REVISTA JUS
CARRERA DE DERECHO
VOLUMEN 14
NOVIEMBRE 2024
La Salle Universidad Bolivia

ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

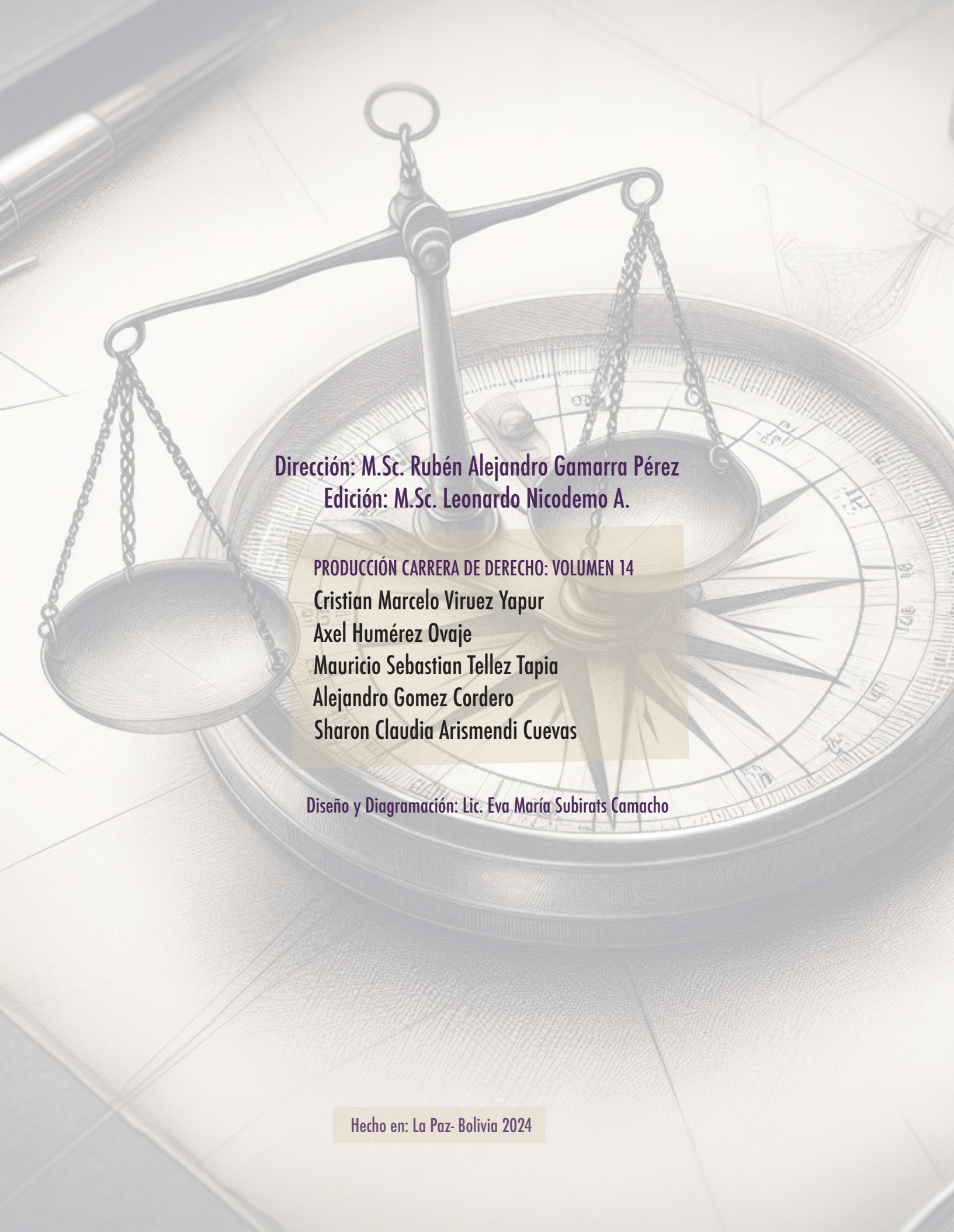
DE LOS DERECHOS HUMANOS HACIA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES



AUSENCIA NORMATIVA PARA COBRO DE GASTOS EXTRAORDINARIOS EN BOLIVIA

LA INCORPORACIÓN DEL DELITO DE ABANDONO EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA: ANÁLISIS COMPARADO Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES "LESIONES GRAVES Y LEVES" Y "LESIONES GRAVÍSIMAS" EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO



Dirección: M.Sc. Rubén Alejandro Gamarra Pérez
Edición: M.Sc. Leonardo Nicodemo A.

PRODUCCIÓN CARRERA DE DERECHO: VOLUMEN 14

Cristian Marcelo Viruez Yapur
Axel Humérez Ovaje
Mauricio Sebastian Tellez Tapia
Alejandro Gomez Cordero
Sharon Claudia Arismendi Cuevas

Diseño y Diagramación: Lic. Eva María Subirats Camacho

Hecho en: La Paz- Bolivia 2024

Presentación

Tengo el honor de presentar el decimocuarto volumen de la Revista JUS. Este nuevo número es el resultado del esfuerzo y la dedicación de un grupo de investigadores que, con pasión y rigor, han explorado temas cruciales para el derecho boliviano.

Cada artículo de este volumen es un testimonio del talento y la creatividad de nuestros autores.

El Dr. Cristian Marcelo Viruez Yapur, en su ensayo "De los derechos humanos hacia los derechos fundamentales", nos invita a reflexionar sobre la evolución conceptual de los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales. A través de un análisis profundo, el autor nos muestra cómo la protección de los derechos fundamentales es esencial para garantizar una vida digna para todos y todas.

Por su parte, Axel Humérez Ovaje, en su artículo "Erradicación de la violencia de género mediante la aplicación del derecho penal del enemigo", explora una propuesta para combatir la violencia hacia las mujeres. El autor analiza la viabilidad de aplicar la teoría del derecho penal del enemigo en el contexto boliviano, identificando tanto sus potencialidades como sus limitaciones.

Mauricio Téllez, en su trabajo "Modificación de los tipos penales 'lesiones graves y leves' y 'lesiones gravísimas' en el Código Penal Boliviano", señala una importante omisión en nuestra legislación penal al no considerar como agravante las lesiones cometidas contra personas con discapacidad. El autor propone una reforma legislativa que garantice una protección adecuada a este grupo vulnerable.

Alejandro Gómez, en su artículo "La incorporación del delito de abandono en la legislación boliviana: Análisis comparado y estándares internacionales", aborda un tema de creciente relevancia en nuestra sociedad. A través de un análisis comparado con otros sistemas jurídicos, el autor demuestra la necesidad de tipificar el delito de abandono para proteger los derechos de niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.

Finalmente, Sharon Arismendi, en su ensayo "Ausencia normativa para cobro de gastos extraordinarios en Bolivia", pone de manifiesto una laguna legal que afecta a numerosas familias bolivianas, así como la necesidad de legislar al respecto en pro del principio del Interés Superior del Niño.

Al leer estos trabajos, no puedo evitar sentir un profundo orgullo por nuestros estudiantes y docentes. Sus investigaciones no solo demuestran un alto nivel académico, sino que también reflejan su compromiso con la construcción de un futuro más justo y equitativo para todos.

Cada artículo de esta revista es una semilla que esperamos germine y dé frutos en el futuro. Creemos firmemente que la investigación jurídica es fundamental para el desarrollo de nuestra sociedad y que, a través de la difusión del conocimiento, podemos contribuir a construir un país más justo y democrático.

Invito a todos los lectores a sumergirse en las páginas de este volumen y a participar en el enriquecedor debate que esperamos generar. Juntos podemos construir un futuro mejor.

M.Sc. Rubén Alejandro Gamarra Pérez
Coordinador de la Carrera de Derecho



CONTENIDO

Pág.

DE LOS DERECHOS HUMANOS HACIA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
Cristian Marcelo Viruez Yapur 7

ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
Axel Humérez Ovaje 18

MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES "LESIONES GRAVES Y LEVES" Y "LESIONES GRAVÍSIMAS" EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO
Mauricio Sebastian Tellez Tapia 36

LA INCORPORACIÓN DEL DELITO DE ABANDONO EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA: ANÁLISIS COMPARADO Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES
Alejandro Gomez Cordero 45

AUSENCIA NORMATIVA PARA COBRO DE GASTOS EXTRAORDINARIOS EN BOLIVIA
Sharon Claudia Arismendi Cuevas 56



DE LOS DERECHOS HUMANOS HACIA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cristian Marcelo Viruez Yapur [1]

1 Especialista en Derecho Constitucional, Derechos Humanos Democracia y Desarrollo, Diplomado en Derecho Autonómico, Diplomado en Derechos Humanos y Resolución de Conflictos, ex autoridad nacional y departamental en el Estado Plurinacional de Bolivia. Docente universitario de la Universidad La Salle.

correo electrónico:

cviruez@doc.ulasalle.edu.bo

INTRODUCCIÓN

En este trabajo de análisis trataremos de desarrollar las principales características de los derechos humanos desde el plano conceptual y su evolución desde el derecho internacional de los derechos humanos hasta su constitucionalización en la Norma suprema boliviana.

Comenzando por establecer una aproximación conceptual a lo que es el contenido material de los derechos humanos y como el constituyente boliviano ha acogido positivamente esta valoración de estos atributos propios de los derechos humanos para plasmarlos en un conjunto normativo fundamental que obliga a ciertos comportamientos positivos tanto por parte de actores privados como en especial públicos.

Hay que señalar que, dentro de la metodología implementada desde una mirada doctrinal, se procedió a la recopilación de información a través de análisis bibliográfico relativo a los derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos y la normativa legal boliviana y su manifestación constitucional circunscrita en el denominado Bloque de Constitucionalidad, y el novísimo Bloque de Convencionalidad.

Los métodos utilizados en este trabajo son el dogmático jurídico, y el deductivo, utilizando técnicas de revisión de bibliografía especializada, archivos y documentos relacionados al tema.

Los derechos Humanos: Existe una gran diversidad de conceptualizaciones en referencia a los derechos humanos, aspecto que a priori debería ser de fácil entendimiento de cualquier persona en cualquier parte del mundo, pero sumado a esta idea de sentido común sobre los aspectos que desarrollan y protegen al ser humano integralmente versus lo que lo limita y anquilosa su desarrollo ilegítimamente en un principio, para ser luego considerada ésta limitación como ilegal lo que denominaremos posteriormente como violación de un derecho de las personas humanas.

A partir de las anunciadas y múltiples definiciones, vistas estas como ideas teóricamente mucho más desarrolladas de estos derechos y no solo una visión extremadamente genérica nos parece interesante la descrita por el preclaro pero lastimosamente ya extinto abogado argentino, Agustín Squella cita a Carlos Nino quien refería en relación a los DDHH "… son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en las que un individuo se encontrase, sino por el hecho de ser hombres", (ESQUELA, 2000), se suma a ello lo descrito por el también profesor Pérez "… el solo ser persona humana es suficiente para que estos derechos sean intrínsecos al individuo, concepción que pudiera ser criticada como tautológica por Pérez Luño (citado por Squella).

La doctrina ha sido muy amplia al desarrollar contenidos referidos a estos *derechos esenciales* para el ser humano, teorías sobre su génesis y desarrollo son muchas, pero dentro de una sociedad que se caracteriza por ser cada vez más comunicativa desde la forma de usar las tecnologías de información y comunicación para la difusión de información, esto a través de los medios de comunicación, los medios masivos de comunicación, entre ellos la radio, la televisión y por supuesto la reina del ciber espacio, la internet, han originado una masificación conceptual sobre los derechos humanos.

En base a estos matices y a la ya comunicación del conocimiento y de la información no solo como manifestación de transmisión de supuestos conceptos fríos, sino de doctrinas mismas que tratan de uniformar aspectos propios de los derechos humanos, una especie de descripción taxonómica[1] de derechos, en esa línea Peces Barba señala en su "Curso de derechos fundamentales" (Peces Barba, 1996) que:

> […] *Al utilizar el término derechos humanos podemos estar refiriéndonos a una pretensión moral o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica pero en el primer caso a la pretensión moral se la reviste de los signos de lo jurídico al llamarlo "derecho", supone una dimensión moral y una jurídica de derecho positivo al mismo tiempo[2], y la presentación antitética que puede desprenderse de los dos usos que encontramos, derechos que no necesitan al derecho positivo[3] y derechos positivizados cuya raíz ética no se tiene en cuenta o al menos no se subraya suficientemente, son formulaciones reduccionistas que engañan y enmascaran su sentido integral.*

Este análisis es fundamental para establecer las cláusulas abiertas constitucionales (ver. Art 13.IV de la actual Constitución Política del Estado), las cuales describen que los derechos que no se hallen descritos en la norma supremo no son negación de la existencia de otros derechos no enunciados en ella, y como decía el texto de la anterior

1 Visto como una especie de clasificación de derechos humanos.

2 Debe tenerse en cuenta que toda norma es una manifestación política del Legislador y que puede diferir de uno a otro órgano parte de cada Estado, por ello muchos Estados no han ratificado una multiplicidad de tratados en materia de derechos humanos por no estar de acuerdo a la estandarización internacional de comportamientos vistos como derechos o su incumplimiento como violación, vence los Estados del Medio Oriente e Inclusive Estados Unidos de Norte América.

3 Pero esto nos lleva a pensar que solo las leyes pueden regular o restringir derechos humanos, por lo tanto, la propia ley puede establecer que ciertos derechos son positivos sin previo trámite legislativo.

constitución boliviana, nacen de la forma republicana y democrática de Gobierno (art. 35 anterior CPE).

Continuando con este análisis es imprescindible citar a Pérez Luño (Antonio, 1995), quien describe tres tipos de definiciones de Derechos Humanos: Y comienza por referirse a las denominadas,

> *a) Tautológicas.- No aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos; una definición tautológica muy repetida en la doctrina es la que afirma que "los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre4"; b) Formales.- Los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado5; c) Teleológicas.- En ellas se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones. [...] los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización.*[6]

A las anteriores definiciones que quizás son complementarias unas con relación a las otras, debemos añadir un tipo más de definición: la explicativa o definición descriptiva, aunque tiene una fortísima carga teleológica, y que ha sido generalmente aceptada por la doctrina, y a la cual nos adscribimos en este trabajo, es la quien entiende que los derechos humanos son:

> *[....] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos en el ámbito nacional e internacional. Los derechos humanos, cabría definirlos en general, como los derechos que son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos". Quizás bajo el argumento que al ser tan autodestructivos como especie, este conjunto de reglas de comportamiento básicas impedirían que nos eliminemos y a la vez reconociendo que no somos como cualquier otro animal, sino que gracias a nuestras características propias entre ellas el raciocinio nos obligan a comportamientos más bien proyectivos de nuestra especie al comprender que no es necesario el ser enemigos o competidores en la carrera de la sobrevivencia, sino podemos cooperar entre todos y todas para llevar adelante proyectos que mejoren la calidad de vida de todos, aspecto bastante ideal y quizás muy romántico y hasta religioso, pero si lo vemos fríamente es imprescindible.*

4 Los propiamente inherentes al ser humano, por el hecho de serlo.

5 Definición que contribuye a fundamentar el supuesto principio de Universalidad de los DDHH.

6 Para una especie de cumplimiento de un rol en la propia realidad histórica, como ser sujeto de un fin.

Continúa la Organización de Naciones Unidas (ONU) con una definición sobre DDHH, *"aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana, y que, por ende, reclaman reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad. Los derechos humanos y libertades fundamentales nos permiten un desarrollo completo e integral como individuos y la facultad de emplear cabalmente nuestras cualidades humanas, nuestra inteligencia, nuestro talento, nuestra conciencia y satisfacer nuestras variadas necesidades, se basan en la exigencia del individuo de una vida en la cual la dignidad7 y el valor inherente de cada ser humano reciban respeto y protección (Organización de las Naciones Unidas, 1988).*

En base a estas definiciones podríamos destacar que los derechos humanos no se inventan son reconocidos por el avance de la propia civilización y especialmente por la ciencia del derecho, la misma que tiene que precautelar que todas las potencialidades del ser humano sean desarrolladas mientras no afecten las aspiraciones de otros seres humanos, pero si se van reconociendo (derechos humanos) la relatividad de la aplicación de los derechos, es decir los derechos humanos no se pueden aplicar de la misma manera a todas las contingencias. Al ser el ser humano un creador de sus propias relaciones interpersonales y de este con instituciones creados por el mismo, sus contingencias son variables y múltiples, por ejemplo, el derecho al trabajo tiene varias etapas, ya sea el acceso a este, está condicionado a la capacidad de la persona en función a la autorización de la ley, habilitaciones y prohibiciones para un derecho dependiendo del sexo, la edad, las propias condiciones del trabajo.[8]

Por eso que, el derecho ha establecido características, límites y formas de aplicabilidad de los derechos humanos estableciendo inclusive instituciones especializadas que establecen cuales son las características de uno u otro derecho[9], claro deberían hacerlo a la luz de tratados en materia de DDHH para no ser violaciones a derechos humanos y ser sancionados bajo criterios de convencionalidad[10] o que van en contra de derechos establecidos en tratados en materia de DDHH, que establecen órganos judiciales cuyos fallos supranacionales son de cumplimiento obligatorio, sin ulterior revisión, como lo señala la Ley 1430 de 1993, que ratifica la

7 Es ahí el problema, los estándares diferentes de un ciudadano del Sur de américa y uno de la metrópoli, si todos en este planeta viviéramos con los actuales niveles de vida, consumo de los países del primer mundo, los recursos naturales de la tierra se acabarían muy pronto por el nivel de consumismo del primero sobre el mundo, un comportamiento virulento explotador y depredador. La langosta metropolitana diríamos.

8 No todos los trabajadores tienen derecho a la inamovilidad funcionaria, ejemplo los electos.

9 Creadas estas instituciones como intérpretes, y súper vigilantes del tratado del cual nacen, ejemplo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una especie de órgano de auditoria internacional ocupado por expertos en materias de DDHH, y cuyas recomendaciones deben ser cumplidas por los Estados, a pesar de las reservas que pudieran tener, esto en la práctica.

10 Cuando las sentencias por ejemplo de la Corte interamericana de derechos humanos deben ser base de las resoluciones de todos los niveles jurisdiccionales de los Estados parte, en casos cuyos elementos facticos sean similares, obligatoriamente. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Almonacid Arellano vs. Chile.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que en especial los Máximos tribunales deben fundar sus resoluciones en criterios de Convencionalidad sobre derechos humanos, destacándose que los entes interpretadores de contenidos de DDHH en el ámbito Nacional o interno de cada Estado, son los Tribunales Constitucionales o Cortes Constitucionales, que determinan, limites, alcances, características de los derechos humanos.

Cuando por ejemplo las personas privadas de libertad y que estén cumpliendo una sanción penal, su derecho a la libertad de locomoción está limitado, pero no el resto de sus derechos, otro ejemplo es el establecimiento de la edad mínima para el trabajo, el aspecto de la jornada máxima de trabajo y del trabajo nocturno, etc.

Por lo que tendría sentido citar que *Los derechos humanos, son derechos inherentes al hombre*[11]*, son la esencia y la base fundamental de cualquier sistema político, son derechos anteriores al Estado y a toda ley, y al negarlos se niega o desconoce la personalidad del ser humano y se viola su naturaleza* (Trigo, 2023)[12]. Concepción ésta, íntimamente relacionada con la corriente del derecho natural o con la actual corriente de los derechos de los pueblos indígena originarios, previos a la colonia, cuyas características en derechos son descritas ampliamente en el art. 30 del mencionado texto supremo, adicionalmente el aspecto competencial estatal.

Acotando a ello *"...podrían entenderse a los Derechos humanos como principios de carácter jurídico y moral que protegen la integridad física y psicológica de toda persona*[13]*, favorecen el desarrollo social de todos los seres humanos por lo que, por una parte mantienen al poder político dentro de los límites justos y por otra parte, obliga ha dicho poder a la realización de fines materiales, que contribuyan a una reforma social y económicamente justa, en términos de justicia social, de las condiciones de convivencia.* (Chavez, 2000) Es ya que no solo tiene una esfera puramente moral y ética (los derechos humanos), sino jurídica y por ende exigible al propio Estado en cuanto a su protección y difusión cuanto menos.

Resultarían a su vez de una decisión del propio constituyente[14] de establecer a los derechos humanos como aspectos imprescindibles para el desarrollo de su población como elemento esencial del Estado. Esto explicaría el continuo desarrollo de la doctrina de los derechos humanos y el "surgimiento" o "emergencia" del debate sobre nuevos derechos, a partir de las relaciones cada vez más complejas de los seres humanos entre sí y de las instituciones creadas por el Estado y los particulares, entre ellas, por ejemplo, el sistema de administración de justicia y la eficacia de este.

Pero desde el punto de muchos juristas *"Derechos humanos o derechos del hombre llamados básicamente derechos naturales, y en la actualidad derechos morales, no son en realidad auténticamente derechos-protegidos mediante acción procesal ante juez, sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana , y que en todo caso, una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y pasan a ser derechos fundamentales, en un determinado ordenamiento jurídico [....]* (Robes, 1997)*, por lo que los derechos fundamentales son derechos humanos positivados".* (Durán, 2005) Concepción contraria a la pre

11 Visto desde el punto de especie humana.

12 Según Gustavo E. Pinard: Los derechos humanos son realidades tangibles en la operatividad de la convivencia humana, son la forma de comprender las relaciones interpersonales de mutua aceptación y tolerancia entre seres humanos.

13 Ver art. 9 y 15 de la Constitución Política del Estado boliviana.

14 Ver documentos de las Comisiones de la Asamblea Constituyente, sus papeles de trabajo.

existencia de derechos en relación al propio Estado, aspecto que no compartimos, por ser parte de un constitucionalismo ya superado ya que negaría la posibilidad de la implementación del Bloque de Constitucionalidad[15] y el de Convencionalidad cuanto menos, ya que existen derechos no enunciados en la Constitución pero que sin embargo están amparados por el denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Pero esta conceptualización de derechos positivados ha hallado eco incluso en los propios miembros del Tribunal Constitucional Boliviano, quizás por posiblemente seguir la línea dogmática jurídica española, pero claro esto puede ser criticado de especulativo.

Uno de los más destacados expositores sobre la positivación de los derechos Humanos fue el ex presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, el extinto, Dr. Willman Durán quien señaló:

> *"... bajo la expresión de derechos fundamentales se designa a los derechos garantizados por la Constitución y que, en cambio, la denominación de derechos humanos, hace referencia a derechos garantizados por normas internacionales. Los primeros tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y las segundas, a los Estados y organismos internacionales [...] toda otra expresión de derechos humanos fuera del contexto señalado, tendría una connotación estrictamente moral. Que coincidiendo con Pablo Dermizaky "Son derechos públicos subjetivos que tienen las personas, consideradas individual y colectivamente y protegidos por medios jurídicos, o más precisamente jurisdiccionales, respecto de los demás, y sobre todo, respecto de los poderes u órganos del Estado". (Dermizaky, 2006) "Los derechos humanos, son el conjunto doctrinario universal; conjunto de preceptos que determinan el margen del ejercicio y despliegue de la personalidad y de la dignidad humana, es un mecanismo, o conjunto de normas que crean dispositivos de mediación entre el Estado y la sociedad, son el límite que el Estado sé auto impone frente a la persona humana".* [16]

Es decir, los derechos humanos son una descripción de la esencia de la persona humana y de la obligación de los Estados de establecer mecanismos para su respeto integral. [17]

Los derechos humanos pueden ser violados tanto por personas en ejercicio de la función pública o también denominados servidores públicos, así como por particulares [18].

15 Ver art. 410 de la CPE boliviana, además de la gran parte de la primera parte del mismo cuerpo legal fundamental derechos reconocidos o positivados en este texto, y la posibilidad de utilización de inclusive el reconocimiento de derechos por fuera de la CPE, ver. Art.256.

16 Para Rodríguez y Toubes, en "La razón de los derechos". El entendimiento común de los derechos humanos es el de: "garantías individuales cuyo respeto, las personas están legitimadas para demandar de otras personas y entidades, principalmente aquellas instaladas en labores de gobierno".

17 Ver para ello como ejemplo los Principios de Limburgo, junio 1986 y las Directrices de Maastricht, enero 1997, para la aplicación del PIDESC.

18 ONU, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra a mujer-CEDAW

Una definición teórica puramente formal o estructural de derechos fundamentales, establece que:

> *Derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo a cualquier expectativa positiva de (prestaciones) o negativa de (no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad19, para ser titular de situaciones jurídicas y /o autor de los actos que son ejercicio de estas (Ferrajoli, 1999).* Es notable que este texto está de acuerdo con lo establecido por los artículos 13, 14 y especialmente 15 de la CPE boliviana.

Se suma a esta corriente doctrinal Agustín Squella quien señala que: *[...] derechos humanos y derechos fundamentales. Se trata de dos expresiones que a menudo son utilizadas como sinónimos. Sin embargo, se trata también de dos denominaciones que podrían tener distintos alcances. Así por ejemplo, no faltan quienes sugieren reservar la expresión "derechos fundamentales" para designar a los derechos que en tal carácter se encuentran reconocidos y positivizados a nivel interno de cada Estado, dejando la denominación "derechos humanos" para aquellos derechos que han sido positivados en declaraciones y acuerdos de carácter internacional o que provienen de determinadas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad , igualdad de las personas y que aún no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.*

El anterior argumento es compartido por Pérez-Luño que señala que: *[...] los derechos fundamentales*[20] *alu-*

(por sus siglas en inglés), Resolución 34/180, aprobada el 8 de diciembre de 1979, que en su Parte I, Art. 1 señala que": a los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra a mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, -independientemente de su estado civil, obre a base e igualdad del hombre de la mujer-, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultura y civil o **en cualquier otra esfera".**

La Declaración y Programa de acción de Viena, en su parte Primera unto 18 señala que: "Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales." A su vez en su parte II punto 38 señala que": La Conferencia Mundial de Derechos Humanos subraya en especial la importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada".

La convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, señala en su Art. 1: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer 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". Art. 2, "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. Que tenga lugar 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".

19 Principio de legalidad.

20 El problema radica en que está surgiendo nuevos derechos y la ley queda obsoleta sino cambia o muta al ritmo del cambio de las ideas sobre los DDHH.

dirían nada más que a aquellos derechos humanos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los estados…"

De acuerdo en parte porque previamente se estableció que la cláusula 13-IV constitucional , también denominada como cláusula abierta, abre la puerta a que el derecho supranacional en materia de derechos humanos deja de serlo para ser parte del propio derecho interno, es decir de la propia constitución, en suma los derechos humanos establecidos en el DIDH son parte de la Constitución y por ende exigibles hasta jurídicamente y no solo moralmente, de ahí que devienen las garantías constitucionales como conjunto de procedimientos sumarísimos para proteger los derechos de las personas frente a violaciones ilegítimas de ellos.

Es así como la frase derechos fundamentales será utilizado para referirnos a aquellos derechos humanos que han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico estatal (incluido todo el DIDH ratificado por Ley Nacional), esto es, en cuanto derechos positivizados, que gozan, además, al menos en principio de un sistema de garantías reconocidos por las normas jurídicas.

En su labor por excelencia de intérprete de la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en sus Sentencias 400/06-R de 25 de abril; 685/03 de 21 de mayo; 086/03 R de 11 de diciembre; 179/05-R de 2 de marzo y 876/05-R de 29 de julio, ha señalado lo siguiente con relación a los derechos fundamentales:

> *Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por su status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, en ese entendido, una de las notas caracterizadoras de los derechos fundamentales es el de ser un derecho subjetivo, lo que implica que su titular tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir al órgano jurisdiccional competente para reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido. Debe Agregarse que según la doctrina contemporánea del Derecho Constitucional, los derechos fundamentales constituyen el límite al ejercicio del poder político del estado, pero también un mecanismo de relación del propio Estado; por ello, se sostiene que los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluyen deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. En ese criterio, no sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización afectiva de tales derechos […].*

Es decir, la obligación de los Estados de materializar objetivamente estos derechos, de allí su obligación de pro-

tección, respeto y promoción de los Derechos Humanos.

Los derechos humanos contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos tanto en el ámbito interamericano, son de cumplimiento obligatorio.

CONCLUSIONES

1.- Los Derechos Humanos se ha establecido entre las claras y aceptadas tanto por juristas y pueblo en general: Son un conjunto de atributos, características propias e inherentes a la persona humana, al propio ser humano y que el Estado esta obligatoriamente comprometido a respetar, promover, difundir y defender ya que se halla comprometido para ello por la ratificación de normativa relacionada al derecho internacional de los Derechos Humanos, sean estas, declaraciones, convenios, tratados, protocolos, convenciones entre otros instrumentos de similares características.

2.- Se estableció que existen derechos previos al propio establecimiento del Estado, como lo son los derechos de los pueblos indígenas, originarios campesinos en el caso boliviano, y que estos se van reconociendo en la Constitución y normativa legal de desarrollo, por medio también del bloque de Constitucionalidad, destinado no sólo al reconocimiento sino al respeto de los derechos humanos como condición imprescindibles para el desarrollo de la persona y de la civilización en su conjunto, ya que si no se cumplen estos acuerdos mínimos la humanidad estaría destinada a su desaparición, de forma lenta y dolorosa.

3.- El Estado al ratificar instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos se compromete a respetar los mismos y crear condiciones para su vigencia, implicando el reconocer, proteger, promover y precautelar un ejercicio eficiente y constante y continuado de los mismos. Este compromiso abre la posibilidad de sometimiento de la normativa nacional y sus órganos jurisdiccionales a órganos creados por tratados a los cuales Bolivia se ha sido miembro desde su puesta en función o se haya adscrito posteriormente.

4.- Los derechos humanos constituyen imprescindiblemente, la forma del Estado democrático por excelencia y que está íntima e indisolublemente unidos al Desarrollo.

5.- Los derechos humanos comprenden tanto el ámbito público, así como el privado de las personas, pueden ser violados por servidores públicos y también por particulares, sea mientras desarrollan sus actividades propias laborales, así como en toda circunstancia privada.

6.- Que se han establecido como fuentes de los derechos humanos en primera instancia el ámbito moral y religioso, de ahí su gran relación con la vida y los comportamientos éticos de la persona como hijo e hija de Dios, y por ello su buen comportamiento en relación a sus congéneres se estableció a partir de leyes dictadas por dioses creadores, que supervigilaban la conducta de los seres humanos y castigaban duramente un comportamiento que vaya en contra de su norma, eso lo hacían a través de los monarcas y de los propios sacerdotes de su culto, luego sumado a estas leyes o normas divinas, vienen las leyes, como establecimiento de conductas adecuadas en los negocios entre seres humanos, las Constituciones como máximas leyes dentro de los Ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados, o leyes fundamentales donde se señalan ya sea expre-

samente , así como implícitamente la posibilidad de la utilización del derecho internacional sea como aspecto complementario al derecho interno o como parte de la propia constitución como en el caso boliviano, a esto se suma el derecho internacional de los derechos humanos, por medio de tratados en materia de derechos humanos, además del derecho creado por los jueces a través de la jurisprudencia como legislador negativo por no ser por esencia el que crea las leyes; por supuesto el órgano legislativo a través de la ratificación de tratados en materia de derechos humanos y leyes de desarrollo de este.

7.- Todos los derechos en todo momento están con cada ser humano, a pesar que no pueden ser ejercitados o ejercitarse paulatinamente como lo demostramos, en relación a la imprescriptibilidad, estos no prescriben por el paso del tiempo, pero si su exigibilidad legal ejemplo: los derechos laborales donde el empleado pueda ejercer sus derechos sea a través de la vía conciliatoria por medio del Ministerio de trabajo o por la jurisdiccional o, en el caso de mujer embarazada activándose de inmediato sin necesidad de agotar la vía administrativa o jurisdiccional.

8.- Los Derechos Humanos sólo pueden limitarse por Ley, bajo el principio de reserva de Ley, que no afecte el núcleo esencial del propio derecho y que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional establece el contenido material de esta norma fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

Antonio, P. L. (1995). *Delimitación conceptual de los derechos humanos.* Mdri, España: Civitas.

Chavez, G. (2000). *Garantías Constituionales, Manual técnico.* Quito, Ecuador: Imprenta Cotopaxi.

Dermizaky, P. (2006). *Derecho constitucional.* Cochabamba, Bolivia: Editorial JV.

Durán, W. (2005). *Principios, derechos y garantías cnstitucionales.* Samta Cruz de la Sierra, Bolivia.: El País.

ESQUELA, A. (2000). *Introducción al Defecho.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Farrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías.* Madrid, España: Trotta.

Organización de las Naciones Unidas, D. d. (1988). *Derechos humanos, preguntas y respuestas.* Naciones Unidas.

Peces Barba, G. (1996). *Curso de Derechos Fundamentales.* Madrid, España: Alianza.

Robes, G. (1997). *Los derechos fundamentales y la ética en la socedad actual.* Madrid, España: Civitas.

Trigo, C. (2023). *Fundaentos de derecho constitucional.* La Paz, Bolivia: Temis.

Gaceta Oficial de la República de Bolivia (2009) "Constitución política del estado", La Paz-Bolivia.

Rivera Santibáñez, José Antonio, "*Jurisdicción constitucional*", Grupo Editorial Kipus, Cochabamba-Bolivia, 2004.

Páginas Web:

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Internet: http://www.unhchr.ch/spanish/html/hchr_sp.htm

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH/OEA)
Página web: http://www.cidh.org/Default.htm
Correo electrónico: cidhoea@oas.org

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Página web: http://www.corteidh.or.cr/
Correo electrónico: corteidh@corteidh.or.cr



ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Axel Humérez Ovaje
Estudiante de Derecho 6to Semestre
Universidad La Salle-Bolivia

correo electrónico:

axelhumerez5@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal del enemigo es un concepto doctrinal y de Política Criminal que hace alusión a un Subsistema Penal cuyo postulado principal es la necesidad de inocuizar a unos determinados delincuentes por razón de su prognosis criminal, es una respuesta propicia que busca eliminar de la esfera de dominación jurídica al sujeto que quebranta el ordenamiento jurídico (Suárez Pérez, 2024). Para ello se acude a una regulación que quebranta los Principios que el Estado de Derecho estigmatiza a mencionados criminales, considerándolos una fuente de peligros que hay que contener.

Este tipo de medidas no son nuevas en la lucha contra la criminalidad, pues ya se han utilizado en países totalitarios, sin embargo, modernamente, se están empezando a emplear también en países democráticos.

No es extraño, que el Estado también pierda el monopolio de la aplicación del Derecho, véase la progresiva consolidación de un modelo de justicia más informal, basada en mecanismos alternativos de solución de controversias como el arbitraje privado, en los que la justicia no la imparte el Estado[1] (Muñoz, 2003).

En definitiva, a la impotencia de un Estado que pierde soberanía, autoridad y legitimidad, se le suman las demandas punitivistas de la sociedad civil. Para solucionar esta situación, nada como señalar a determinados colectivos como enemigos del sistema, en aras al mantenimiento de la cohesión social que se ha perdido (Bernuz, 2010).

A estos enemigos no se les trata de resocializar, puesto que lo que prima en estos momentos es el pragmatismo[2]; se ha perdido la fe en la resocialización que, bajo

1 MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo, cit., p.27. El mismo autor se ha preocupado de las similitudes entre el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal de autor de la Alemania Nazi, este último lo analiza en Idem, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, passim.

2 El actuarialismo es una forma de gestión del riesgo propia de una lógica mercantilista y neoliberal, y

la égida del Estado Social, guiaba la Política Criminal.

Ahora toma protagonismo la inocuización, que se considera más segura y eficaz contra determinados delincuentes. Pero este desencanto por la resocialización no es sólo ideológico, sino que también responde a una idea de ahorro de gasto público (Silva, (s/f)).

DESARROLLO

LA TESIS DE JAKOBS

Günther Jakobs, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Bonn en el congreso *"La Ciencia alemana del Derecho Penal ante el cambio de milenio, reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro"*[3] de octubre de 1999, realizado en la Academia de Ciencias de Berlín Brandemburgo. En dicho Congreso, expuso las características fundamentales de un Subsistema Penal de combate contrapuesto al Derecho Penal común o Derecho Penal del ciudadano (Bürgerstrafrecht), que él denominó "*Derecho Penal del enemigo"* (Feindstrafrecht).

Jakobs en 1999, año en que empieza a afirmar que el Derecho Penal del enemigo es la única alternativa perceptible(Muñoz, 2003), porque es la única medida efectiva contra ciertos delitos en el contexto socioeconómico actual.

Al mismo tiempo, expresaba en su ponencia de 1999 la necesidad de un Derecho Penal del Enemigo, sintetizó sus rasgos, que lo diferencian del Derecho Penal del ciudadano: a) Amplio adelantamiento de la punibilidad. La pena es prospectiva, no se penan sólo delitos cometidos, sino también actos preparatorios de futuros delitos. b) Ausencia de reducción proporcional de la pena acorde con dicho adelantamiento. Eso implica, entre otras cosas, que los actos preparatorios son penados con la misma gravedad que los hechos consumados. En suma, la pertenencia del autor a una organización se tiene en cuenta para agravar las penas. c) Supresión o restricción de garantías y derechos procesales de los imputados; por ejemplo, eliminación de la presunción de inocencia, posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o ampliación de los supuestos de incomunicación o intervención en las comunicaciones. Se perciben a las garantías y derechos procesales como obstáculos que impiden la debida protección frente a los enemigos. d) Jakobs no lo menciona expresamente, pero es insoslayable que también implica un recrudecimiento del Derecho Penitenciario, mediante el endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, limitación de los beneficios penitenciarios o incremento de los requisitos para la libertad condicional, entre otras medidas (Muñoz, 2003). e) Aunque Jakobs tampoco lo admita explícitamente, el Derecho Penal del enemigo no es un Derecho Penal de hecho, sino un Derecho Penal de autor, en orden a que no tiene tanto en cuenta los hechos acaecidos, como las características del autor, del enemigo.

Pero, ¿Quién es el enemigo? Para responder a esta pregunta debemos comprender previamente la cosmovisión jakobsiana del Derecho y la sociedad, muy influenciada

característica de los Seguros, que se centra en el manejo de estadísticas y probabilidades para reducir o combatir la delincuencia. Una forma de gestión del riesgo que se basa, entre otras cosas, en "eliminar" a aquellos delincuentes que tienen más probabilidades de delinquir. Vid. RIVEIRA BEIRAS, Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, Barcelona: Anthropos, 2005. p.230;

3 Las ponencias del congreso, en una obra coordinada por Francisco Muñoz Conde, han sido traducidas y recopiladas en: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

por la Teoría de Sistemas del sociólogo Niklas Luhmann.

Para Jakobs, la sociedad se basa en expectativas, sin expectativas no es posible vivir en sociedad. En concreto, describe dos tipos: las normativas y las cognitivas. *Las expectativas normativas* nos permiten confiar en que la norma jurídica se debe cumplir y que, por tanto, el Derecho sigue vigente aun cuando alguien actúe contra éste. Si alguien conculca un derecho que nos otorga una norma, podemos suponer que el infractor será perseguido. Lo que significa que con una infracción a la norma no desaparece la expectativa normativa, sino que ésta se mantiene contrafácticamente. En cambio, *las expectativas cognitivas* nos dan la seguridad de que la norma efectivamente se va a cumplir. De nada sirven las expectativas normativas sino cuentan con una base cognitiva que nos permita esperar que nadie va a vulnerar nuestros derechos.

En base a esto, nos encontramos dos tipos de individuos. Por un lado tenemos a las personas, que son aquellos sujetos titulares de derechos y obligaciones que nos dan un mínimo de seguridad cognitiva. Esto es, aunque puedan cometer algún delito aislado, podemos esperar que su comportamiento vaya a ser conforme a Derecho en el futuro. Por otro lado tenemos las *"no personas"*, los *"enemigos"*, quienes son individuos que no prestan seguridad cognitiva. A estos sujetos se les arrebata la condición de personas porque no existe ninguna garantía de que vayan a cumplir con la norma, de modo que al ser calificados como no-personas, desaparece la necesidad de concederles derechos, permitiendo entonces, según Jakobs, combatir el peligro que suponen más eficazmente.

LA CRÍTICA DE EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Las objeciones a la teoría de Günther Jakobs han sido numerosas y constantes. Sin duda, a ello ha contribuido el vocabulario empleado para desarrollarla especialmente los conceptos de enemigo y de no persona.

Las críticas al Derecho Penal del enemigo se pueden clasificar en tres grupos: las referentes a la inconcreción de sus elementos, las que hacen alusión a las consecuencias negativas que ocasionaría su implantación y las que cuestionan su eficacia.

Y es en virtud de ello que, Eugenio Raúl Zaffaroni propone la contraposición al desarrollo teórico y doctrinal que Günther Jakobs ha pretendido canalizar a una sociedad en la cual se vea beneficiada por el pragmatismo que comprendería la aplicación de un Derecho Penal del enemigo.

En cuanto a la inconcreción de los conceptos que utiliza Jakobs para describir su teoría, se destaca especialmente el de *"enemigo"*. Se ha dicho supra que enemigo es aquel que no quiere vivir al margen del ordenamiento, y que por ello no podemos estar seguros de su comportamiento futuro, más esta es una idea muy difusa. Si alguien quebranta en alguna ocasión aislada una norma entonces estamos hablando de un ciudadano, pero si se producen quebrantamientos constantes de la norma estamos hablando de un enemigo.

Lo que no aclara Jakobs es, ¿a partir de qué momento debemos considerar a alguien como enemigo?, ¿cuántos delitos deben cometerse para ser considerado como tal?

Siguiendo con el concepto de enemigo, tampoco se deja claro si se puede dejar de ser enemigo. Jakobs parece creer que sí al reconocer en el enemigo una personalidad potencial, pero, ¿cómo saber cuándo ha dejado de ser un enemigo?, dejaremos de considerarlo enemigo cuando proporcione seguridad cognitiva suficiente sobre su comportamiento futuro. Sin embargo, es difícil saber si alguien va a comportarse debidamente mientras se encuentre en estado de incomunicación o en detención preventiva.

La base del Derecho Penal del enemigo es la seguridad. Sus defensores afirman que nos encontramos en una situación excepcional, y que ello requiere medidas excepcionales. El problema es que el propio concepto de excepción o excepcional, no está claro. Para los teóricos de la excepción, ésta siempre invoca una necesidad que no conoce Ley ni límites. Lo que lleva forzosamente al Derecho Penal del enemigo a querer controlar a toda la población sin distinción, a fin de localizar a los enemigos. Toda la población deberá sufrir limitaciones en sus libertades en nombre de la seguridad. Incluso podrá ser procesada por actos inocuos que se interpreten como actos preparatorios. Así mismo, el Derecho Penal del enemigo es absolutamente incompatible con el Estado de Derecho, en el que no se puede concebir que no se reconozca como personas a determinados seres humanos por su comportamiento, ese modo de proceder es contrario a la dignidad humana. Además, al establecer dos regulaciones penales totalmente distintas, se quiebra el Principio de Igualdad.

Finalmente, en un Estado de Derecho, todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar previstas por Ley, y lo que se propone es la creación de una gran laguna en la que no exista Derecho alguno.

EL PUNTO INTERMEDIO DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

De acuerdo al profesor Günther Jakobs, la afirmación tradicional de que los seres humanos se vinculan entre sí en cuanto personas a través del Derecho corresponde a *"una cómoda ilusión"* (Jakobs, 1996). Cómoda en cuanto se abstiene de comprobar cuándo dichas relaciones son jurídicas o ajurídicas, e ilusoria en cuanto a que si un *"esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social"* (Jakobs, 1996). De igual forma, señala, ocurre respecto a la persona, en cuanto a la institución creada por el Derecho. Según Jakobs, *"si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal, determinado por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente"* (Jakobs, 1996), interpretación que transforma a dicho individuo en peligroso; es decir, en enemigo.

Entrando en materia penal en propiedad, el profesor Jakobs procede a desglosar los elementos del concepto de Derecho Penal del enemigo partiendo por lo que entiende por pena a este respecto. Pena es coacción de diversas clases; primero, en cuanto portadora de significado, de respuesta al hecho de una persona natural en cuanto desautorización de la norma, haciendo irrelevante dicha desautorización y confirmando la norma, siendo, en consecuencia, tanto el hecho como la coacción medios de interacción simbólica. La pena, no obstante, no sólo significa algo, sino que también produce algo físico, un efecto de aseguramiento, a través de la prevención especial que supone el lapso efectivo de la pena privativa de libertad; en este ámbito, la pena no pretende significar nada sino ser efectiva, dirigiéndose no contra la persona del infractor, sino contra el individuo peligroso. En tal sentido, Jakobs distingue una doble perspectiva, una que mira hacia el hecho pasado sometido a juicio y la que referiría la pena en cuanto simbólica, y otra hacia el futuro mediante la medida de seguridad, la cual no actúa como comunicación sino como lucha contra el peligro; por primera vez, Jakobs introduce la noción de Derecho Penal del enemigo, por oposición al derecho penal del ciudadano donde la palabra Derecho significa algo distinto en cada caso.

Así, Jakobs, *"denomina 'Derecho' al vínculo de personas que son titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con los enemigos no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Dere-*

cho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del derecho penal" (Jakobs, 1996). De ello, Jakobs desprende que cualquier pena se dirige contra un enemigo, para lo cual esgrime antecedentes iusfilosóficos. En especial, se desprende lo anterior de autores que han utilizado la noción de contrato para fundamentar el Estado, representando al delito como una infracción al contrato, excluyéndose el delincuente de los beneficios de éste al excluirse de la relación jurídica (García, 2005).

Esbozando una crítica a dichos planteamientos iusfilosóficos, Jakobs señala que al separar radicalmente al ciudadano y su Derecho, por un lado y al injusto del enemigo por otro, los conceptos de Rousseau y Fichte son demasiado abstractos. El ordenamiento jurídico, sostiene Jakobs, ha de mantener al criminal dentro del Derecho por una doble razón: el delincuente tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, ante lo cual deberá mantener su status de persona; y tiene el deber de reparación, deber que emana también de su condición de persona, no pudiendo por lo demás arbitrariamente desvincularse de la sociedad a través de su hecho. Jakobs, a continuación, expone el planteamiento de Kant, indicando que éste, al *"hacer uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal"* (Jakobs, 1996). Señala Jakobs que en la concepción de Kant *"toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana"* (Jakobs, 1996). De esta forma, todo aquél que se resista a entrar a dicha constitución debe ser expelido o impelido a la custodia de seguridad, pero pudiéndosele tratar, en todo caso, como a un *"enemigo"* (Jakobs, 1996). De esta forma, tanto Hobbes como Kant despersonalizan a quien amenaza la constitución existente, lo que implica que ambos reconocen una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el Derecho Penal del enemigo, reconociéndole al ciudadano su status de persona y desconociéndosela al enemigo. Para Jakobs, no obstante, ambos son *"Derecho",* en sentidos disímiles: partiendo del supuesto de que tanto el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos peligrosos, como los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado las medidas respectivas que garanticen su derecho a la seguridad, Jakobs sostiene que el *"reo de alta traición"* de Hobbes y aquél que *"permanentemente amenaza"* de Kant no se encuentran contenidos dentro de este último derecho, lo que conceptualiza en la fórmula *"el derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho Penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra"* (Jakobs, 1996).

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del Derecho Penal del enemigo, Jakobs plantea dos posibles limitaciones, a saber, que el Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas, y que asimismo puede contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz. No obstante, ello no modifica el hecho de que la medida contra el enemigo no significa nada, sino que es pura coacción; en resumen, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el Derecho Penal del enemigo combate peligros. Ahondando en su conceptualización, Jakobs, basándose en el concepto de ius naturale de Hobbes, parte sosteniendo que aquel estado de naturaleza nada tiene en común con el delito, pues no existiendo un orden definido de manera vinculante, dicho orden no puede ser quebrantado, es decir, no existen las condiciones de posibilidad para la realización de delito alguno. Es sólo en el Estado que el delito es posible, cuando *"no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable"* (Jakobs, 1996). El delincuente no pretende derrumbar al Estado o sus instituciones; de hecho, aspira a la protección de la vida y la propiedad

que el Estado ofrece, comportándose de manera autocontradictoria, o, como sostiene Jakobs, *"optando (...) por un mundo insostenible, y ello no sólo (...) desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico"* (Jakobs, 1996). En consecuencia, el Estado moderno no ve al delincuente como un enemigo, sino como a un ciudadano que ha dañado la vigencia de la norma, lo que debe equilibrarse mediante la pena que restablezca dicha vigencia, *"mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que (...) mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma"* (Jakobs, 1996). Para que lo anterior tenga sentido debe esperarse que el autor, aparte de su hecho, ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, que actuará en fidelidad con el ordenamiento jurídico. En palabras de Jakobs, *"del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica, tampoco la personalidad"* (Jakobs, 1996). Así como respecto a la vigencia de la norma, aquélla necesita de cierta corroboración cognitiva para ser real, en el sentido de que la conducta conforme a la norma, y no su infracción, debe ser lo esperable en lo fundamental de las demás personas, lo mismo ocurre respecto a la personalidad del autor del hecho delictivo, es decir, ésta tampoco puede mantenerse de manera puramente contrafáctica, sin corroboración cognitiva. En particular, Jakobs entiende dicha corroboración como *"no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción o insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito"* (Jakobs, 1996). Jakobs sostiene, remitiendo al ejemplo de la custodia de seguridad, que es apreciable que en muchas reglas de Derecho se disminuye la tendencia a tratar como persona a quien defrauda de manera duradera la expectativa sobre su comportamiento personal. Ello además se demuestra en que el legislador ha pasado abiertamente a una legislación *"de lucha"* en diversos, combatiéndose en estos casos a individuos que en su actitud *"se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona"* (Jakobs, 1996). En este punto Jakobs ve un paralelo con la diferenciación kantiana entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, porque en estos casos no se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro; adelantándose la punibilidad al ámbito de la preparación y dirigiéndose la pena al aseguramiento de hechos futuros más que a la sanción de los cometidos. Ulteriormente, *"el individuo que no admite ser obligado a entrar a un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona"* (Jakobs, 1996), dándose que el estado de naturaleza es uno de ausencia de normas, determinando qué es norma quien gana la guerra y debiendo el perdedor someterse a dicha determinación. Intentando clarificar estas cuestiones, y tomando como punto de partida los hechos ocurridos el día 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica, el profesor Jakobs aborda la dificultad de tratar como persona que actúa erróneamente al terrorista en vez de como a un individuo peligroso. Jakobs no niega que el terrorista pueda ser representado como delincuente por parte del Estado que declare que sus hechos son delitos, pero, según Jakobs, debe inquirirse si *"la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada"* (Jakobs, 1996), declarando que, de hacerse de ese modo, no ha de sorprender que se mezclen los conceptos guerra y proceso penal o dicho de otro modo, quien no quiera privar al derecho penal del

ciudadano de su vinculación a la noción de Estado de Derecho debiera reconocer como diverso aquello que hay que hacer contra los terroristas, es decir, Derecho Penal del enemigo, *"guerra refrenada"* (Jakobs, 1996).

En síntesis, para Jakobs el derecho penal reconoce dos polos: el trato con el ciudadano y el trato con el enemigo. En el primero se espera hasta que el ciudadano exteriorice su hecho para reaccionar; en el segundo, se intercepta al enemigo en un estadio previo. En cuanto a las implicancias procesales de esta polarización, expone Jakobs que éstas pueden verse tanto en la caracterización del procesado como *"sujeto procesal"* como en la *"desnuda coacción"* a la que el procesado es sometido. Al respecto, sostiene Jakobs, ello ocurre *"no porque el imputado deba asistir al proceso también participa en el proceso una persona imputada, y por convicción, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento"* (Jakobs, 1996). La coacción, coherentemente con lo planteado, no es hacia la persona, que *"no oculta pruebas ni huye",* sino hacia el individuo, quien puede poner en peligro el resultado del proceso, actuando a ese respecto como un enemigo. De igual modo que en el derecho penal sustantivo, señala Jakobs, *"estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados (...) son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado, siendo las regulaciones más extremas aquellas que se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas"*[4] (Jakobs, 1996).

El Derecho Penal del enemigo pretende combatir determinados peligros que ponen en peligro la existencia de la sociedad, se dice que los enemigos pueden acabar con el ordenamiento jurídico. Entonces, la existencia de determinados sujetos que, aparte de quebrar el ordenamiento jurídico, no garantizan una posición de sujeción a políticas criminales que buscan su reinserción, reintegración y resocialización, propios de un Sistema Jurídico progresivo. Sino, por el contrario, presentan una serie de conductas y comportamientos que sugieren una prognosis criminal potencial, representando un peligro para la sociedad como para ellos mismos, pues habiendo sido superados los criterios y paradigmas del Derecho Penal del ciudadano, resalta la necesidad de una respuesta conforme a un Estado de Excepción, mismo que sugiere tanto ventajas como desventajas.

Lo anterior tiene que ver con un problema de desarrollo doctrinal y un problema pragmático, pues los diferentes Estados pueden implementar políticas criminales que se adapten a la realidad social que les rodea, es decir, que sean desarrolladas de tal forma que sean correspondientes al monopolio coactivo que los Estados tienen. Entonces, si bien son puntuales las críticas y contradicciones que insinúa Zaffaroni, por el contrario, no supone realmente criterios que aterricen al contexto fáctico que exigen una respuesta satisfactoria al peligro mismo que constituyen los *"enemigos"* de la sociedad, cumpliendo con todas las características anteriormente postuladas. Las inconcreciones que resalta Eugenio Raúl Zaffaroni, son de tipo disyuntivas que con el debido desarrollo y oportuna apropiación en los diferentes Estados, mediante la adopción de una serie de medidas y mecanismos, para la prevención de fenómenos crimina-

4 Ídem., pp. 45 y 46, señala los parágrafos 31 y siguientes de la ley introductoria de la Ley de organización de los órganos judiciales (EGGVG) alemana. Un ejemplo atingente en este punto sería lo ocurrido a partir de los eventos del 11 de septiembre de 2001, en palabras de Jakobs: "en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento –y sólo hasta el momento– no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros –¿Delincuentes? ¿Prisioneros de guerra?– muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra".

les potenciales que ejecutan aquellos sujetos a quienes su propio Sistema les sustrae la calidad de personas y reemplaza por la de enemigos de la sociedad a la cual pertenecen.

Todo Estado Democrático debe tolerar como algo normal que exista delincuencia. Por supuesto todas las formas de Estado buscan reducirla al mínimo, pero sólo un Estado autoritario dirige todos sus esfuerzos a que la criminalidad sea un cero absoluto, realizando todo lo necesario para la consecución de ese legítimo pero probablemente utópico objetivo. En Política criminal lo que diferencia a ambas formas de Estado es lo que se está dispuesto a hacer para conseguir esa meta. El Estado democrático nunca renuncia a los Principios del Derecho penal subjetivo, nunca actúa desprovisto de una fundamentación axiológica legitimadora; mientras que el Estado autoritario considera todos esos principios como un óbice. Por ello, en las formas de gobierno autoritarias, paradójicamente acaba siendo el propio Estado el que no da seguridad cognitiva, y se convierte en un enorme criminal. Se aduce a favor del Derecho Penal del enemigo que es más eficaz, o incluso que es el único modelo eficaz contra la criminalidad contemporánea. Eso en cualquier caso dependerá de lo que entendamos por eficacia. A mi juicio, el Derecho penal es eficaz cuando persigue y castiga al delincuente y cuando garantiza que el inocente no va a sufrir ninguna persecución ni intromisión alguna en su libertad. A un Derecho Penal eficaz sólo le temen quienes cometen delitos. Cuando el Derecho Penal se convierte en un instrumento de poder que atemoriza a delincuentes e inocentes por igual es cualquier otra cosa menos eficaz.

ESTADO DEL ARTE

En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos hemos presenciado avances muy sustanciales en las últimas décadas, tanto en el reconocimiento de nuevos derechos como en la aprobación de tratados que consagran dichos derechos y algunos mecanismos de protección de los mismos. En este periodo, los derechos humanos de las mujeres fueron reconociéndose paulatinamente, como parte de un proceso de especificación creciente de derechos, esto es, la comprensión y aceptación de que hay grupos de la sociedad que por sus necesidades no les es suficiente, para impedir la transgresión de sus derechos, la sola protección general que se brinda a todos los seres humanos y que requieren protecciones diferentes, específicas a sus características. Este proceso se da a partir de los 70' principalmente en torno a las mujeres, niños y niñas y, más recientemente, a los pueblos originarios y a los discapacitados y, aún más cercanamente, a los adultos mayores.

El proceso de especificación de derechos es el resultado de la lucha de muchos años de los mencionados grupos por el reconocimiento de sus derechos y, en el caso de las mujeres latinoamericanas, los hitos más importantes han sido la aprobación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979) y de la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer (OEA, 1994).

En un nivel distinto, también han sido muy importantes algunos documentos no vinculantes aprobados en conferencias mundiales; en particular, destacamos la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en la cual se aprobó la Declaración de Viena, que reconoce por primera vez que los derechos de las mujeres son derechos humanos y que la violencia contra éstas es una transgresión a dichos derechos.

Con relación a la violencia doméstica, y como lo reflejan las alejadas fechas de las citadas convenciones, el proceso de reconocimiento de ésta como una violación a los derechos de las mujeres ha sido mucho más lento; ha debido sortear las resistencias a la comprensión de este problema como atingente a la responsabilidad de

los Estados, en una mirada que sólo alcanzaba a ver una leve o dudosa culpabilidad de los agresores directos y no todo aquello que los Estados hacen o dejan de hacer para poner fin a esta violencia y para proteger a las víctimas.

Por lo anterior, fue que, por un largo periodo, debieron idearse estrategias para poder presentar casos en instancias internacionales y con ello visibilizar el problema a ese nivel; una de estas estrategias con mayor impacto jurídico fue la conceptualización de la violencia doméstica como una forma de tortura y la utilización de la jurisprudencia del caso Velásquez Rodríguez que amplió el concepto de responsabilidad de los Estados desde la sola acción a la omisión, con lo cual un Estado no sólo es responsable por lo que sus agentes hacen, por ejemplo golpear o violar a una mujer, sino que también por lo que por lo que no hacen, por ejemplo, no otorgar una medida de protección a la víctima, no sancionar al agresor, no prevenir estos hechos, etc.

ADMISIBILIDAD EN EL SISTEMA NORMATIVO PENAL BOLIVIANO

El *"Catedrático de La Paz"*, como denomina el profesor Zaffaroni a Fernando Villamor Lucia, nos refiere en su obra *"Una Aproximación al Derecho Penal del Enemigo"* algunos casos que se dieron en la historia de nuestro país, verbigracia, refiere el caso de los hermanos Jáuregui que fueron procesados por el asesinato del ex Presidente José Manuel Pando, condenándose a los autores materiales a la pena de muerte, sin someter a juicio a los autores intelectuales. La pena de muerte fue ejecutada solo a uno de los cuatro autores, el desafortunado fue elegido por sorteo en virtud al Código Penal boliviano de 1834, denominado Código Penal Santa Cruz.

En otros casos se aplicó el Derecho Penal del enemigo para reforzar la idea de prevención general negativa, trascendiendo incluso al terror penal desnaturalizando la verdadera idea de la prevención general, tal el caso que refiere el catedrático de La Paz referido al cura Catorceno por la comisión de delitos contra la libertad sexual, fue condenado a pena de muerte.

Los presidentes Hertzog y Urriolagoitia establecieron una cárcel para presos políticos en la isla de Coati en el lago Titicaca, este ejemplo luego fue seguido por el presidente Paz Estenssoro en su primer gobierno (1952-1956), pues, a través de Decreto Supremo 02221 de 23 de octubre de 1952 creó campos de concentración en cuatro puntos del país, tres de ellos centros mineros de relevante importancia. Estos campos de concentración ubicados en Corocoro (La Paz), Uncía (Potosí), Catavi (Potosí), y Curahuara de Carangas (Oruro), albergaban a los opositores de su gobierno donde sufrían todo tipo de vejaciones y torturas. Exceso, sin lugar a dudas, en detrimento de la dignidad del ser humano y de los derechos y garantías mínimas que le asistían, en total desmedro e irrespeto del Estado de Derecho, cuya justificación se hallaba en la idea del *"control político"* ejerciendo una violencia revolucionaria y anti oligárquica para sostener y dar continuidad a la Revolución Nacional.

El hostis judicatus también fue perseguido por René Barrientos, éste, ligado al M.N.R., llegando incluso a pilotear el avión que traería a Paz Estenssoro en retorno triunfal desde Argentina para asumir la presidencia de la República, persiguió posteriormente a Paz Estenssoro por la comisión de varios delitos en el denominado *"caso 111"*, llevando la persecución de los mismos a la justicia ordinaria, en un irrespeto total y manifiesto a la Ley de Juicio de Responsabilidades contra Altos Dignatarios de Estado de 31 de octubre de 1884. Las dictaduras militares en nuestro país además de aplicar el denominado derecho penal subterráneo, utilizaron la potestad punitiva de manera politiquera persiguiendo a

líderes sindicales, opositores, disidentes, con el fin de neutralizarlos ya sea temporal o definitivamente manteniéndoles en prisión, o mandándoles al exilio.

En 1967, el año de la guerrilla del Ché, se reunieron los trabajadores mineros en la mina Siglo XX, allí resolvieron apoyar la guerrilla del Ché Guevara. Esa noche del 23 de junio, en plena fiesta tradicional de San Juán, entre bailes y fogatas, irrumpieron fuerzas del ejército produciendo una violenta como sangrienta represión, de manera completamente desproporcional en desmedro de los derechos y libertades de los trabajadores mineros, cuyo saldo fueron varios muertos y heridos. A aquél suceso se le denominó, la *"masacre de San Juán"*. El mismo Presidente Barrientos Ortuño se sirvió del ius puniendi para mantener en la cárcel a dirigentes mineros, en la misma época, se vulneró la inmunidad parlamentaria con el desafuero y enjuiciamiento penal a los diputados: Marcelo Quiroga Santa Cruz y José Ortiz Mercado. El primero fue puesto en libertad debido a actitud proba e idónea del juez instructor a cargo del caso de Quiroga que no cedió ante la presión política. Al segundo, le fue peor, pues se le aplicó la detención preventiva y fue mandado a la penitenciaria de San Pedro de la ciudad de La Paz, sin embargo, posteriormente recuperó su libertad. Fue en esta su última gestión como presidente que dictó la Ley de Seguridad del Estado, instrumento legal demostrativo de un derecho penal del enemigo pues limitaba libertades y derechos ciudadanos continuando la línea de represión intolerante de los gobiernos bolivianos. Un año después en 1969 moriría el Presidente Barrientos y con ello se archivarían aquellos procesos con tinte político. En la década de los setenta, Estados Unidos, potencia mundial absoluta ejerció marcada influencia en América Latina. Bolivia no fue la excepción.

Los dictadores de Latinoamérica estudiaron en la Escuela Militar de las Américas, donde el adoctrinamiento identificaba a un enemigo: el extremismo de izquierda. El Coronel Hugo Banzer, que llegara al poder de Bolivia por golpe de Estado el año 1971, sin lugar a dudas fue uno más que utilizó el ius puniendi con afanes de dominación, no es casualidad que literalmente él refiera: *"Personalmente, tengo una filosofía: al amigo, todo; al indiferente, nada; y al enemigo, palo."* (Villamor, 2007) Banzer, a través de Decreto Ley, restituyó la pena de muerte, un desatino absoluto para nuestro país y para los derechos humanos.

Este cuerpo normativo, de la misma manera tenía el objetivo de reprimir al hostis judicatus.

Es así, que la paz, trabajo y orden pregonado por ese gobierno, lo iba a lograr a través del resurgimiento del punitivismo. Así, se restituyó la pena capital para los delitos de asesinato, parricidio, traición a la patria, terrorismo, atentados contra los Dignatarios de Estado y los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación y del orden público, *"por motivaciones políticas"*, el secuestro de personas, alzarse en actos de guerrillas urbana o rural, etc. El Decreto Ley del Coronel referido fue aplicado, en contra de Melquiades Suxo, que habría protagonizado un hecho monstruoso de violación a una niña, en presencia de sus hijos y la participación de unos de ellos. Este hecho, conmocionó a nuestra sociedad, y se instauró y desarrolló el proceso penal más rápido y corto de nuestra historia. Cuando llegó el momento en que se pidió al Coronel la conmutación de la pena a una privativa de libertad, este, cual buen César, echó el pulgar hacia abajo y se fusiló a Suxo en la penitenciaría de San Pedro. También en la década de los setentas el cáncer de la droga se expandió por los países del globo terráqueo.

En este ámbito también fue decisivo y trascendental el papel que jugó el país del Norte, pues condicionó a Bolivia toda ayuda económica hasta que este emita una ley de manera constitucional de lucha, prevención y represión contra el narcotráfico. De esta manera nace la Ley

1008 el 22 de julio de 1988, instrumento jurídico que contenía en su interior el linaje del derecho penal del enemigo, pues, establece para los delitos contemplados y tipificados en él, penas desproporcionales, además de un procedimiento especial en el que se presumía la culpabilidad del imputado, se establecían tribunales especiales y fiscales con más poder. Sin embargo, por su importancia transcribo literalmente las palabras del *"Catedrático de La Paz"*: *"Pero la criminalidad no se redujo, por el contrario hubo un aumento considerable a tal punto de que el setenta por ciento de la población de las penitenciarías en todo el país lo constituyen los detenidos por narcotráfico"* (Villamor, 2007). La presión norteamericana también fue determinante para incorporar en el Código de Procedimiento Penal, instituciones que parecen ser más propias del sistema inquisitivo que del acusatorio, por ejemplo las figuras del agente encubierto y la entrega vigilada, que se estrellan con el bloque de constitucionalidad.

Restaurada la democracia en Bolivia, a partir de 1982, los gobiernos democráticos también utilizaron el derecho penal del enemigo para instaurar juicios penales eminentemente políticos con barniz judicial. Tal es el caso que refiere el *"Catedrático de La Paz"* respecto a una denuncia contra un supuesto narcotraficante que en realidad era un dirigente político opositor, del cual se tenía meras sospechas sin existir prueba plena. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, Edgar Oblitas Fernández y el Sub Decano Ernesto Poppe Subiera, no cedieron a la presión política, por lo que fueron procesados sin respetarse el debido proceso y sin existir prueba alguna. De esta manera, se presionó en el Honorable Senado Nacional para obtener la mayoría de los votos. Su sentencia se dictó el 13 de junio de 1994, por cierto el Fiscal de Distrito quien hiciera la proposición acusatoria era un abogado sin título. El año 2001 fueron rehabilitados porque no existió un debido proceso. En 1985 asumiría la presidencia de la República de Bolivia nuevamente, y por última vez en su vida, Victor Paz Estenssoro. Éste, recibió un país al borde del colapso, sin exagerar la situación, pues la hiperinflación que existía era la peor de todos los tiempos, solo comparable con la más grande del mundo que vivió Alemania en los años 30. Instaurada la democracia en Bolivia, en 1982, el gobierno del presidente de ese entonces, don Hernán Siles Zuazo, careció de gobernabilidad puesto que no contaba con una mayoría parlamentaria, su vicepresidente había renunciado, lo asfixiaron tanto Paz Estenssoro como Juán Lechín desde la C.O.B., y por último fue secuestrado en una suerte de golpe de Estado que fracasó. Apartado de una vocación autoritaria, don Hernán Siles decidió acortar su mandato para viabilizar la continuidad de la democracia. Ese era el país que recibía el presidente Paz Estenssoro, y así lo graficó en su mensaje inaugural cuando advirtió: *"Bolivia se nos muere"*. Para salvar al país de esta hiperinflación, su gobierno decretó el 21060, instrumento legal cuyo mérito fue restaurar la economía nacional y salvarla de esa hiperinflación. La C.O.B., de Lechín junto con otros dirigentes quisieron hacer lo mismo que con Hernán Siles. Paz Estenssoro, optó por confinarlos para darle viabilidad a la aplicación del Decreto.

En 1989 fue criticada la acción del gobierno de Paz Zamora, pues de manera irregular y desapegada de legalidad, extraditó a Luis Arce Gómez a los Estados Unidos, acusado de tráfico de drogas. De la misma manera en 1992, sin existir tratado de extradición la Corte Suprema extraditó oficialmente a Asunta Roca Suárez, hermana del narcotraficante Techo de Paja.

En 1990, se produjo un suceso que conmocionó a la sociedad boliviana. Un grupo terrorista denominado Comando Nestor Paz Zamora (C.N.P.Z.) había secuestrado a un prestigioso empresario, Jorge Lonsdale. El gobierno de Jaime Paz Zamora, extremó recursos para combatir este grupo guerrillero que lo incomodaba por la grotesca utilización del nombre de su hermano, quien

había elegido el camino de las armas enrolándose en el Ejército de Liberación Nacional (E.L.N.) en 1969. Una vez que la policía boliviana identificó el paradero de estos terroristas donde tenían secuestrado a Lonsdale, iniciaron un operativo cuyo desgraciado desenlace fue la muerte del empresario. Se presume que los secuestradores habrían cumplido su amenaza de darle muerte. Sin embargo, se dio muerte también de manera innecesaria a los secuestradores en desmedro del principio de superioridad ética del Estado, lo cual fue severamente criticado. Para concluir y cerrar este capítulo, cabe decir que existe una constante en nuestro país, que mientras los órganos jurisdiccionales y los encargados de la persecución penal sean compuestos no por los hombres más capacitados sino por una selección en una suerte de cuoteo político, hasta hace unos años, y actualmente por la imposición de un solo partido político, no parece ser muy saludable ni para nuestra democracia, ni mucho menos para nuestra sociedad, mucho menos para el Estado de Derecho. Mientras nuestros jueces en materia penal y el Ministerio Público, no sean verdaderamente independientes de toda índole política e incluso económica, la existencia de un Derecho Penal del enemigo será una realidad en nuestra patria, o al menos una realidad intermitente.

LA LEY N° 348, LEY INTEGRAL PARA GARANTIZAR A LAS MUJERES UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Al respecto de esta normativa se han realizado variadas críticas, pues encontramos que, a criterio de la opinión popular, la Ley N° 348 ha sido creada e implementada para crear un estado de excepción en contra de quienes se constituyen en un peligro para las mujeres, es decir, aquellas personas que cuentan con la calidad de hombres y que tienen por convicción mantener una situación de vulnerabilidad y de marginalidad hacia aquel sector que necesita de una protección oportuna para equilibrar las condiciones en las cuales se van a desarrollar en la sociedad boliviana.

Es en tal sentido que la Ley N° 348 además de ser un marco normativo creado a partir de la necesidad de implementar mecanismos, medidas y políticas de prevención, atención, protección y reparación a las mujeres en situación de violencia, constituye también un marco legal que dispone como objetivo principal la persecución y sanción a los agresores, con la finalidad de garantizar a las mujeres una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos.

Entonces, sale a resaltar la visión de una realidad que pretende la erradicación de la violencia hacia las mujeres, pese a que el crimen es una realidad de todo Estado y siempre va a existir. Por lo tanto, el parámetro que plantea la Ley N° 348, no es la de una erradicación propiamente dicha, sino que su finalidad es la de prevenir el fenómeno criminal de la violencia en razón de género, precisamente a partir de la creación de aquellos mecanismos que, en materia de política criminal, adopta el aparato coactivo fiscal del Estado Boliviano. Por otro lado, en cuanto a los protocolos de aplicación adoptados de la Ley N° 348, se hace referencia a la inversión de la carga probatoria, toda vez que la víctima, a través del Ministerio Público, identifique al victimario y futuro imputado, este tiene la obligación de contar con todo medio probatorio que demuestre su inocencia. En otros términos, que al imputado de alguno de los delitos de violencia, incorporados en el Código Penal por la Ley N° 348, se le va a presumir su culpabilidad sin necesidad de que la mujer tenga que presentar prueba alguna para acreditar los hechos que denuncia, basta con lo determinado en el artículo 97 de dicha Ley que, aún en ausencia de la prueba a tiempo de plantear la denuncia, esta podrá ser admitida. Otra medida similar a esta es la restricción para el imputado de conciliar, el

sindicado no puede conciliar con la víctima, es más, en cuanto a las salidas alternativas al proceso, únicamente puede sujetarse al procedimiento abreviado, a la suspensión condicional del proceso y al criterio de oportunidad reglada, en los casos previstos en los arts.- 301 núm. 4 y 323 núm. 2, así lo determina el artículo 45 de la Ley N° 348.

Sin embargo, cabe resaltar que el Sistema Judicial boliviano ha sido sujeto de múltiples cuestionamientos en cuanto a la efectividad que ofrece al momento de desarrollar su labor de Administrar Justicia, siendo que muchas veces el idealismo de un Aparato Judicial eficiente y eficaz en cuanto a las decisiones que toma se convierte en algo ilusorio. Si consideramos que el impulso procesal queda bajo la sombra de satisfacer intereses políticos, otras veces intereses propios, entonces tropezamos con un Sistema Judicial ineficiente, ineficaz, carente de Jueces que respondan a los principios de celeridad, probidad y transparencia. Por otro lado, la situación de las mujeres que, en muchas ocasiones, no cuentan con el acceso inmediato al Ministerio Público para postular las denuncias correspondientes, se hace referencia a las mujeres que viven en el campo y su vida se desarrolla en el área rural. Así mismo, que la sanción impuesta para aquellos sujetos que incurran en delitos de violencia en razón de género, en relación al imputado y a quienes puedan cometer tales delitos, no garantiza el fundamento de la prevención general ni de la prevención especial, considerando a quienes sean reincidentes en los mismos delitos que la Ley N° 348 ha incorporado en el Código Penal, reuniendo toda característica que les quitarían la calidad de personas y sean considerados enemigos de la sociedad. Es oportuno mencionar otra medida a considerarse, que los imputados de delitos de violencia en contra las mujeres no puedan acceder a cargos públicos, pues quebraron el equilibrio y la paz social, no garantizan una gestión satisfactoria al interés colectivo, menos que se vaya a respetar el ordenamiento jurídico. Considerando que entre los requisitos para acceder a un cargo público es el de no tener sentencia ejecutoriada en materia penal, siendo que en los hechos supone una realidad distinta, véase sino los 10 casos de servidores públicos con sentencias ejecutoriadas por violencia en razón de género en el año 2016.

Qué otra cosa más se puede evidenciar más que un criterio de aplicación y ejercicio discrecional que sugiere un indicio de lo observado, tanto a nivel mundial, como a nivel local, constituye simplemente un pincelazo sobre un óleo de pintura que es más amplio y profundo, son las consideraciones más relevantes de los profesores referidos de Derecho Penal. El pasado inmediato, es historia conocida, y siendo que este trabajo de índole investigativo no tiene fines de controversia, dejamos su reflexión a las próximas generaciones, sin embargo se dejará sentado que el Sistema Penal Boliviano y, en especial, la normativa creada para la erradicación de la violencia en razón de género admiten su complementación con los paradigmas del Derecho Penal del enemigo.

Es en tal sentido que, si bien son oportunas las medidas que la Ley N° 348 dispone, no sugiere que en la realidad sean ejecutadas de tal manera, o al menos no de manera completa, entonces, surge la necesidad de establecer la creación de juzgados especializados que atiendan 24 horas al día, prohibir la conciliación de la violencia, inhabilitar a los agresores a acceder a cargos públicos, establecer la obligación de investigación de oficio independientemente de la voluntad de la mujer, crear fiscales de materia móviles para que lleguen al área rural, establecer que las mujeres pueden acceder a un certificado médico gratuito otorgado por cualquier profesional de salud. La Ley integral establece como prioridad nacional la erradicación de la violencia hacia las mujeres, por ser una de las formas más extremas de discriminación en razón de género, que impide el adelanto de las mujeres y el vivir bien.

APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Siendo más precisos al momento de aterrizar a la realidad de América Latina, corresponde observar cuáles son las decisiones y medidas adoptadas en la República de El Salvador. El gobierno de su presidente Nayib Bukele ha sido tema de debate y de múltiples críticas de los defensores en materia de Derechos Humanos, pues las medidas que se adoptaron en la república representaron un cambio de paradigma, de principios y de lineamientos que hasta entonces habíamos entendido como correctos para desarrollarnos en sociedad. No solamente se restringieron ciertos derechos y ciertas garantías procesales, para quienes pertenecían a las Maras o a grupos colectivos que sometían a un gran porcentaje de su población para beneficiarse de su situación, sino que además, se incorporó una política criminal tan peculiar que contraviene a los principios de los Derechos Humanos, misma que ha significado en los hechos la verificación, la confirmación del Monopolio del Estado. Y es que en realidad lo que hizo Nayib Bukele es una ponderación de derechos, si es que la dignidad humana o integridad de todas las personas, incluyendo a quienes pertenecen a las Maras, prevalece por encima de la seguridad y del derecho a la vida que tiene la sociedad. Simplificándolo, la política criminal impuesta, a partir de las decisiones adoptadas por Nayib Bukele, se constituye en la aplicación del desarrollo doctrinal de la Teoría del Derecho Penal del enemigo, tomando en cuenta que la sociedad de la República de El Salvador vivía en condiciones de inseguridad y constante preocupación por la incertidumbre si vivirían un día más. Todas estas circunstancias las generaban las Maras, que se constituían en pandillas que pertenecían a la localidad a la cual sometían para el incremento propio de beneficios sociales y económicos. En función a ello es que el Estado de Derecho había decaído, habría fallado en su tarea de regular las conductas y comportamientos de toda su población, por ende, habiendo decaído el equilibrio y la paz social que un estado de Derecho debería garantizar concretarlo en la realidad.

Los principios y parámetros que proponían los Tratados y los Acuerdos en materia de Derecho Humanos no habían sido respetados en la República de El Salvador, refiriéndose precisamente a la conducta criminal que desarrollaron las Maras, se estaba vulnerando el derecho de vida de las personas inocentes que nada tenían que ver con el mundo del crimen ni del delito. Entonces, surgía la necesidad de establecer el Estado de Excepción del cual venimos hablando desde un primer momento en conjunto con el desarrollo doctrinal y teórico, propuesto por Günther Jakobs, el Estado Salvadoreño impuso mecanismos y medidas que iban en contra de los presupuestos procesales que comprende un Estado de Derecho para el ciudadano, en su lugar se dio paso a la encarcelación directa e inmediata, en condiciones deplorables para aquellos que alguna vez formaron parte de estos grupos criminales que quebrantaban el equilibrio social.

CONCLUSIONES

En vistas de que un Derecho Penal del enemigo, un Derecho Penal diferente al Derecho Penal del ciudadano no es tan alejado de la realidad, siendo aplicado inclusive en ciertos contextos sociales de Estados Autoritarios y un Estado Democrático, entonces conviene detenerse al análisis de una ponderación de derechos entre aquellos que protegen a los sujetos que no garantizan sujetar sus conductas a Derecho, que se constituyen en delincuentes potenciales en contra la sociedad, en específico, representan un peligro para el sector vulnerable en razón de género, o que un sistema normativo garantice para las mujeres un vida libre de violencia

y pacífica, considerando el derecho a la vida como un derecho inalienable, como parte de la esencia misma de un ser humano. Por ende, si las mujeres se constituyen en un grupo que el Estado ha previsto una serie de mecanismos y medidas para permitirles un desarrollo pleno para efectivizar sus derechos, es necesario que tales políticas sean desarrolladas de forma completa y satisfactoria evitando discreciones, como se puntualizó anteriormente, en función de una búsqueda por la erradicación de la violencia en contra de las mujeres, siendo únicamente posible con la institucionalización de los criterios desarrollados en la Teoría del Derecho Penal del enemigo.

En tal merito, se puede concluir: primero, La relevancia y características de la Ley 348 son Proteger a las mujeres de todo tipo de violencia en la casa, fuera de la casa y en todos los lugares privados y públicos. Brindar una atención integral psicológica, social, legal, gratuita y especializada. Contempla la prevención, atención, protección, reparación, persecución y sanción de la violencia. Reconocer el feminicidio como delito penal con 30 años de cárcel sin derecho a indulto. Establecer la creación de juzgados especializados que atiendan 24 horas al día. Prohibir la conciliación de la violencia. Inhabilitar a los agresores a acceder a cargos públicos. Establecer la obligación de investigación de oficio independientemente de la voluntad de la mujer. Crear fiscales de materia móviles para que lleguen al área rural. Establecer que las mujeres pueden acceder a un certificado médico gratuito otorgado por cualquier profesional de salud. La Ley integral establece como prioridad nacional la erradicación de la violencia hacia las mujeres, por ser una de las formas más extremas de discriminación en razón de género, que impide el adelanto de las mujeres y el vivir bien.

Segundo, La relevancia y características de la Teoría del Derecho Penal del Enemigo: Se establece que el Derecho Penal del enemigo se constituye en Amplio adelantamiento de la punibilidad. La pena es prospectiva, no se penan sólo delitos cometidos, sino también actos preparatorios de futuros delitos. Ausencia de reducción proporcional de la pena acorde con dicho adelantamiento. Eso implica, entre otras cosas, que los actos preparatorios son penados con la misma gravedad que los hechos consumados. En suma, la pertenencia del autor a una organización se tiene en cuenta para agravar las penas. Supresión o restricción de garantías y derechos procesales de los imputados; por ejemplo, eliminación de la presunción de inocencia, posibilidad de admisión de pruebas obtenidas ilícitamente o ampliación de los supuestos de incomunicación o intervención en las comunicaciones. Se perciben a las garantías y derechos procesales como obstáculos que impiden la debida protección frente a los enemigos. Jakobs no lo menciona expresamente, pero es insoslayable que también implica un recrudecimiento del Derecho penitenciario, mediante el endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, limitación de los beneficios penitenciarios o incremento de los requisitos para la libertad condicional, entre otras medidas. Y, aunque Jakobs tampoco lo admita explícitamente, el Derecho Penal del enemigo no es un Derecho Penal de hecho, sino un Derecho Penal de autor, en orden a que no tiene tanto en cuenta los hechos acaecidos, como las características del autor, del enemigo.

Tercero, se identificó la apropiación doctrinal, siendo, el Profesor Jorge Mostajo Loza analiza el concepto del enemigo desde el punto de vista del Derecho penal y la Criminología. Enlaza las ideas de Jakobs y Garland explicando la dicotomía entre persona y enemigo en una sociedad que pretende equilibrar la libertad y seguridad. El Derecho penal del enemigo constituye una práctica discursiva y mecanismo de Política Criminal que identifica al enemigo como amenaza al Estado, Constitución o a la sociedad, limitando las garantías y remplazando al Estado de Derecho por un Estado de

excepción. Esta perspectiva legitima la exclusión y la neutralización del enemigo. La criminología del otro explica el fenómeno criminal desde el enemigo, visualizando el discurso de la exclusión, el cual, siempre ha estado presente en la sociedad contemporánea.

Cuarto, del análisis de los cuerpos normativos internacionales que hayan implementado el Derecho Penal del Enemigo se establece: La batalla del presidente de El Salvador, Nayib Bukele, contra las pandillas violentas ha dado un salto cualitativo al poner en marcha un operativo para cercar con policías y militares algunas de las principales ciudades del país centroamericano. La medida aspira a acorralar a las maras para evitar que entren o salgan de esos territorios, y es en todo caso la última vuelta de tuerca en la guerra emprendida por el Gobierno contra dos de las organizaciones criminales más sangrientas, la Mara Salvatrucha-13 y el Barrio-18. Hace ocho meses el mandatario decretó un régimen de excepción con efectos contradictorios: le ha permitido debilitar de forma significativa estas estructuras criminales, pero a cambio ha incrementado de forma significativa los retrocesos en libertades y derechos humanos para el resto de la población.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNUZ B. (2010); SUSÍN B., Raúl, *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares.
- CANCIO M. (2006) *"De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?"*, Civitas
- CANCIO M.; FEIJOO B. (2003) Madrid, *Thomson Civitas*
- ESER A. (2004) *"Consideraciones finales"*, Valencia: Tirant lo Blanch
- ESER A.; HASSEMER W.; BURKHARDT B. (2004) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch
- GRACIA L. (2005) *"el trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo"* Navarra: Aranzadi
- GRACIA M. (2005) *"Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'"*, http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf Consultado el 15.06.2023
- GRACIA M. (s/f) *"El trazado histórico"*, cit.
- JAKOBS G. (1996) *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid: Civitas
- JAKOBS G. (1997) *"Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico"*, Trad: PEÑARANDA E., en: JAKOBS G., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas
- JAKOBS G. (1997) *"Derecho Penal del ciudadano"* Madrid: Civitas
- JAKOBS G. (1997) *Estudios de Derecho Penal* Madrid: Civitas
- JAKOBS G. (s/f) *"Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo"* Trad: CANCIO M.
- JAKOBS G. (s/f) *"La autocomprensión"* cit.
- MUÑOZ F. (2003) *De nuevo, cit.*; *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch
- MUÑOZ F. (2005) *"el nuevo derecho penal*

autoritario: consideraciones sobre el llamado «Derecho penal del enemigo»" en: PORTILLA G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Akal,

- MUÑOZ F. (2005) *De nuevo sobre el ‹‹Derecho penal del enemigo›› 1º* Edición. Buenos Aires: Hammurabi
- MUÑOZ F. (Coord.) (2004) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch
- RIVEIRA B. (2005) *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona: Anthropos
- SILVA J. M. (s/f) *"el retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos"* Ediciones de la Universidad Castilla -La Mancha.
- SUÁREZ N. (2024) *Derecho Penal del Enemigo*. Vox Juris, 129-148
- VILLAMOR F. (2007) *Una Aproximación Al Derecho Penal Del Enemigo*. Impreso en Inspiración Cards. La Paz-Bolivia
- ZAFFARONI E. (2006) *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid: Dykinson



MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES "LESIONES GRAVES Y LEVES" Y "LESIONES GRAVÍSIMAS" EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

MODIFICATION OF CRIMINAL OFFENSES: "SERIOUS AND MINOR INJURIES," AND "EXTREMELY SERIOUS INJURIES" IN THE BOLIVIAN PENAL CODE.

Mauricio Sebastian Tellez Tapia
Estudiante de Derecho 6to Semestre
Universidad La Salle-Bolivia
correo electrónico:
mauriciostt9@gmail.com

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo proponer la modificación de los artículos "Lesiones Gravísimas" y "Lesiones Graves y Leves" (Artículos 270 y 271) del Código Penal boliviano, para que se implementen agravantes a los responsables de dichos delitos que se cometan en contra de discapacitados, analizando legislación boliviana a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y legislación comparada con países latinoamericanos que contemplan agravantes en dichos delitos, revisando redacción de los mismos; a través de una investigación jurídico-dogmática propositiva y por lo tanto se llegó a la conclusión de la necesidad de modificar dichos artículos.

Palabras clave Agravante, artículo, discapacidad, integridad corporal, vulnerabilidad

Abstract

The purpose of this paper is to propose the amendment of the articles "Extremely Serious Injuries" and "Serious and Minor Injuries" (Articles 270 and 271) of the Bolivian Penal Code, in order to implement aggravating factors for those responsible for committing such crimes against disabled individuals. This will be done by analyzing Bolivian legislation in light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and through a comparative analysis of Latin American countries that include aggravating factors in similar crimes, reviewing the wording of these laws. Through a propositional legal-dogmatic investigation, the conclusion reached is the need to amend these articles.

Key words Aggravating factor, article, disability, bodily integrity, vulnerability

INTRODUCCIÓN

La vulneración a la integridad corporal de los ciudadanos bolivianos es el pan de cada día del país, en el año 2023 el delito de lesiones graves y leves fue el segundo delito con más incidencia en Bolivia con un total

de 20,073 casos registrados; (Ministerio Público, 2023) aparte de todos aquellos delitos que no se denuncian incrementarían la cifra de una manera significativa, cabe mencionar acerca de la deficiente protección de dicho bien jurídico en las personas que sufren alguna discapacidad, por lo que se ven más expuestas a los delitos de lesiones graves y leves y lesiones gravísimas por su estado de vulnerabilidad.

Actualmente en la legislación boliviana, específicamente dentro de los artículos "Lesiones Gravísimas" y "Lesiones Graves y Leves" (Artículos 270 y 271) del Código Penal, no se encuentra un agravante que castigue a los delincuentes que realizaron dichos delitos en contra de personas discapacitadas; Estados latinoamericanos como los Estados Unidos Mexicanos o la República del Perú ya contemplan este agravante en sus respectivas legislaciones, además que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indica que los estados deben tomar medidas legislativas pertinentes para la protección de el bien jurídico de integridad física, por lo tanto, ¿Bolivia debería modificar su normativa penal para que en delitos de lesiones, exista un agravante para la protección de las víctimas discapacitadas?

REFERENTES CONCEPTUALES

Personas en situación de vulnerabilidad

Para dar una mejor comprensión de la investigación se utilizará la definición otorgada por la Ley General para Personas con Discapacidad en su artículo 5, inciso c), indicando que son personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales y/o sensoriales que impiden su participación efectiva en la sociedad. (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012)

Es pertinente establecer que los discapacitados pertenecen a una población vulnerable, dicho esto por el Auto Supremo Nro. 1238/2023-RRC del 5 de septiembre de 2023, por el cual Bolivia se adhiere a las "Reglas de Brasilia" emitida por la Cumbre Judicial Iberoamericana de la cual Bolivia y la República del Perú son parte. (Auto Supremo, 2023)

Las Reglas de Brasilia son un "Conjunto de 100 Reglas reconocidas por las más importantes Redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad". (Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2024)

Dentro de las Reglas de Brasilia específicamente en el capítulo 1 PRELIMINAR, sección 2da beneficiarios de las reglas, numeral 1 se encuentra el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad (3), siendo estas aquellas personas que por razón de su estado físico o mental encuentran especiales dificultades para ejercitar ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el sistema jurídico. (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008)

Si bien es una definición referida a el acceso a la justicia, la misma puede aplicar a un ámbito general de la vida cotidiana, y de todos modos dentro del mismo inciso segundo párrafo (2) se encuentra a la discapacidad como causa de vulnerabilidad. (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008)

Para dejar clara la situación de vulnerabilidad, el mismo Auto Supremo utiliza una definición brindada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), siendo que los grupos en situación de vulnerabilidad son las personas con discapacidad, entre otros grupos. (Auto Supremo, 2023)

Por lo tanto, la definición entre discapacitado y persona

en situación de vulnerabilidad es similar siendo estas personas que, por deficiencias físicas, mentales, entre otras; tienen dificultades para su participación efectiva en la sociedad.

De igual manera se entiende agravante como:

Circunstancia modificativa de la responsabilidad que determina un aumento de la pena correspondiente al delito por suponer una mayor peligrosidad del sujeto o una mayor antijuridicidad de su conducta. (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2024)

Análisis de la normativa nacional

Al analizar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, puesta en vigor desde el 2008, de la cual Bolivia es parte según Ley Nro. 4024 del 15 de abril de 2009, la misma es significativa debido a que según el artículo 410 de la Constitución Política del Estado boliviano, establece que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad, por lo tanto, es pertinente el análisis de dicha convención. (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009)

Para una mejor comprensión de la figura del bloque de constitucionalidad y su importancia, según Germán Bidart Campos es el conjunto de normas con disposiciones, principios o valores que son constitucionales materialmente, pero fuera de la constitución documental. (Bidart Campos, 1995)

La Constitución Política del Estado boliviano en el artículo 410, parágrafo segundo establece que "…el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las Normas de Derecho Comunitario, ratificadas por el país…" (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009)

La mencionada convención únicamente establece en su artículo 16 (Protección contra la explotación, la violencia y el abuso), específicamente en el numeral 1 que los estados parte tienen que adoptar medidas de carácter legislativo pertinentes para proteger a las personas con discapacidad contra toda forma de violencia y abuso. (Naciones Unidas, 2006)

En cuanto a la Constitución Política del Estado boliviano, los discapacitados cuentan con normas generales para el goce de derechos como educación, trabajo, protección contra la discriminación, seguridad social, deporte, entre otros; sin embargo la presente investigación solo obtiene beneficio únicamente del artículo 71 parágrafo I. indicando que se prohibirá y sancionará cualquier tipo de violencia a toda persona con discapacidad. (Asamblea Constituyente de Bolivia, 2009)

Observando normativa nacional del estado boliviano, en referencia al presente tema se puede encontrar leyes que analizar como ser la Constitución Política del Estado, la Ley General para las Personas con Discapacidad o el Código Penal boliviano.

La Ley General para Personas con Discapacidad, ley Nro. 223 del 2 de marzo de 2012 establece únicamente normas generales para garantizar a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno de sus derechos y deberes. (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012)

Adicionalmente el artículo 19 parágrafo I. indica que se debe respetar la integridad física de las personas con discapacidad (Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, 2012)

Exclusivamente estos dos artículos son mencionados en la Ley General para Personas con Discapacidad que hacen referencia al presente tema de investigación

Por último, en normativa nacional, se tiene al Código Penal boliviano, del cual se realizará la presente investigación específicamente en los artículos "Lesiones

Gravísimas" y "Lesiones Graves y Leves" (Artículos 270 y 271) indicando expresamente:

Artículo 270. (Lesiones Gravísimas). Se sancionará con privación de libertad de cinco (5)

a doce (12) años, a quien de cualquier modo ocasione a otra persona, una lesión de la cual

resulte alguna de las siguientes consecuencias:

1. Enfermedad o discapacidad psíquica, intelectual, física sensorial o múltiple.

2. Daño psicológico o psiquiátrico permanente.

3. Debilitación permanente de la salud o la pérdida total o parcial de un sentido, de un

miembro, de un órgano o de una función.

4. Incapacidad permanente para el trabajo o que sobrepase de noventa (90) días.

5. Marca indeleble o deformación permanente en cualquier parte del cuerpo.

6. Peligro inminente de perder la vida.

Cuando la víctima sea niña, niño, adolescente o persona adulta mayor la pena será agravada

en dos tercios tanto en el mínimo como en el máximo. (Código Penal, 1997, pág. Art. 270)

Artículo 271. (Lesiones Graves y Leves). Se sancionará con privación de libertad de tres

(3) a seis (6) años, a quien de cualquier modo ocasione a otra persona un daño físico o

psicológico, no comprendido en los casos del Artículo anterior, del cual derive incapacidad

para el trabajo de quince (15) hasta noventa (90) días.

Si la incapacidad fuere hasta de catorce (14) días, se impondrá al autor sanción

de trabajos comunitarios de uno (1) a tres (3) años y cumplimiento de instrucciones que la

jueza o el juez determine.

Cuando la víctima sea una niña, niño, adolescente o persona adulta mayor la pena será

agravada en dos tercios tanto en el mínimo como en el máximo. (Código Penal, 1997, pág. Art. 271)

Es pertinente señalar que en el Código Penal no se contemplan agravantes para los tipos penales objetos de esta investigación, en caso de que la víctima sea una persona con discapacidad.

Adicionalmente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; comité compuesto por 18 expertos independientes que supervisan la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a los estados parte. Los estados parte deberán presentar informes periódicos al comité, informando acerca de la aplicación de dicha Convención y por último el comité examinará los informes y formulará recomendaciones para reforzar la aplicación de la convención en el respectivo estado. (Naciones Unidas, 2024)

El 30 de agosto de 2016 el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas emitió observaciones finales acerca del informe inicial del Estado Plurinacional de Bolivia (CRPD/C/BOL/1); en dicho informe se ven aspectos positivos como la adopción de la Ley General para Personas con Discapacidad, la adopción de la Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, entre otros. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, 2016)

Sin embargo, este informe indica en el punto III siendo las principales áreas de preocupación y recomendaciones B. Derechos específicos-Protección contra la explotación, la violencia y el abuso específicamente en el

numeral 42 indicando textualmente que:

42. El Comité recomienda al Estado parte que modifique la legislación relativa a la lucha contra la violencia con la incorporación de la perspectiva de la discapacidad, el género y la edad. También le recomienda que adopte un marco de debida diligencia para combatir social y penalmente la explotación de personas con discapacidad a través de la mendicidad, así como para crear y mantener programas accesibles para el rescate, la reparación y la rehabilitación integral de víctimas, que incluya medidas de protección social, acceso a la justicia con enfoque de género y edad, y apoyo psicosocial. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, 2016, pág. 6)

De esta manera se evidencia que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recomienda, que Bolivia modifique su legislación respecto a la lucha contra la violencia incorporando una perspectiva de la discapacidad, por lo tanto, se debería añadir los agravantes objetos de la presente investigación.

En ese contexto, al analizar normativa nacional, no se encuentran agravantes específicos para los delitos de "Lesiones Gravísimas" y "Lesiones Graves y Leves", en ninguna normativa, sin embargo, la Constitución Política del Estado boliviano y la Ley General para las Personas con Discapacidad otorgan normas generales para el respeto de la integridad física/corporal, sin embargo, al no contar con los agravantes ya mencionados ¿Bolivia cumple con estas normas generales y con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el respeto efectivo de las personas discapacitadas?

Contraste con la normativa internacional latinoamericana

Para la presente investigación se analizarán las legislaciones de dos países latinoamericanos que son parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en este caso se utilizará a los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú.

En el caso de la República del Perú, en el Código Penal del Perú promulgado y publicado en 1991 se contempla en el Título I: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud – capítulo III: Lesiones; específicamente en el artículo 121-lesiones graves, se establece que se condenará con una pena de privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, sin embargo, se evidencia claramente en el mismo artículo, segundo párrafo que la pena privativa de libertad se agravará siendo no menor de seis ni mayor de doce años en diferentes circunstancias agravantes; específicamente en el numeral 2 de dichos agravantes se aplica el agravante de si la víctima tiene discapacidad y el sujeto activo se aproveche de esta condición. E incluso dicha ley en su último párrafo establece un agravante adicional, siendo este que, si al incurrir en cualquiera de los agravantes del mismo artículo se produce la muerte de la víctima, la pena privativa se agravará siendo no menor de quince ni mayor de veinte años. (Congreso de la República del Perú, 1991)

Este artículo anteriormente mencionado del Código Penal del Perú se asemeja con el artículo 270 del Código Penal boliviano (LESIONES GRAVÍSIMAS), debido a que ambos comparten la condición de que el tipo penal genere consecuencias como discapacidad/invalidez, mutilación/pérdida de un miembro, desfiguración/deformación, entre otros.

De la misma manera en el Código Penal del Perú, en su artículo 122- Lesiones leves se establece que se condenará con una pena privativa de no menor de dos ni mayor de cinco años, empero, se evidencia en el numeral tercero inciso b, la existencia del agravante que será efectivo si la víctima tiene discapacidad y el sujeto activo se aprovecha de dicha situación condenando a pena privativa de no menor de tres ni mayor de seis

años; además de la suspensión de la patria potestad, tutela o curatela según corresponda. Adicionalmente se establece el agravante en caso de que la víctima muera a consecuencia de la lesión agravada con pena privativa de no menor de ocho ni mayor de catorce años. (Congreso de la República del Perú, 1991)

Este artículo anteriormente mencionado del Código Penal del Perú se asemeja con el artículo 271 del Código Penal boliviano (LESIONES GRAVES Y LEVES), debido a que ambos comparten la condición de que el tipo penal genere incapacidad/descanso de entre diez a veinte días.

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra el Código Penal Federal, publicado el 14 de agosto de 1931, con la última modificación el 7 de junio de 2024, en el TITULO DECIMONOVENO Delitos contra la vida y la integridad corporal, capítulo III Reglas comunes para lesiones y homicidio, específicamente en el artículo 315, indicando que las lesiones son calificadas cuando se cometen con ventaja, por lo tanto al remitirse al artículo 316 séptima, se establece que hay ventaja cuando exista una situación de vulnerabilidad motivada por la condición física o mental. (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1931)

Según la misma Cámara de Diputados de México y en relación a como se estableció previamente en la presente investigación, se entiende situación de vulnerabilidad, al estado de una persona que por sus características físicas y/o mentales requieren de un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo y la convivencia. (Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2009)

En ese contexto se entiende que las personas discapacitadas efectivamente se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por lo tanto, al cometer delitos de lesiones siendo que la víctima se encuentre en tal situación, el tipo penal se convierte en calificado.

En ese sentido al remitirse al artículo 298 del mismo código, se establece que al responsable de una lesión calificada se le aumentará la sanción hasta el doble que corresponda, por la lesión simple causada. Los delitos de lesiones en los Estados Unidos Mexicanos se encuentran divididos de una manera más categórica siendo estos los artículos 290, 291, 292, 293 los delitos que se asemejan al artículo 270 del Código Penal boliviano (LESIONES GRAVÍSIMAS); y el artículo 289 del Código Federal Penal se asemeja a el artículo 271 del Código Penal boliviano (LESIONES GRAVES Y LEVES)

Principio de Progresividad y No Regresión como refuerzo a la aplicación de los agravantes

Por último, para reforzar la presente investigación es importante mencionar el Principio de Progresividad y No Regresión, según el Dr. Juan Stinco se aplica, para todos los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en consecuencia, los estados deben asumir el garantizar estos derechos de modo progresivo además de la obligación de no regresividad. (Stinco, 2019)

En un ámbito nacional la Sentencia Constitucional Plurinacional 0063/2018-S2 del 15 de marzo de 2018, se indica que la aplicación progresiva implica que el estado debe adoptar medidas, para lograr progresivamente los derechos reconocidos en el pacto, siendo estos un progreso y una limitación al estado en cuanto a la adopción de medidas regresivas. (Sentencia Constitucional Plurinacional, 2018)

De esta manera se puede entender que en Bolivia se debería aplicar el Principio de Progresividad y No Regresión, ya que el mismo pertenece al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por lo tanto, al pertenecer al bloque de constitucionalidad, este debería ser mandatorio y en ese contexto continuar con el avance de los derechos fun-

damentales para las personas con discapacidad e incluir los agravantes objeto de la investigación.

Métodos y materiales

Para la presente investigación se realizó una investigación jurídico-dogmática en su variante propositiva, debido a que se está proponiendo la modificación de dos artículos del Código Penal boliviano, utilizando legislación comparada y legislación nacional con el respectivo bloque de constitucionalidad, demostrándose así deficiencias de la no implementación de dichos agravantes cuando otros países ya lo hicieron.

Como indica Reynaldo Tantaleán:

El estudio propositivo implica un alto grado de argumentación para convencer que nuestra propuesta es la más adecuada, pero exige como presupuesto o punto de partida mostrar los defectos que trae consigo la actual normatividad (la que se piensa modificar o derogar), o las deficiencias de la ausencia de normatividad (en el caso de la creación de normas). (Tantaleán Odar, 2016, pág. 9)

Resultados y discusión

En base a lo anteriormente mencionado, la presente investigación demuestra una falta clara de circunstancias agravantes en los delitos de Lesiones Graves y Leves y Lesiones Gravísimas, en contra de discapacitados; los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú contemplan dichos agravantes, estos países son parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo tanto, Bolivia debe implementar agravantes. De esta manera se tiene a los discapacitados como una población vulnerable, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas recomienda realizar tal modificación legislativa

¿Por qué Bolivia no implementó aún los agravantes?

Se realizó una tesis para la inclusión de agravantes en feminicidio en caso de mujeres con discapacidad a cargo de Jessica Nathaly Banegas Guerrero, de la Universidad Católica de Cuenca, para demostrar la necesidad de la aplicación de dichos agravantes en el Código Orgánico Integral Penal en la República del Ecuador, dando el resultado a la transgresión al derecho a la vida, debido a que pertenece a un grupo de atención prioritaria (vulnerabilidad) y por esta razón el legislador debería incorporar la discapacidad como circunstancia agravante en el feminicidio. (Banegas Guerrero, 2022) Esta investigación en la temática de la discapacidad refuerza los resultados propuestos en la presente investigación

Conclusiones

Por todo lo anteriormente expuesto, es necesaria la modificación, para la aplicación de agravantes para los delitos de lesiones gravísimas y lesiones graves y leves en el Código Penal boliviano, y de esta manera estar conforme a disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de una manera similar a los casos mencionados de los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú; por ende al realizar tales modificaciones se respetaría de una manera eficaz la Constitución Política del Estado boliviano y la Ley General para Personas con Discapacidad.

Se sugiere que, para los agravantes en el Código Penal boliviano, se incluyan a los discapacitados dentro del último párrafo del artículo 270 (LESIONES GRAVÍSIMAS) y de esta manera la pena de privación de libertad sea agravada en dos tercios tanto en el mínimo como en el máximo; de la misma manera en el artículo 271 (LESIONES GRAVES Y LEVES) incluir a los discapacitados en el último párrafo y de esta manera la pena de privación de libertad sea agravada en dos tercios en el mínimo como en el máximo.

Referencias

Asamblea Constituyente de Bolivia. (2009). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Bolivia.

Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2 de Marzo de 2012). Ley general para personas con discapacidad. Bolivia.

Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2 de Marzo de 2012). Ley general para personas con discapacidad. Bolivia.

Auto Supremo, 1238/2023-RRC (Tribunal Supremo de Justicia 5 de septiembre de 2023).

Banegas Guerrero, J. N. (2022). Análisis de la inclusión como agravante en el delito de femicidio, el hecho de dar muerte a una mujer con discapacidad tanto física como intelectual. Universidad Católica de Cuenca.

Bidart Campos, G. (1995). El derecho de la constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires: Ediar.

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. (3 de Septiembre de 2009). Grupos vulnerables. Obtenido de www.diputados.gob.mx/cesop/

Código Penal. (1997). Bolivia.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. (2016). Observaciones finales sobre el informe inicial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Congreso de la República del Perú. (8 de abril de 1991). Código Penal del Perú. Perú.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (14 de agosto de 1931). Código Penal Federal. México.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). Reglas de Brasilia. Brasilia.

Diccionario panhispánico del español jurídico. (1 de octubre de 2024). Agravante. Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/agravante

Ministerio Público. (2023). Rendición pública de cuentas final 2023. Bolivia: Ministerio Público.

Naciones Unidas. (2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Naciones Unidas. (21 de octubre de 2024). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Obtenido de Naciones Unidas-Derechos Humanos-Oficina del Alto Comisionado: https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/introduction-committee

Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana. (21 de octubre de 2024). Reglas de Brasilia. Obtenido de https://www.cumbrejudicial.org/node/1172

Sentencia Constitucional Plurinacional, 0063/2018-S2 (Tribunal Constitucional Plurinacional 15 de marzo de 2018).

Stinco, J. (2019). El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales. Ab-revista de abogacía.

Tantaleán Odar, R. M. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. Derecho y Cambio Social, 9.



LA INCORPORACIÓN DEL DELITO DE ABANDONO EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA: ANÁLISIS COMPARADO Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

THE INCORPORATION OF THE CRIME OF ABANDONMENT INTO BOLIVIAN LEGISLATION: COMPARATIVE ANALYSIS AND INTERNATIONAL STANDARDS

Alejandro Gomez Cordero[1]
Estudiante de Derecho 6to Semestre
Universidad La Salle-Bolivia

correo electrónico:

alegocor2000@hotmail.com

Resumen

Este artículo analiza la relevancia de incorporar el delito de abandono en la legislación penal boliviana, basándose en un análisis comparado del Código Penal Argentino y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos hacia las personas vulnerables. A través de un enfoque dogmático-jurídico, se examina cómo la normativa de la Republica de Argentina tipifica el abandono y se evalúa su posible aplicabilidad en el contexto boliviano. Para ello, se emplea la investigación comparada, contrastando las legislaciones y explorando su viabilidad en Bolivia. Además, se realiza un análisis documental de tratados internacionales, sentencias, entrevistas, películas, documentales y videos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para fundamentar la necesidad de una mayor protección legal hacia las personas vulnerables frente al abandono. Este enfoque permite no solo describir el marco normativo vigente, sino también proponer reformas legales en Bolivia basadas en estándares internacionales de derechos humanos. Los resultados sugieren que la incorporación de este delito fortalecería significativamente el sistema de protección de los derechos de las personas vulnerables en Bolivia, alineando el ordenamiento jurídico con los compromisos internacionales.

Palabras clave Desamparo, Código Penal Argentino, Derecho Comparado, Derechos Humanos, Personas Vulnerables, Protección Internacional.

Abstract

This article analyzes the relevance of incorporating the crime of abandonment into Bolivian criminal legislation, based on a comparative analysis of the Argentine Penal Code and international standards for the protection of human rights for vulnerable individuals.

1 Alejandro Gomez Cordero: Asistente legal en Cordero&Cordero y Vargas&Soliz.

Through a dogmatic-legal approach, it examines how the legislation of the Argentine Republic defines abandonment and assesses its potential applicability in the Bolivian context. To this end, comparative research is employed, contrasting the legislations and exploring their viability in Bolivia. Additionally, a documentary analysis of international treaties, sentences, interviews, films, documentaries, and videos is conducted, including the Convention on the Rights of the Child, the Inter-American Convention on the Protection of Human Rights of Older Persons, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, to substantiate the need for greater legal protection for vulnerable individuals against abandonment. This approach not only describes the current regulatory framework but also proposes legal reforms in Bolivia based on international human rights standards. The results suggest that incorporating this crime would significantly strengthen the system for protecting the rights of vulnerable individuals in Bolivia, aligning the legal framework with international commitments.

Key words Dereliction, Argentine Penal Code, Comparative Law, Human Rights, Vulnerable Individuals, International Protection.

Introducción

En Bolivia, no se ha tipificado el delito de abandono de personas vulnerables, lo que deja un vacío legal que afecta gravemente a los sectores más desprotegidos de la sociedad. Este artículo busca abordar esta problemática y analizar cómo la tipificación del abandono en la Republica de Argentina puede servir de modelo para Bolivia y también examinar como es que las Convenciones Internacionales protegen los derechos de este grupo de personas vulnerables.

Este estudio tiene como propósito examinar las normas internacionales y comparadas que podrían fortalecer la protección de personas vulnerables en Bolivia, con un enfoque en la tipificación del abandono.

Referentes conceptuales

El delito de abandono en el derecho comparado argentino.

El Código Penal argentino tipifica explícitamente el delito de abandono de personas en su Capítulo VI (Abandono de personas), bajo los artículos 106 al 108, proporcionando un marco normativo claro para la protección de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Esta regulación establece penas considerables para quienes, teniendo la obligación de cuidar o asistir a una persona incapaz de valerse por sí misma, la abandonan, exponiéndola a riesgos para su vida o salud. (Congreso de la Nacion Argentina, 1984)

El artículo 106 del Código Penal argentino describe el abandono de personas como:

El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión. (Congreso de la Nacion Argentina, 1984)

Este artículo refleja una protección integral, ya que penaliza tanto el acto de desamparar activamente como el

abandono pasivo de aquellos incapaces de protegerse. En el caso de que el abandono cause un grave daño físico o en la salud, la pena se agrava considerablemente, y si resultare en la muerte de la víctima, la sanción puede ascender a bastantes más años.

El artículo 107 introduce un agravante adicional en los casos en los que el delito es cometido por personas cercanas a la víctima, como los padres hacia sus hijos, los hijos hacia sus padres, o entre cónyuges, aumentando la pena en un tercio. Este aumento refleja la mayor gravedad del abandono cometido por aquellos con responsabilidades familiares directas, y protege el derecho a la asistencia dentro del núcleo familiar, donde las relaciones de dependencia son aún más críticas. (Congreso de la Nacion Argentina, 1984)

Finalmente, el artículo 108 aborda el abandono desde una perspectiva más amplia, imponiendo sanciones a quienes omiten prestar auxilio a personas vulnerables encontradas en situación de peligro, tales como menores de diez años, personas heridas o inválidas, o cualquier otra persona amenazada de peligro. La norma establece multas para aquellos que, pudiendo auxiliar sin poner en riesgo su propia seguridad, optan por no hacerlo o no dan aviso a las autoridades competentes de manera inmediata. (Congreso de la Nacion Argentina, 1984)

En el contexto boliviano, resulta relevante señalar que no existe una tipificación similar en el Código Penal, lo que genera un vacío en la protección jurídica para personas vulnerables en situaciones de abandono. A diferencia de la Republica de Argentina, donde el delito de abandono está bien definido y sancionado, en Bolivia no se reconoce como un delito autónomo, lo que limita las acciones legales para sancionar este tipo de conductas. Esto evidencia la necesidad de incorporar una normativa específica en la legislación boliviana que, al igual que en la Republica de Argentina, asegure una protección efectiva de los derechos de las personas vulnerables.

PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES EN TRATADOS INTERNACIONALES E INVESTIGACIONES INTERNACIONALES

El abandono de personas es una problemática que trasciende fronteras y se encuentra estrechamente relacionada con el respeto y la protección de los derechos humanos. Diversas convenciones internacionales e investigaciones internacionales han establecido un marco normativo que busca garantizar la protección de los grupos más vulnerables, especialmente niños, personas con discapacidad y personas mayores. Estas convenciones e investigaciones reflejan la creciente preocupación de la comunidad internacional por asegurar que los Estados adopten medidas efectivas para prevenir y abordar el abandono.

La Convención sobre los Derechos del Niño (2006) subraya la primacía del interés superior del niño en todas las decisiones que les afecten:

Esto está claramente establecido en el Artículo 3, que exige a los Estados adoptar medidas para proteger a los niños del abandono, asegurando su bienestar físico, emocional y social. En este sentido, es fundamental que las políticas públicas y las decisiones judiciales consideren siempre lo que es mejor para el niño, evitando situaciones de desamparo que puedan comprometer su desarrollo.

El Artículo 9 de esta Convención resalta que un niño no debe ser separado de sus padres a menos que sea en su mejor interés, como en casos de abuso, negligencia o abandono. Esto implica que, si se produce una separación, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar el acceso a ambos padres, siempre que ello no afecte el bienestar del menor. Esta disposición busca prevenir el abandono familiar y asegurar que los niños mantengan vínculos significativos con sus padres, cuando sea posible.

Por otra parte, el Artículo 19 de la Convención establece la obligación de proteger a los niños de toda forma de maltrato, incluyendo el abandono. Los Estados deben implementar medidas preventivas y de intervención que permitan identificar y actuar frente a situaciones de riesgo. Esto incluye el establecimiento de mecanismos de denuncia y protección para aquellos niños que se encuentran en entornos inseguros.

Además, el Artículo 20 garantiza que los niños que han sido privados de su entorno familiar, como los abandonados, tienen derecho a recibir protección y asistencia del Estado. Este artículo establece que el Estado debe buscar soluciones alternativas, como el cuidado en familias sustitutas o instituciones, en el mejor interés del niño, garantizando siempre su bienestar.

El Artículo 27 reafirma la responsabilidad de los Estados de asegurar un nivel de vida adecuado para el desarrollo de los niños, lo que incluye medidas para prevenir situaciones de abandono. Este artículo enfatiza la necesidad de que los Estados adopten políticas socioeconómicas que protejan a los niños en situaciones de vulnerabilidad, evitando así el desamparo.

(Convención sobre los Derechos del Niño, 2006)

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) también establece importantes garantías en relación con el abandono:

El Artículo 10 (Derecho a la vida) reconoce el derecho a la vida de las personas con discapacidad, instando a los Estados a garantizar que este derecho se respete y se proteja en igualdad de condiciones. Esto significa que las personas con discapacidad deben ser protegidas de cualquier forma de abandono que pueda comprometer su vida o bienestar.

El Artículo 16 (Protección contra la explotación, la violencia y el abuso) establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para proteger a las personas con discapacidad de la explotación, la violencia y el abuso, incluyendo el abandono. Esto implica la creación de sistemas de apoyo que prevengan situaciones de desamparo y que ofrezcan asistencia adecuada a estas personas.

Asimismo, el Artículo 19 (Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad) reafirma el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la comunidad, lo que significa que los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad no sean abandonadas en instituciones, sino que se les proporcione el apoyo necesario para participar activamente

en la sociedad. Este enfoque promueve la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad, evitando situaciones de aislamiento.

El artículo 23 (Respeto del hogar y de la familia) garantiza el derecho de las personas con discapacidad a mantener sus lazos familiares, evitando la separación arbitraria. Los Estados deben proporcionar servicios adecuados para asegurar que no sean abandonadas ni en sus hogares ni en instituciones, priorizando la inclusión social y el bienestar familiar de las personas afectadas.

Asimismo, el artículo 25 (Salud) subraya la obligación de los Estados de garantizar el acceso equitativo a los servicios de salud, sin discriminación. En este sentido, los Estados deben tomar medidas para que las personas con discapacidad no queden desatendidas o abandonadas en situaciones de emergencia médica o necesidad de atención continua, asegurando cuidados adecuados y constantes.

Por último, el artículo 28 (Nivel de vida adecuado y protección social) resalta la importancia de que las personas con discapacidad disfruten de un nivel de vida adecuado, asegurando que no sean víctimas de abandono social o negligencia. Esto incluye el acceso a los servicios de seguridad social y apoyo financiero necesarios para que puedan vivir con dignidad.

(Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad , 2008)

En el contexto de las personas mayores, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2017):

Establece en su Artículo 6 Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez) el derecho a una vida digna y sin violencia. Esto incluye la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia y el bienestar de las personas mayores, protegiéndolas de situaciones de abandono que puedan amenazar su dignidad y su vida.

El Artículo 9 Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia) de esta Convención refuerza el derecho de las personas mayores a vivir sin violencia y a no ser sometidas a tratos crueles o degradantes, incluyendo el abandono. Los Estados deben implementar medidas que prevengan el maltrato y el desamparo, asegurando la protección de este grupo vulnerable.

También en el Artículo 19 (Derecho a la salud) las personas mayores tienen derecho a acceder a servicios de salud sin discriminación. Los Estados deben garantizar que no sean abandonadas en situaciones de necesidad médica, proporcionándoles acceso a atención médica adecuada, servicios de rehabilitación y cuidados paliativos.

Promover y garantizar progresivamente, y de acuerdo con sus capacidades, el acompañamiento y la capacitación a personas que ejerzan tareas de cuidado de la persona mayor, incluyendo familiares, con el fin de procurar su salud y bienestar

El artículo 12 (Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo) destaca que las personas mayores que requieren cuidados a largo plazo tienen derecho a recibir asistencia adecuada, lo que implica una obligación por parte de los Estados de evitar cualquier forma de abandono o negligencia. Se exige que los cuidadores reciban la capacitación necesaria para asegurar el bienestar de la persona mayor y que los Estados proporcionen los recursos necesarios para garantizar el acceso a servicios médicos, rehabilitación y otros tipos de apoyo.

Este principio también está estrechamente ligado al artículo 5 (Igualdad y no discriminación por razones de

edad), que prohíbe cualquier discriminación por razones de edad, subrayando que el abandono puede ser una forma de discriminación cuando las personas mayores son desatendidas debido a su condición o edad avanzada. Los Estados deben tomar medidas para asegurar que las personas mayores tengan el mismo acceso a servicios esenciales, eliminando cualquier forma de marginación que pueda llevarlas al abandono o a la exclusión social.

(Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores , 2017)

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981):

Su artículo 12 aborda el acceso a servicios de salud. Argumenta que el abandono puede afectar el acceso a servicios de salud adecuados para mujeres embarazadas, lo que puede tener consecuencias graves tanto para ellas como para sus hijos. (Convencion sobre la Eliminacion de Todas las Formas de Discriminacion Contra la Mujer, 1981)

Precious (2009):

La película cuenta la historia de Claireece "Precious" Jones, una adolescente afroamericana que enfrenta una vida de abuso físico y emocional por parte de su madre y una serie de situaciones de abandono y negligencia. A lo largo de la película, Precious lucha por superar sus circunstancias adversas, encuentra apoyo en su maestra y en un grupo de mujeres, y busca construir una vida mejor para ella y su hijo.

"Precious" ilustra cómo el abandono y la negligencia pueden tener efectos devastadores en la vida de una persona vulnerable. La historia refleja la importancia de la protección legal para personas como Precious, quienes son objeto de violencia y abandono. Esto refuerza la necesidad de incorporar el delito de abandono en la legislación boliviana, ya que establece un marco para proteger a individuos que sufren en situaciones similares. (Daniels, 2009)

The Pursuit of Happyness (2006):

Basada en una historia real, esta película sigue a Chris Gardner, un vendedor que enfrenta la falta de vivienda y la lucha por cuidar de su hijo pequeño mientras persigue sus sueños de convertirse en corredor de bolsa. A pesar de las dificultades y el abandono que enfrenta, Chris se esfuerza por proveer a su hijo y darle un futuro mejor.

Relación con el delito de abandono: Aunque la película no trata directamente sobre el abandono en el sentido legal, aborda el tema de la vulnerabilidad y la lucha por la supervivencia. La experiencia de Chris destaca cómo el sistema puede fallar a personas vulnerables, y la importancia de las leyes que protegen a quienes están en riesgo de abandono. La incorporación del delito de abandono puede ayudar a crear un marco de protección para padres y cuidadores que enfrentan circunstancias difíciles, evitando el abandono de sus hijos.

(Muccino, 2006)

The Drop Box (2015):

Este documental cuenta la historia de un pastor en Corea del Sur que ha creado un "cajón de entrega" donde las madres pueden dejar a sus bebés no deseados de forma segura, en lugar de abandonarlos. El documental explora las vidas de los niños abandonados y cómo este pastor y su familia brindan cuidado y amor a estos niños vulnerables.

"The Drop Box" pone de relieve las consecuencias del abandono infantil y la importancia de crear sistemas de apoyo y protección para los más vulnerables. Este enfoque se alinea con la necesidad de incorporar el delito de abandono en la legislación boliviana, para asegurar

que existan mecanismos que protejan a los niños en situaciones similares.

(Ivie, 2015)

Elder Abuse: The Crime of the Twenty-First Century? (2012):

Este documental explora el abuso y abandono que enfrentan las personas mayores en diversas situaciones, desde el hogar hasta los centros de atención. A través de testimonios de víctimas y profesionales, el documental pone de relieve la falta de protección y el estigma que rodea a los ancianos abusados y abandonados.

Al abordar directamente el abandono y el abuso de personas mayores, este documental subraya la necesidad de un marco legal que proteja a esta población vulnerable. La incorporación del delito de abandono puede ser fundamental para garantizar la seguridad y dignidad de los ancianos en Bolivia y en otros lugares.

(California, 2012)

Caso "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala" (1999):

El caso involucra a un grupo de niños en situación de calle en Guatemala, quienes eran objeto de abuso, violencia y abandono. Los demandantes eran niños que vivían en la calle y que habían sido víctimas de violaciones a sus derechos humanos, incluidas agresiones físicas y psicológicas por parte de agentes del Estado.

Las organizaciones de derechos humanos denunciaron al Estado de Guatemala por su falta de acción para proteger a estos niños, lo que dio lugar a la violación de varios derechos, incluyendo el derecho a la vida, a la integridad personal y a la protección judicial.

Decisión de la CIDH:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó que el Estado tiene la obligación de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los niños, especialmente aquellos en situación de vulnerabilidad. Esto incluye la prevención del abandono, la violencia y la explotación.

La Corte determinó que el Estado era responsable por la falta de acción frente a las denuncias de abuso y abandono, así como por no adoptar las medidas adecuadas para proteger a estos niños en riesgo.

Puntos Clave de la Sentencia:

Derecho a la Vida y a la Integridad Personal: La CIDH resaltó que el abandono de los niños y la violencia a la que estaban expuestos representaban violaciones graves a su derecho a la vida y a la integridad personal.

Protección de Niños en Situación de Vulnerabilidad: La Corte enfatizó la necesidad de adoptar políticas públicas efectivas que protejan a los niños en situación de calle y vulnerabilidad, asegurando su bienestar y desarrollo.

Responsabilidad Estatal: La sentencia establece que el Estado debe ser responsable de garantizar la protección de todos los individuos, especialmente aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad extrema, y tomar medidas para prevenir el abandono y la violencia.

La sentencia proporciona un precedente importante para la formulación de leyes que aborden específicamente el delito de abandono, destacando la necesidad de un marco legal que proteja a los niños y otras personas vulnerables.

La decisión de la CIDH puede ser utilizada para argu-

mentar la necesidad de incorporar el delito de abandono en la legislación boliviana, así como para fomentar la creación de políticas públicas que protejan a los niños y ancianos en situaciones de vulnerabilidad.

("Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 1999)

Interview with the Dean: Fighting Elder Abuse (2012):

La entrevista con Laurie Glimcher y Mark Lachs en Weill Cornell Medicine aborda el abuso de ancianos, destacando la grave situación del abandono en esta población vulnerable.

El abuso de ancianos incluye el abandono, que se define como la falta de atención y cuidado hacia aquellos que dependen de otros, lo cual pone en riesgo su bienestar físico y emocional. Este abandono tiene serias consecuencias en la salud de los ancianos, resultando en problemas físicos, mentales y emocionales, lo que refuerza la necesidad de proteger a esta población y garantizar su acceso a la atención adecuada. Tanto Laurie Glimcher como Mark Lachs enfatizan que la sociedad tiene la responsabilidad de prevenir el abuso y el abandono, lo que subraya la importancia de incluir el delito de abandono en la legislación boliviana para establecer un marco legal que proteja a las personas vulnerables. Además, destacan la necesidad de educar a la comunidad sobre las señales de abuso y abandono, lo que es crucial para la prevención y la identificación temprana de estos problemas.

La entrevista con Laurie Glimcher y Mark Lachs resalta la grave problemática del abuso y el abandono de ancianos, enfatizando la necesidad de una mayor conciencia y acción social para proteger a esta población vulnerable. Los expertos subrayan que el abandono no solo es una forma de abuso, sino que tiene consecuencias devastadoras para la salud física y mental de los ancianos. Además, abogan por la implementación de programas educativos que ayuden a identificar y prevenir estas situaciones. Esta conversación es fundamental para comprender la urgencia de incorporar el delito de abandono en la legislación, garantizando así la protección y el bienestar de las personas mayores.

(Lachs, 2012)

Métodos y materiales

La presente investigación se realizó desde el enfoque cualitativo y utilizó el método dogmático jurídico en su variante de análisis de legislación comparada a momento de estudiar la norma jurídica argentina. Posteriormente, se continuó con el análisis dogmático jurídico de la normativa relacionada al abandono de personas vulnerables en tratados internacionales sobre derechos humanos. Finalmente, se buscó profundizar en la necesidad de la regulación por medio del estudio de jurisprudencia aplicable, entrevistas, documentales y películas estrechamente relacionadas al tema de investigación.

Resultados y discusión

El análisis comparativo revela que el Código Penal argentino, en sus artículos 106 a 108, tipifica de manera clara y contundente el delito de abandono de personas, penalizando tanto el desamparo activo como el abandono pasivo de individuos vulnerables. Estas normativas abarcan tanto a las personas incapaces de valerse por sí mismas como a aquellos que, estando en situación de peligro, no reciben el auxilio necesario por parte de terceros.

En contraste, en Bolivia, no existe una disposición similar que sancione el abandono de personas en situaciones

vulnerables, lo que genera un vacío legal en la protección de este grupo. La legislación boliviana carece de un artículo específico que contemple el delito de abandono, y las conductas que podrían derivarse de dicho acto no están claramente tipificadas, lo que limita las acciones legales y la imposición de sanciones en casos donde la vida o la salud de la persona abandonada están en riesgo.

Este vacío legislativo en Bolivia subraya la importancia de incorporar un marco normativo similar al de la Republica de Argentina, que permita sancionar adecuadamente estas conductas y proteger de manera efectiva los derechos de las personas vulnerables.

La ausencia de una tipificación específica del delito de abandono en Bolivia, en contraste con la legislación argentina, plantea una clara vulnerabilidad en la protección de las personas en situación de desamparo. A nivel internacional, diversos tratados de derechos humanos enfatizan la importancia de proteger a las personas vulnerables, incluyendo niños, ancianos, y personas con discapacidades, quienes son los más afectados en casos de abandono.

El Código Penal argentino representa un ejemplo relevante para Bolivia, ya que sus artículos 106 al 108 no solo sancionan el abandono como tal, sino que también reconocen las agravantes cuando se trata de relaciones familiares o cuando el abandono resulta en daño o muerte de la víctima. Esta normativa ofrece una protección robusta que podría ser adoptada en Bolivia para cubrir las lagunas jurídicas actuales.

Además, los tratados internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, respaldan la incorporación de normativas que protejan a las personas en situación de vulnerabilidad. Estos estándares internacionales apuntan a garantizar que los Estados partes ofrezcan mecanismos de protección adecuados para prevenir y sancionar situaciones que pongan en peligro la vida y la salud de las personas vulnerables.

Incorporar el delito de abandono en la legislación boliviana no solo alinearía al país con los estándares internacionales de derechos humanos, sino que también proporcionaría una herramienta jurídica para sancionar efectivamente estas conductas, protegiendo a las personas en situación de riesgo y garantizando su derecho a una vida digna y segura.

Conclusiones

La presente investigación justifica la urgencia de incorporar el delito de abandono en la legislación penal boliviana como una medida fundamental para garantizar la protección de las personas vulnerables. A

través del análisis comparado con el Código Penal argentino y la exploración de tratados internacionales, se ha identificado que la actual normativa boliviana carece de mecanismos específicos que aborden el abandono de manera efectiva.

Los estándares internacionales, particularmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, resaltan la responsabilidad de los Estados de proteger a los grupos en situación de riesgo. La falta de una tipificación clara del delito de abandono no solo refleja un vacío legal, sino que también limita la capacidad de los sistemas de justicia y asistencia social para responder adecuadamente a las necesidades de quienes enfrentan esta problemática.

Incorporar este delito en el marco jurídico de Bolivia es más que una necesidad legal; es un imperativo ético que busca salvaguardar la dignidad de los individuos y promover una cultura de respeto y protección. La legislación no debe ser un mero formalismo, sino una herramienta eficaz que garantice los derechos fundamentales de las personas más vulnerables. Este estudio aspira a contribuir al diálogo necesario para que, en un futuro cercano, se logren reformas que fortalezcan el sistema de protección en el país, alineándose así con los compromisos internacionales y brindando a las personas vulnerables la atención y el apoyo que merecen.

Referencias

"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 11.383 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 1999).

California, U. o. (Dirección). (2012). Elder Abuse: The Crime of the Twnty-First Century? [Película].

Congreso de la Nacion Argentina. (1984). Codigo Penal de la Nacion Argentina.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores . (2017).

Convencion sobre la Eliminacion de Todas las Formas de Discriminacion Contra la Mujer. (1981).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad . (2008).

Convención sobre los Derechos del Niño. (2006).

Daniels, L. (Dirección). (2009). Precious [Película].

Ivie, B. (Dirección). (2015). The Drop Box [Película].

Lachs, M. (10 de Agosto de 2012). Interview with the Dean: Fighting Elder Abuse. (L. Glimcher, Entrevistador)

Muccino, G. (Dirección). (2006). The Pursuit of Happyness [Película].



AUSENCIA NORMATIVA PARA COBRO DE GASTOS EXTRAORDINARIOS EN BOLIVIA

LACK OF REGULATIONS FOR THE COLLECTION OF EXTRAORDINARY EXPENSES IN BOLIVIA

Sharon Claudia Arismendi Cuevas
Estudiante de Derecho 6to Semestre
Universidad La Salle-Bolivia

correo electrónico:

sharondecalderon2015@gmail.com

Resumen

Con el presente trabajo de investigación se alcanzó a identificar la ausencia de normativa procesal para la ejecución de gastos extraordinarios, por medio de una investigación cualitativa, utilizando entrevistas semiestructuradas a profesionales en Derecho de las Familias, analizando la ley 603 Código de las Familias y del Proceso Familiar – Vigente y realizando un análisis comparativo con la legislación española Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se concluye la necesidad de implementar un procedimiento para la ejecución de gastos extraordinarios en la Ley 603.

Palabras clave Vacío legal, Asistencia Familiar, Hijos, Salud, Ejecución.

Abstract

With this research work, it was possible to identify the absence of procedural regulations for the execution of extraordinary expenses, through qualitative research, using semi-structured interviews with Family Law professionals, analyzing Law 603 Family Code and Family Procedure - Current and carrying out a comparative analysis with Spanish legislation Law 1/2000, of January 7, on Civil Procedure. It is concluded that there is a need to implement a procedure for the execution of extraordinary expenses in Law 603.

Key words Legal vacuum, Family assistance, Children, Health, Execution.

Introducción

La Constitución Política de Bolivia, vigente desde el año 2009, incluye en su parte Dogmática al Derecho de las Familias, reconociendo y protegiendo a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizando las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades. Asimismo, señala que los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condicio-

nes y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad. De estos preceptos constitucionales emerge la asistencia familiar como un derecho y una obligación de las familias, que comprende la alimentación, salud, educación, vivienda, recreación y vestimenta. Sin embargo, al margen de estos aspectos cubiertos por la Asistencia familiar, surgen necesidades emergentes imperativas o ineludibles que la norma denomina: "Gastos extraordinarios". Por la problematización y multiplicidad de casos que puede argumentarse como un gasto extraordinario y que pueden mimetizar gastos suntuosos o desproporcionales, impiden equipararlos al Instituto de la Asistencia familiar, lo que hace inviable la aplicación del procedimiento de ejecución de la Sentencia sobre Asistencia Familiar señalada en el artículo 415 de La ley 603, para ejecutar una relativa a gastos extraordinarios.

Referentes conceptuales

Consideraciones preliminares.

La Asistencia Familiar.

El abogado Castellanos Trigo menciona que la asistencia familiar conforma una de las principales consecuencias de lo que es el parentesco, el cual surge como imposición de la ley, también por motivos morales y de la buena costumbre. (Castellanos Trigo, 2017)

El referido autor señala:

La asistencia familiar es una obligación legal y natural y por esto mismo deben prestarse de manera voluntaria, pero si no se cumple con esta obligación deben demandarse y han de abonarse desde la fecha de la interposición de la demanda. (Castellanos Trigo, 2017, pág. 57)

Aclara el mismo autor que busca dejar claro en diferentes legislaciones el instituto de la asistencia familiar es también conocido como "Alimentos", como por ejemplo en Argentina, Paraguay, Colombia y Uruguay. (Castellanos Trigo, 2017, pág. 61)

Establece la ley 603 Código de las Familias y del Proceso Familiar:

Articulo 109.- CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA ASISTENCIA FAMILIAR.- I.- La asistencia familiar es un derecho y una obligación de las familias y comprende los recursos que garantizan lo indispensable para la alimentación, salud, educación, vivienda, recreación y vestimenta; surge ante la necesidad manifiesta de los miembros de las familias y el incumplimiento de quien debe otorgarla conforme a sus posibilidades y es exigible judicialmente cuando no se la presta voluntariamente; se priorizará el interés superior de niñas, niños y adolescentes. (Asamblea Legislativa, 2014)

El profesor Méndez Costa afirma que:

... los alimentos comprenden todos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona y el mantenimiento de un decoroso nivel de vida, que comprende los alimentos propiamente dichos, el vestido y calzado, los de alojamiento, los de asistencia médica, y en el caso de los menores, también los gastos de educación e instrucción de los mismos... (Méndez Costa, 1996, pág. 282)

Los Gastos Extraordinarios.

Dentro del Derecho de las Familias se encuentra el instituto llamado Gastos Extraordinarios, el cual es definido según Castellanos como gastos que no cuentan con una periodicidad establecida justamente por ser considerado imprevisible, debiendo ser estos ineludibles por no entrar en la categoría de innecesarios. (Castellanos Trigo, 2017).

Este tipo de gastos no son previsibles y no son periódicos lo que imposibilita su cuantificación anticipada o periódica. (Rosillo Fairén & Castro Acosta, 2024)

Teniendo un panorama claro de lo que es la asistencia familiar y aspectos que esta comprende, se tiene que mencionar ahora ¿qué son los gastos extraordinarios?; para ello se revisará la legislación boliviana, específicamente a la ley 603, la cual expresa:

Artículo 118.- (GASTOS EXTRAORDINARIOS). Cuando la o el beneficiario solicite el pago de gastos extraordinarios relacionados a necesidades emergentes imperativas o ineludibles, podrán ser pagados por la o el obligado en proporción a sus posibilidades por acuerdo de partes o determinación judicial. (Asamblea Legislativa, 2014)

Los legisladores prevén únicamente que los gastos extraordinarios están relacionados a necesidades emergentes imperativas o ineludibles, estableciendo que estos serán pagados tomando en cuenta la posibilidad de aquel obligado (a), dando la facultad a las partes de poder llegar a un acuerdo y caso contrario poder acudir al juez para que este pueda determinar el pago de los mismos.

A diferencia artículos anteriores que establecen el contenido y extensión, obligatoriedad de ciertos sujetos, concurrencia de beneficiarios y obligados, modo de fijación y cumplimiento sobre la asistencia familiar, los gastos extraordinarios solo cuentan con una descripción escaza de como estos llegan a ser considerados.

Una redacción más detallada es la que proporciona la Abogada española Carolina Torremocha, estableciendo una división de estos en necesarios y no necesarios:

Los gastos extraordinarios necesarios son aquellos imprescindibles para la vida de los menores, que no se sabía que iban a producirse. No pueden eludirse, es necesario asumir el gasto en la proporción que se hubiera determinado en sentencia.

Los gastos extraordinarios no necesarios son aquéllos que no resultan esenciales, aunque sean convenientes. (Torremocha, 2024)

Costumbre jurídica

Desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, costumbre jurídica no es más que conductas repetitivas que devienen en obligatorias con el transcurrir del tiempo. (Hernandez Diaz, 2010)

Buena fe del obligado

La buena fe (del latín, bona fides) es un principio general del derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, o la rectitud de una conducta. Exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina “principio de probidad. (CIDH, 2024).

Vacío legal

Denominamos laguna normativa a aquella situación no contemplada en el ordenamiento normativo. Hay un “vacío” legal. El sistema jurídico no tiene una solución normativa para un caso concreto. (Basterra, pág. 285)

Es necesario asimismo aclarar que no se debe confundir la laguna normativa (ausencia de norma) con los casos de incoherencia (super abundancia de soluciones), por-

que si bien el resultado puede ser el mismo; son distintos los procedimientos a seguir por los juristas; puesto que en el caso de existencia de "lagunas" deberán hallar una solución fundándose en la analogía, en los principios generales del derecho, naturaleza jurídica de una institución, etc. (Basterra, pág. 286)

Podemos definir como "laguna" prima facie a aquellos casos que no tienen solución dentro de un sistema normativo; "laguna normativa"; o que teniéndola es una solución "mala" o "injusta": nos referimos a la "laguna axiológica". (Basterra, pág. 283)

Procedimiento para el cobro de gastos extraordinarios en Bolivia.

El Abogado Ramiro Calderón, sostiene que la legislación familiar boliviana no establece un procedimiento específico para el cobro de gastos extraordinarios y que en la práctica se remite a lo señalado en el artículo 118 de la ley 603, es decir, "cuando el beneficiario solicite el pago de gastos extraordinarios relacionados a necesidades emergentes imperativas o no previstas o extraordinarias, estas serán pagadas en proporción a los ingresos o a la capacidad de pago que tenga el obligado".

Concluye que, al no tener un procedimiento regulado dentro de la legislación familiar, se puede solicitar al obligado que cumpla con el pago autorizado por el juez mediante una aplicación de medidas cautelares patrimoniales señaladas por el artículo 284 de la Ley 603 (Código de las Familias y el Proceso Familiar) la anotación preventiva, el embargo el secuestro de bienes, la intervención judicial entre otros. (Calderon Chuquimia, 2024)

Para el Abogado Andrés Arismendi Aguilar, los gastos extraordinarios van íntimamente ligados al cobro de la asistencia familiar ya definido por una resolución, donde la autoridad judicial determina el monto en función a los elementos probados dentro del proceso judicial de Asistencia Familiar fijada no solo por las necesidades del beneficiario sino también en base a los recursos y la capacidad económica del obligado. Aclara que en la Resolución Judicial de asistencia familia no se define los gastos extraordinarios, lo que deriva a demandar su pago por la vía judicial, adjuntando toda la documentación que puedan acreditar el gasto realizado demostrando que el gasto no ha sido arbitrario ni suntuoso.

Considera que, la legislación familiar boliviana no dispone una medida precautoria cautelar especifica con relación al pago de los gastos extraordinarios, pero se debe entender que por su naturaleza es parte de la asistencia familiar. (Arismendi Aguilar, 2024)

Cecilia Soliz, abogada y docente de Derecho de las Familias y Derechos de Niñez y Adolescencia, señala que en el Código de las Familias y el Proceso Familiar de Bolivia, el artículo 118 describe estos gastos inusuales que son extraordinarios, puesto que la asistencia familiar se ocupa de los gastos ordinarios de los niños, niñas adolescentes o de las personas que necesiten este subsidio; Sin embargo, estos gastos extraordinarios que pueden ser gastos referidos a la salud, a algún accidente, gastos de estudio, de viajes, etc., y la norma los toma como una obligación de los progenitores o los obligados a pasar esta asistencia familiar, resaltando que son gastos que se pueden dar una sola vez. Sostiene que ante la inexistencia de un procedimiento especifico dentro la norma familiar para el cobro de los gastos extraordinarios se utiliza la misma normativa que para la asistencia, solicitando al Juez su pago. (Soliz, 2024)

El Abogado Omar Ergueta, en relación al procedimiento de cobro de los Gastos Extraordinarios manifiesta que se solicita al Juez de Familia ordene el pago de los mismos, previa compulsa de pruebas que evidencien la

pertinencia de los mismos. gastos extraordinarios. Con la Resolución Judicial que aprueba el pago de los gastos extraordinarios, se conminar al obligado al pago del mismo, ante su renuencia se solicita al juez imponga medidas cautelares patrimoniales, tal como se establece en los artículos 275, 276 283 y 284 del Código de las Familias y del Proceso Familiar. (Ergueta, 2024)

Problema posterior a la solicitud de cobro de gastos extraordinarios.

Dentro la presente investigación se identifica la inejecutabilidad efectiva del cobro de gastos extraordinarios, esperando la buena fe del obligado para que este pueda cumplir con la obligación de pago. (Bedregal, 2024)

Mediante entrevistas semiestructuradas a entendidos en Derecho de Familia y del Proceso Familiar en Bolivia se establece que en la mayoría de los casos el Juez dispone como medidas cautelares para el cumplimiento de pago el Embargo y Secuestro de bienes y/o la retención de fondos en entidades financieras, tal como establece el artículo 127 de la ley 603.

La inexistencia de un procedimiento específico para el cobro de los Gastos extraordinarios ha sido advertida por el Tribunal Constitucional de Bolivia a través de la Sentencia Constitucional 0446/2017 S3, en la que se "Exhorta a la Asamblea Legislativa Plurinacional, regule el procedimiento de ejecución de los gastos extraordinarios…" (Sala 3, 2017)

La principal consecuencia de la falta de un procedimiento para cobro de gastos extraordinarios deriva en el incumplimiento por parte del obligado (a), lo cual desencadena en la vulneración ciertos derechos de los menores, derechos que se encuentran protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y demás normativa internacional relacionada.

Otras consecuencias se manifiestan en que muchos abogados incurren en errores procesales al solicitar gastos extraordinarios debido a la omisión de la normativa procedimental correspondiente, lo cual deriva en la insatisfacción del beneficiario o los beneficiarios.

España y su procedimiento para el cobro de gastos extraordinarios.

En la legislación española el legislador establece:

Artículo 776. Ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas.

Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta ley, con las especialidades siguientes:

1.ª Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el letrado o letrada de la Administración de Justicia multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

2.ª En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.

3.ª El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas siempre y cuando sea acorde con la evaluación del interés superior de la menor realizada previamente.

4.ª Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto. (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2000)

Esta normativa establece que para que sean objeto de ejecución forzosa, los gastos extraordinarios deberán contar con una declaración de gasto extraordinario emitida por el Letrado (Juez) estableciendo que el monto que se exige sea pagado es considerado gasto extraordinario, de ese modo se podrá imponer medidas coercitivas para el pago del mismo.

Métodos y materiales

En el presente trabajo de investigación se utilizó el enfoque cualitativo de investigación y dos métodos de las ciencias jurídicas: El método dogmático jurídico para el análisis de doctrina y normativa jurídica nacional e internacional vigentes, así como el método socio-jurídico en el que se utilizaron entrevistas semiestructuradas, realizadas a un juez en materia familiar y a cinco abogados con especialidad en Derecho de las Familias.

Resultados y discusión

Concluida la investigación se hace evidente que la ley 603 Código de las Familias y del Proceso Familiar en el artículo 118 presenta una ausencia de procedimiento para el cobro de gastos extraordinarios lo cual deriva en la aplicación de la costumbre jurídica.

Como consecuencia. el presente trabajo llega a concordar con lo propuesto en la monografía "LA NECESIDAD DE CONTEMPLAR EL ART. 415 DEL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS Y DEL PROCESO FAMILIAR, RESPECTO AL COBRO COACTIVO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS EN FAVOR DEL O LOS BENEFICIARIOS, NIÑOS Y ADOLESCENTES" (Gutierrez, 2023)

También encuentra respaldo en la monografía "ESTABLECER MEDIDAS COERCITIVAS PARA EL COBRO DE GASTOS EXTRAORDINARIOS" (Romero, 2023).

Conclusiones

La legislación familiar de Bolivia no establece un procedimiento para el cobro de gastos extraordinarios.

En la normativa boliviana vigente, es decir en la ley 603 Código de las Familias y del Proceso Familiar se puede advertir la falta de instrucciones para la ejecución de las medidas cautelares que impone el juez para el cumplimiento de esta obligación por parte del (la) obligado (a), lo cual hace que se pueda optar por aplicar la costumbre procesal.

La legislación española establece medidas coercitivas para poder efectivizar el pago de los gastos extraordinarios, pidiendo como requisitos el solo reconocimiento de que la suma adeudada por el obligado sea reconocida como un gasto extraordinario.

Referencias

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (08 de Enero de 2000). Ley de enjuiciamiento civil. España: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.

Arismendi Aguilar, A. R. (23 de Septiembre de 2024). Cobro de gastos extraordinarios en la legislacion boliviana . (S. C. Arismendi Cuevas, Entrevistador)

Asamblea Legislativa. (19 de Noviembre de 2014). Ley 603 código de las familias y código de procesal familiar. La Paz, Bolivia: Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Basterra, M. l. (s.f.). El problema de las lagunas en el derecho. Derecho y Sociedad, 280-291.

Bedregal, P. (23 de Septiembre de 2024). Cobro de gastos extraordinarios en la legislacion boliviana. (A. C. Claudia, Entrevistador)

Calderon Chuquimia, R. M. (27 de septiembre de 2024). Cobro de gatos extraordinarios en la legislacion boliviana. (S. C. Arismenci Cuevas, Entrevistador)

Castellanos Trigo, G. (2017). Asistencia familair, en procedmiento extraordinario y resolucion inmediata. Sucre: Rayo del Sur.

CIDH. (16 de Octubre de 2024). Corte Internacional de Derecho Humanos. Obtenido de Corte Internacional de Derecho Humanos: https://www.corteidh.or.cr/

Ergueta, O. (25 de Septiembre de 2024). Cobro de gastos extraordianarios en la lesgislacion boliviana. (S. C. Arismendi Cuevas, Entrevistador)

Gutierrez, E. (22 de Noviembre de 2023). La necesidad de contemplar el art. 415 del codigo de las familias y del proceso familiar, respecto al cobro coactivo de los gastos extraordinarios en favor de los benfeiciarios, niños y adolescentes. Diplomado legislación familair, niñez y adolescencia V version. Cochabamba, Bolivia: Uniersidad Mayor de San Simón Facultad de Ciencias Juridicas y Políticas.

Hernandez Diaz, C. A. (2010). La costumbre como fuente del derecho. Criterio jurídico garantista, 142-152.

Méndez Costa, M. J. (1996). Derecho de familia - tomo III. Santa Fe: Rubinzal.

Romero, S. (15 de Junio de 2023). Establecer medidas coercitivas para el cobro de gastos extraordinarios . Dimplomado en derecho de familias, niñez y adolescencia 15va. version. Cochabamba, Bolivia: Universidad MAyor de San Simón Facultad de Ciencias Juridicas y Políticas.

Rosillo Fairén, A., & Castro Acosta, A. M. (2024). Conlfictos Familiares y Gastos Estraordinarios en la Pensión de Alimentos: Algunas Cuestiones Prácticas. Vox Juris, 171-189.

Sala 3. (26 de Mayo de 2017). Sentencia constitucional plurinacional 0446/2017-S3. Sucre, Bolivia: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Soliz, C. (23 de Septiembre de 2024). Cobro de gastos extraordinarios en la legislación boliviana . (A. C. Claudia, Entrevistador)

Torremocha, C. (4 de Octubre de 2024). Carolina Torremocha Abogado. Obtenido de https://carolinatorremocha.com

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse, almacenarse o transmitirse de alguna forma, ni por ningún medio, sea este electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o fotocopia, sin la previa autorización escrita.

La Salle
Universidad
Bolivia

CARRERA DE DERECHO

Campus Universitario Bolognia Av. Jorge Carrasco esq. Las Palmas

Teléfono: 591-2-2723588 - 2723732 - 2744650

www.ulasalle.edu.bo

La Paz - Bolivia