización de las disposiciones normativas referidas a las personas con discapacidad en general a partir del bloque de constitucionalidad del Estado boliviano, posteriormente se identificó aquellas disposiciones normativas, tanto de fuente internacional, como de derecho interno, referidas al acceso a la justicia y el régimen de comunicación procesal.

Asimismo, se recolectaron datos de diversas páginas web de las instituciones públicas bolivianas que brindan información sobre personas con discapacidad, vinculadas a la administración de justicia y la promoción de Derechos Humanos. La información sobre los gastos e inversiones realizados por el Tribunal

Departamental de Justicia de Cochabamba fue obtenida de sus medios de comunicación en redes sociales, así como de su página web oficial. Se hace notar que mucha de esta información no es de fácil acceso al público, porque no está disponible de forma sistematizada ni clara en apartados especiales o específicos.

Para la elaboración de las fichas jurisprudenciales se ha consultado la página web del Tribunal Constitucional Plurinacional y se buscó, principalmente, doctrina constitucional respecto al tema.

Finalmente, se consultó las rendiciones públicas de cuentas tanto del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, Dirección Administrativa y Financiera (DAF) dependiente del Consejo de la Magistratura y del propio Consejo de la Magistratura, de las gestiones 2020 a 2022, para obtener datos de inversión en infraestructura, servicios judiciales en línea y capacitación de personal relativos a los derechos de las personas con discapacidad en general. Estos datos fueron evaluados conforme a las obligaciones identificadas, a partir del criterio de inversión en infraestructura, capacitación y medios digitales de comunicación procesal.

RESULTADOS

De acuerdo a los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) con base en el censo del año 2012, 342.929 personas en Bolivia informaron que tenían alguna discapacidad, correspondiendo el 50,9% a personas de sexo femenino y el 49,1% restante a hombres (Agencia de Noticias Fides, 2016). Por lo demás, no se pudo encontrar información sistematizada y actualizada sobre estos datos en la página web¹ del INE o en los sitios donde presenta algunos de sus resultados². Otras instituciones públicas ofrecen diversas cifras con relación a este grupo social. Por ejemplo, de acuerdo a la información manejada por la Defensoría del Pueblo, existen 95.884 personas con discapacidad en Bolivia (Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, 2019). Éste dato, en específico, no indica bajo qué criterios se procedió al cómputo o clasificación de las personas, por lo que se da a entender que se refiere a la totalidad de personas con discapacidad en Bolivia. En el caso del Sistema del Programa de Registro Único Nacional de Personas con Discapacidad (SIPRUNPCD), hasta agosto del año 2022 se tenían registradas 5.021 personas con discapacidad intelectual (Ministerio de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2022). De acuerdo al Instituto Boliviano de la Ceguera (IBC), ella cuenta con un total de 6.812 afiliados (Instituto Boliviano de la Ceguera, s.f.).

En el ámbito del Derecho positivo, el artículo 410 de la Constitución Política del Estado es la disposición normativa que menciona principalmente las condiciones de validez formal y material del ordenamiento jurídico boliviano. Dicho enunciado normativo establece que los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, éste último que es un subconjunto de disposiciones normativas a las que se atribuye la misma jerarquía que la Constitución *per se*. Bajo tales criterios, se tiene que forman parte del ordenamiento jurídico boliviano, con validez formal y material, los siguientes instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos de las personas con discapacidad:

- 1) “Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” (CIEDD), suscrita en 07 de junio de 1999, aprobada mediante Ley N° 2344 de 26 de abril de 2002;
- 2) “Convención sobre Derechos de las Personas con discapacidad” (CDPD) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), suscrita en 13 de agosto de 2007 y aprobada mediante Ley N° 4024 de 15 de abril de 2009;
- 3) “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad” (Protocolo de la CDPD) de la ONU, aprobada también mediante Ley N° 4024 de 15 de abril de 2009; y
- 4) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, ratificada mediante Ley N° 12 de diciembre de 2005.

Estos cuerpos jurídicos se complementan, a su vez, con otros enunciados jurídicos que se encuentran en el mismo subconjunto normativo, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración Americana de Derechos Humanos y, finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es importante señalar que el Tribunal Constitucional Plurinacional también ha adoptado la teoría del Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ampliando así el ámbito de significado de las disposiciones del artículo 410 de la Constitución, por lo que también forman parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a derechos de las personas con discapacidad, los siguientes cuerpos jurídicos: Declaración de los Derechos de los Impedidos de 9 de diciembre de 1975, los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 17 de diciembre de 1991, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 20 de diciembre de 1993.

Producto de dicho examen, se identificaron las siguientes obligaciones internacionales del Estado Plurinacional de Bolivia respecto a las personas con discapacidad en general:

- a) Adecuar la infraestructura de las instituciones vinculadas a la administración de justicia para garantizar el acceso a sus instalaciones y a los servicios públicos;
- b) Capacitar al personal tanto jurisdiccional como administrativo para que brinden sus servicios de acuerdo y conforme a las capacidades del justiciable;
- c) Los servicios judiciales en línea, de acceso al público, deben adecuarse a las capacidades de las personas con discapacidad;
- d) Los servicios de comunicación procesal electrónica deben adaptarse para permitir el acceso a la información por parte de personas con discapacidad intelectual;
- e) Brindar resoluciones judiciales en formatos accesibles a las personas con discapacidad.

Conforme a lo anterior, en Bolivia se promulgó la Ley Nº 223/2012 de 02 de marzo de 2012 o “Ley general para personas con discapacidad”, que tiene por objeto garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. En cuanto al objeto de estudio, dicha ley establece obligaciones para todas las instituciones públicas en los ámbitos de comunicación, accesibilidad a infraestructuras, así como acceso a la justicia. En efecto, el artículo 36 establece que las instituciones públicas están obligadas a incorporar la comunicación alternativa, tener un intérprete de lengua de señas, contar con personal capacitado para el uso de la misma, así como también señalización adecuada. Por su parte, el artículo 37 eiusdem establece que todas las instituciones públicas deben adecuar gradualmente su “estructura arquitectónica, sistemas, medios de comunicación y medios de transporte” [sic] a partir de la promulgación de dicha ley. De otro lado, el artículo 38 también contiene el deber de asegurar que las personas con discapacidad sean partícipes directos en los diversos procesos judiciales. Cabe señalar que, en virtud del cuerpo jurídico antes indicado, se promulgaron diversos decretos supremos en materia de educación y estabilidad laboral, más ninguno, a la fecha de la presente investigación, referido a infraestructura, comunicación procesal o acceso a la justicia de forma específica.

De la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de los últimos tres años, en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad en general, se tiene la siguiente doctrina: por ejemplo, en materia laboral tienen derecho a la estabilidad laboral y de inamovilidad laboral⁴. Asimismo, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha considerado a las personas con discapacidad como un grupo de atención prioritaria, por lo que sus acciones están exceptuadas de observar el principio de subsidiariedad en materia de amparos constitucionales. De otra parte, obiter dictum, ha reconocido que tienen derecho a ser protegidos por el Estado, asimismo que aquél adopte “medidas que busquen el vivir bien” de este grupo social.

En cuanto al derecho de acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional Plurinacional también se ha pronunciado al respecto a través de la sentencia constitucional 0273/2018- S4 de 11 de junio, reconociendo que este grupo social tiene también este derecho, citando para ello a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006. No se pudo encontrar otras resoluciones constitucionales que reiteren a dicha sentencia en el mismo sentido.

La información pública que brindan las diversas instituciones del Estado hicieron difícil indagar más respecto a los criterios de clasificación, grupos etarios, así como la gravedad de la discapacidad. Se observó que ni el Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, Tribunal Supremo de Justicia, ni el Consejo de la Magistratura ofrecen datos públicos respecto a la cantidad de personas con discapacidad que accede a algún servicio judicial. Por su parte, el Consejo de la Magistratura, si bien ofrece enlaces de acceso a algunas rendiciones públicas de cuentas, no registra ninguna del departamento de Cochabamba, así como las que ofrece en línea no eran accesibles en el periodo de la presente investigación.

No obstante, la Dirección Administrativa y Financiera (DAF), dependiente de la precitada institución, sí tiene publicadas en línea sus rendiciones públicas de cuentas. De acuerdo a las mismas, en cuanto a las instalaciones del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba se refiere, desde el año 2020 se reportan dos proyectos de preinversión titulados “Refacción y ampliación edificio antiguo

Tribunal Departamental de Justicia” y “Ampliación del Tribunal Departamental de Justicia”, respectivamente (Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial, 2021, pág. 29). En cuanto a los alcances de dichos proyectos respecto a accesibilidad para las personas con discapacidad, no existe mayor información. En la gestión 2021 se invirtió en el mantenimiento y refacción de los inmuebles del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba (2022, pág. 19), pero no se acredita ninguna vinculada a modificación de infraestructura para personas con discapacidad. En cuanto a los dos proyectos antes indicados, solamente se indica la ejecución presupuestaria, pero no el estado de contratación de la infraestructura (ob. Cit., pág. 35). Un panorama similar se encuentra en la gestión 2022, ya que se mantienen los gastos en mantenimiento y refacción ordinaria de los inmuebles del Tribunal Departamental de Justicia, (2023, págs. 39, 50), mientras que el proyecto “Ampliación del Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba” se sigue reportando como proyecto de preinversión (ob. Cit., pág. 49). En ninguna de las gestiones antes indicadas, se observa inversión en la modificación o mejora de los sistemas electrónicos de comunicación procesal, como es el caso del sistema Hermes.

En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia se refiere, a partir de la revisión de su Rendición Pública de Cuentas Final 2021, Rendición Pública de Cuentas Final 2020 y Rendición Pública de Cuentas Inicial 2022 (Tribunal Supremo de Justicia, s.f.), se infiere que aquellas gestiones no se programó ni previó inversión en infraestructura para facilitar el acceso a las personas con discapacidad, no se capacitó a los servidores públicos en materia de derechos de las personas con discapacidad, mucho menos se destinaron recursos a la modificación y adecuación de los servicios judiciales para esta grupo social.

El Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, que tiene sus principales oficinas en la ciudad de Cochabamba, presentó su Rendición Pública de Cuentas 2022 de forma oral (Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, 2022). De acuerdo a la misma, no se observa que en esa gestión se haya realizado alguna inversión en la mejora o modificación de la infraestructura de los juzgados de Cochabamba para garantizar el acceso a las personas con discapacidad. Asimismo, no reporta capacitación alguna en materia de derechos de las personas con discapacidad. La misma conclusión se obtiene al revisar sus rendiciones públicas de cuentas, realizadas de forma oral, en las gestiones 2020, 2021 y 2022, respectivamente (cfr. Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba, 2020a; 2020b; 2022; 2023).

No obstante, de acuerdo a la Rendición Pública de Cuentas 2022 de la Dirección General de Personas con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Justicia, en la gestión 2022 se realizó una “Capacitación a 100 operadores de justicia en el ‘Plan de Acceso a la Justicia para Personas con Discapacidad’” (Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional, 2022). Respecto a dicho plan, no se pudo encontrar mayor información que la contenida en dicho informe. En consecuencia, no se pudo determinar a qué cargo, jerarquía, sexo o a qué juzgado de qué ciudad pertenece ese grupo de cien personas capacitadas.

De acuerdo a la información disponible en la página web del “Sistema Plurinacional de Seguimiento, Monitoreo y Estadística de Recomendaciones sobre Derechos Humanos en Bolivia”, no existe constancia de que exista seguimiento o acciones en cuanto a derechos de las personas con discapacidad en materia de acceso a la

justicia. El sistema antes indicado registra observaciones realizadas por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD), pero no ofrece información sobre las acciones de seguimiento a las mismas.

En fecha 04 de noviembre de 2016, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió sus “Observaciones finales sobre el informe inicial del Estado Plurinacional de Bolivia” (2016). De las que son relevantes para el objeto de investigación, se destaca que se haya recomendado la revisión de la Constitución para reconocer a las personas con discapacidad como titulares plenos de derechos humanos (párr. 6). Se destacó la preocupación por la ineficacia de los recursos legales para que las personas con discapacidad presenten sus quejas por discriminación (párr. 11). Se recomendó al Estado programas de concientización sobre los derechos de las personas con discapacidad a los servidores públicos y administradores de justicia (párr. 20). Se instó a que el Estado implemente metas y plazos mesurables para implementar planes de accesibilidad a las personas con discapacidad, con sanciones por el tal incumplimiento. En materia de acceso a la justicia, los numerales 29 y siguientes, demuestran que el Comité observó que existan restricciones de acceso a la justicia (párr. 29), que no existan ajustes de procedimiento, ni ajustes de infraestructura ni de comunicación para el acceso a la justicia (párr. 32), ni que existan programas de capacitación para el ámbito judicial (párr. 32-33). Asimismo, el Comité recomendó al Estado a que reconozca el lenguaje de señas como un lenguaje oficial y que se capacite a los servidores públicos para facilitar el acceso a los servicios públicos a las personas con discapacidad (párr. 51-52). Finalmente, también se recomendó al Estado a que recopile y clasifique datos para elaborar estadísticas especializadas sobre las personas con discapacidad en coordinación con ellas (párr. 70). Conforme al mismo documento, se espera que, para diciembre de 2023, el Estado Plurinacional de Bolivia presente sus informes combinados, informando también sobre el cumplimiento de las observaciones plasmadas en el documento de marras.

DISCUSIÓN

El concepto “discapacidad” en sí mismo es problemático y tiene diversos significados. Muchas veces el sentido que adquiere está mediado por diversas consideraciones, ya sean culturales, económicas o médicas. No obstante, la legislación boliviana y, en especial, las diversas disposiciones normativas convencionales usan aún dicho término conforme a su uso práctico. Por ejemplo, el artículo 5.3 de la Ley N° 233 define “personas con discapacidad” como “aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales y/o sensoriales a largo plazo o permanentes, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por su parte, el Protocolo de San Salvador utiliza “minusválido” referirse a este conjunto social, a pesar de que desde 1980 la Organización Mundial de la Salud propone distinguir entre enfermedad, deficiencia, discapacidad y minusvalía. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas (ONU), por ejemplo, no brinda una definición precisa de “discapacidad”. De ahí que muchas veces en la interpretación de las disposiciones normativas se enfrente a la vaguedad o ambigüedad del lenguaje, lo cual puede repercutir negativamente contra este grupo social. Es importante que el Estado Plurinacional de Bolivia, para definir sus políticas públicas en favor

de las personas con discapacidad, delimite razonablemente lo que se comprenderá por “discapacidad” y a qué grupo concreto van destinadas sus políticas.

Los datos que ofrecen las instituciones públicas no permiten realizar una clasificación de las personas con discapacidad de acuerdo a dichas categorías. Es más, la información sobre estos datos no es de acceso público a través de internet. Los diversos datos que ofrecen algunas instituciones estatales son muy dispares y, en muchos casos, no indican la fuente o cómo se obtuvieron los mismos. Esto resulta preocupante, porque si no se cuentan con estadísticas actualizadas por cada subconjunto de las personas con discapacidad, el proceso de planificación e inversión pública se ve seriamente truncado. Como se identificó que existe la obligación estatal de mantener estadísticas actualizadas, se infiere que el Estado boliviano incumple con tal deber.

Se observó que existen disposiciones internacionales que obligan al Estado boliviano a garantizar el derecho de acceso de accesibilidad en general, a modificar los usos y prácticas estatales, prestar servicios que faciliten la comunicación con las personas con discapacidad, prestar servicios especializados para acceder a la administración de justicia, garantizar los mismos derechos procesales que los demás sujetos procesales de acuerdo a sus capacidades, garantizar el acceso a la información y decisiones judiciales en formato accesible y adecuado para cada discapacidad, a facilitar la comunicación procesal conforme a su grado de discapacidad y brindar atención con personal judicial capacitado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Furlan y familiares vs. Argentina (EPFRC. 2012, párr. 269) constató la vulneración del derecho de acceso a la justicia de un menor de edad con discapacidad porque, entre otras cosas, no accedió al sistema de justicia en condiciones de igualdad. Asimismo, la Corte IDH se pronunció respecto a la obligación que tiene el Estado de ajustar el entorno para garantizar la movilidad de las personas con discapacidad (Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. EPFRC. 2016, párr. 213).

La jurisprudencia constitucional boliviana consultada de los últimos cinco años, muestra que, existe un reconocimiento de que el Estado boliviano considera a las personas con discapacidad un grupo de atención prioritaria y que se debe garantizar su plena igualdad, se ha buscado garantizar su derecho a la estabilidad laboral, así como se ha reconocido que tienen también el derecho de acceso a la justicia.

Si bien desde el ámbito normativo, conforme a lo anterior, existe un desarrollo importante en el reconocimiento y formulación expresa de derechos y obligaciones con relación a las personas con discapacidad intelectual, en el ámbito judicial quedan pendiente la dimensión fáctica o de efectividad de dichas disposiciones, puesto que el Estado boliviano no cumple con sus obligaciones, ni las observaciones del Comité.

Los datos obtenidos muestran que, en los últimos tres años, en cuanto al Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba y, en específico, con relación a la ciudad de Cochabamba, no ha existido inversión pública en modificación o adecuación de la infraestructura para garantizar el acceso a sus instalaciones de las personas con discapacidad en general. La mayor parte del gasto público del periodo investigado está destinado a la refacción y mantenimiento ordinario. No se evidenció que exista inversión en señalética o implementación de mecanismos de comunicación procesal adaptados o enfocados a las personas con discapacidad. Es más, no se ha

invertido en la mejora o adaptación de los sistemas de comunicación procesal para personas con discapacidad.

La evaluación realizada por cada categoría de discapacidad prevista por la Ley Nº 233, vale decir personas con discapacidad motora, auditiva, visual, mental e intelectual, con relación a los criterios de infraestructura, capacitación y medios digitales de comunicación procesal, no permitió inferir que se haya invertido en adecuar la infraestructura del Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de Cochabamba para garantizar el acceso a sus instalaciones y servicios a personas con discapacidad visual o auditiva, por ejemplo. Asimismo, el Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba no informa sobre capacitaciones de su personal en materia de derechos de las personas con discapacidad como sujetos procesales. De otra parte, tampoco se observó que se haya informado respecto a la adaptación del sistema de comunicación procesal digital en favor de personas con discapacidad visual o intelectual, o que existan inversiones para adaptar el sistema Hermes para lograr tales fines. En este sentido, el cumplimiento de las obligaciones internacionales queda pendiente y asume una importancia notable para que el Estado adopte medidas inmediatas.

Todo esto demuestra que, dentro de la inversión pública en materia de acceso a la justicia, las personas con discapacidad no han sido una prioridad en los últimos años. Esto es preocupante, porque de acuerdo al ordenamiento jurídico boliviano, éste es un grupo de atención prioritaria, cual ha indicado el Tribunal Constitucional Plurinacional (cfr. supra).

Debe considerarse que las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad datan del año 2016 y en los últimos tres años, en la ciudad de Cochabamba, no se evidencian cambios significativos en cuanto a infraestructura o comunicación procesal se refiere. La ausencia de información clara, pública y accesible, junto a la nula inversión en sus derechos, no permiten inferir que el Estado boliviano, por lo menos en la ciudad de Cochabamba, haya estado cumpliendo o implementando mejoras para desvirtuar las observaciones del Comité.

CONCLUSIONES

El objetivo de la investigación fue analizar la situación del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en general, en la ciudad de Cochabamba, en relación con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Plurinacional de Bolivia y el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, para lo cual se procedió a examinar el bloque de constitucionalidad y la legislación boliviana, la identificación de obligaciones internacionales de Bolivia en materia de derechos de las personas con discapacidad y la evaluación de la inversión pública en infraestructura y medio de comunicación. En general, los datos obtenidos demuestran que existen varias obligaciones internacionales en materia de acceso a la justicia y comunicación procesal para las personas con discapacidad, pero poca o nula inversión pública para cumplir con dichos deberes en el Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia y, en especial, en la ciudad de Cochabamba.

La investigación mostró que el Estado boliviano ha realizado importantes avances en el ámbito normativo, vale decir en cuanto a promulgar disposiciones normativas

tiva y Financiera del Órgano Judicial. Obtenido de https://daf.organojudicial.gob.bo/Documentos/RFINAL_2021-WEB.pdf

Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial. (2023). Rendición pública de cuentas final 2022 (Primera ed.). Sucre, Bolivia: Dirección Administrativa y Financiera del Órgano Judicial. Obtenido de <https://daf.organojudicial.gob.bo/Documentos/rendicion2022Final.PDF>

Instituto Boliviano de la Ceguera. (s.f.). Estadísticas de personas ciegas afiliadas al I.B.C. Recuperado el 20 de enero de 2023, de Instituto Boliviano de la Ceguera: <http://www.ibc.gob.bo/estadisticas.php>

Ministerio de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia. (11 de octubre de 2022). CONALPEDIS llama a respetar los derechos y la efectiva inclusión de las personas con discapacidad psíquica y mental. Recuperado el 03 de enero de 2023, de Ministerio de Justicia: https://www.justicia.gob.bo/portal/noticia_modal.php?new=n-3qrZg%3D%3D

Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional. (abril de 2022). Rendición pública de cuentas inicial gestión 2022 . Recuperado el 04 de enero de 2023, de Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional: https://www.justicia.gob.bo/cms/files/INFORME_RPCI%20GESTION_2022_2ewj3g6w.pdf

Nussbaum, M. (2007). Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión (Primera ed.). (R. Villa Vernis, & A. Santos Mosquera, Trads.) Barcelona, España: Paidós.

Sen, A. (2021). La idea de la justicia (Segunda ed.). (H. Valencia Villa, Trad.) Madrid, España: Taurus.

Sistema Plurinacional de Seguimiento, Monitoreo y Estadística de Recomendaciones sobre Derechos Humanos en Bolivia. (s.f.). Sistema Plurinacional de Seguimiento, Monitoreo y Estadística de Recomendaciones sobre Derechos Humanos en Bolivia. Recuperado el 07 de Enero de 2023, de <http://www.siplusbolivia.gob.bo/resultado>

Solo 3.8 por ciento de personas con discapacidad está registrada. (13 de enero de 2019). Opinión periódico de circulación nacional. Recuperado el 02 de enero de 2023, de <https://www.opinion.com.bo/articulo/informe-especial/solo-38-ciento-personas-discapacidad-est-aacute-registrada/20190113173800679108.html#:~:text=El%20Instituto%20Nacional%20de%20Estad%3%ADstica,y%20el%20resto%20son%20varones>

Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba. (21 de febrero de 2020a). ÓRGANO JUDICIAL DE COCHABAMBA - RENDICIÓN PÚBLICA DE CUENTAS FINAL GESTION 2019. Recuperado el 03 de enero de 2023, de Facebook: <https://www.facebook.com/tdjco/videos/218842736182627/>

Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba. (03 de septiembre de 2020b). RENDICIÓN DE CUENTAS PRIMER SEMESTRE 2020. Recuperado el 04 de enero de 2023, de Facebook: <https://www.facebook.com/watch/?v=775598633276063>

Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba. (04 de marzo de 2022). RENDICIÓN DE CUENTAS PÚBLICA FINAL 2021. Recuperado el 04 de enero de 2023, de Facebook: <https://www.facebook.com/tdjco/videos/659309815384150/>

Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba. (26 de agosto de 2022). Rendición pública de cuentas primer semestre 2022. Recuperado el 4 de enero de 2023, de Facebook: <https://www.facebook.com/tdjco/videos/406108778257966/>

Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba. (27 de febrero de 2023).

RENDICION PUBLICA DE CUENTAS GESTION 2022. Recuperado el 27 de

febrero de 2023, de Facebook: <https://www.facebook.com/tdjco/videos/1790742064632020>

Tribunal Supremo de Justicia. (s.f.). Rendición pública de cuentas. Recuperado el 04 de enero de 2023, de Tribunal Supremo de Justicia Estado Plurinacional de Bolivia: https://tsj.bo/tipo_publicacion/rendicion-publica-de-cuentas



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 Paitití
Av. Reyes s/n
Telf: (591 - 3) 4621238

SEDE ACADÉMICA SANTA CRUZ

Campus Eco Smart
Av. Banzer - Séptimo anillo y Av. Juan Pablo II